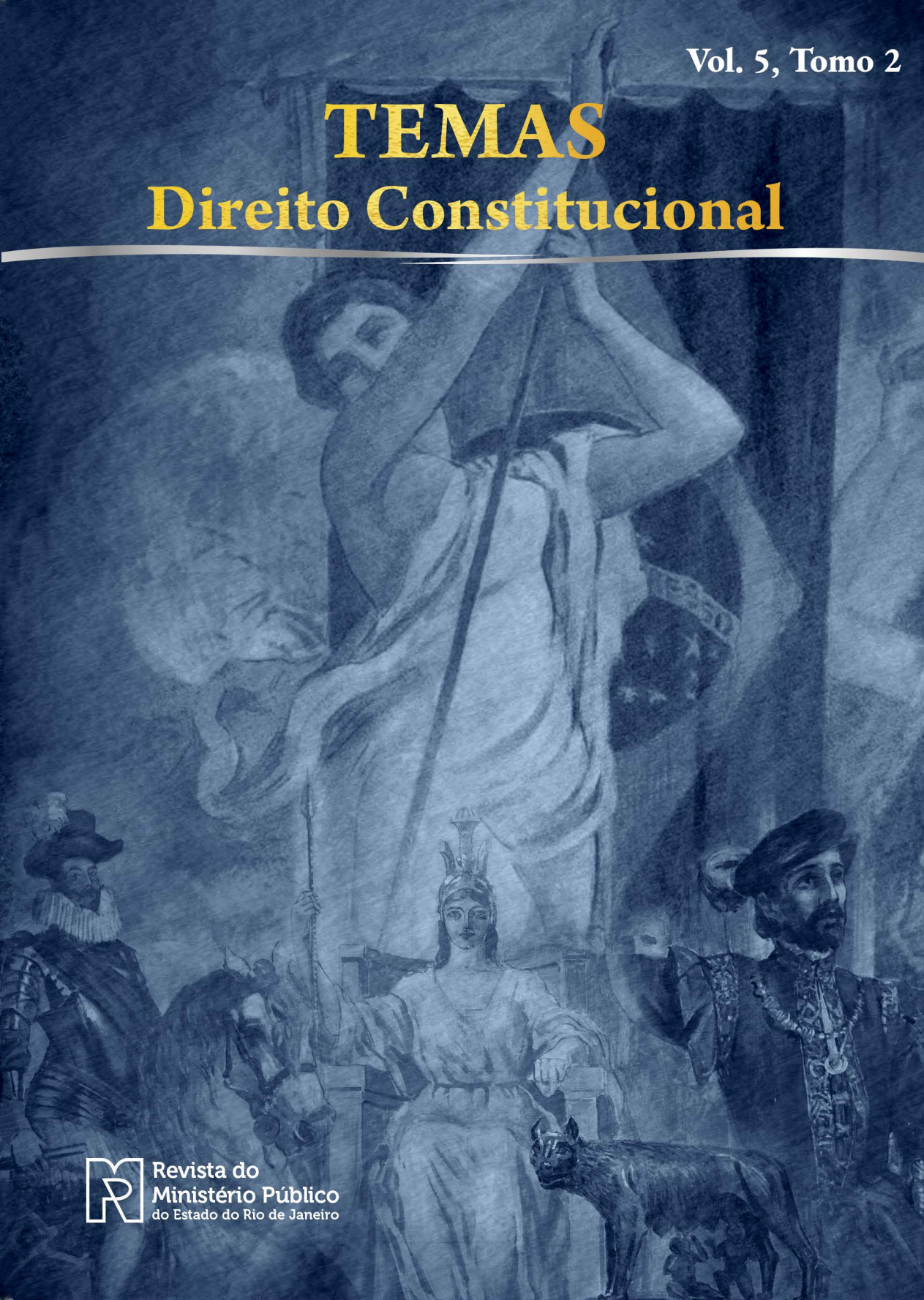
Vol. 5, Tomo 2

TEMAS
Direito Constitucional



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Volume 5, Tomo 2

TEMAS

Direito Constitucional

Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara
Antônio do Passo Cabral
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Clarissa Diniz Guedes
Fernanda Medina Pantoja
Fredie Didier Jr.
Guilherme Peres
Guilherme Sandoval Góes
Marcelo Machado Costa Lima
Márcio Carvalho Faria
Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis
Ronaldo Cramer
Sofia Temer

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.

Tiragem: 100 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*
Redação e Administração
Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | *e-mail:* rmp@mprj.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Temas [livro eletrônico] : direito constitucional : volume 5 : tomo 2 / [organizador e diretor Emerson Garcia ; diretor Adolfo Borges Filho ; coordenação-geral Luiza Helena Torezani]. -- Rio de Janeiro : Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2024. -- (Coleção temas)
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-88520-48-2

1. Direito constitucional - Brasil I. Garcia, Emerson. II. Borges Filho, Adolfo. III. Torezani, Luiza Helena. IV. Série.

24-243247 CDU-342(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional : Brasil : Direito 342(81)

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Procuradoria-Geral de Justiça / Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocurador-Geral de Justiça de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Ana Cristina Lesqueves Barra
Subprocuradora-Geral de Justiça de de Assuntos Cíveis e Institucionais

Roberto Moura Costa Soares
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas (Respondendo pelo expediente)

David Francisco de Faria
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Márcio Klang
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
José Roberto Paredes
Nelma Gloria Trindade de Lima
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
Fátima Maria Ferreira Melo

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Rita de Cássia Araújo de Faria
Walberto Fernandes de Lima
Luciana Sapha Silveira
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Patricia Mothé Glioche Béze
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel
Luiz Fabião Guasque
Flávia de Araujo Ferrer
Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Márcio Mothé Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Presidente

• • •

Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Fátima Melo
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente



Editorial

A coleção *Temas*, que ora apresentamos aos leitores da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, é formada por diversos volumes recheados com uma valiosa coletânea de artigos jurídicos e, numa proporção menor, filosóficos, produzidos ao longo de quase seis décadas nas "três fases" do periódico.

Na atuação do Direito, destaca-se a trilogia "lei, jurisprudência e doutrina" como verdadeiras fontes de onde emanam, respectivamente, as normas produzidas pelo Poder Legislativo, as decisões do Poder Judiciário, que se transformam em jurisprudência, e a doutrina construída por profissionais especializados nas diversas áreas do Direito. A doutrina exerce relevante papel não apenas para a compreensão da legislação e da jurisprudência, mas como fomentadora de novas ideias e opiniões, que fornecem subsídios para que legisladores formulem projetos de leis e para que juízes, membros do Ministério Público, advogados e professores elaborem decisões, peças processuais e trabalhos acadêmicos, enriquecendo a hermenêutica jurídica. Enfatize-se o papel da doutrina no mundo acadêmico, na produção de monografias, dissertações e teses que, embrionariamente, podem ser resultados de um simples artigo. O mesmo pode ser dito em relação aos livros didáticos, cujos autores expandem os conteúdos de artigos transformando-os em capítulos de uma ou mais obras para consulta de estudantes e profissionais da área. A coleção *Temas* se encaixa nesse universo mais amplo que acabamos de descrever.

No "histórico" que compõe a abertura dos *Temos*, é relevante trazer a lume o trecho abaixo, que assinala uma espécie de marco temporal de maior engajamento da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na seara doutrinária, incentivando, assim, a publicação de artigos.

> *Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a "necessidade da existência de um órgão cultural do*

> *Ministério Público, sob a forma de publicação periódica", o qual realizaria a importante função de "divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público". Destacou, ainda, a "conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao Parquet, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição". Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria "vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição.*

Os artigos que compõem os *Temas* foram organizados de forma meticulosa pela equipe da Revista, sendo colocados sob as rubricas das matérias jurídicas pertinentes, atribuindo-lhes, ainda, subcategorias para facilitação da pesquisa por parte dos leitores. Cada artigo ostenta, também, o número da edição da Revista e o respectivo ano em que foi publicado. À guisa de exemplificação, seguem artigos de juristas que colaboraram com a nossa Revista:

No **Direito Constitucional**: *Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*, de Emerson Garcia, 2007; e *O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais*, de José Afonso da Silva, 2013. No **Direito Penal**: *Apologia do Direito Penal*, de Roberto Lyra, 1967; A Teoria da Ação Finalista no Direito Penal, de Nélson Hungria, 1967; **Evolução histórica do Direito Penal**: *A luta contra o crime*, de Giorgio Del Vecchio, 1967. No **Direito Processual Penal**: A *eficácia da lei processual no tempo*, de Fernando da Costa Tourinho Filho, 2010. No **Direito Civil**: *Normas e princípios de Direito Civil na Constituição Brasileira de 1988*, de Luiz Roldão de Freitas Gomes,1998 e *Apontamentos para um Estudo sobre a Reparação do dano causado pelo Crime e os Meios de promovê-la em juízo*, de José Carlos Barbosa Moreira, 1979. No **Direito Empresarial**: *A introdução do "leasing" no Brasil*, de Arnoldo Wald, 1970. No **Direito Processual Civil**: *O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente no Processo Civil*, de Clóvis Paulo da Rocha, 1973; e *Respostas de Réu (Exceções). As exceções no Direito Romano*, de Simão Isaac Benjó,1972. No **Direito Tributário**: *IR Adicional Estadual de Imposto de Renda: declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora*

do tributo e limites da repetição de indébito, de Helcio Alves de Assumpção, 1996. Em **Princípios Institucionais**: *Modernização da segunda instância do Ministério Público*, de Hugo Nigro Mazzilli, 2012. Em **Teoria Geral do Direito**: *Limites da lei no tempo*, de Paulo Dourado de Gusmão, 1968; e *Juristas, jurisperitos, jurisprudentes*, de Neje Hamaty, 2005. No **Direito da Criança e do Adolescente**: *As portarias expedidas pela autoridade judiciária com base no art. 149 do ECA e os novos paradigmas que regem o Direito da Criança e do Adolescente*, de Rosa Carneiro, 2007

Também fazem parte dos *Temas*, artigos publicados nos *Observatórios Jurídico, Filosófico e Literário*, que são as mais novas seções criadas pela atual direção da Revista.

Esperamos que os *Temas* se tornem mais uma fonte de pesquisa doutrinária, principalmente na área jurídica, e que incentivem nossos leitores a submeterem novos artigos para o enriquecimento de nosso periódico.

Emerson Garcia
Diretor da Revista

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor da Revista

Revista do Ministério Público (1967-2024)

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é uma publicação científica, voltada à difusão do conhecimento jurídico. Foi instituída por meio do Decreto "E" nº 1.174, de 02 de agosto de 1966, do então Governador do Estado da Guanabara, Francisco Negrão Lima. À época, a Procuradoria-Geral de Justiça do então Ministério Público do Estado da Guanabara era chefiada por Arnoldo Wald. Na primeira fase da Revista, que abrange o período de 1967 a 1974, sucederam-se em sua direção Paulo Dourado de Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha e Simão Isaac Benjó.

No primeiro número publicado, um editorial inaugural apresentava o objetivo do periódico: acolher "trabalhos sobre todos os temas jurídicos", a fim de "servir de fonte de consulta aos membros do Ministério Público, cuja ação, em nossa época, se faz sentir em todos os campos do Direito", uma vez que a Instituição é "chamada a se pronunciar sobre questões de direito público e de direito privado". Por esse motivo, optou-se pelo designativo "Revista de Direito". Sua edição seria relevante "não só aos membros do Ministério Público, como, também, aos do Poder Judiciário e aos advogados". Para cumprir essas metas, o Decreto "E" nº 1.174, que dispôs sobre o início do funcionamento da Revista, especificou que a publicação seria limitada a, no máximo, quatro edições ao ano. Foi prevista, ainda, a circulação "em todo território nacional, com distribuição gratuita aos tribunais, estabelecimentos de ensino superior, bibliotecas públicas e, especialmente, aos órgãos do Estado da Guanabara".

Em sua primeira configuração editorial, que foi reproduzida de forma muito similar durante toda a história do periódico, apresentavam-se as seguintes seções: (1) *Doutrina*, que trazia artigos sobre temas relevantes da ciência jurídica; (2) *Pareceres*, com importantes manifestações processuais dos membros da Instituição; (3) *Jurisprudência Cível e Jurisprudência Criminal*, com a reprodução de relevantes acórdãos exarados pelos principais tribunais do país, em matéria cível e criminal; (4) *Notas*, em que se veiculavam atos normativos,

além de discursos e questões de provas de concurso para acesso à carreira do Ministério Público; (5) *Bibliografia*, com a compilação de publicações sobre determinados temas jurídicos; (6) *Revista em revista*, que apresentava os sumários de notórios periódicos da área jurídica, nacionais e internacionais; e (7) *Legislação*, com a reprodução dos principais atos normativos editados no período abrangido pela publicação. Ao final, dispunham-se os índices de autores e de assuntos.

Apesar de o formato estabelecido no primeiro número ter norteado a estruturação dos subsequentes, foi natural que alterações fossem promovidas com o passar dos anos. Em 1969, na Revista de nº 7, foi inserida a seção *Atualidades*, na qual se apresentavam textos versando sobre assuntos contemporâneos, como comentários sobre novas leis, notícias jornalísticas e fatos da realidade, além de discursos de posse e, até, crônicas e memórias de membros aposentados. Essa seção, na Revista nº 10, de 1970, ganharia o nome de *Estudos e Atualidades*, a fim de abranger mais o aspecto científico que o meramente informativo.

O primeiro Diretor, Paulo Dourado Gusmão, possuía ampla capacidade de conciliar a atividade intelectual com o desempenho das funções institucionais. Sob sua gestão, foram publicadas, quadrimestralmente, 14 revistas, entre os anos de 1967 e 1971, tendo sido exonerado, a pedido, em maio de 1972. Três anos depois, Dourado Gusmão seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde encerraria sua carreira jurídica.

Com a saída de Dourado Gusmão, o próprio Procurador-Geral de Justiça, Clóvis Paulo da Rocha, assumiu a coordenação dos trabalhos editoriais. De maio a dezembro de 1972, Paulo da Rocha publicaria dois números da Revista, 15 e 16, tendo a tiragem do periódico sido elevada, em sua gestão, a 5 mil exemplares.

A primeira edição sob a chefia do Procurador-Geral contaria com uma mensagem do Governador do Estado da Guanabara, Chagas Freitas, em virtude da comemoração, naquele ano, dos 150 anos da independência do Brasil. Também foi acompanhada de separata (organizada por Paulo Dourado Gusmão), com o índice geral do conteúdo dos 14 periódicos anteriores, editados desde a fundação da Revista. Na última publicação daquele ano, a de nº 16, a Revista reproduziu, em sua página de abertura, o discurso proferido pelo Presidente da República, o General Médici, por ocasião do IV Congresso

Interamericano do Ministério Público, realizado na Cidade de Brasília, de 22 a 25 de maio de 1972. O General Médici abrira os trabalhos do Congresso, sem deixar de destacar o encargo do Ministério Público "de zelar pela ordem e pelo cumprimento da lei".

Na mesma publicação de nº 16, foi introduzida uma inovação editorial. Em decorrência da inspiradora publicação de um relato acerca da vida e da obra do jurista Pontes de Miranda na Revista de nº 15, foi criada a seção *Biografias*. Nesta, apresentavam-se a vida e a obra de grandes nomes do pensamento jurídico, brasileiro e internacional. Abrindo a série, Simão Isaac Benjó discorreu sobre Roberto Lyra, cuja inestimável importância para a sociedade lhe valera a alcunha de Príncipe dos Promotores.

Ao deixar a Procuradoria-Geral em dezembro de 1972, Clóvis Paulo desvencilhou-se, também, de suas atribuições no comando da Revista. Posteriormente, assim como Dourado Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Anos depois, a biblioteca institucional do Ministério Público seria batizada com seu nome.

No ano de 1973, o Promotor de Justiça Simão Isaac Benjó ascendeu à coordenação da Revista. Natural de Parintins, no centro da Amazônia, o prestigiado professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá destacar-se-ia como primoroso examinador da mesma matéria no primeiro concurso, após a fusão, para ingresso na carreira do Ministério Público do Rio de Janeiro.

De 1973 a 1974, Simão Isaac Benjó editou, semestralmente, os últimos 4 números da Primeira Fase da Revista (17, 18, 19 e 20). Nas duas primeiras publicações, foi mantido o mesmo formato editorial, instituindo, na terceira, uma pequena modificação. Na Revista nº 19, a seção *Estudos e Atualidades* foi dividida em duas. Os estudos publicados sobre acontecimentos jurídicos contemporâneos foram ganhando tamanha importância que se fez necessário separá-los das notícias relativas aos eventos institucionais.

Após a unificação do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, a Revista passou a integrar o *Parquet* do novo Estado, inaugurando-se sua Segunda Fase. A edição inaugural contou com um artigo do primeiro Procurador-Geral de Justiça do novo Estado, Raphael Cirigliano. Nesse

estudo, foram comentados aspectos do Decreto-Lei nº 11, de 15 março de 1975, que determinou a unificação das duas unidades federativas.

Durante a Segunda Fase da Revista, que se estendeu de 1975 a 1995, foram publicados, semestralmente, 32 periódicos. Nesses 16 anos, diversos membros da instituição ocuparam a direção do órgão. Foram eles, em sequência cronológica: Simão Isaac Benjó, Sérgio Demoro Hamilton (por duas vezes), Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Valneide Serrão Vieira, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e Fernando Fernandy Fernandes.

A nova fase da publicação teve um aspecto de continuidade. O último diretor da Primeira Fase, Simão Isaac Benjó, voltou à coordenação do órgão durante a publicação de seus primeiros seis números. Nestes, o formato editorial consagrado durante todo o período anterior foi mantido.

Benjó continuaria à frente do periódico de março de 1975 a abril de 1978. Após a publicação de 10 edições, ele deixaria o cargo para ser substituído, no mesmo ano, por outro notório professor, Sérgio Demoro Hamilton, que também desempenhou importante função nas bancas dos concursos de acesso à carreira.

Na Revista nº 7, a primeira publicada sob a coordenação de Demoro, foi incluída a *Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público* e a *Lista de Antiguidade dos Membros da Assistência Judiciária* (nome dado à Defensoria Pública, quando esta ainda se encontrava subordinada à Procuradoria-Geral). Em 1981, a última deixou de ser publicada, isso em virtude da definitiva desvinculação da Defensoria Pública da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça. Do nº 14 em diante, passou a ser publicada somente a lista do *Parquet.*

Sérgio Demoro permaneceria no cargo de abril de 1978 a novembro de 1982. Após dois meses de afastamento, em janeiro de 1983, ele reassumiria a Direção, ali permanecendo por apenas mais dois meses. Durante esse período, como Diretor, publicou 9 revistas.

No interregno entre as gestões de Sérgio Demoro, ocupou a chefia do periódico o Promotor de Justiça Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Suas gestões foram divididas em dois períodos de dois meses cada, o primeiro de novembro a dezembro de 1982 e o segundo de março a abril de 1983.

Com a saída de Sérgio Demoro no ano de 1983, Valneide Serrão Vieira foi nomeado Diretor da publicação. Era reconhecido, na Instituição, por ter

presidido, entre 1978 e 1980, a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em sua também curta gestão, de abril de 1983 a setembro de 1984, foram publicados 3 números, do 17 ao 19.

Em 1984, Serrão Vieira foi substituído por Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que também desempenhou importante papel nas bancas examinadoras do concurso para ingresso na Instituição. Foi responsável pela publicação de 13 números da Revista, entre outubro de 1984 e janeiro de 1993. Durante sua gestão, a partir do ano de 1988, a *Lista de Antiguidade* parou de ser publicada.

No decorrer dos anos de 1993 e de 1994, a direção do periódico foi exercida por Fernando Fernandy Fernandes, que, no período, acumulou o cargo de Diretor da Revista com o de Secretário-Geral do Ministério Público. Em sua gestão, não foram publicadas novas edições. Alguns anos depois, ele seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 1995, iniciar-se-ia a Terceira Fase da Revista, sob a coordenação de Sérgio Demoro Hamilton, que assumiu a chefia do órgão pela terceira vez. Inaugurava-se um momento áureo na história da publicação. Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a "necessidade da existência de um órgão cultural do Ministério Público, sob a forma de publicação periódica", o qual realizaria a importante função de "divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público". Destacou, ainda, a "conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao *Parquet*, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição". Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria "vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição".

Após reiterar a importância de manter-se "uma publicação de alto nível cultural, onde, em suas páginas, desfilaram nomes da maior expressão do mundo jurídico", Carvalhido explicou, também, a razão da mudança de nome. De Revista de Direito a publicação passou a ser chamada de Revista do Ministério Público, o que a imbuiu de acentuado cunho institucional.

As primeiras revistas dessa Terceira Fase, seguindo a fórmula já consagrada nas anteriores, com pequenas alterações, foram editadas com periodicidade semestral e tiveram o conteúdo dividido nas seguintes seções:

Doutrina, Pareceres e Razões, Jurisprudência, Noticiário, Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público e *Índices de Autores e de Assuntos*. Quando alcançou o sexto número, Sérgio Demoro restabeleceu a seção *Biografias*, que não vinha sendo publicada desde a Revista no18, da Segunda Fase, e inovou, criando a seção *Perfil*, em cuja inauguração foi publicado artigo sobre o centenário do notório Procurador-Geral André de Faria Pereira. A primeira dessas seções destinava-se a apresentar nomes importantes do pensamento jurídico-filosófico em toda a história do Direito ocidental. A segunda direcionava sua atenção à vida e à obra de membros da instituição.

No terceiro número da revista, de 1996, iniciou-se a publicação, na seção *Jurisprudência*, dividida em cível e criminal, das mais relevantes decisões do Superior Tribunal de Justiça. No periódico número 5, do ano seguinte, foram apresentadas, também, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Embora já fossem publicadas jurisprudências selecionadas, a partir de 1997, passaram a ser reproduzidas apenas as decisões dos dois mais importantes Tribunais do país. Na revista de no 7, seria feita mais uma inovação, com a criação da seção *Memória do Ministério Público*, a qual se destinaria à publicação de fotos e de documentos de eventos históricos da Instituição.

No ano seguinte, por meio da Portaria nº 1, de 26 de outubro, a Revista do Superior Tribunal de Justiça deferiria o pedido da Revista do Ministério Público para ser registrada como seu repositório autorizado de jurisprudência. Em 16 de abril de 1999, foi publicada, no Diário Oficial, a inscrição da Revista também como repositório autorizado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da edição de nº 9, do mesmo ano, publicou-se, também, uma subseção de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual, após a Revista de nº 11, passou a ser eventual. Posteriormente, a mesma subseção esteve presente nas publicações de nº 13, 16, 17, 20, 22, 23 e 24.

Nas revistas seguintes, mais especificamente nos nºs 10, de 1999, e 12, de 2000, as inovações continuaram. Na primeira, foi criada a seção *Jurisprudência Comentada* e, na segunda, a seção *Relíquias do Júri*, na qual seriam apresentados relatos sobre a atuação de membros do Ministério Público do Rio de Janeiro no Tribunal do Júri. A publicação de nº 12 contou, também, com a edição das primeiras dez Revistas em CD-ROM.

Quando foi editado o periódico de nº 16, em 2002, além da *Lista de Antiguidade dos Membros*, foram igualmente apresentadas a *Lista dos Membros*

Inativos e a *relação de integrantes do Superior Tribunal de Justiça* e do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro egressos do Ministério Público Fluminense*. Desse momento em diante, a Revista manteria a mesma estrutura editorial, com todas as referidas inovações, até o nº 46.

Em 2003, o Procurador-Geral de Justiça, Antônio Vicente da Costa Júnior, por meio da Resolução nº 1120, de 17 de janeiro, disciplinou a estrutura orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça e atribuiu, no artigo 5º, a competência de formular políticas e projetos de natureza institucional, administrativa e cultural à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento. Segundo a Resolução, entre os órgãos dessa Subprocuradoria, a Revista ficava incumbida da "divulgação de trabalhos de doutrina, estudos e pareceres de membros do Ministério Público e juristas de notório saber, com o objetivo de manter vivo e atualizado o pensamento jurídico dos integrantes da Instituição". A Resolução nº 1120 consolidou a função institucional do órgão, uma vez que confirmou a disposição da Resolução nº 698, de 1996, acerca da identidade do periódico. Em 2005, o Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira reproduziu a fórmula da Resolução anterior na Resolução nº 1280, de 17 de janeiro de 2005. Com a Resolução nº 1796, de 17 de janeiro de 2013, a Revista do Ministério Público passou a ser subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

A terceira gestão de Sérgio Demoro encerrou-se em novembro 2007, totalizando doze anos e 25 números publicados. Após ele, seguindo a tradição de diretores com renomada prática no magistério e ampla produção de conhecimento jurídico, foi nomeado, em novembro de 2007, o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Publicou 5 números, permanecendo no cargo até janeiro de 2009, quando Sérgio Demoro retornou à Diretoria da publicação, que, desde janeiro de 2008, passara a ser trimestral, requisito para que mantivesse o *status* de repositório autorizado do Superior Tribunal de Justiça.

Sérgio Demoro encerraria, em 2013, sua longa gestão à frente do periódico, passando ao cargo de Diretor Honorário, pequena homenagem à sua imensa contribuição para a evolução da cultura institucional. Na Terceira Fase da Revista, ele publicara 41 números, sendo responsável pela estruturação e consolidação da Revista do Ministério Público como referência para o pensamento jurídico institucional.

Para dar continuidade aos trabalhos editoriais, foi escolhido como Diretor da Revista Emerson Garcia, Promotor de Justiça, professor, escritor e tradutor, com vasta experiência editorial, nacional e internacional e diversas participações em bancas examinadoras de concursos públicos. Emerson assumiu a direção do periódico em janeiro de 2013, quando publicou a Revista nº 47 da Terceira Fase, na qual a seção *Noticiário* foi reduzida para, apenas, dois informes: um acerca da recente posse do novo Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira; outro relativo à posse dos novos integrantes do Conselho Superior. A partir desse momento, esta seção passou a publicar somente informações de extremo valor histórico-institucional, o que decorreu da constatação de que outros assuntos, destituídos de importância cultural, poderiam ser facilmente localizados no sistema informatizado da Instituição.

A Revista, também em 2013, passou a contar com um Vice-Diretor, o Promotor de Justiça Robson Renauld Godinho, emérito processualista, também com intensa participação nas bancas examinadoras dos concursos de acesso à carreira.

A nova direção da Revista priorizou o aspecto científico, buscando ampliar sua visibilidade com a publicação de textos de autores com elevada projeção acadêmica. O objetivo almejado é a realização de um desejo antigo, presente nas resoluções e mensagens dos Procuradores-Gerais acerca do periódico: expandir o alcance da Revista para além do âmbito institucional. Torná-la uma referência no mundo acadêmico. Nesse sentido, o projeto editorial atual visa à elevação da categoria científica da publicação e à mais ampla distribuição das edições, de modo a alcançar o maior numero possível de instituições de ensino superior. Outro aspecto digno de nota foi a disponibilização de 500 assinaturas da Revista aos servidores da Instituição, também fruto do projeto de democratização do conhecimento, além da ampliação da distribuição às bibliotecas, de modo a facilitar a consulta ao seu rico acervo.

Entre as modificações realizadas, a seção *Doutrina* ganhou maior destaque; foi criada a seção *Peças Processuais*, dividida em *Ações, Pareceres*, *Consulta* e *Promoção Ministerial*. Na Revista de número 47, foi apresentada a seção *Resenha*. Na de número 48, foi instituída a seção *Observatório Jurídico*, na qual são apresentados pequenos textos de juristas renomados acerca da realidade nacional e internacional, seguindo-se o *Observatório Filosófico* no número 75 e o *Observatório Literário* no número 89, este último fruto de parceria com a

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no qual são estabelecidos diálogos entre direito e literatura. A tradicional seção *Jurisprudência* continua apresentando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A publicação ainda passou a contar com um índice alfabético-remissivo a partir da Revista nº 50. A partir do nº 55, correspondente ao primeiro trimestre de 2015, a Revista passou pela mais ampla reformulação editorial desde a sua criação, sendo alterada a apresentação da capa, o tipo e a gramatura do papel utilizado, bem como a fonte empregada, sempre com o objetivo de modernizá-la e tornar a leitura mais agradável. No plano do conteúdo, passou a contar com a seção de *Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos*, isso com o objetivo de estimular uma visão sinergética do direito interno e do direito internacional em matéria de direitos humanos. A partir do nº 75 foi instituído o seu Conselho Editorial.

Importantes avanços foram alcançados em 2019 com a indexação, ao *google acadêmico*, importante ferramenta de pesquisa, de cada artigo jurídico publicado na Revista desde a sua Primeira Fase, ainda no Estado da Guanabara, o que aumentou sobremaneira a sua visibilidade. Para que isto fosse possível, foi necessário elaborar a ficha catalográfica de todos os artigos publicados em mais de cinco décadas, conforme os padrões de indexação adotados pela ferramenta.

Ainda merece menção o árduo trabalho de digitalização de todo o acervo da Revista, que se iniciou em setembro de 2020, com a contratação de empresa especializada, e somente foi concluído em outubro de 2022, com a sua disponibilização ao público em geral, devidamente acompanhado de uma ferramenta de busca.

A Revista também passou a publicar obras de indiscutível relevância para a comunidade jurídica. Em 2017, foi publicada a primeira edição da *Legislação do Ministério Público do Estado do Rio Janeiro*; em 2020, a obra em homenagem ao nosso Diretor Honorário, Sérgio Demoro Hamilton, que reúne quarenta e dois artigos de sua autoria e textos de juristas convidados, que analisam sua vida e obra; e, em 2021, a primeira edição da obra *Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos da República Federativa do Brasil*.

Em janeiro de 2023, após uma década, o Promotor de Justiça Robson Renault Godinho foi sucedido, no cargo de Vice-Diretor, pelo Procurador de

Justiça Adolfo Borges Filho, professor emérito, examinador de concursos e colaborador assíduo do *Observatório Filosófico*.

Durante a Terceira Fase da Revista até o segundo semestre de 2024, foram publicadas 92 Revistas do Ministério Público. Totalizando as três fases, editaram-se 144 periódicos.

No segundo semestre de 2024, é disponibilizada ao público em geral a coleção *Temas*, que aglutina todos os artigos publicados pela Revista de Direito em seus quase sessenta anos de existência. Para enaltecer o cunho histórico da publicação, mantivemos a impressão original de cada texto, que é oferecido ao leitor tal qual fora publicado originalmente.

Essa é a história inacabada da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.



Revista do Ministério Público

Diretores (1967-2024)

Primeira Fase

(1967-1975)

20 Periódicos

Paulo Dourado Gusmão (1967 - 1972)

Volumes 01 a 14

Clóvis Paulo da Rocha (1972)

Volumes 15 e 16

Simão Isaac Benjó (1973-1975)

Volumes 17 a 20

Segunda Fase

(1975-1995)

32 Periódicos

Simão Isaac Benjó (1975-1978)

Volumes 1 a 6

Sergio Demoro Hamilton (1978-1982)

Volumes 7 a 15

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1982)

Volume 16

Sergio Demoro Hamilton (1983)

Valneide Serrão Vieira (1983-1984)

Volumes 17 a 19

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea (1984-1993)
Volumes 20 a 32
Fernando Fernandy Fernandes (1993-1995)

Terceira Fase
(1995-2024)
92 Periódicos

Sergio Demoro Hamilton (1995-2007)
Volumes 1 a 25
José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2007-2009)
Volumes 26 a 30
Sergio Demoro Hamilton (2009-2013)
Volumes 31 a 46
Emerson Garcia (2013-)
Volumes 47 a 92

Sumário

Direito Fundamentais – Liberdade

Luís Roberto Barroso 35
Tutela e efetividade do direito constitucional à liberdade

André Luiz de Souza Cruz 51
Desaparecimento: entre o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana

Bárbara Nascimento 73
A liberdade virtual comparada à liberdade dos antigos e à liberdade dos modernos

Direitos Fundamentais – Liberdade de expressão

Bárbara Nascimento 85
Imperadores da informação: poder e censura na internet

Arion Sayão Romita 101
Colisão de direitos: liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem

Ana Lara Camargo de Castro 125
Crimes cibernéticos e óbices ao cumprimento do acordo de cooperação internacional (MLAT) com base nos standards de causa provável e liberdade de expressão do Direito estadunidense

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento 157
O Estado como garantidor da liberdade de expressão na Internet

Direitos fundamentais – Liberdade de crença e culto

Emerson Garcia **173**

A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito: diretrizes para a atuação do Ministério Público

Fábio Carvalho Leite **193**

Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos

Direitos Fundamentais – Liberdade de Imprensa

Arnoldo Wald **229**

Direito e Imprensa

Arnoldo Wald **241**

A televisão e a liberdade de imprensa

Fernando Andréa **243**

Reflexões sobre os meios de comunicação e o estado policial: A quem interessa?

Direitos Fundamentais – Inviolabilidade do domicílio

Carlso Andresano Moreira **251**

A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantinas constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

Direitos Fundamentais – Sigilo dos dados

Walberto Fernandes de Lima **301**

A quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público Estadual

Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais fundamentais (Devido processo legal)

Luís Roberto Barroso 321

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional

Verônica C. R. Antunes Zylbeman 337

O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais

Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais fundamentais (Inadmissibilidade de provas ilícitas)

José Carlos Barbosa Moreira 355

A Consituição e as provas ilicitamente obtidas

Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais penais fundamentais (Tribunal do Júri)

Gevan de Carvalho Almeida 373

A nova Constituição e o Júri

Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais penais fundamentais (Penas Vedadas)

Ronaldo Rebello de Britto Poletti 381

Notas Sobre o Banimento e Seus Efeitos

Delphim Salum de Oliveira 389

Pena de morte

Maria Zelia de Alvarenga
Oswaldo Henrique Duek Marques **433**
O direito de morrer a própria morte

Rodrigo de Abreu Fudoli **451**
O Brasil e a transferência de pessoas condenadas

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Saúde)

Cláudio Tenório Figueiredo Aguiar **479**
Tutela coletiva do direito fundamental à saúde pública e a possibilidade de sua implementação pela atuação integradora do Poder Judiciário diante da omissão inconstitucional dos entes federados – Uma proposta de concretização

Carla Carrubba
Denise da Silva Vidal
Leandro Navega
Vanessa Katz **503**
O papel do Ministério Público na busca da autonomia dos Conselhos de Saúde. A questão da presidência

Luciano Moreira de Oliveira **511**
Hipossuficiência do autor e princípio da universalidade

Ana Luiza Lima Fazza **523**
O direito à saúde e a possibilidade do controle judicial

Luciano Moreira de Oliveira **547**
A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde

Rita Tourinho **563**

Os riscos "pós-pandêmico" da ponderação de direitos fundamentais na aplicação das medidas de combate à Covid-19

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Trabalho)

José dos Santos Carvalho Filho **587**

Gozo de férias anuais remuneradas: a inconstitucionalidade do Decreto n° 12.868/89

Mônica Rodrigues Cuneo **597**

Erradicação do trabalho infantil e regulamentação do trabalho do adolescente

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Educação)

Regiane Cristina Dias Pinto **607**

Estado laico e o ensino público. Neutralidade religiosa ou neutralização da religião?

Michele Bruno Ribeiro **623**

Estudo sobre o cumprimento da Meta 1 do Plano Nacional de educação e o ciclo de políticas públicas garantidoras do direito fundamental à educação

Heleno Ribeiro P. Nunes Filho **643**

Covid-19, vacinação infantil e volta às aulas: um estudo sobre a possibilidade de se proibir a matrícula e a frequência escolar da criança como meio de coerção indireto para compelir os pais a imunizarem seus filhos

Rogério Pacheco Alves **653**

Educação básica e pandemia de covid-19 no Brasil: efeitos, riscos e possibilidades a partir do cenário de exclusão digital

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Moradia)

Emerson Garcia **675**

Pessoas em situação de rua e direitos prestacionais

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Segurança)

Flávia Ferrer **711**

O direito à segurança

Luís Fernando de França Romão **729**

A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos

Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Propriedade)

Luiz Fux **743**

A função social da propriedade e a justiça social

Fábio Konder Comparato **751**

Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade

Remédios Constitucionais – Habeas Corpus

Antonio José Azevedo Pinto **769**

O aspecto constitucional do habeas corpus

Arnoldo Wald **783**
As origens da liminar em Habeas Corpus no direito brasileiro

José Barcelos de Souza **791**
Do Habeas Corpus

Remédios Constitucionais – Habeas Data

Arnoldo Wald
Rodrigo Garcia da Fonseca **817**
O *habeas data* na Lei nº9.507/97

Remédios Constitucionais – Mandado de Injunção

Mauro José Ferraz Lopes **835**
O Mandado de Injunção

Hélio Tornaghi **841**
O Mandado de Injunção

Remédios Constitucionais – Mandado de Segurança

Arnoldo Wald **859**
Do Mandado de Segurança contra Atos do Poder Judiciário

Miguel Seabra Fagundes. **867**
O Mandado de Segurança e o Recurso de terceiro prejudicado

José dos Santos Carvalho Filho **871**
O Ministério Público e o Mandado de Segurança

Helcio Alves de Assumpção **907**

Mandado de Segurança: A comprovação dos fatos como pressuposto específico de admissibilidade do Writ

Joel Tovil **919**

Mandado de segurança coletivo

Marcellus Polastri Lima **927**

Mariah Oliveira Santos de Queiroz. **927**

O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o Novo Código de Processo Civil Brasilerio

Fabrício Barbosa Barros **947**

O Ministério Público como elemento essencial do processo constitucional brasileiro: novas reflexões sobre a legitimidade no mandado de segurança coletivo a partir do julgamento da ADI nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal





Direito Fundamentais – Liberdade



Tutela e efetividade do direito constitucional à liberdade [1]

LUÍS ROBERTO BARROSO [*]

SUMÁRIO: **I.** Breve introdução metajurídica: **1)** A liberdade fora do Direito; **2)** A aventura da liberdade. **II.** Eficácia e efetividade dos direitos constitucionais: **1)** Constituição e supremacia constitucional; **2)** As três grandes categorias de normas constitucionais; **3)** Os direitos subjetivos constitucionais; **4)** Efetividade da Constituição e garantias jurídicas dos direitos constitucionais. **III.** Eficácia e efetividade do direito à liberdade: **1)** A caracterização jurídica do conceito de liberdade; **2)** As liberdades públicas; **3)** Algumas garantias constitucionais materiais do direito à liberdade; **4)** Garantias constitucionais processuais do direito à liberdade. *Habeas corpus* e mandado de segurança. **IV.** Conclusão.

I. BREVE INTRODUÇÃO METAJURÍDICA

1. *A liberdade fora do Direito*

Alguém pode sentir-se livre em um regime de tirania ou oprimido em um Estado democrático. A liberdade tem uma dimensão interior, personalíssima, na qual é apreendida de forma diferente por cada pessoa. O imaginário da liberdade e da opressão está fora do domínio da ciência jurídica e suas instituições. Para os que crêem, narcisicamente, na onipotência do Direito, vale o aviso: há, no mundo, espaços ocupados prioritariamente por outras ciências, dentre elas a psicologia e a psicanálise.

Mais: há países onde, apesar de a liberdade estar garantida, a sociedade é extremamente repressiva, perseguindo ou anulando os que não façam parte da vontade ou do sentimento predominante. Lugares onde a competição oprime e o fracasso eventual aniquila. Nesse universo de instituições livres e pessoas cativas do sistema, o saber jurídico pode limitadamente. Uma boa sociologia será mais útil.

[1] Trabalho apresentado na XVII Conferência Nacional dos Advogados, realizada no Rio de Janeiro, setembro de 1999, no painel *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*, e especialmente revisto para publicação em homenagem ao ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Adhemar Maciel**.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 13 (3ª Fase), jan./jun. 2001, p. 215-230.

Já na filosofia, duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é decisão e escolha entre possíveis diversos. Na concepção oposta, a liberdade não se consubstancia num ato de escolha do indivíduo, mas no produto de um contexto externo a ele, seja a natureza (para os estóicos e para Espinosa), a cultura (para Hegel) ou a infraestrutura econômico-social (para Marx).

Uma terceira concepção, que o modismo terminológico ansiaria por denominar *pós-moderna*, reúne elementos das duas primeiras. Efetivamente, a liberdade tem um conteúdo nuclear no poder de escolha, de decisão entre várias possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma dimensão não apenas subjetiva, mas que envolve, também, a possibilidade objetiva de decidir.

Há uma tensão entre a liberdade pessoal e o mundo exterior. E se há circunstâncias inexoráveis e imodificáveis – *e.g.*, frutos da fatalidade ou do determinismo científico – muitas outras existem que podem sofrer a atuação criativa, construtiva ou revolucionária dos homens. Neste sentido amplo, a liberdade pressupõe *consciência*. Na síntese feliz de Marilena Chauí, "a liberdade é a *consciência* simultânea das circunstâncias existentes e das ações que, suscitadas por tais circunstâncias, nos permitem ultrapassá-las." [2]

2. *A aventura da liberdade*

Um lance de olhos pela história dos últimos dez séculos revela que a liberdade nasce em berço aristocrático, cresce burguesa e, na virada do milênio, não chegou ainda à maturidade democrática. Quando, há dez anos, o pensamento conservador celebrou o *fim da história*, proclamando a vitória do modelo liberal, precisou fechar portas e janelas e trancar-se dentro do mundo acadêmico. Do contrário, teria escutado gritos pré-históricos vindos da África. Ou contemplado a agonia secular da América Latina. Lugares onde a história apenas começou.

O Estado moderno surge, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real. A autoridade do monarca, tanto em face da Igreja como perante os senhores feudais, funda-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava, elemento decisivo para a formação dos Estados nacionais. Três grandes revoluções abriram caminho para o Estado liberal, sucessor histórico do Estado absolutista: a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789).

---

[2] Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 357 e ss. A sistematização do tema feita pela autora serviu de fio condutor das idéias expostas neste parágrafo e no anterior.

A *Revolução Inglesa* teve, como ponto culminante, a afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional. Em 1689, quando William III e Mary II ascendem ao trono com poderes limitados pelo *Bill of Rights* (Declaração de Direitos, 1688), já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o ocidente pelos séculos afora. E com uma singularidade: fruto de uma longa gestação, que remonta à *Magna Charta* (1215), as instituições inglesas tiveram base tão sólida que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita.

A *Revolução Americana* teve duplo significado: a emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na célebre Declaração de Independência, de 1776; e sua reunião em um Estado independente, delineado na Carta de 1787. Primeira Constituição escrita e solenemente ratificada (após o acréscimo do *Bill of Rights* – Declaração de Direitos, 1791), foi ela o marco inicial do longo sucesso institucional dos Estados Unidos da América, baseado em um modelo de separação de Poderes, republicano e federativo.

A *Revolução Francesa*, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. Contudo, foi a Revolução Francesa – não a americana, nem a inglesa – que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado liberal. Foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação de Poderes e nos direitos individuais. Ao final de 1815, uma nova classe – a burguesia – instalara-se no poder, celebrando o casamento final e, até aqui, indissolúvel, entre o poder econômico e o político.

De forma sumária e inevitavelmente simplificadora, estes os três grandes antecedentes do constitucionalismo moderno e das instituições liberais. Eventos que ainda figuram em várias partes do mundo como mera inspiração, uma referência remota. Lugares onde a conquista da liberdade não é história, mas uma aventura em curso.

II. Eficácia e Efetividade dos Direitos Constitucionais

1. *A ascensão científica e institucional do Direito Constitucional. A Constituição e sua supremacia*

O Direito Constitucional, no Brasil, vive um momento importante de ascensão científica e política. De fato, a Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. A seguir, em resumo apertado, alguns elementos de teoria constitucional que contribuíram para a redefinição do constitucionalismo na dogmática jurídica nacional.

A Constituição é o primeiro documento na vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica. Cronologicamente, ela é o *marco zero* das instituições, embora essa afirmativa precise ser confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: **1ª)** todas as normas com ela incompatíveis ficam automaticamente revogadas; **2ª)** todas as normas com ela compatíveis são recepcionadas, passando a viger sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação.

Do ponto de vista hierárquico, a Constituição é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas. Este atributo é identificado como *supremacia constitucional* e significa que, no âmbito do Estado, nenhuma lei ou ato normativo de qualquer nível pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar esta supremacia, o ordenamento jurídico prevê e provê um conjunto de mecanismos conhecidos como *controle de constitucionalidade*, destinados a ensejar a pronúncia de invalidade e a paralisar a eficácia das normas que contravenham a Constituição. No Brasil, o controle pode ser: *incidental*, realizado difusamente pelos órgãos judiciários na apreciação de casos concretos, com efeitos limitados às partes do processo; ou *principal*, realizado concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta, com apreciação, em tese, da questão constitucional e efeitos *erga omnes* da decisão.

2. *As três grandes categorias de normas constitucionais*

Uma Constituição, ao instituir o Estado, **(a)** organiza o exercício do poder político, **(b)** define os direitos fundamentais do povo e **(c)** estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Por via de conseqüência, as normas materialmente constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias:

A. normas constitucionais de organização;
B. normas constitucionais definidoras de direitos;
C. normas constitucionais programáticas.

As *normas constitucionais de organização* traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos. Na Carta em vigor, são exemplos de normas desta natureza as que instituem as competências do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da União, Estados e Municípios. Embora não seja sua finalidade precípua, tais normas podem eventualmente gerar situações jurídicas individuais, sob a forma de direito subjetivo.

As *normas constitucionais definidoras de direitos* são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado — ou de outro eventual destinatário da norma — prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nesta categoria incluem-se todas as normas concernentes aos direitos individuais, políticos, sociais e difusos previstos na Constituição.

As *normas constitucionais programáticas* veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras.

3. *Os direitos subjetivos constitucionais*

A Constituição prevê, em linhas gerais, quatro grandes categorias de direitos, como assinalado acima. Os direitos *políticos* abrangem o direito de nacionalidade e os direitos de cidadania. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelos segundos, reconhecem-se ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral (intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado) e a capacidade eletiva (participação pessoal na composição dos órgãos do Estado).

Deixando para o final os direitos individuais, tem-se que os direitos *sociais*, assim designados os direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos cujo desenvolvimento teórico e positivo se deu ao longo desse século, remontando à Constituição mexicana (1917) e à de Weimar (1919). Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, surgindo para o Estado e para a sociedade certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Incluem-se nesse domínio os direitos a salário mínimo, jornada máxima de trabalho, seguridade social, educação e acesso à cultura, dentre outros.

Os direitos *difusos*, cuja formulação teórica e positivação se deram nas últimas décadas deste século, caracterizam-se, do ponto de vista subjetivo, por serem titularizados por uma pluralidade indeterminada de sujeitos; e, quanto ao seu objeto, por sua indivisibilidade, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica a satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão a um só constitui lesão a toda a coletividade. Integram essa categoria de direitos a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia

contra as manipulações de mercado (proteção ao consumidor) e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético).

A temática aqui desenvolvida, todavia, situa-se no âmbito dos direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações delas resultantes. Os direitos individuais, freqüentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos setenta e sete incisos do art. 5°.

4. *Efetividade da Constituição e garantias jurídicas dos direitos constitucionais*

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica, e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento de conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não apenas são normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que por longo tempo prevaleceu neste domínio, em que eram consideradas prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

Disto resulta que o direito constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele tutela – tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para se realizar. Vale dizer: ele aspira à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela expressa a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

A teoria da efetividade, decisiva para a afirmação científica do direito constitucional nos últimos dez anos, serve-se de um conceito tradicionalmente explorado no campo do direito privado, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de *direito subjetivo*. Por direito subjetivo, abreviando uma

longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: **a)** a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; **b)** ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; **c)** violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecida constitucionalmente a possibilidade de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5°, XXXV da Constituição, em dispositivo assim redigido: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

O direito de ação – ele próprio um direito subjetivo, consistente na faculdade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento constitucional. Mas as ações judiciais, em regra, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, institui ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Carta de 1934, três eram as ações constitucionais: o *habeas corpus* (constitucionalizado desde 1891), o mandado de segurança e a ação popular. O Texto de 1988 ampliou este elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas data*. O direito de ação e as ações em geral constituem garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais institutos de efetivação das normas da Constituição, quando não cumpridas espontaneamente.

III. Eficácia e Efetividade do Direito a Liberdade

1. *A caracterização jurídica do conceito de liberdade*

Na visão idealizada do art. 6° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a lei "é a expressão da vontade geral institucionalizada." Não é. A rigor técnico, talvez não se possa afirmar que seja sequer a vontade da maioria. Mas o Estado de Direito, ao sobrepor o governo das leis ao dos homens, precisou desenvolver esta ficção, até porque, indiscutivelmente, ela representava um avanço. A lei, produto da razão e do debate político no Parlamento, representa a despersonalização do poder. Dela se originam direitos oponíveis ao próprio poder político, bem como se extrai maior segurança para as relações sociais.

A lei, conceitualmente, é o ato jurídico emanado do Estado, com caráter de norma geral, abstrata e obrigatória. Normalmente produzida no órgão de representação popular, somente ela pode inovar no ordenamento jurídico, impondo deveres ou criando obrigações. Com maior ou menor amplitude, é comum que os Estados, mesmo os organizados sob o modelo liberal, prevejam a edição pelo Executivo de atos excepcionais, com força de lei, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, uns e outras integrantes da fisiologia e da patologia das instituições nacionais.

O princípio da legalidade vem positivado no inciso II do art. 5° da Carta de 1988, na dicção de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esta a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.

O regime constitucional brasileiro tem convivido, no âmbito do princípio da legalidade, com o uso abusivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo, com a leniência do Congresso e a tolerância do Judiciário. Dotadas de força de lei, embora sem terem tal natureza, e reservadas pela Constituição para os casos de relevância e urgência (art. 62), as medidas provisórias integraram-se, melancolicamente, à rotina legislativa do país, provendo quer sobre temas prosaicos, quer modificando Códigos e disposições longamente amadurecidas. Com grande atraso – dez anos de atraso – o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional têm esboçado reação à malversação do instituto.

Embora a lei e a legalidade sejam conceitos vitais ao Estado de Direito, é imperativo ter a percepção crítica destes instrumentos, sem sujeição ao fetiche do legalismo vazio de conteúdo e de legitimidade. Quem quer que tenha observado o modo pelo qual o fascismo se instalou na Itália, e o nazismo na Alemanha, saberá que foram entronizados no quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Como fizeram todas as ditaduras latino-americanas e seus generais caricatos. É indispensável, portanto, ter compromisso com a legitimidade das leis – legitimidade originária, corrente e finalística – e lembrar-se da advertência insuspeita de Ruy Barbosa, dirigida aos bacharéis que paraninfava: "Pesai bem que vós ides consagrar à lei em um país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis as que põem e dispõem, as que mandam e desmandam em tudo."

2. *As liberdades públicas*

De fora parte a cláusula genérica de que só a lei pode restringir a liberdade individual, a Constituição prevê, aínda, sob a estrutura formal de *direitos* (e dentro do gênero direitos individuais), um catálogo específico de liberdades, identificadas como liberdades públicas. Deu-lhes tamanha distinção a Carta

Política que dotou-as de um conjunto importante de garantias *materiais* e de garantias *processuais*. Estes dois temas serão tratados, sucessivamente, nos tópicos seguintes. Aqui se cuidará da liberdade como um direito substantivo.

As liberdades públicas delimitam espaços da esfera individual insuscetíveis — em princípio e por princípio — de invasão pelo Estado (O constitucionalismo moderno, não sem controvérsia, tem admitido nesse rol situações subjetivas exercitáveis em face de particulares. Não se fará, aqui, o desvio para debater o tema). São as conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável.

No direito positivo brasileiro, a declaração das liberdades públicas se concentra no art. 5° da Constituição, em cujo *caput* se garante "aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, *à liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade." Ao longo dos múltiplos incisos, estão expressas liberdades como a de locomoção ("**XV**- é livre a locomoção no território nacional..."), de expressão (**IV**- manifestação do pensamento; **IX**- atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; **XIV**- acesso e divulgação da informação), de consciência, crença e culto ("**VI**- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos..."), de reunião ("**XVI**- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização..."), de associação ("**XVII**- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar") e de trabalho ("**XIII**- é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer").

É bem de ver que a própria Constituição estabelece limites ao exercício de determinadas liberdades públicas, além de admitir sua disciplina em lei, desde que respeitados os balizamentos constitucionais e a razoabilidade de qualquer medida limitativa. Assim, por exemplo, o direito de informação terá de ser ponderado, conforme as circunstâncias, com o direito de privacidade. Algumas liberdades econômicas sofrem limitações decorrentes da proteção ao trabalho e à economia popular. Uma assembléia pública poderá sujeitar-se, quanto ao local de sua realização, à conveniência da circulação de pessoas e de veículos e à própria segurança pública.

Impõe-se destacar que os últimos dez anos da vida política brasileira representaram o mais longo período de estabilidade institucional desde a República. Neste quadro, as liberdades públicas foram amplamente preservadas, quer no domínio da liberdade de expressão sem censura, como no da liberdade de organização partidária, sindical e associativa. Há uma evidente mudança de patamar no exercício das liberdades políticas, fato que não é banal nem desimportante e merece ser celebrado. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

Tal avanço, por certo, não encobre a circunstância de que a exclusão social amplíssima confina o exercício pleno das liberdades públicas ao número limitado de pessoas que têm acesso ao consumo, à informação e à civilização em

geral. Os homens necessitados – proclama de longa data a sabedoria política – não são livres.

2. *Algumas garantias materiais do direito à liberdade*

Além de assegurar o direito à liberdade em gênero e em espécie, a Constituição cercou-o, ainda, de certas proteções contra a atuação tanto do legislador como dos agentes públicos de execução das leis. São as garantias *materiais*, rubrica genérica sob a qual se agrupam normas de objeto variado, mas finalidade semelhante. Dentre elas, estão as regras limitadoras das espécies normativas que podem definir crimes, as que impedem a criminalização de certas condutas e as que limitam o poder do Estado na privação da liberdade do indivíduo. A análise que se segue é puramente ilustrativa.

O princípio genérico da legalidade, quando aplicado ao direito penal, converte-se no princípio específico da *reserva legal*, expresso no inciso XXXIX do art. 5° da Constituição: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." Trata-se, indiscutivelmente, de reserva de lei *formal*, isto é, ato emanado do Poder Legislativo, pelo que não há de se admitir tipificação de crime ou cominação de pena por medida provisória. De parte isto, a dignidade constitucional do direito de liberdade é incompatível com a precariedade da eficácia temporal de tais atos normativos oriundos do Executivo.

A Constituição interdita, ademais, a *prisão por dívida* (art. 5°, XLVII), "salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inexcusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel." O Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que a adesão do Brasil, em 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 21.11.69, impediria a prisão do depositário infiel, por não haver esta previsão naquele documento internacional. A mais alta Corte tem, também, e em linha de divergência com o Superior Tribunal de Justiça, admitido a equiparação legal feita pela lei entre o alienante fiduciário e o depositário infiel, para o fim de admitir-se a prisão civil excepcional.

O *direito de não se auto-incriminar* vem consagrado, em redação aparentemente restritiva, no inciso LXIII do art. 5°: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." A jurisprudência tem estendido o alcance da cláusula para abrigar qualquer acusado, e não apenas o preso, havendo o Supremo Tribunal Federal considerado legítima, por exemplo, a recusa do indiciado em fornecer padrões de escrita para perícia grafotécnica.

A Constituição contém, ademais, ainda no art. 5°, um conjunto de preceitos restritivos do poder do Estado de proceder à *prisão* de pessoas, estabelecendo a presunção de inocência ("**LVII**- Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"), os casos de prisão legal ("**LXI**- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e funda-

mentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei"), o dever de relaxamento da prisão ilegal ("**LXV**- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária") e a proibição da decretação de prisão quando a lei admitir a liberdade provisória ("**LXVI**- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"). Sobre esta temática, veja-se o pronunciamento preciso do eminente Ministro **Adhemar Maciel**:

> *"Os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da 'dignidade humana', regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I). Assim, em princípio, só deve ficar preso quem necessite. O juiz, por força de dispositivo constitucional (art. 93, IX), deve demostrar a imperiosidade da prisão, uma vez que os réus já vinham respondendo ao processo em liberdade. O par. 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não a Constituição de acordo com a lei que lhe é subordinada. Assim, mesmo no caso de não se permitir que o condenado apele em liberdade, tem-se de demonstrar o porquê. No caso concreto não houve fundamentação. Recurso provido."* [3]

São também importantes garantias materiais a *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5°, LVI) e o *devido processo legal* (art. 5°, LIV), em sua dimensão substantiva, que impõe que qualquer interferência com um direito individual, e, notadamente, com o direito de liberdade, terá de ser informada pelo princípio da razoabilidade-proporcionalidade. A imunidade material de Deputados e Senadores ("Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos") constitui, igualmente, garantia à sua liberdade de atuação contra a perseguição política. (Note-se que os abusos, nesta matéria, têm se verificado no campo das garantias *processuais*, previstas nos parágrafos do mesmo artigo, notadamente na previsão de licença prévia da casa legislativa para instauração de processo criminal).

4. *Garantias constitucionais processuais ao direito de liberdade. Habeas corpus* e mandado de segurança

A Constituição brasileira de 1988 dedicou um conjunto importante de normas ao direito processual e, dentro dele, especificamente ao processo penal.

---

[3] *RSTJ* 54/381, RHC 2898-PE, 6ª Turma, Rel. Min. **Adhemar Maciel**, julgado em 17.08.93.

Fundada na teoria dualista clássica, abrigou, de um lado, o evidente interesse público na repressão ao crime (há um capítulo dedicado à segurança pública e ao papel das diferentes polícias – art. 144) e, de outro, o interesse do indivíduo de provar sua inocência. O réu – e mesmo o condenado – tem um conjunto de direitos a serem respeitados e caberá normalmente ao juiz tutelá-los. A justiça, também no campo penal, é o produto dialético do confronto entre partes antagônicas: a pretensão punitiva do Estado contra a pretensão de liberdade do réu, numa disputa em que poderes e direitos são delimitados constitucionalmente.

No direito anglo-saxão, o princípio do *devido processo legal* figura, desde época remota, como garantia das partes no processo, especialmente quando, por seu intermédio, atue uma pretensão punitiva. Fiel às suas origens romano-germânicas, o direito brasileiro, tanto no plano constitucional como no legal, tradicionalmente fazia a enunciação analítica de determinadas garantias processuais, previstas em espécie, e não em cláusula genérica.

A Constituição de 1988, influenciada por uma multiplicidade de concepções jurídicas e por documentos constitucionais diversos, terminou por acolher as duas fórmulas normalmente excludentes. Previu, assim, no inciso LIV do art. 5°, de maneira ampla: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." Em seguida, especificou, em normas autônomas, alguns dos significados evidentes do princípio, como, *e.g.*, o contraditório, a ampla defesa e o direito de recorrer, inscritos no art. 5°, LV. A este propósito, embora não haja consenso nem cláusula explícita, parece-me de melhor inspiração o entendimento de que, ao menos no processo penal, decorre do sistema constitucional a garantia do duplo grau de jurisdição – com pleno efeito devolutivo – implícita no princípio geral e na regra específica do direito de recorrer.

São expressos, igualmente, o princípio do juiz natural (art. 5°, XXXVII e LIII), a indispensabilidade do advogado (art. 133), a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5°, LXXIV), dentre outros. Por óbvio, têm importantes repercussões processuais as garantias anteriormente arroladas como materiais, em relação à reserva legal, provas ilícitas, prisão por dívida, privilégio contra a auto-incriminação e restrições à prisão, dentre outras. Neste domínio do devido processo legal, vejam-se duas importantes decisões do Min. **Adhemar Maciel** acerca do direito de ampla defesa e contraditório, assim como do direito à imparcialidade do juiz, *in verbis*:

> *"Soldado PM. Demissão sem justificação legal. Cerceamento de defesa. Recurso não conhecido.*
> I – É nulo ato demissório injustificado e sem oitiva do demitido, fundado apenas em ato do comandante-geral (art. 47 do DL n. 260/70).
> II – É a proteção judicial que torna efetiva a garantia e os direitos fundamentais assegurados pela

Constituição, dentre eles o direito de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF)." [4]

"Suspeição de magistrado que já se pronunciara sobre o fato, em processo administrativo instaurado contra a paciente (serventuária). Recurso parcialmente provido.
I – A Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa.
II – É inegável que quem participou de processo administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial descompromissada.
III – Recurso provido parcialmente, com o afastamento do juiz dos processos criminais." [5]

Ensina a doutrina processual clássica que as liberdades seriam vãs se não pudessem ser defendidas em juízo. Por tal razão, todos os ordenamentos jurídicos prevêem mecanismos jurisdicionais para sua proteção. No caso brasileiro, há duas ações constitucionais que, sem prejuízo da existência de outros remédios infraconstitucionais, destinam-se ou prestam-se à tutela específica e expedita dos direitos individuais: o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O habeas corpus

Originário do direito inglês, abrigado no Código Criminal do Império e constitucionalizado com a Carta republicana de 1891, o *habeas corpus* tem sido o mais expedito e eficaz instituto de defesa da liberdade individual de locomoção. Aliás, na vigência da Constituição de 1891, a chamada *doutrina brasileira do* ***habeas corpus*** deu-lhe o alcance de tutelar qualquer direito afetado por abuso de poder ou ilegalidade, até o advento da revisão constitucional restritiva de 1926. Na Constituição em vigor, ele vem previsto no inciso LXVIII do art. 5°: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."

A finalidade do remédio constitucional é fazer cessar um constrangimento ilegal, ou sua ameaça, à liberdade de locomoção de alguém, pelo que o *habeas corpus* poderá ser liberatório ou preventivo. A proteção é ampla e inclui o direito de ir e vir, permanecer, não ser preso arbitrariamente *etc.* Mas não incluiu situações desvinculadas da liberdade de locomoção, tendo sido reconhecida

[4] *DJU*, 22 mai 95, p. 14434, REsp. 37287-SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Adhemar Maciel**, julgado em 25.04.95.
[5] *DJU*, 25 set 95, p. 31153, RHC 4591-MG, 6ª Turma, Rel. Min. **Adhemar Maciel**, julgado em 12.06.95.

como incabível nos casos de pena exclusiva de multa [6], assim como no processo de *impeachment*, cuja sanção não é de índole penal, mas político-administrativa.

O *habeas corpus* é uma verdadeira ação e pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, e pelo Ministério Público. Não se exige capacidade postulatória, isto é, não é obrigatória a atuação de advogado, podendo os juízes e tribunais competentes expedirem, de ofício, ordem de *habeas corpus* se verificarem a coação ilegal. De regra, o impetrado será uma autoridade pública, havendo, todavia, decisões de tribunais admitindo, excepcionalmente, o constrangimento partido de particular. A decisão concessiva da ordem determina a cessação da coação, com a soltura do paciente (ou a expedição de salvo-conduto, na hipótese de medida preventiva).

O mandado de segurança

O mandado de segurança é uma criação tipicamente brasileira, com inspiração no *juicio de amparao* do direito mexicano. Na redação do inciso LXIX do art. 5°, tem a seguinte configuração: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público." A Lei n° 1.533, de 31.12.51, concentra a disciplina legal do instituto.

Trata-se de uma ação civil de rito sumário especial, destinada a tutelar *direito líquido e certo*, que é aquele cuja existência não seja passível de controvérsia séria e cuja extensão já esteja delimitada. Sua demonstração, assim, prescinde de prova ou esta já deverá estar pré-constituída. A medida é cabível contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente delegado, sendo valioso instrumento de tutela das liberdades constitucionais – salvo a de locomoção – quando a violação seja inequívoca. O prazo legal de impetração é de cento e vinte dias, a contar do ato impugnado, e a sentença tem natureza mandamental, importando o descumprimento em crime de desobediência.

IV. Conclusão

Em 1980, o tema central da VIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Manaus, era *Liberdade*, um bem jurídico ainda escasso no ocaso do regime militar. Naquela ocasião, ao tratar de matéria idêntica à que é objeto da apresentação que me foi solicitada, o advogado Sérgio Bermudes, em tese intitulada "A tutela jurisdicional da liberdade", denunciava que a ilegitimidade da ordem jurídica então vigente e a falta de garantias da magistratura comprometiam a

[6] Veja-se, a propósito, decisão do Ministro **Adhemar Maciel**, como relator do RHC 4159-DF (*DJU*, 7. out. 96, p. 37685), acompanhada em votação unânime: "***Processual penal. Recurso de 'habeas corpus'. Imprestabilidade do 'writ' para questionar multa penal. 'Status libertatis' não imediatamente ameaçado. Precedentes do STF. Recurso improvido.***"

disciplina e a proteção judicial da liberdade. A Declaração de Manaus, divulgada ao final do evento, condenava **(i)** os artifícios para suprimir eleições, **(ii)** a insegurança coletiva trazida pela doutrina de segurança nacional e **(iii)** o repúdio pelo regime ao essencial princípio democrático da alternância no poder.

Só a cegueira do radicalismo absoluto poderia desmerecer a longa travessia dos últimos vinte anos, na passagem de uma duradoura ditadura militar para um Estado democrático de direito. Para um regime de liberdade. Assim como somente a cegueira da insensibilidade social poderia deixar de reconhecer que a falta de um projeto generoso e abrangente de país reduz as liberdades públicas a um privilégio de poucos, com o difuso despojamento das maiorias, oprimidas por suas circunstâncias de subsistência.

Assentadas estas premissas, é possível concluir o relato aqui empreendido com as seguintes proposições objetivas:

1. A ordem jurídica tutela aspectos objetivos da liberdade. O imaginário da liberdade e da opressão, como é intuitivo, está fora do domínio da ciência jurídica e de suas instituições. Nada obstante, o desfrute pleno do direito à liberdade tem uma dimensão subjetiva, que pressupõe tomada de consciência e acesso aos valores mínimos da civilização, da cidadania e do consumo.

2. O ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, provê um conjunto de garantias materiais, processuais e de ações judiciais apto a tutelar eficazmente o direito à liberdade. Não obstante, persistem disfunções graves, como o abuso das medidas provisórias e a variedade de circunstâncias sociais e instrumentais que dificultam o acesso à justiça.

3. Os últimos onze anos, correspondentes à vigência da Constituição de 1988, testemunharam uma inegável elevação de patamar no tratamento das liberdades públicas no País, tendo como regra seu respeito espontâneo e existindo mecanismos eficazes de tutela, nos casos de violação. Em um país marcado pelo golpismo desde os primórdios da República, a Carta foi capaz de absorver, sem traumas na legalidade, conflitos eleitorais e políticos que, em outros tempos, teriam trazido abalos e mesmo rupturas.

4. As liberdades públicas, duramente conquistadas ao longo de uma acidentada trajetória institucional, tornaram-se um conjunto de bens e valores que, embora disponíveis, não são amplamente acessíveis. As aterradoras estatísticas da desigualdade social não têm mudado, de forma substancial, quer as políticas públicas, quer a convivência da sociedade com a privação em

geral. Em meio a tudo mais, também a liberdade é distribuída de forma injusta no país.

(*) Luís Roberto Barroso é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

DESAPARECIMENTO: ENTRE O DIREITO DE LIBERDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

André Luiz de Souza Cruz*

"Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma."[1]

Considerações iniciais

Sistematicamente estudado sob a ótica "político-sócio-psicológica" daquele que busca. Genericamente encarado como efeito de uma causa comum. A questão do desaparecimento de pessoas sempre envolveu mais mistérios do que comportam casos isoladamente observados ou o fenômeno em sua integralidade.

Historicamente, o desaparecimento sempre recebeu da moldura do sofrimento familiar e da investigação de atos ditatoriais, contornos bem definidos. Uma primeira busca bibliográfica realizada para a produção desse trabalho, e o resultado encontrado quando da análise dos títulos associados ao tema já indicava, de logo, uma grave tendência epistemológica de tratamento científico do problema.

Quase 30 anos após a redemocratização, e mergulhado em uma realidade de aproximadamente 6.000 casos anuais de desaparecimento só no estado do Rio de Janeiro, a questão continua limitada, por opções científicas, políticas ou jurídicas, a discutir causas e efeitos de atos do regime militar. Embora seja de inquestionável importância para o processo democrático mundial estudar e compreender também este fenômeno[2], "desaparecimento" parece um termo que mais serve a designar do que qualificar circunstâncias.

Na miopia de uma maior amplitude e profundidade sobre a questão, os mesmos 6.000 mil casos de desaparecimento são tratados, ainda hoje, através de uma experiência policial empírica. Metodologia que não classifica ou

* Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, lotado no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos – PLID. Pós-Graduado em Direito da Administração Pública com docência em ensino superior, pela UFF – Universidade Federal Fluminense.

[1] A lei da conservação das massas ou "Lei Lavoisier" foi publicada no livro Traité Élémentaire de Chimie (Tratado Elementar de Química). LAVOISIER, Antoine_Laurent. *Tratado Elementar de Química*. São Paulo: Madras Editora. 400 págs.

[2] Segundo dados da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a Argentina, durante os dois períodos ditatoriais (1966-1973 e 1976-1983) somou aproximadamente 30 mil mortos e desaparecidos. O Uruguai, no período de 25 anos, estima-se, produziu 400 mortos e desaparecidos. No Chile do Presidente Augusto Pinochet, entre muitas discussões, fala-se sobre algo entre 3.000 e 10.000 mortos e desaparecidos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. págs. 20 e 21.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 54 (3ª Fase), out./dez. 2014, p. 33-53.

compreende o fenômeno, e por isso, não sabe como resolvê-lo. Não obstante estime-se que apenas pequena parte dos relatos de desaparecimento tenha como origem causas criminais, o registro e tratamento policial ainda é a melhor, senão única forma de enfrentamento de um fenômeno que é multicausal.

Minha incorporação ao Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (PLID) no segundo semestre de 2013 e o acompanhamento de casos reais e atuais de desaparecimento e localização de pessoas, suas nuances e peculiaridades, levaram à sistematização das conclusões abaixo, fruto de discussões que já eram travadas no âmbito do Programa há alguns anos[3].

O trabalho que segue a essas linhas introdutórias, não tem a pretensão de explicar um fenômeno que pode ser considerado tão complexo quanto à própria psique humana, mas sim, desmistificar premissas que ofuscam conclusões objetivas para compreensão, e quem sabe, solução de um maior número de casos. Construir uma rota alternativa de busca e esperança para as famílias dos desaparecidos de hoje, complementando a tradicional tríade policial dos hospitais, delegacias e necrotérios.

Tomando por empréstimo a "lei da conservação das massas" – "Lei Lavoisier" como ficou historicamente conhecida – pessoas desaparecidas não se desmaterializam ou são desmaterializadas. Compreender e encarar o fato de que se transformam em algo, e descobrir em que, é o melhor exercício para tornar efetiva a possibilidade de localização.

Arriscando uma simplificação preliminar, "desaparecimento" parece não ser mais do que o desconhecimento ou a falsa percepção de fatores externos ou íntimos que atuam sobre o ser humano, que incompreendidos, colocam-no sob um *status* – em regra meramente estatístico – que dificulta a compreensão das verdadeiras circunstâncias que permitem a sua busca e localização. Sob o enfoque de quem busca, *desaparecido* talvez seja o pior rótulo que se possa dar a alguém que se procura, principalmente diante da máxima de que *"na natureza, nada se perde"*.

A lógica do improvável: reflexos da incompreensão

A clara dificuldade de compreender o desaparecimento enquanto fato social que pode estar vinculado a uma série de circunstâncias diferentes[4], converte-se, invariavelmente, em obstáculo na fixação das melhores ou possíveis ações de busca. Ao longo dos anos, várias soluções foram sendo elaboradas e muitas vezes promovidas pelas próprias famílias[5]. Longe de fomentar quaisquer críticas a tais iniciativas, a realidade é que elas sempre

[3] Vale destacar que as conclusões apresentadas neste artigo são fruto de posicionamentos pessoais e, embora extraídas da observação cotidiana no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - PLID, não são institucionais.

[4] Segundo Dijaci David de Oliveira: "o desaparecimento é um fenômeno multicausal". OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 27.

[5] Fixação de cartazes, elaboração de cadastros de desaparecidos e divulgação de fotografias.

são: para aqueles que encontram, a melhor solução; para aqueles que ainda buscam, a melhor esperança; para o Estado, na ausência de uma política pública mais efetiva, o possível.

Enquanto segmento do Estado historicamente responsável pelo registro de desaparecimentos, parece que a polícia judiciária não desenvolveu melhores mecanismos de busca. A sistemática convencional das diligências policiais não se mostra efetiva quando a "apuração" recai sobre a busca de pessoas desaparecidas[6]. "*Prima facie*", não há crime, logo, não há materialidade ou vestígios passíveis de análise[7]. Não há vítima ou sequer agente sobre o qual concentrar a investigação. De fato, não há sequer persecução sobre a qual aplicar as rotinas policiais.

Analisando a questão no estado do Rio de Janeiro, nota-se que a política "oficial" de tratamento do problema "*registro de desaparecimento*", parece levar a dois procedimentos relativamente contraditórios e aparentemente pouco eficazes. Tratando o fenômeno como fato atípico, não há a instauração de inquérito policial para apurar o desaparecimento em si mesmo. Tais casos, uma vez registrados, são acompanhados através das chamadas Verificações Preliminares de Inquéritos[8] (VPI) e convertidos em inquéritos apenas quando há fortes indícios de crime em relação causal com o desaparecimento.

Associada a tal praxe policial, previsão regulamentar[9] dispondo que as Verificações Preliminares de Inquéritos, procedimentos administrativos, devem ser remetidos às chamadas Seções de Descobertas de Paradeiro – SDP, órgãos instalados nas Delegacias de Homicídios. Em outras palavras, por mais contraditório que pareça, embora o desaparecimento não constitua, em tese, crime, é "apurado" pelas delegacias especializadas em crimes contra a vida, invariavelmente rotulados como os de maior gravidade dentro do sistema jurídico.

Desconsiderando eventuais questões de política criminal, a remessa às Divisões de Homicídios, com a inevitável concentração dos casos[10], afasta o segmento "buscador" dos fatos, locais e pessoas envolvidas no desaparecimento, prejudicando qualquer ação mais efetiva de localização através dos moldes policiais de ação.

Com efeito, a busca de desaparecidos, longe de seguir uma racionalidade prática, tende a aderir à lógica do improvável como mecanismo de solução. Felizmente o improvável, vez por outra, termina se confirmando na prática e algumas famílias, ainda que erraticamente, localizam seus desaparecidos.

[6] Neste sentido, notar que o ISP – Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro divulga os casos de desaparecimentos registrados mensalmente, porém, não mantém informações sobre localização. http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150.

[7] Art. 158 do CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

[8] Art. 5º, § 3º do CPP. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

[9] Anexo à Resolução SESEG/RJ nº 306 de 15 de Janeiro de 2010.

[10] No Estado do Rio de Janeiro, há 3 Delegacias (Divisões) de Homicídios em todo o estado. DH - Baixada Fluminense, DH - Capital e DH - Niterói. Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. *Delegacias*. Disponível em: http://www.policiacivil.rj.gov.br/delegacia.asp#dgpe. Acesso em: 09 jul. 2014.

Como dito linhas acima, não se trata de fazer aqui críticas ou reparos aos procedimentos adotados pela família, pelo Estado e pela sociedade[11] para resolução de casos de desaparecimento. A incompreensão do fenômeno, e principalmente a grande necessidade de alimentar o sentimento de que algo está sendo feito, impulsionam tais mecanismos, mantendo viva a esperança do reencontro. Entretanto, sem que haja maior esforço de compreensão sobre a órbita em que gravitam os desaparecidos, nunca será possível passar da lógica do improvável, para uma provável lógica do que de fato ocorre quando uma pessoa "desaparece".

Em aproximadamente quatro anos de existência, o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – PLID localizou e identificou pouco mais de 1.500 pessoas. Como filosofia, a premissa de que pessoas não desaparecem, transformam-se em algo, e compreender este algo, ainda que seja a mesma pessoa com vida socioeconômica ativa em outro lugar, é o que permite localizá-las.

Deixar de buscar desaparecidos e concentrar esforços na identificação de achados, eliminando a fragmentação de sistemas que fazem presumir que alguém de fato, desapareceu, tem se mostrado um exercício mais profundo e promissor do que o simples buscar e aleatoriamente, encontrar. Exercício este que exige a compreensão do próprio fenômeno "desaparecimento" enquanto fato e circunstância. Porém, antes de descer a tais considerações, vale expor alguns casos que servirão de plataforma não só para demonstrar a aleatoriedade dos atuais métodos de busca, mas, principalmente, para classificar o desaparecimento enquanto fenômeno jurídico e objeto de atuação do Ministério Público[12].

Amadeu Soares de Araújo

Em 17 de setembro de 2009, o senhor Amadeu Soares de Araújo, à época com 23 anos de idade, diagnosticado com "atraso mental e autismo", saiu de casa, em Diadema, "desaparecendo" [13].

"Durante dois meses, a família conseguia juntar mais de 30 amigos da vizinhança, que saíam às ruas em busca de Amadeu diariamente. Por mais seis meses além desse tempo, Jacqueline [irmã] *ia à Rodovia dos Imigrantes, para onde suspeitavam que o rapaz tivesse caminhado. Quando não estava no trabalho, Maria Zélia* [mãe] *acompanhava a filha em quilômetros de andanças, à procura de qualquer pista. 'Chegava uma hora que a gente não sabia o que doía mais: andar descalço e queimar a sola do pé no asfalto ou calçar o chinelo e sentir que o atrito assava a pele entre os dedos', conta a mãe"* [14].

[11] Quando fala-se em sociedade, refere-se, principalmente, ao trabalho desenvolvido por várias ONGs que dedicam-se ao cadastramento e apoio às famílias de desaparecidos.

[12] No que se refere aos casos extraídos da experiência cotidiana no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos – PLID reservo especial agradecimento ao Gestor PLID, Valbert Adelino de Oliveira Santos, por sua contribuição na pesquisa e descrição dos casos.

[13] CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas*. 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo) Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo. págs. 45 a 53.

[14] *Idem*. pág. 48.

Segundo relatos da família, desorientado, Amadeu seguiu caminhando até a cidade de Sorocaba, aproximadamente a 110 km de distância[15]. Envolvido em uma ocorrência policial, terminou internado no Hospital Psiquiátrico Vera Cruz, onde permaneceu boa parte do seu período de desaparecimento – quatro anos – até que a lógica do improvável resolvesse atuar.

Durante os anos em que Amadeu permaneceu internado, sua família distribuiu fotografias, como de hábito fazem as famílias de pessoas desaparecidas. Vendo a imagem divulgada em um canal de televisão, um ex-funcionário da clínica psiquiátrica reconheceu o paciente, fazendo contato com a emissora e, posteriormente, com a família.

Descrever o final da estória parece mero exercício de retórica, mas o fato é que o senhor Amadeu, salvo sob a ótica da família, nunca foi, técnica e literalmente, uma "pessoa desaparecida". Seu histórico de comprometimento cognitivo o colocava, fora da esfera de cuidados da família, sob uma clara condição de vulnerabilidade e situação de risco. A condução a uma clínica de tratamento parecia destino natural, dadas as suas características pessoais. Uma vez internado, sua identificação e subsequente localização dos familiares, a lógica do provável. Ainda assim, o senhor Amadeu permaneceu internado, sem identificação, durante aproximadamente três anos e meio, período em que a família caminhava, aleatoriamente, em busca de alguma notícia.

Considerando as circunstâncias de seu desaparecimento e localização, a verdade é que se o senhor Amadeu fosse tão rotulado em uma ponta como não identificado, quanto foi e outra como desaparecido, a compensação natural entre os dois universos trataria de solucionar os fenômenos que recaíram sobre a mesma existência humana. Não haveria de um lado um desaparecido, como também não haveria de outro um vulnerável em situação de risco, sem referências familiares.

Durante o período de seu "desaparecimento", o senhor Amadeu esteve ao menos em três oportunidades, em condições de ser identificado e localizado. Envolve-se em uma ocorrência policial. Foi levado ao hospital, segundo relatos da família, com o uso de uma ambulância pública e permaneceu por mais de três anos em uma unidade hospitalar. Contudo, foi necessário que o acaso tornasse sua localização possível.

Rosana

Segundo o disposto no artigo 2º da Lei 8.501/1992, o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas dentro do prazo de 30 dias, pode ser doado para fins de pesquisa científica[16].

No ano de 2010, chegava ao Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos - PLID, o registro de desaparecimento da senhora Rosana, ocorrido em 2001. Segundo relato de seus familiares, não havia motivo aparente para o desaparecimento[17]. Através de pesquisas realizadas pelo Programa no

[15] Fonte: https://www.google.com.br/maps. Acesso em: 25 jun. 2014.
[16] Art. 2º da Lei 8.501/1992. O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.
[17] Segundo dados do Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos – PLID,

ano de 2013, chega-se à informação de que desaparecida teria falecido em atendimento no Hospital Souza Aguiar, localizado na região central do Rio de Janeiro. Segundo indicava a pesquisa, o óbito teria ocorrido no ano de 2009.

Recorrendo ao hospital, a notícia de paradeiro buscada por doze longos anos. O cadáver, não reclamado dentro do prazo legal, fora doado para uma instituição de ensino, destinando-se a estudo científico.

Embora fosse absolutamente improvável localizar a senhora Rosana nestas circunstâncias, o fato que este foi o final reservado para o seu caso. Caminhando passos atrás no "trajeto" dos treze anos de seu desaparecimento, não é difícil concluir que, não fosse por uma ironia do destino, vários outros momentos teriam apresentado circunstâncias mais prováveis de localização. Aparentemente, entre os anos de 2001 e 2009, a senhora Rosana manteve uma vida socioeconômica ativa, tendo apenas optado por não mais manter vínculo com seus familiares. Em outras palavras, "desapareceu" voluntariamente.

No ano de 2009, ingressou para atendimento médico no Hospital Souza Aguiar, como qualquer outro cidadão. Durante 30 dias, seu corpo permaneceu naquele mesmo hospital, identificado[18], mas sem ser reclamado por ninguém. Ultrapassado este prazo, passou por um processo formal de destinação para estudo científico, tal qual previsto em lei.

Não pretendendo descer aqui à flagrante desproporcionalidade da Lei 8.501/1992 frente ao ordenamento jurídico, afinal, tal lei, se comparada à que autoriza a doação de órgão para transplante, parece extremamente complacente com a disposição do corpo, fato é que a senhora Rosana terminou sendo localizada quando menos provável era a sua localização, ao menos através de métodos racionais. Desprezaram-se nove anos de possibilidades efetivas de busca, para relegar seu destino à lógica do improvável. Felizmente também neste caso, ela mais uma vez operou.

"Pessoa em situação de rua", Alegrete - RS

No ano de 2013, uma "pessoa em situação de rua" entra em uma loja na cidade de Alegrete, próximo à fronteira com o Uruguai, no Rio Grande do Sul. Trata-se do senhor André Luiz, morador do bairro de Laranjeiras na cidade do Rio de Janeiro, desaparecido desde o dia 10/12/2011.

Não seria mais que outro cliente, se não chamasse a atenção da funcionária que o atendia, pelos conhecimentos técnicos de telefonia móvel, apresentados durante o rápido contato pessoal. Antes de tornar-se morador de rua e andarilho – além das circunstâncias de sua localização, pouco se sabe sobre o período de seu desaparecimento – o senhor André Luiz fora funcionário da operadora de telefonia TNL PSC S.A. – Oi, no Rio de Janeiro. Daí os conhecimentos demonstrados durante a conversa com a atendente, que viriam a possibilitar sua localização.

aproximadamente 35% dos casos de desaparecimento não têm motivo aparente.

[18] Vale ressaltar que analisando a documentação que atestou o óbito da nacional, foi possível constatar que o hospital detinha todos os dados de sua identificação civil.

Aguçada pela demonstração de capacidade intelectual do cliente "morador de rua", a atendente inicia um processo espontâneo de busca via internet, chegando à informação de que o mesmo figurava como desaparecido em um site do gênero.

A possibilidade de tal fortuito ocorrer novamente dispensa qualquer comentário. Seja como for, essa foi a solução reservada para o caso do senhor "pessoa em situação de rua", e inegavelmente, a mais efetiva para a sua família.

"Foi durante uma operação policial então..."

Nestes termos o senhor Izaias explicava seu semblante de espanto ao receber, na sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a notícia de que seu irmão, desaparecido há dois anos, possivelmente teria passado a noite em um abrigo mantido pela Fundação Leão XIII no Rio de Janeiro[19].

Ao retornar do local indicado na informação. *"É o meu irmão mesmo, não encontrei ele, mas vou poder dizer para minha mãe que o meu irmão está vivo"*.

A desesperança justificava-se, pois no caso do senhor Juzafá, a lógica do improvável parecia não trazer alento à família e as circunstâncias de seu desaparecimento indicavam para um fim diverso. Felizmente, o monitoramento mantido pelo Ministério Público em convênio que envolve abrigos da Fundação permitiu a obtenção de uma primeira esperança e, posteriormente, a localização definitiva do desaparecido.[20]

O caso de localização do senhor Juzafá expõe em nervos a lógica do improvável. Deixa claro que parece contraproducente evitar soluções factíveis de busca para, simplesmente, aderir ao rótulo vazio do "desaparecimento" ou à improbabilidade de localização.

Os sucessivos exemplos de sucesso garimpados na literatura e vivenciados no dia a dia não deixam dúvidas. Para cada localizado individualmente considerado, em sua estória pessoal, pouco importa qual o meio mais eficaz de busca. As diversas lógicas do improvável, associadas à boa vontade de alguns indivíduos e, quem sabe, à providência divina, são os fatores que permitem localizar pessoas desaparecidas. Contudo, os dados das secretarias de segurança demonstram uma clara tendência de crescimento do fenômeno.[21]. Sem que surjam alternativas para substituição desta lógica, talvez o acaso não consiga atender a todas as famílias e o fenômeno siga incompreendido pelos entes estatais envolvidos, queiram ou não, em sua solução.

[19] "Vinculada à SEASDH – Secretaria de Estado de Ação Social e Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro – a Fundação Leão XIII atua estrategicamente no enfrentamento da pobreza e risco social, coordenando e executando programas e projetos sociais, em consonância com a Política de Assistência Social". Governo do Estado do Rio de Janeiro. Leão XIII. Disponível em: http://www.leao.rj.gov.br/quem_somos.asp. Acesso em: 09 de jul. 2014.

[20] Meses após, o Ministério Público obtinha a informação de que o mesmo desaparecido teria estabelecido vínculo formal de trabalho, local em que seus familiares o reencontraram.

[21] Em janeiro de 2012, o Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou dados contando 513 casos de desaparecimento. No mesmo mês de 2013, 554 casos. Em janeiro de 2014, 628 casos. Secretaria de Estado de Segurança. *Dados oficiais*. Disponível em: http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150. Acesso em: 09 de jul. 2014.

Desaparecimento, um fenômeno sob dois prismas

Como todo processo de produção cultural, a elaboração deste estudo não fugiu à regra de uma prévia pesquisa de conteúdo científico. Entretanto, ao contrário do que habitualmente ocorre na seara jurídica, na qual a produção científica sempre é extremamente profícua, o resultado bibliográfico demonstrou uma deficiência que embora tenha se apresentado em um primeiro momento como obstáculo à compreensão do tema, em outro, indicou claramente o corte epistemológico que lhe deveria ser dado.

Somente dois entre dez trabalhos (livros, monografias e artigos científicos)[22] consultados na primeira pesquisa diziam respeito ao tema desaparecimento genericamente considerado. Em sua maioria, as produções bibliográficas tratavam de situações de capturas[23], condução[24], tortura[25] e homicídios com ocultação de cadáver[26], pelo exercício de atividades político-partidárias contrárias a regimes ditatoriais.

Apesar do marco convencional sobre a matéria ter criado a figura do "desaparecimento forçado"[27], classificação específica aplicável aos casos em que o indivíduo "desaparece" sob a tutela do Estado, muitos desaparecimentos são assim rotulados na ausência de uma melhor análise sobre o seu verdadeiro pano de fundo.

Em pesquisa apresentada como tese de doutoramento no Instituto de Ciências Sociais do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, o doutor Dijaci David de Oliveira listou – sob a ótica da família – cinco elementos como possíveis produtores do fenômeno do desaparecimento: "conflitos; violência urbana; doenças; sequestro de menores e ausência de informações".[28]

[22] As pesquisas foram inicialmente feitas através de sites de busca na internet e posteriormente complementadas com as fontes bibliográficas colhidas nestes trabalhos.

[23] Caso Chael Charles Schreier – "*Mauro* foi logo capturado, mas Chael e a jovem enfrentaram a polícia a bala e bombas feitas com canos de ferro recheados de pregos. Quando o aparelho estava tomado de gás lacrimogêneo, renderam-se e saíram da casa com os braços para cima." GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pág. 163.

[24] "Chegaram ao DOPS com as roupas em frangalhos e algumas escoriações." *Idem*.

[25] "Apanharam até o início da madrugada, quando os mandaram para a 1ª Companhia de PE, base operacional do CIE na Vila Militar". (...) "Amanhecia o sábado quando tocou o telefone do oficial de plantão do CIE, no quartel-general. Era o tenente-coronel Luiz Helvecio da Silva Leite. Havia um cadáver na 1ª Companhia da PE. Em casos anteriores esse tipo de problema fora resolvido com procedimento rotineiro. Fechava-se o caixão, proclamava-se o suicídio e sepultava-se o morto". *Idem*.

[26] Caso Mário Alves, o *Vilas* – "Mário Alves ficou oito horas na Sala Roxa. No início da manhã seguinte o cabo da guarda chamou quatro prisioneiros para limpá-la. Num canto, havia um homem ferido. Sangrava pelo nariz e pela boca" (...) "*Vilas* não voltou a ser visto. Tornou-se um 'desaparecido', o primeiro a colocar no cenário político brasileiro o personagem da viúva que cobrava o cadáver do marido." (...) "Aos olhos dos oficiais da máquina de repressão, o desfecho do assassinato de Chael tornou-se um problema, mas o de Mário Alves, uma solução. O seu desaparecimento encerrava a discussão acerca do que lhe fizeram na Sala Roxa. *Idem*, págs. 171, 172 e 173.

[27] Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas – Artigo II – "Para efeito desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes".

[28] OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública*.

Se é certo que um olhar jurídico mais apurado pode promover algum reparo em tais conclusões, não é menos certo que o olhar apresentado fornece excelentes subsídios para isso.

O fato social desaparecimento é um fenômeno que deve ser analisado – com a proposta de estabelecer qual a sua natureza jurídica – de traz para frente. Saber qual o seu real enquadramento no plano jurídico pressupõe compreender quais as causas que levam uma pessoa a desaparecer. Mais que isso, saber se de fato o desaparecimento, enquanto fenômeno que recai sobre um indivíduo que tem massa corporal física, pode ser tratado como ficção jurídica.

O exemplo dos desaparecidos políticos é ilustrativo neste aspecto. Superado período ditatorial, ruminados os efeitos amargos de sua existência e iniciado o processo para exorcizar os seus fantasmas, perguntas que nunca são feitas parecem ser as mais elementares. Ainda é possível falar em pessoas desaparecidas sob tais circunstâncias? Um dia foi possível falar em pessoas desaparecidas sob a custódia do Estado, sendo conhecidas as circunstâncias do "desaparecimento" e intuídos os destinos dos "capturados políticos"? Há espaço para pensar, tecnicamente, em desaparecimento?

No curso de seus trabalhos, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial dos Direitos Humanos reconheceu como mortas e desaparecidas durante o regime ditatorial brasileiro, 339 pessoas[29]. Porém, como demonstram os casos apresentados notas acima[30], as circunstâncias de desaparecimento eram, em regra, conhecidas e dadas às condições em que realizadas algumas capturas – públicas –, a exemplo da que levou o estudante de medicina Chael à 1ª Companhia de Polícia do Exército na Vila Militar do Rio de Janeiro, o termo desaparecimento já àquele tempo parecia utilizado inadequadamente.[31]

No ano de 2002, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR, por meio da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente - SNPDCA formalizou a Rede Nacional de Identificação e Localização de Crianças e Adolescentes Desaparecidos – ReDESAP. Embora seja de inegável importância esta e todas as outras iniciativas, públicas e privadas, voltadas ao cadastramento de crianças desaparecidas, em muitos casos, parece improvável presumir o "desaparecimento" tenha ocorrido sem intervenção e motivações externas. Crianças de dois, três anos de idade, não saem pelas ruas engatinhando ou pilotando seus potentes carrinhos e, simplesmente, desaparecem.

2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. págs. 155 e 156.

[29] Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. págs. 17.

[30] Ver notas de rodapé 3 a 6.

[31] "... o termo desaparecido é usado para definir a condição daquelas pessoas que, apesar de terem sido presas ou sequestradas, torturadas e mortas pelos órgãos de segurança, não tiveram suas prisões e mortes assumidas pelas autoridades do Estado. Dossiê Mortos e Desaparecidos. *Apud*. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. pág. 49.

No início de 2013, através de convênio firmado com a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público - PLID passou a monitorar certos segmentos do Poder Público. Utilizando-se de sistema de plataformas empilhadas,[32] para obter informações sobre "pessoas desaparecidas", apenas no primeiro semestre de 2014, recebeu 410 informações sobre pessoas que, para fins estatísticos, tiveram seus desaparecimentos formalmente comunicados às autoridades policiais.

Dentro deste universo, indivíduos que ingressaram no sistema penitenciário ou socioeducativo fluminense sem a devida comunicação à família[33] morreram ou foram mortos e tiveram suas mortes registradas junto aos sistemas oficiais. Ingressaram em abrigos, como ocorrido com o senhor Juzafá, entre outras circunstâncias. Comum entre eles, o fato de que – afastados alguns poucos casos – todos só eram qualificados como desaparecidos por falhas no sistema estatal de comunicação. Neste sentido, desde 2007 o Dr. Dijaci David de Oliveira indicava como causa de registros de desaparecimento a ausência de informações.

Ainda que a construção pareça um tanto quanto teórica, a experiência demonstra a necessidade de compreender, dentro deste universo cinzento, quem e o que de fato significa desaparecimento de pessoas. Junto a isso, saber a quem ou ao que se presta qualificar uma pessoa como desaparecida, quando todas as circunstâncias conhecidas de seu desaparecimento indicam conclusões lógicas e juridicamente muito mais estáveis.

Não se trata de negar que para alguns casos em que a injustiça de uma decisão excessivamente técnica salta aos olhos[34], nada melhor que uma boa ficção para reaproximar o Direito de um desiderato muitas vezes perdido entre as idas e vindas do processo democrático[35]. Mas quando o objetivo é a busca do desaparecido, não encarar a realidade de que aquele ser humano – "desaparecido" – não deixou de ser humano por ser rotulado como tal e, possivelmente, faz ou está sujeito às mesmas coisas que todos nós, aplicar-lhe este rótulo é certamente um equívoco. Em última análise, é desconsiderar uma premissa de mais de duzentos anos. *"Na natureza, tudo se transforma"*.

Dentro deste universo de incertezas, algumas máximas policiais se

[32] Para sistema de plataformas empilhadas ver: OLIVEIRA, Pedro Borges Mourão Sá Tavares de. Tecnologia e o Ministério Público: admirável mundo novo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* – nº 50 – Rio de Janeiro. 2014. págs. 163 a 168.

[33] Art. 5º, LXII da CRFB. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

[34] Segundo a "fórmula de Radbruch", até a lei patentemente injusta não é lei.

[35] Neste aspecto, ver julgamento do General Pinochet no Chile. "Em relação às vítimas, é preciso esclarecer que o ministro Juan Guzmán limitou o caso a apenas 19 vítimas de 'sequestro qualificado'. Isto se explica pela lei de anistia vigente e pela interpretação que lhe estava dando o tribunal de justiça. Quer dizer, anistiavam-se somente os casos em que o assassinato estava provado e os corpos devidamente identificados e entregues às famílias. No caso da 'caravana da morte', 19 pessoas continuavam, no ano de 2000, na qualidade de detidos-desaparecidos e eram portanto vítimas de 'sequestro qualificado', delito que não prescreve nem pode ser anistiado, até que se esclareçam os casos e apareçam os cadáveres". VERDUGO, Patrícia. *A caravana da morte: o livro que levou Pinochet ao banco dos réus*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. pág. 200.

cruzam e ajudam, por exclusão, a compreender a natureza do desaparecimento. Tanto em forma quanto em conteúdo, desaparecimento, por si só, não constitui crime. Tal conclusão parece tão elementar quanto contraditória é a de que a polícia é o segmento do Estado responsável por "apurar" os casos de desaparecimento[36].

Entrevistas realizadas com Delegados de Polícia de várias unidades da federação confirmaram as duas premissas. Segundo alguns deles, desaparecimento é um problema que deve ser solucionado pela família[37], muito embora haja a cultura do registro policial.

Mesmo não sendo esse o local adequado para evoluir em tal digressão, pois isso significaria fugir improdutivamente do objeto deste trabalho, um questionamento surge naturalmente. Teria o Estado encontrado novos motivos para não enfrentar problemas rotulados como desaparecimento, ou para beneficiar-se deste rótulo? Se a resposta a esta pergunta é positiva ou não, a realidade é que curvas de registros de desaparecimentos têm cores mais agradáveis que as de homicídios.

Como é possível notar, compreender a verdadeira natureza do desaparecimento é enfrentar dilema de causalidade parecido com o ovo da galinha. Em muitas hipóteses, as causas do registro de desaparecimento, ou seja, o motivo apresentado pela família para a ocorrência de tal fenômeno, não corresponde ao seu verdadeiro fato deflagrador. Assim se dá, hora por desconhecimento, hora pela necessidade de não enfrentar os verdadeiros motivos que levaram um familiar a "desaparecer".[38] Por outro lado, como visto linhas acima, o desconhecimento da causa leva, em muitos casos, a uma classificação equivocada do fenômeno e rotulação indiscriminada de várias outras figuras jurídicas sob o título de "desaparecimento".

Pensando através de uma lógica de exclusão, e deixando de lado a ficção do "desaparecimento forçado", parece razoável dizer que o desaparecimento somente ocorre quando não há uma força física ou moral externa atuando sobre a pessoa do desaparecido que o leve contra sua vontade, a perder contato ou impedir de restabelecê-lo com as pessoas de seu convívio.

Pessoas mortas ou encarceradas não são pessoas verdadeiramente desaparecidas. A falsa percepção de desaparecimento decorre, na maior parte das vezes, da ausência de comunicação da família sobre a atual situação do "desaparecido".

Na ausência de melhor conceito jurídico, alguns estudos sociológicos tratam, contrapondo a ideia de "desaparecimento forçado" – aquele provocado

[36] Art. 144, § 4º da CRFB. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
[37] OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 244.
[38] Segundo a tese do Dr. Dijaci David de Oliveira, a família é a maior produtora de desaparecimentos. *Idem*. pág. 27.

pelo Estado –, de um possível "desaparecimento civil".[39] No entanto, em que pese o valor desta construção para as ciências sociais, fora dos casos em que o indivíduo é levado ou impedido de manter contato com a família, e esta, por falha nos mecanismos de comunicação ou desconhecimento da verdadeira condição do "desaparecido", assim o conceitua, melhor falar em "desaparecimento voluntário".

Por certo, não se deve confundir voluntariedade com espontaneidade. O desaparecimento para assim ser encarado, deve ser voluntário, mas não necessariamente espontâneo. Aliás, tem se tornado muito comum a perda dos vínculos familiares, sem prévia comunicação, por indução ou convencimento alheio. Neste aspecto, o ambiente das redes sociais e outros mecanismos da internet têm prestado um verdadeiro desfavor à sociedade, mas o indivíduo não deixa de praticar voluntariamente o desaparecimento por ser ele incentivado.

Seja como for, parece que "desaparecimento" sempre será um fenômeno a ser analisado sob dois prismas de observação. Só há que se falar em desaparecimento voluntário sob a ótica de quem procura. Sob a ótica de quem está sendo procurado, desaparecido é um rótulo absolutamente vazio. Primeiro, porque quem desaparece sabe onde está. Segundo, pois talvez seja viável falar em um possível "direito ao desaparecimento" como amplo exercício do Direito à Liberdade em sua vertente ir, vir e estar, ainda que, como abaixo será demonstrado, exercido de forma irregular.

Uma teoria sobre o "Direito ao desaparecimento"

É consenso quase absoluto no mundo ocidental,[40] a ideia de que existem direitos inatos ao ser humano e por isso consagrados em uma esfera de poder anterior a qualquer organização civilizada contemporânea. Através dos ideais iluministas, a sociedade estabeleceu o que se convencionou chamar de pilares dos direitos do homem,[41] frente aos quais, quaisquer organizações sociais que venham a ser estruturadas, devem render reverencias [42].

[39] "O desaparecido civil é aqui caracterizado como sendo a pessoa que saiu de um determinado ambiente de convivência familiar ou de algum grupo de referência emocional-afetiva como roda de amigos para realizar qualquer atividade cotidiana, porém que não anunciou sua intenção de partir (daquele lugar) e jamais retornou. Sem motivo aparente, sumiu sem deixar vestígio." OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 18.

[40] Sobre críticas ao reconhecimento universal dos direitos humanos e fundamentais, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. pág. 5.

[41] *Idem.* pág. 6.

[42] "A teoria geral do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. O poder constituinte da nação – consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualifica-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente. Seu fundamento de legitimidade e, consequentemente, seu limite de atuação, situava-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação. BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo:* **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. pág. 110.

Pela consagração dos Direitos do Homem na esfera humana internacional e dos Direitos Fundamentais nas esferas constitucionais, tratou o Direito de positivar tais sacramentos ou moralidades mínimas[43], de forma a transformá-las no princípio e no fim da própria existência em sociedade[44]. A liberdade e a dignidade do homem, enquanto axiomas absolutos das estruturas sociais garantem um núcleo rígido de direitos sem os quais a própria existência estaria comprometida.

Dentro de uma perspectiva biológica, não seria forçoso dizer que o processo de libertação do homem enquanto ser vivo tem início com a própria fecundação.[45] Embora ainda gravada de uma restrita independência, a liberdade segue ampliando-se durante a gestação, à medida que o organismo desenvolve sentidos e órgão capazes de manter a vida autonomamente. Encontra seu auge no nascimento, quando, quebrado o vínculo original de dependência, tudo o mais passa a ser contrato social.[46]

Política, histórica e sociologicamente, os conceitos de liberdade e libertação sempre foram associados à limitação do poder do Estado e a garantia de direitos civis contra o arbítrio deste.[47] Para Carl Schmitt, os Direitos Fundamentais "propriamente ditos" – nesse caso, claramente refere-se o autor aos posteriormente classificados como Direitos de Primeira Geração ou Dimensão – em sua essência, são os direitos do homem livre e isolado. Em outras palavras, direitos que possui em face do Estado. Direitos da pessoa particular.[48]

Passados mais de duzentos anos desde a Declaração Francesa, nenhum instrumento político ou jurídico que queira intitular-se de Constituição, pode prescindir de previsões que consagrem o Direito à Liberdade. Segundo Konrad Hesse – demonstrando o relevo do Direito à Liberdade em relação à vida – "...

[43] Para camadas valorativas de moralidade, ver interessante tese dos "*Thick and Thin. Moral argument at home and abroad*", de: WALZER, Michael. *Apud.* BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. págs. 147 a 155.

[44] Para importância da Constituição Belga e introdução dos postulados das Declarações de Direitos do Homem nas Constituições liberais, ver "A *segunda fase constitucional das Cartas Liberais*" em: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009. págs. 228 a 231.

[45] A construção teórica acima apresentada, sobre o início do processo de libertação do homem, não leva em consideração as teses jurídicas acerca do início da personalidade humana. Para teorias, ver: Teoria Natalista – Silvio Rodrigues; Teoria da Personalidade Condicional – Serpa Lopes e Teoria Concepcionista – Clóvis Beviláqua. Para histórico de tratamento sobre o começo da personalidade, ver: PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* – 23ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. págs. 183 a 188.

[46] Neste sentido, basta pensar que, durante a gestação, embora a legislação preveja direitos para o nascituro, correlacionados a deveres da gestante, não é possível, por mais negligente que esta seja no cumprimento de tais deveres, retirar o feto do útero materno. Com o nascimento, encerra-se este ciclo e as regras sociais de proteção do ser humano passam a permitir a destituição do poder familiar. Para diferentes teorias sobre o contrato social, ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político.** – HOBBES, Thomas. "*Leviatã*" – LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil.*

[47] Neste sentido, ver a interessante obra: "A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal", escrita como tese de doutoramento em filosofia pelo professor Ricardo Lobo Torres. TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

[48] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* pág. 561.

criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam...".[49]

O princípio geral de liberdade é consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição em termos tão amplos que, segundo a doutrina, autoriza a fazer tudo aquilo que a lei não proíba.[50]

Se for possível falar em um "direito ao desaparecimento" (voluntário), é necessário promover-lhe enquadramento jurídico para melhor compreensão e tratamento do fenômeno, diria que este é o seu ponto de inserção.

O "desaparecimento voluntário", ou perda dos vínculos socioafetivos sem prévia indicação de motivo, está inserido no Direito à Liberdade de que goza o ser humano por sua própria individualidade. Não há que se desconsiderar o fato de que o mesmo direito que garante ao indivíduo a liberdade de, todos os dias, retornar para a sua casa, garante o de seguir para destino diverso. Trata-se do mais elementar direito de ir, vir e estar onde a consciência e o foro íntimos autorizem.

Entretanto, por mais contraditória e ilógica que pareça a premissa, a ideia de liberdade sempre esteve e estará associada à de limitação de liberdades. De acordo com Paulo Bonavides: *"... no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo".* [51] Na linha de teorias que defendem a celebração de um contrato social como matriz para manutenção da vida em sociedade, não há liberdades fora dos limites das liberdades.

Em *"Uma teoria da justiça"*, ao tratar dos dois princípios de justiça que são escolhidos no *"estado original"* pelos indivíduos, John Rawls afirma que: *"cada pessoa deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras".*[52] Neste sentido, quis tratar o autor do que parte da doutrina constitucional brasileira

[49] HESSE, Konrad. *Apud.* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pág. 560.

[50] Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a Lei Fundamental consagra, em seu artigo 2º parágrafo 1º, um Direito Geral de Liberdade que só pode ser restringido através de outra norma formal e materialmente constitucional. "... el Tribunal Constitucional Federal, que no há nunca em duda, desde sus primeras decisiones, el carácter de otorgamiento de derechos subjetivos del artículo 2 párrafo 1 LF, com su interpretación del libre desarrollo de la personalidad como 'liberdad de la acción humana em el más amplio sentido, en cierto modo ha emprendido una huida hacia adelante y se há decidido por una teoria extremamente amplia y subjetiva: por el derecho general de liberdad". (...) "Por una parte, a cada cual le está *permitido prima facie* – es decir, en caso de que no intervengan *restricciones* – hacer y omitir ló que quiera (norma permissiva). Por outra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, em la medida que no intervengan *restricciones*, um *derecho* frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga em ellas (normas de derechos)". (...) "Toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional". ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* págs. 333 e 337.

[51] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pág. 229.

[52] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pág. 143.

chamou de Princípio da Convivência das Liberdades Públicas.[53] A garantia dos Direitos Fundamentais, dentre eles, dos associados à liberdade, pressupõe a possibilidade de coexistência com os demais Direitos Fundamentais, objetiva e subjetivamente considerados, sendo isso decorrência lógica da máxima de que não existem direitos absolutos.[54]

Situação peculiar para análise de um possível direito de o indivíduo promover o seu "desaparecimento voluntário" foi enfrentada pelo Tribunal Comunitário Europeu, quando reconheceu o "direito ao esquecimento" do espanhol Mario Costeja González. Em apertada síntese, na ação o europeu requeria que seus dados pessoais fossem desvinculados de anúncios promovidos pelo jornal La Vanguardia, quando como fruto de pesquisas no site de buscas Google. Neste caso, alegava um possível "Direito ao Esquecimento" vinculado à privacidade.

Com base nos mesmos fundamentos, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reconheceu, diante da ausência de contemporaneidade da notícia, o direito de o indivíduo não ver seu nome vinculado a fatos jornalísticos pretéritos, que possam expô-lo indevidamente e recolocar em dúvida sua índole.[55-56]

No atual estágio do Estado Social e do Direito Constitucional mundial, não há mais espaço para discussões acerca da existência ou não e uma eficácia horizontal para os direitos fundamentais. Os debates limitam-se à forma como tais direitos devem operar entre particulares, garantida sua observância[57]. Os direitos fundamentais, por óbvio, são o limite para o exercício de outros direitos, dentre eles, os próprios direitos fundamentais.

Instituto que colabora para a compreensão da questão desaparecimento é o disciplinado no Código Civil sob o título de "ausência".[58] Mesmo com claro

[53] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. – 20ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2006. págs. 27 e 28.

[54] "A *colisão entre direitos fundamentais* não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos descritos acima. É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto". BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. págs. 330 e 331.

[55] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ – Relator Min.: Luiz Felipe Salomão – Julgado em: 28/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF. Acesso em: 09 de jul. 2014.

[56] ENUNCIADO 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizada em março de 2013 pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) – "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

[57] "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, 'as bases da ordem jurídica da coletividade'. Nesta linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira Andrade 'fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir'". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. – 2ª edição - 2ª tiragem – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. págs. 105 e 106.

[58] Regulam o instituto da ausência, os enunciados dos artigos 22 a 38 do Código Civil.

enquadramento no núcleo do direito à liberdade, a questão do desaparecimento não foi negligenciada pelo legislador infraconstitucional. Através da ausência,[59] buscou o legislador garantir que os interesses do desaparecido[60] e de herdeiros, sejam preservados até que aquele retorne, ou, aberta sua sucessão provisória e definitiva, possam os herdeiros sucedê-lo no patrimônio, resolvendo todas as questões e obrigações correlatas.

Nesse aspecto, a solução legislativa regulou a matéria, permitindo que questões de ordem prática, durante o desaparecimento, possam ser geridas pela família. No entanto, a experiência lidando com o dia a dia das famílias de desaparecidos, demonstra que não há solução legal possível quando a questão é tratar dos sentimentos vinculados ao fato de que um familiar querido desapareceu.

Uma reflexão feita pela Deputada Estadual Célia Leão (SP), citada no livro *"Sem resposta: dor luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas"*; sintetiza bem o que se pretende transmitir: *"Só existe um planeta Terra. Sair dele é muito difícil. Como, então, admitimos que não sabemos onde estão as pessoas que desaparecem, se elas certamente estão no mesmo chão que nós pisamos?"* Segundo a autora do livro: *"Desaparecimento é ferida aberta. Sem resposta, não há cicatrização, e sem cicatrização, a dor é forte e constante"*.[61]

Seja por ato de crença, cultura, ou forma de simplesmente compreender que aquela coexistência física chegou ao fim, a despedida daqueles que seguem outro destino e o sepultamento dos cadáveres, fazem parte do ritual de desenlace familiar. Muitos são os relatos de famílias que passam anos na esperança de reencontrar pessoas desaparecidas. Seguem verdadeiras peregrinações, mesmo quando têm por certa a morte, simplesmente na busca de uma resposta definitiva que permita-lhes desvincular-se daquela esperança.[62]

---

[59] Art. 22 do Código Civil. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

[60] "Abandonando a deformação conceitual de considerar-se o ausente um incapaz, na verdade o que predomina é a proteção de seus interesses". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil e Teoria geral de Direito Civil. – 23ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. pág. 193.

[61] CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas*. 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo) Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo. págs. 45 a 53.

[62] "Penélope [esposa de Odisseu do clássico "A Odisséia" de Homero] não tem como superar essa perda repentina e vive as mesmas dúvidas e incertezas vividas pelas mães de jovens apontados como desaparecidos, narradas no livro *Mães de Acari*, Nobre (1994). O autor discorre sobre a saga de mães que, no estado do Rio de Janeiro, buscam os filhos, que poderiam estar vivos ou mortos em algum lugar inacessível. Mas, lamentavelmente, elas não obtêm quaisquer respostas. São, assim, obrigadas a conviver com a angústia da incerteza. Essa mesma situação também foi vivida pela mãe de 'Pedrinho' – Maria Auxiliadora B. Pinto (B. Pinto, s/d; Tasso, 2003) ou ainda pela mãe de Stuart Angel Jones – Zuzu Angel (Valli, 1987). O que distinguie as situações – tirando o fato de que o primeiro caso (Penélope) trata-se de uma ficção e os três outros são relatos reais – é que nos três últimos casos sabe-se (ou tem-se quase certeza) do que aconteceu. Os filhos das mães de Acari,

Normalmente, na ausência de melhores políticas públicas para solução da questão, aplicam todos os recursos pessoais, emocionais e patrimoniais disponíveis, para manter acesa a esperança do reencontro. Há relatos de famílias inteiramente desestruturadas em decorrência do desaparecimento de filhos, principalmente, pela diferente disposição de seus integrantes em empenhar-se na busca.[63] Seja qual for o contexto, invariavelmente casos de desaparecimento geram inegável desgaste e sofrimentos pessoais.

Afastados os casos em que o desaparecimento decorre de causas externas, que, como visto, são capazes de desqualificar o próprio termo desaparecimento como tal, cabe questionar até que ponto o livre exercício do Direito de Liberdade autoriza alguém a submeter outrem – neste caso seus próprios familiares e pessoas de seu convívio – a tamanho sofrimento e angústia.

Nas hipóteses em que há relações jurídicas correlatas, ou seja, em que o desaparecido, ao quebrar o vínculo socioafetivo sem prévia comunicação ou esclarecimentos, deixa de cumprir com obrigações assumidas em decorrência dos vínculos familiares, não há dúvidas em afirmar que atua irregularmente no exercício do seu direito de liberdade. Por mais fundamental que possa ser, não existe Direito que legitime, por exemplo, o abandono de um filho. Embora a Constituição e o Direito admitam a separação de casais, isso não pode se dar na forma de um "desaparecimento voluntário", negligenciando a existência de direitos igualmente fundamentais dos outros indivíduos envolvidos.[64-65]

conforme as inúmeras narrativas e episódios investigados por Nobre (1994), foram mortos pela polícia carioca. 'Pedrinho' foi sequestrado – trata-se de um crime comum e que foi desvendado 17 anos depois. O jovem Stuart Angel Jones foi sequestrado por grupos ligados ao regime de exceção instalado pelo Golpe Militar de 1964. Mas como definir o súbito sumiço do marido de Penélope? Neste caso não se tem a mínima noção do que houve. Os quatro tipos de eventos (os filhos das mães de Acari, Pedrinho, Stuart Jones e de Penélope) apresentam em comum os mesmos sentimentos referentes à situação de ruptura entre pessoas (a saudade, o vazio e a falta do outro, a distância, a insegurança, o medo, o apego, o desejo pelo outro, a recusa à mudança e ao esquecimento, o sofrimento e a esperança)." OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis:* conflitos familiares, institucionais e segurança pública. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 52.

[63] *"Ele é muito calado... [esposo]. Não é de conversa... Não podia perder dia de serviço para sair andando, //uhnm// não sabia nem por onde começar... E ficou na dele, deixou pra lá//uhum// Só porque eu nunca esqueci. (Familiar, mãe)". "O pai dela? Não tá nem ai, como até hoje. Se comportou friamente. Até hoje ele fala que ela saiu de casa porque quis. Não foi atrás, até hoje nunca foi. Não vai atrás. Quando o SOS vai atrás dele, ele diz que tem mais o que fazer, que ele tem mais o que fazer (.), que ele não tem tempo pra isso. Eu particularmente acho que ele não vai porque não quer, porque ele trabalha bem ali na UnB que é do lado do SOS". (Familiar, tia). Idem.* pág. 166.

[64] Art. 229 da CRFB. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[65] "Amar é faculdade, cuidar é dever...". *"3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o* non facere, *que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social".* BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - Terceira Turma – Ministra Nanci Andrihi – julgamento em: 24/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 26/06/2014.

Segundo disposto na Constituição, a família é a base da sociedade, devendo receber do Estado especial proteção.[66] Neste aspecto, mesmo sendo de duvidosa constitucionalidade e legalidade a busca de desaparecidos pela polícia judiciária – na ausência de crimes associados ao desaparecimento –, dúvidas não há de que é função do Estado envolver-se em tal questão, pelos reflexos que potencialmente pode produzir na instituição familiar e na própria sociedade.

Sem que seja necessário descer aqui todas as relações jurídicas que possam ser comprometidas, como acima descrito, com a quebra repentina de vínculo socioafetivo, pois a elas é aplicável a mesma lógica, vale analisar a hipótese em que, supostamente, não existem relações jurídicas diretamente dependentes da presença física do indivíduo, e se nesse caso, poderia ele exercer o mais amplo "direito de desaparecer".

Mesmo nessa situação, embora *"prima facie"* não haja violação a um dever jurídico expresso, os inúmeros relatos de angústia e sofrimento observados nos casos que envolvem o desaparecimento de pessoas indicam exatamente o contrário.

Se é notório e contínuo o sofrimento vivido pelas famílias de desaparecidos, e dúvidas não há de que a origem mediata de tal sofrimento não é o desaparecimento em si, mas sim a decisão voluntária de desaparecer, não há dúvidas de que o desaparecido viola a esfera de direitos fundamentais das pessoas que o cercam, reduzindo sua capacidade de viver dignamente.

As angústias e aflições causadas pela incerteza do paradeiro, não são comparáveis as da incerteza do próprio destino enquanto fato. Estas, como acima exemplificado, terminam não sendo superadas, pela ausência de um marco consumativo da quebra do vínculo familiar. Aqueles que se casam e vão morar em lugar incerto, aqueles que saem de sua residência despedindo-se dos familiares para seguir para local indeterminado, deixam dúvidas e incertezas, mas não a dúvida da própria incerteza.

Uma situação constitucionalmente prevista, observada por outra ótica, é capaz de colaborar no entendimento da questão. Mais do que preservar os interesses do preso – embora estes possam ser considerados prioritários pela posição topográfica do dispositivo – não é possível negar, por exemplo, que é direito da família, nos termos do disposto no artigo 5º, LXII da Constituição da República Federativa do Brasil, [67] saber que seu familiar encontra-se acautelado pelo Estado em unidade policial, prisional ou similar.

Tal situação demonstra sua importância quando encaramos o fato de que muitas pessoas são consideradas desaparecidas por ausência de comunicação quanto ao encarceramento. Se assim se dá, comprovada a falta do Estado no cumprimento da regra constitucional, é ele responsável pelo sofrimento que desta circunstância decorre.

Por outro lado, há relatos na bibliografia pesquisada – e é intuitivo pressupor que isso de fato aconteça – de famílias que aplicam todos os seus

[66] Art. 226 da CRFB. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[67] Art. 5º, LXII da CRFB. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

recursos no financiamento na manutenção de mecanismos de busca de desaparecidos. Se assim ocorre em virtude de uma deliberada decisão de desaparecimento, não há dúvidas de que o desaparecido, podendo exercer o seu direito de liberdade sem causar tais danos, opta ou negligencia o fato de que causará, excede no exercício do direito.

Se o "desaparecer" está contido no Direito de Liberdade, certo é que o "desaparecimento voluntário", com a perda deliberada dos vínculos socioafetivos sem informação prévia, é abuso deste direito.[68] Viola a esfera de direitos daqueles que de alguma forma mantém vínculo afetivo com o desaparecido, a ponto de sofrer com o fato desaparecimento deste.

Embora a teoria do abuso de direito tenha sido desenvolvida e positivada para aplicação nas relações privadas[69], não há dúvida em afirmar que seus pilares – a igualdade, a boa-fé, a razoabilidade e proporcionalidade no gozo dos direitos – são de índole constitucional. Refletem alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *"construir uma sociedade livre, justa e solidária"* [70], e se assim o é, tal teoria não mais está limitada à determinada área do Direito, mas constitui um verdadeiro princípio geral deste, aplicável a qualquer ramo ou relação pessoal, social e jurídica[71]. Não há direitos ou liberdades, fora dos limites do Direito e da Liberdade.

Desta forma, ainda que seja possível falar em um suposto "direito ao desaparecimento", enquanto exercício da liberdade e pressuposto de vida, certo é que este direito não pode ser deliberadamente exercício a despeito da violação de outros tantos direitos das pessoas diretamente atingidas pelo desaparecimento.

Sob essa ótica, "desaparecimento voluntário" não é mais do que arbítrio e abuso de direito. Toda liberdade, para ser livremente exercida, impõe responsabilidades, e segundo Freud: *"A maioria das pessoas não quer realmente a liberdade, pois liberdade envolve responsabilidade, e a maioria das pessoas tem medo da responsabilidade"*. [72]

[68] "... sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno [abuso do direito] já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que assenta a doutrina, tão debatida hoje em dia. (...) Os modernos, encontram várias hipóteses em que se configura o desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a um grau de causar malefício a outro indivíduo, criam a figura teórica do *abuso de direito*, que ora encontra fundamento na regra da *relatividade dos direitos*; ora assenta na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo que se o titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direto; ora baseia-se na configuração do *animus nocendi*, e estabelece que é de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem". PEREIRA. Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. – 23ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. pág. 575

[69] Art. 187 do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[70] Art. 3º da CRFB. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[71] "A terceira conclusão que se tira da redação do art. 187 é a de que o abuso do direito, que não era estranho ao Código de 1916, foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão 'o titular de um direito' abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos". FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. – 6ª Ed. 3ª Tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pág. 171

[72] Frase atribuída ao psicanalista Sigmund Freud.

Considerações finais

Todo o contexto fático e jurídico apresentado é o que fundamenta ações de busca de pessoas "desaparecidas" e, em última análise, legitima o Ministério Público a atuar nestas ações, mais do que qualquer outro segmento do Estado.

Como acima observado, o fato social desaparecimento pode ter como pano de fundo uma série de situações, desde um homicídio com ocultação ou não identificação de cadáver; passando pela exposição de vulneráveis (crianças, idosos e deficientes) a situações de risco; até um possível "desaparecimento voluntário", com impacto direto na estrutura familiar, base da sociedade.[73]

No primeiro tópico, tratou-se da precariedade das ações de busca de pessoas desaparecidas, e dos resultados que são produzidos diante de metodologias públicas e individuais erráticas. Nesse contexto, buscou-se demonstrar que grande parte dos casos de "desaparecimento", por estarem vinculados a circunstâncias controladas, poderiam ser solucionados sem que isso ocorresse de forma quase aleatória. Na maior parte das vezes, desaparecido é o rótulo que é atribuído a alguém, de quem não se tem conhecimento do destino, no entanto, disso decorre uma tendência perversa de não promover ações objetivas de busca.

Em um segundo momento, buscou-se estabelecer um conceito e classificação fática e jurídica para o fato social desaparecimento, trazendo o fenômeno para um ambiente mais estável que permita estabelecer ações efetivas de busca. Como visto, há uma séria tendência em utilizar genericamente o termo "desaparecido", ofuscando fatos e circunstâncias que auxiliariam em tais ações. Ao fim do segundo tópico, foi proposta uma redução do universo comumente tratado sob o rótulo "desaparecido", surgindo o conceito de "desaparecido voluntário", que mais se adéqua a uma situação real de desaparecimento.

Por fim, tratou-se, dentro do universo de "desaparecidos voluntários", de um possível "direito ao desaparecimento", como parte integrante do axioma da liberdade no viés ir, vir e estar. Neste contexto, foi demonstrado que aquele que o exerce deliberadamente, sem comunicar ou informar ao seu núcleo próximo de convivência, a intenção de fazê-lo, viola diretos destes, expondo-os a grande sofrimento, o que, em última análise, não é compatível com a democrática e necessária convivência das liberdades e direitos individuais.

Bibliografia:

ALEXY, Robert . *Teoria de Los Derechos Fundamentales.*

ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida. *et al. Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964.* Recife : Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana.* – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* – 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2010.

[73] Art. 226 da CRFB. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* – 24ª ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas.* 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo). Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* – 6ª ed - 3ª Tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças e BRASIL, Vera Vital. *Exumando, identificando os mortos e desaparecidos políticos: uma contribuição do GTNM/RJ para o resgate da memória.* Disponível em: http://www.slab.uff.br/images/Aqruivos/textos_sti/Cec%C3%ADlia%20Coimbra/texto58.pdf.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das letras, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* – 20ª ed – São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOURA, Clóvis. *Diário da Guerrilha do Araguaia.* – 3ª ed. – São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985.

OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* – 23ª ed – Vol.1 – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SANTOS, Bruna Silva dos. *Crianças e adolescentes desaparecidos no Rio de Janeiro: uma realidade subnotificada no SOS Crianças Desaparecidas.* 2009. 67 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Serviço Social) Escola de Serviço Social. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* – 2ª ed. - 2ª Tiragem – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria do Estado.* – 7ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. *Direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDUGO, Patrícia. *A caravana da morte: o livro que levou Pinochet ao banco dos réus.* – tradução de Márcia Cavalcanti – Rio de Janeiro: Revan, 2001.



A Liberdade Virtual Comparada à Liberdade dos Antigos e à Liberdade dos Modernos

Sumário

1. Introdução. 2. A Liberdade dos Antigos. 3. A Liberdade dos Modernos. 4. A Liberdade Virtual. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Bárbara Nascimento*

1. Introdução

O texto de Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos[1] é considerado um clássico e há muito tempo é estudado nas faculdades de Direito. Contudo, como pode ele ser interpretado à luz das novas tecnologias? Ou, em outras palavras, como as novas tecnologias encaixam-se nas antigas classificações?

O objetivo da presente pesquisa é analisar até que ponto aquilo que o homem virtual chama de liberdade assemelha-se ou diferencia-se da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos. Ou seja, reconhecendo-se que há uma projeção cibernética da personalidade humana, que tipo de liberdade ela reivindica?

Para isso serão estabelecidas, inicialmente, algumas premissas acerca do que Constant chama de Liberdade dos Antigos e dos Modernos.

Após, serão analisados exemplos daquilo que os indivíduos chamam de liberdade na internet, fazendo-se o cotejo com o texto de Constant para, assim, ser possível identificar suas características.

2. A Liberdade dos Antigos

Segundo Benjamin Constant, a liberdade dos antigos consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre as questões de interesse da coletividade, como votar leis e julgar cidadãos desviantes. O homem era, portanto, soberano em sua projeção pública.

Por outro lado, ele afirma que os antigos não entendiam que a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo configurava uma violação à liberdade: todas as ações privadas estavam sujeitas à vigilância, mesmo nas relações domésticas integrantes da esfera da intimidade. Em Roma, os censores vigiavam até

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Promotora de Justiça Substituta do MPRJ.

[1] CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 55 (3ª Fase), jan./mar. 2015, p. 19-26.

o interior das famílias, pois as leis regulamentavam os costumes e tudo dependia dos costumes.

Dessa forma, o autor conclui que entre os antigos, o indivíduo que era quase sempre soberano nas questões públicas, era também escravo em todos os assuntos privados. Como cidadão, ele decidia em igualdade com os demais sobre o destino da coletividade; como particular, sujeitava-se ao corpo coletivo, e podia ser banido ou condenado pela vontade arbitrária do todo ao qual pertencia. Citando Condorcet, Constant afirma que os antigos não tinham nenhuma noção dos direitos individuais.

3. A Liberdade dos Modernos

Já para os modernos, segundo o autor, liberdade significa o direito de cada um de se submeter apenas às leis, o direito de não poder ser preso, nem condenado, por causa da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É o direito de dizer sua opinião, de dispor de sua propriedade, de ir e vir, dentre outros. Com relação ao governo, é o direito de cada um de influir sobre sua administração. Essa influência pode ocorrer por nomeação de funcionários ou por representações, petições ou reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.

Ele afirma que sendo a independência individual a primeira das necessidades modernas, nunca seu sacrifício deve ser pedido para estabelecer a liberdade política. Portanto, nenhuma das instituições das repúblicas antigas que impediam a liberdade individual seria aceitável nos tempos modernos.

Dessa forma, para os modernos, apenas quem tem o direito de exilar um cidadão é um tribunal regular, que o condene segundo uma lei formal que atribua a pena de exílio ao fato praticado. Ou seja, a legalidade deve ser observada: uma assembleia não pode, com fundamento na segurança pública e sem lei prévia, determinar um exílio.

O autor afirma ainda que sem a população escrava de Atenas, vinte mil atenienses não teriam podido deliberar cada dia na praça pública.

Vale destacar que como a deliberação em praça pública todos os dias demandava um tempo que o homem moderno nunca teve, se isso fosse exigido dele, não restaria tempo para que ele exercesse seus interesses privados. Logo, ele se sentiria menos livre.

A solução encontrada pelos modernos para manter sua liberdade privada foi nomear representantes para deliberar sobre as questões da coletividade: os políticos profissionais.

Afirma Constant, portanto, que para os modernos, liberdade significa as garantias concedidas pelas instituições aos privilégios privados.

Será demonstrado a seguir que na internet, o homem, em regra, não estabelece representantes. Ele delibera diretamente sobre as questões de interesse da coletividade. Por outro lado, ele reconhece que há uma esfera de intimidade que

lhe é própria e não pode ser atingida por essa coletividade. Logo, o que o homem virtual chama de liberdade não pode ser rotulado nem como liberdade dos antigos nem como dos modernos.

4. A Liberdade Virtual

Em 1993 o autor Julian Dibbel publicou um artigo cujo título era "Um estupro no Ciberespaço". Ele analisou um caso ocorrido na comunidade virtual LambdaMOO. Um MOO é um ambiente virtual ancestral dos atuais MMOGs (*Massively Multiplayer Online Games*) e se caracteriza pelo fato de que a interface que o usuário utiliza para se comunicar com o mundo virtual é textual. Em outras palavras, o usuário digita um comando para o seu personagem virtual, chamado de avatar, e o sistema retornará, em palavras, as consequências da ação. Não existem gráficos nem áudio, apenas texto. Vários usuários conectam-se ao mesmo tempo a esse cenário virtual e podem mudar a forma como o servidor se comporta com relação a todos. O Lambda é o mais antigo MOO em operação.

No caso analisado, um usuário programou uma rotina do servidor chamada de boneco de *voodoo*, cuja função era manipular os avatares de outras pessoas para seguir as ordens do avatar controlador. Esse usuário utilizou o seu avatar, Mr. Bungle, para descrever encontros sexuais considerados repugnantes com outros avatares contra a sua vontade. Esse fato tornou-se um escândalo na sociedade e, para os usuários, pouco importava o fato de o ambiente não ser real: eles se sentiram violados e demandavam algum tipo de ação da comunidade.[2]

Após muitas discussões acerca de normas sociais em ambientes virtuais, a própria comunidade decidiu que alguma forma de penalidade era necessária. Diante disso, os *designers* do espaço, chamados de *wizards*, disseram que iriam implementar o julgamento da comunidade. Em um determinado momento, foi decidido que o Mr Bungle receberia a pena mais grave possível: ele deveria ser deletado do sistema.[3]

Ao tempo em que foi divulgado, o caso do Mr. Bungle foi considerado um caso de autorregulação da internet e foi objeto de inúmeros estudos sobre comportamento virtual.

Como já demonstrado, Benjamin Constant destaca que o termo "liberdade" foi usado para definir duas espécies diferentes de relações sociais ao longo da história: a liberdade dos antigos era caracterizada por uma participação ativa e constante do poder coletivo; já a liberdade dos modernos situava-se no plano da independência privada.

Afirma Constant que o objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; que era isso o que eles denominavam liberdade.

---

[2] GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 69.
[3] Ibid. p. 70.

É certo que o tipo de reação coletiva que o caso do Mr. Bungle gerou está mais próximo da chamada liberdade dos antigos do que da dos modernos. Um membro da comunidade havia rompido o pacto social, violado normas de conduta, tornado-se violento e agressivo para os demais. A comunidade, então, deliberou e decidiu, direta e coletivamente, que esse membro deveria ser banido. Note-se que essa decisão não passou por tribunais nem por representantes eleitos e que não existia lei prévia vedando o estupro virtual nem estabelecendo a exclusão da personagem virtual como punição para aqueles que realizassem tal ato.

Atualmente, exemplos de autorregulação em comunidades virtuais não faltam. Em jogos online, é comum que os controladores consultem os jogadores antes de adotar certas mudanças, ou façam discussões para decidir que tipo de compensação será admitida pelos usuários após uma falha do servidor, por exemplo.[4]

Algumas vezes, a autorregulação do ciberespaço transborda para o mundo real. Em 2012, Amanda Todd, uma jovem canadense de 15 anos, cometeu suicídio após sofrer *cyberbullying*. Tudo começou quando ela tinha 12 anos e mostrou os seios a um desconhecido na internet em uma sala de bate papo. O homem, que guardou a foto, passou a ameaçá-la de divulgar a imagem para seus conhecidos se ela não fizesse um "show" para ele diante da *webcam*. Ela se recusou. Ele, então, divulgou a foto. Após sofrer *bullying* de seus colegas de escola por isso, ela mudou de escola, mas de nada adiantou, pois o homem criou uma conta no *facebook* na qual utilizou a referida foto como a imagem do perfil e contatou alunos da nova escola de Amanda. A partir desse ponto, o *bullying* se intensificou tanto que levou Amanda ao suicídio.

Com o suicídio, o caso foi amplamente divulgado na mídia, levando a um amplo debate sobre *cyberbullying*. O grupo *hacker Anonymous* entrou na discussão e divulgou um vídeo no qual forneceu as informações pessoais do suposto agressor de Todd[5], incluindo seu nome e endereço.

O grupo, que possui um forte apelo dramático e teatral, tem conquistado muitos adeptos a ponto de ter sido considerado pela revista *Time* uma das cem personalidades mais influentes da atualidade.[6]

Os membros comumente começam seus vídeos, que chamam de pronunciamentos, dirigindo-se aos "queridos cidadãos de nossa nação" ou aos "queridos cidadãos do mundo", e terminam dizendo: "Nós somos *Anonymous*. Nós somos legião. Nós não esquecemos. Nós não perdoamos. Aguarde-nos". No caso

[4] NECRONX. *Sobre a fusão dos servidores BRO*. Disponível em: <http://www.necropolecomercial.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=104>. Acesso em: 19 jan. 2013.
[5] O suposto agressor foi considerado "*doxed*" pelo Anonymous. "*To dox*" é um termo utilizado entre internautas que significa divulgar toda a informação pessoal de algum usuário disponível na internet para que qualquer outro usuário possa ver. Nome, endereço, telefone, dentre outros dados. Muitas vezes isso leva esse usuário a não mais utilizar a rede.
[6] CAMPI, Monica. *Anonymous aparece entre os 100 mais influentes da Time*. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/anonymous-aparece-entre-os-100-mais-influentes-da-time-19042012-22.shl>. Acesso em: 19 jan. 2013.

específico sob análise, afirmaram que a pessoa indicada como agressor era uma abominação para a nossa sociedade e seria punida.

O tipo de discurso utilizado pelo grupo é claro: falam para os cidadãos, logo entendem os internautas como uma sociedade; os cidadãos são os detentores originários do poder político, logo eles reivindicam o poder dessa coletividade de cidadãos, que chamam de legião, para legitimar suas ações e eximir-se de responsabilidades individuais; investigam, julgam e condenam o suposto culpado, divulgando seus dados pessoais para que o público em geral possa aplicar a punição que achar devida.

Após a divulgação desse vídeo, mais uma vez seguiu-se um amplo debate na mídia e na internet: seria a pessoa indicada realmente o agressor? Se fosse, deveriam ser *hackers* a divulgar essa informação ou deveria ser a polícia? Em outras palavras, deveriam ser os cidadãos engajados, mas que não possuem cargos públicos, ou aqueles cidadãos incumbidos de exercer o monopólio policial do Estado?

Essas perguntas permanecem sem resposta. Contudo, por mais que seja certo que o cidadão virtual é um cidadão ativo, engajado na política do ciberespaço, é também certo que ele não admite a violação de sua privacidade virtual.

Note-se que o suposto agressor de Amanda Todd violou a expectativa de privacidade dela e, por isso, foi considerado uma "abominação para a nossa sociedade". Um homem que colocou em risco o exercício de liberdades privadas no ciberespaço ao, ardilosamente, quebrar um suposto vínculo de confiança que previamente havia construído com outra internauta.

Em outras palavras, o suposto agressor foi condenado nos termos da liberdade dos antigos, mas por ter violado uma liberdade dos modernos – a liberdade que cada um tem de poder se relacionar com quem quiser, como quiser, sem que isso possa ser observado e controlado pela sociedade. A foto nua é um evento que, para o homem moderno e pós-moderno, deveria ficar restrita à intimidade dos envolvidos.

Além dos casos de autorregulação, outro ponto que aproxima a liberdade dos antigos da liberdade virtual é a "praça pública cibernética". A internet pode ser considerada como um grande fórum público de discussão, de tal forma que há uma liberdade que aproveita os recursos da *web* melhor do que as outras: a liberdade de expressão. Com a rede mundial de computadores, a possibilidade de exercício da liberdade de expressão pelo cidadão individualmente considerado foi elevada a um patamar nunca antes visto, pois cada um tem o potencial de, usando seu computador pessoal em sua casa, falar para uma plateia mundial.

Note-se que essa possibilidade de deliberação pela rede mundial não fica restrita ao plano das ideias, ela é concreta. A título de exemplo, na Islândia, país no qual dois terços da população utilizam o *facebook*, a nova Constituição foi debatida também pelas redes sociais.[7]

[7] Sul 21. *Constituição islandesa terá cláusulas criadas e aprovadas com auxílio das redes sociais*. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/constituicao-islandesa-tera-clausulas-criadas-e-aprovadas-

Já o marco civil da internet brasileira contou, em sua deliberação, com ampla participação popular pela rede mundial de computadores. O projeto recebeu mais de 160 mil participações de internautas com sugestões e críticas.[8]

Ressalte-se que como a palavra que é escrita em *sites* permanece lá até ser apagada, há a possibilidade de um diálogo diferido no tempo da internet. Em outras palavras, a resposta não precisa ser dada instantaneamente após a pergunta. Com isso, a aquisição de adeptos para o processo de deliberação é facilitada, pois cada um utiliza a rede quando pode, sendo livre para determinar o quanto de seus interesses individuais serão comprometidos pelo tempo dedicado a deliberar sobre os interesses coletivos. Ou seja, com a deliberação virtual não há o problema de todos terem que se reunir ao mesmo tempo em praça pública.

O homem virtual, consciente do potencial da liberdade de expressão na rede, tem feito amplo uso dela. Ele não admite, portanto, qualquer tentativa estatal de restringi-la.

Por outro lado, há uma preocupação com a privacidade. O e-mail pessoal é considerado inviolável. Toda tentativa estatal ou coorporativa de interceptar e-mails ou comunicações virtuais privadas é entendida como um abuso.

Foi assim com o caso SOPA, o *Stop Online Piracy Act*, uma proposta de lei dos Estados Unidos cujo objetivo geral é proteger o mercado de propriedade intelectual. Após inúmeras manifestações da sociedade contra o ato, ele foi parcialmente abandonado pelo governo norte-americano, porém permanece suspenso. Contudo, após a derrota parcial do SOPA, houve outras tentativas do governo norte-americano de aprovar leis semelhantes, como o CISPA (*Cyber Intelligence Sharing and Protection Act*), chamado de SOPA 2.0, que também foi intensamente criticado pois permitiria que o governo soubesse tudo sobre o comportamento virtual do indivíduo[9]

Da mesma forma, os governos da China[10] e de Cuba[11] são duramente criticados por não respeitar a privacidade de seus usuários e tentar restringir o exercício da liberdade de expressão na rede.

Partindo dos exemplos narrados fica claro que o homem virtual não admite determinações sobre o seu comportamento individual; não admite que o governo

---

com-auxilio-das-redes-sociais/>. Acesso em: 18 jan. 2013. E O Filtro. *Na Islândia, a Constituição é feita pela internet.* Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/06/09/na-islandia-a-constituicao-e-feita-pela-internet/ >. Acesso em: 18 jan. 2013.

[8] CAMPANA, Fábio. *Marco Civil da Internet é inovador, diz a The Economist*. Disponível em: <http://www.fabiocampana.com.br/2013/01/marco-civil-da-internet-e-inovador-diz-a-the-economist/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

[9] KLEINA, Nilton. *CISPA, a SOPA 2.0 que pode acabar com sua privacidade.* Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/projeto-de-lei/21973-cispa-a-sopa-2-0-que-pode-acabar-com-sua-privacidade.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

[10] Estadão.com.br. *China aumenta controle sobre usuários de internet.* Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,china-aumenta-controle-sobre-usuarios-de-internet,978478,0.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

[11] Terra Internet. *Cubanos com acesso à internet local aumentam 40% em 2011.* Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/internet/cubanos-com-acesso-a-internet-local-aumentam-40-em-2011,d87bfe32cdbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

imponha quais sites ele pode visitar, quais programas ele pode usar, quando, como ou com quem ele pode se comunicar, nem monitore a sua vida *on-line*.

Aquilo que o homem virtual chama de liberdade, portanto, difere tanto da liberdade dos antigos como da dos modernos: por um lado, ele quer uma internet quase anárquica, na qual os próprios membros tenham o poder de determinar suas regras e as punições para aqueles que as violarem; reivindica-se a mais ampla liberdade de expressão de forma que não há quase pecado. Por outro lado, há um pecado: o homem virtual não quer que a sua esfera de intimidade seja violada. Quando isso ocorre, em nome da citada ampla liberdade de expressão, não há perdão, e a resposta vem na mesma moeda virtual.

5. Conclusão

A presente pesquisa teve como objetivo analisar até que ponto a liberdade virtual assemelha-se ou distancia-se da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos, utilizando-se como base a obra de Benjamin Constant.

Conclui-se que a liberdade virtual assemelha-se a uma liberdade anárquica, na qual os indivíduos, membros da comunidade, reivindicam para si o direito de punir diretamente os outros indivíduos que sejam considerados desviantes em sua projeção cibernética. Isso ocorre tanto em casos nos quais o desvio é puramente virtual como em casos em que se usa o mundo virtual para um desvio no mundo real.

Essa liberdade anárquica é semelhante a dos antigos, mas com ela não se confunde, porque o homem virtual, por outro lado, não admite interferência nas suas questões privadas, aproximando-se, nesse aspecto, da liberdade dos modernos. Isso ficou claro no ponto em que foi demonstrado que quando as liberdades individuais (modernas) são ameaçadas, o homem virtual responde, mas o faz nos termos da liberdade dos antigos.

Por essas razões, a liberdade virtual não é nem uma subespécie da liberdade dos antigos nem da liberdade dos modernos, configurando uma nova espécie de liberdade nunca antes experimentada em uma escala global.

6. Bibliografia

CAMPANA, Fábio. *Marco Civil da Internet é inovador, diz a The Economist*. Disponível em: <http://www.fabiocampana.com.br/2013/01/marco-civil-da-internet-e-inovador-diz-a-the-economist/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

CAMPI, Monica. *Anonymous aparece entre os 100 mais influentes da Time*. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/anonymous-aparece-entre-os-100-mais-influentes-da-time-19042012-22.shl>. Acesso em: 19 jan. 2013.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

Estadão.com.br. *China aumenta controle sobre usuários de internet*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,china-aumenta-controle-sobre-usuarios-de-internet,978478,0.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation:* Scale-free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

KLEINA, Nilton. *CISPA, a SOPA 2.0 que pode acabar com sua privacidade*. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/projeto-de-lei/21973-cispa-a-sopa-2-0-que-pode-acabar-com-sua-privacidade.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

NECRONX. *Sobre a fusão dos servidores BRO*. Disponível em: <http://www.necropolecomercial.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=104>. Acesso em: 19 jan. 2013.

O Filtro. *Na Islândia, a Constituição é feita pela internet*. Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/06/09/na-islandia-a-constituicao-e-feita-pela-internet/ >. Acesso em: 18 jan. 2013.

Sul 21. *Constituição islandesa terá cláusulas criadas e aprovadas com auxílio das redes sociais*. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/constituicao-islandesa-tera-clausulas-criadas-e-aprovadas-com-auxilio-das-redes-sociais/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

Terra Internet. *Cubanos com acesso à internet local aumentam 40% em 2011*. Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/internet/cubanos-com-acesso-a-internet-local-aumentam-40-em-2011,d87bfe32cdbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.





Direitos Fundamentais – Liberdade de expressão



IMPERADORES DA INFORMAÇÃO: PODER E CENSURA NA INTERNET.

Bárbara Nascimento*

Sumário: 1 Introdução. 2 Premissas jurídicas. 3 Donos do conteúdo e censura pelo *software*. 4 Donos da estrutura física e censura pelo *hardware*. 5 Conclusão. 6 Bibliografia.

1 Introdução

O que acontece se um provedor de acesso bloquear determinados sites sem que isso seja explicitado aos seus usuários ou se um mecanismo de busca que todos acreditam que seja neutro, começar a retornar resultados direcionados?

Afirma-se com frequência que a internet é livre de entidades controladoras. Em que pese isso ser verdade com relação à estrutura ideal da rede, pois diferentemente das mídias tradicionais, como a imprensa ou a televisão, a internet não possui um ponto central de controle da informação, a prática não equivale à teoria.

O objetivo da presente pesquisa é analisar até que ponto, dada a estrutura descentralizada e em rede da internet, é possível falar que ela possui agentes capazes de controlar a circulação da informação nela. Pretende-se demonstrar que a rede mundial de computadores não é livre de donos e que seus proprietários são aqueles que possuem poder de ingerência sobre o funcionamento físico do sistema ou sobre o fluxo de dados. No mundo atual, eles seriam a Apple, a Amazon, o Facebook, o Google, a Microsoft e os operadores de *backbone*.

O problema que advém dessa constatação é que a posição desses agentes dará, a cada um deles, a capacidade de censurar a rede, em maior ou menor medida, podendo configurar uma violação ao direito de acesso à internet.

Não se pretende ponderar, caso a caso, quando o direito à liberdade de expressão do particular ou seu direito de acesso à internet preponderariam em detrimento da liberdade do agente privado. Ou seja, não se pretende analisar se pais podem censurar a internet de filhos, empresas de empregados ou escolas de alunos, por exemplo, mas sim analisar o poder de censura daqueles que dominam a rede em si.

Também não se pretende discutir, neste momento, os recursos que os governos podem utilizar para censurar a internet: o foco é em agentes econômicos privados.

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Promotora de Justiça Substituta do MPRJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 54 (3ª Fase), out./dez. 2014, p. 93-108.

Além disso, como afirma Jorge Reis Novais, no mundo dos direitos fundamentais, a explicitação do conflito é o primeiro pressuposto para a realização de uma ponderação constitucionalmente adequada. Em outras palavras, o conflito de interesses deve ser exposto da forma mais transparente possível para que o intérprete e aplicador da lei possa solucionar casos difíceis pela ponderação, de forma intersubjetivamente controlável segundo os princípios constitucionais.[1]

Por fim, parte-se da premissa de que tanto a censura pelo *hardware* como a censura pelo *software* podem levar ou ao bloqueio de conteúdos específicos na internet ou ao bloqueio do acesso à internet como um todo.

2 Premissas jurídicas.

A Lei 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet, em seus artigos 4º, I, e 8º, positivou expressamente no ordenamento brasileiro o direito de acesso à internet.[2] Defende-se que o conteúdo de tal direito inclui duas dimensões: o acesso à infraestrutura física necessária à conexão e o acesso ao conteúdo disponível na rede.

Esse direito de acesso à internet está diretamente ligado à liberdade de expressão, como reconhecido pelo referido artigo 8º[3]. Entende-se tradicionalmente que a liberdade de expressão é um direito que enseja prestações negativas do Estado. Ou seja, a vedação à censura dirige-se, em regra, ao poder público, o qual deve abster-se de interferir nas manifestações lícitas dos indivíduos.[4]

Contudo, atualmente, não se nega a possibilidade de ser reconhecida a eficácia horizontal da liberdade de expressão. E essa possibilidade cresce à medida que o uso da internet cresce. Explica-se: na internet, não é o Estado que tem se mostrado o principal agente silenciador das manifestações de pensamento, mas sim os agentes privados. A voz que o cidadão tem na internet é uma voz, em regra, mediada. Mediada pelo seu aparelho de comunicação (*desktop*, *notebook*, *tablet*, aparelho celular, videogame, televisão, roteador, etc.), pelo seu serviço de acesso à internet e pelos serviços virtuais que o indivíduo usa para expor uma ideia (Facebook, Twitter, *blog*, o servidor no qual ele hospeda seu próprio *site*, etc.), dentre outros. Todos esses são, em regra, produtos ou serviços oferecidos por agentes privados.

Apenas para exemplificar, o indivíduo pode utilizar um MacBook e se conectar à internet pelo provedor Net Vírtua para utilizar o Twitter e expor suas ideias para o mundo virtual. Todos esses agentes privados citados possuem, cada qual, o poder de censurar aspectos da liberdade de expressão desse indivíduo, como será demonstrado adiante. Mas o que é importante ressaltar

[1] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 25.
[2] Defendo, em obra específica (NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *O Direito Humano de Acesso à Internet:* fundamentos, conteúdo e exigibilidade. Amazon, Ebook Kindle, 2013.), que esse direito deve receber o status de direito humano, pelos fundamentos lá apresentados. Para o estudo desenvolvido no presente artigo, contudo, essa questão não será tratada.
[3] Art. 8º - A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.
[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 362.

neste ponto é que, como em qualquer incidência de direitos fundamentais em relações privadas, os interesses envolvidos nesses casos também precisarão ser ponderados quando se tratar de eficácia horizontal da liberdade de expressão.

Assim, saber qual é o limite da liberdade individual na internet dependerá do caso concreto. Não é o objetivo desta pesquisa, repita-se, ponderar cada caso, mas sim desmistificar a crença de que a internet não tem agentes controladores. Pelo contrário, ela tem e eles são capazes de realizar uma censura em larga escala desse meio de comunicação. A partir do momento em que esse potencial de censura é revelado, fica claro que esses agentes são capazes de violar o direito de acesso à internet do indivíduo e essa informação passa a integrar a ponderação.

3 Donos do conteúdo e censura pelo *software*.

Apesar de a internet ser composta por incontáveis *websites*, poucos controlam a maior parte do fluxo da rede, constituindo verdadeiros nódulos centrais, essenciais para o fluxo de dados *online*.[5] Em 8 de outubro de 2012, o site Alexa[6], que faz constantes medições, indicava que o Google era o *site* mais visitado do mundo, seguido pelo Facebook, Youtube, Yahoo!, Baidu, Wikipédia, Windows live, Twiter, qq.com e Amazon, todos originalmente norte-americanos, à exceção do Baidu e do qq.com, que são chineses.

Vania Baldi, atento para a questão do controle do fluxo da informação na rede, afirma que a internet possui quatro "proprietários": Amazon, Apple, Facebook e Google.[7] A razão pela qual ele indica esses agentes é facilmente identificável.

O Facebook é, atualmente, a rede social dominante. Em 14 de setembro de 2012, ele informou ter alcançado a marca de 1 bilhão de usuários ativos no mês.[8] Apesar da empresa estar enfrentando dificuldades para provar a seus investidores que é capaz de gerar lucro[9], talvez o verdadeiro poder do Facebook resida no fato de ele ser um grande arquivo de fichas pessoais, com fotos, vídeos, comentários públicos, trocas de mensagens privadas, divulgação de preferências individuais, etc. É por essa razão que Evgeny Morozov afirma que databases são melhores do que oficiais da *Stasi* para adquirir informações sobre as pessoas.[10]

O Google revolucionou a forma como pesquisas são feitas na internet. Sua interface simples e o visual limpo facilitaram a busca para usuários inexperientes. Além disso, o *site* não aceitava dinheiro para promover alguns *links* à frente de outros[11]: originalmente, a ordem dos resultados era

[5] GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 76.
[6] Estatística disponível em: <http://www.alexa.com/topsites>. Acesso em 8 out. 2012.
[7] BALDI, Vania. *Ideologia 2.0*: entre memória exteriorizada e exploração digital. Original cedido pelo autor.
[8] FOWLER, Geoffrey A., *Facebook: one billion and counting*. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>. Acesso em: 5 out. 2012.
[9] SCHNEIDER, Joe. *Facebook Investor IPO Lawsuits Sent to New York Judge*. Disponível em:<http://www.bloomberg.com/news/2012-10-05/facebook-investor-ipo-lawsuits-sent-to-new-york-judge.html>. Acesso em 5 out 2012.
[10] MOROZOV, Evgeny. *The Net Delusion:* The Dark Side of Internet Freedom. New York: Public Affairs, 2011. p. 148-149.
[11] VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*: and why we should worry. California:

determinada pela popularidade deles. O sucesso pode ser facilmente visto nos números: em 2009 ele já processava mais de 1 bilhão de pedidos de busca todos os dias[12] e no período de setembro de 2011 a setembro de 2012, foi responsável por 91,4% do mercado de buscas na internet[13].

Note-se que sem os mecanismos de busca, a internet perderia muito de seu potencial. Sem a indexação que eles promovem, seria muito difícil encontrar uma informação específica no meio de todas as páginas da rede.

A Amazon é a principal loja virtual. Se a internet fosse um *shopping*, ela seria a loja âncora. Uma pesquisa divulgada no ano de 2012 estimou que 30% de todos os compradores *online* começam suas buscas pelo *site*, que ele é responsável por 19% da renda do *ecommerce* norte-americano e que 86% dos norte-americanos que já compraram algo *online*, compraram na Amazon.[14]

Já a Apple se apresenta como um caso único. Ela controla uma significativa parte do mercado de *hardware* e se vale desse fato para controlar também o mercado de *software*, não dando ao usuário muita liberdade para optar por aplicativos de outros desenvolvedores. Os sistemas operacionais desenvolvidos pela Apple apenas funcionam em computadores da Macintosh e são os únicos que funcionam neles, sendo que o mesmo é válido para os celulares e *tablets*. É como se o usuário comprasse um aparelho de DVD que apenas pudesse ler discos do próprio fabricante do aparelho e esses discos não pudessem ser lidos em aparelhos de outros fabricantes.

Devido ao enorme sucesso conquistado por aparelhos como o iPod, iPad, iPhone e MacBook, em março de 2010, ela superou a Microsoft e passou a ser a maior companhia de tecnologia no mundo, avaliada em mais de 240 bilhões de dólares.[15]

Mas em que pese a afirmação de Baldi ser pertinente, ela se limita aos proprietários do conteúdo virtual da rede, com exceção da Apple. A essa categoria podem ser agregadas outras duas: os proprietários da estrutura física, que são os mais fortes agentes desse mercado e serão estudados no próximo tópico, e os proprietários dos sistemas operacionais. Isso porque o controle do sistema operacional significa o controle do código e, nas palavras de Lessig, na internet o código é a lei.[16]

Nesse último quesito, a Microsoft permanece imbatível. As estatísticas indicam que mais de 80% dos computadores utilizam um Sistema Operacional da família Windows[17].

University of California Press. p. 1-2.

[12] KUHN, Eric. *Google unveils top political searches of 2009*. Disponível em <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2009/12/18/google-unveils-top-political-searches-of-2009>. Acesso em 5 out. 2012.

[13] Estatística disponível em: <http://gs.statcounter.com/#search_engine-ww-monthly-201109-201209-bar>. Acesso em 5 out. 2012.

[14] DAVIS, Andrew. *Amazon Passes Google as Top Destination for Shopping Research [Report]*. Disponível em: <http://searchenginewatch.com/article/2196747/Amazon-Passes-Google-as-Top-Destination-for-Shopping-Research-Report>. Acesso em 5 out. 2012.

[15] WU, Tim. *The Master Switch*: the rise and fall of information empires. New York: Vintage Books, 2011. p. 294.

[16] LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. Soho Books, 2010. p. 5.

[17] Estatísticas disponíveis em: <http://www.w3schools.com/browsers/browsers_os.asp>. Acesso em 5 out. 2012.

Mas por que o controle do código é tão importante? Por que o sistema operacional é uma arma nessa guerra? Porque é o código que determina a língua que o usuário utiliza para falar com a internet e, dessa forma, as possibilidades de uso dos diversos outros *softwares*. Em outras palavras, algo que um sistema operacional não permita, um *software* não faz.

A dominação do mercado da Microsoft é diretamente responsável pela inclusão digital, pois foi a sua interface gráfica intuitiva que permitiu que usuários sem qualquer conhecimento técnico pudessem usar computadores. A família Windows, em especial após o Windows 95, facilitou a comunicação do usuário com a máquina. Diante dessa dominação do código, *hardwares* e *softwares* passaram a ser desenvolvidos para que fossem compatíveis com a família Windows, usuários e profissionais foram treinados em ambiente Windows e qualquer novo sistema operacional lançado pela Microsoft é facilmente difundido.

Se a Microsoft simplesmente saísse de cena, deixaria um buraco que não poderia ser substituído por outras companhias em curto prazo. E atualmente o sistema operacional está tão integrado à internet que a Microsoft, ao disponibilizar o Windows, já oferece ao usuário toda uma teia de serviços *online*.

Assim, ela aproveita a sua dominação do mercado de sistema operacional para dominar aspectos da internet que possam ser integrados a ele. A empresa, ao lançar o sistema operacional Windows 8, em 25 de outubro de 2012[18], apresentou como uma das principais características prometidas para o novo sistema a total integração dele a seus serviços *online*, como o Microsoft SkyDrive, um disco virtual para armazenamento e compartilhamento de arquivos, e o Xbox Live, sistema utilizado pelo Xbox 360, o principal videogame da empresa, responsável por quase 39,6% do mercado global de consoles, equivalente a mais de 68 milhões de unidades vendidas até 7/10/2012[19]. Além disso, a empresa desenvolveu total integração entre seu novo navegador, o Internet Explorer 10, e o Windows 8. Em janeiro de 2013 a Microsoft anunciou que o sistema operacional recém-lançado já havia vendido 60 milhões de cópias.[20]

Mas foi ao ser lançado para o sistema anterior, o Windows 7, que o Internet Explorer 10 dobrou seus usuários.[21] Não se pode perder de vista que apesar de já ter perdido espaço, o Internet Explorer, em suas múltiplas versões, permanece, por algumas medições, o navegador mais utilizado no mundo e, por outras, o segundo mais utilizado[22]. E é basicamente o navegador que determina os recursos disponíveis para os programadores de *sites*. Em outras palavras, se um *webmaster* desenvolve um *site* que não é compatível com o Explorer, perderá muitos visitantes. Também não se deve desconsiderar que o Windows Live, de acordo com a pesquisa supracitada, está entre os *sites* mais visitados do mundo.

[18] Windows 8 será lançado dia 25 de outubro. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/17/microsoft-oficializa-data-de-lancamento-do-windows-8.htm>. Acesso em 6 out. 2012.
[19] Estatísticas disponíveis em <http://www.vgchartz.com>. Acesso em 7 out. 2012.
[20] DESTRO, Gustavo. *Microsoft já vendeu 60 milhões de unidades do Windows 8*. Disponível em: <http://www.noteshared.com/2013/01/microsoft-ja-vendeu-60-milhoes-de.html>. Acesso em: 6 abr. 2013.
21 BRIGHT, Peter. *Internet Explorer 10 almost doubles its users thanks to Windows 7 release*. Disponível em: <http://arstechnica.com/information-technology/2013/04/internet-explorer-10-almost-doubles-its-users-thanksto-windows-7-release/>. Acesso em: 6 abr; 2013.
[22] Estatísticas disponíveis em <http://gs.statcounter.com> e em <http://www.w3counter.com/globalstats.php>.

O poder de fato da Microsoft é tão evidente que ela já foi condenada por violar dispositivos do *Sherman Act* no caso United States v. Microsoft[23]. Ela também foi acusada pela União Europeia de constituir monopólio.[24]

Mas o certo é que todos esses agentes citados por Baldi, ou seja, Amazon, Apple, Facebook e Google, assim como a Microsoft, possuem o poder de, em alguma medida, censurar o usuário.

A Apple é duramente criticada por seus sistemas operacionais apresentarem o código fechado em um nível que o computador pessoal nunca apresentou. Alegam os críticos que os sistemas da Apple são desenvolvidos para fomentar o consumo, e não a criação. A empresa permite que terceiros desenvolvam aplicativos, mas de forma restrita: é ela que decide quais programas poderão ou não rodar no iPad e no iPhone.[25]

Os *standards* para essa decisão são, contudo, obscuros. Ela apresenta uma lista de razões, muitas delas com conteúdos subjetivos, para rejeitar aplicativos. A título de exemplo, uma dessas razões diz que a Apple pode recusar aplicativos cujo conteúdo ou comportamento ela acredite estar "além do limite", sem especificar de qual limite se trata.[26]

Frequentemente, conteúdos políticos e religiosos controvertidos são censurados, assim como charges que, segundo a empresa, ridicularizam figuras públicas[27], desconsiderando que o papel da charge é, muitas vezes, desconstruir a imagem de uma figura pública para reconstruí-la de forma cômica, porém crítica.

Por exemplo, o aplicativo para iPad de uma das maiores revistas alemães, *Stern*, foi sumariamente retirado do ar pela Apple por publicar um conteúdo erótico na revista impressa que foi, junto com todo o conteúdo da revista, disponibilizado em formato digital pelo aplicativo. O fato de o conteúdo ser permitido na Alemanha não foi considerado. A empresa também ordenou à outra revista alemã, a *Bildt*, que alterasse seu conteúdo caso quisesse continuar com seu aplicativo.[28] Resumidamente, a Apple utiliza seu controle sobre o *hardware* para controlar o que o indivíduo pode ou não fazer com ele após a venda do produto.

Além disso, o Skype e o Google Voice, dois aplicativos para realizar chamadas pela internet de graça, inicialmente sofreram bloqueio da Apple, por contrariar os interesses de sua parceira comercial, a AT&T. A Apple fundamenta seu poder de veto no direito que uma loja tem de não estocar produtos que não queira, e apenas retirou os bloqueios após a interferência da *Federal Communications Commission* (FCC).[29]

[23] United States v. Microsoft Corporation. Antitrust case filings. *The United States Department of Justice*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm>. Acesso em 7 out. 2012.
[24] *Acusada de monopólio, Microsoft libera código de principais softwares*. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL308641-6174,00-ACUSADA+DE+MONOPOLIO+MICROSOFT+LIBERA+CODIGO+DE+PRINCIPAIS+SOFTWARES.html>. Acesso em 7 out. 2012.
[25] WU, Tim. Op. cit. p. 291.
[26] Loc. cit.
[27] MacKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked*: the worldwide struggle for internet freedom. Kindle ed., 2012. p. 126.
[28] Loc. cit.
[29] WU, Tim. Op. cit. p. 292.

Aqueles que criticam a empresa, como Tom Conlon da revista *Popular Science*, alegam que o próximo passo seria ela bloquear filmes, programas de TV, músicas, livros e sites.[30] Com base nisso, Tim Wu afirma que todos sabem o quão *user-friendly* a interface da Apple é, mas poucos percebem o quão *Hollywood-friendly* ela é ao proteger os interesses da indústria de filmes.[31]

Talvez a razão de o controle de um sistema operacional ser tão importante fique mais clara de ser visualizada no caso da Apple do que no caso da Microsoft. E o motivo é simples: a Apple se vale desse poder mais do que a Microsoft, mas isso não significa que a Microsoft não possa fazer o mesmo se quiser.

Mas o domínio da Apple não permaneceu sem rivais por muito tempo. Em 5 de novembro de 2007, o Google anunciou o lançamento do Android, um sistema operacional para celulares de código aberto, apto a ser utilizado por qualquer fabricante do aparelho. No início de 2011, ele já havia superado a venda de *smartphones* da Apple. Não se deve ser ingênuo de acreditar que o Google não tem pretensões de, ao rivalizar com a Apple, tornar o ambiente dos *smartphones* mais adaptado aos seus serviços e de seus parceiros comerciais, mas o sucesso do Android apenas reforça a ideia de que sistemas abertos sempre ganham. É por isso que o ex-CEO do Google, Eric Schmidt, afirmou que "o usuário final prefere escolha, liberdade e abertura".[32]

Contudo, o Google também não permanece imune a críticas. Ele e o Facebook destacam-se no grupo dos proprietários da internet por serem as duas empresas integralmente virtuais. Como foi dito, originalmente o Google indicava os resultados das buscas com base na popularidade dos *sites*, de forma neutra. Isso mudou em 4 de dezembro de 2009, quando ele anunciou a "busca personalizada".[33]

Pelo novo sistema, o *site* utiliza sinais, considerando elementos como o local do qual a pessoa está se conectando, o *browser* que ela está usando e o que ela pesquisou previamente, para apresentar resultados baseados na preferência do usuário. Dessa forma, duas pessoas diferentes buscando o mesmo termo encontram resultados diferentes.[34] Com isso, a prometida política de neutralidade do Google se desfez.

A empresa promete manter a privacidade do usuário e os dados indicam que até agora ela tem cumprido essa promessa, mas seu objetivo é simples: quanto mais personalizada for a experiência, mais adequados ao perfil do comprador serão os anúncios oferecidos, assim mais provável será que ele clique nesses anúncios e compre os produtos ofertados. Essa estratégia é usada não apenas pelo Google como também pela Amazon, pelo Facebook, pelo Yahoo, pelo Youtube e pelo Microsoft Live, todos *sites* com elevado número de visitantes.[35] Essa conduta, contudo, não é explicitada para o usuário e permanece fora do conhecimento da maior parte das pessoas. Além disso, muitas vezes não é dada a elas a opção de recusar a personalização e realizar uma busca neutra.

[30] Loc. cit.
[31] Ibid. p. 293.
[32] Ibid. p. 294-299.
[33] PARISER, Eli. *The Filter Bubble*: What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2011. p. 1.
[34] Ibid. p. 2-3.
[35] Ibid. p. 7-8.

A vantagem desse método é que ele permite ao usuário encontrar as informações específicas desejadas dentro do mar de informações que a internet se tornou; o problema desse método é o que a internet não mostra: ao personalizar a busca de acordo com aquilo que o usuário já sabe, perde-se o grande benefício que a internet oferece, que é a descoberta do diferente. Troca-se o fomento do dissenso, tão caro à democracia e à política dos Direitos Humanos, pelo consenso, formador de massas acríticas.

Ressalte-se que nada impede que os referidos agentes utilizem esse método para direcionar a experiência do usuário de acordo com sua própria preferência política ou ideológica, excluindo dos resultados *sites*, vídeos ou manifestações contrárias aos interesses da empresa. E, como dito, não é porque hoje esses agentes não fazem isso que eles não possam fazer no futuro.

4 Donos da estrutura física e censura pelo *hardware*.

É possível falar em censura física do mundo virtual? Sim, e trata-se da mais poderosa. Em que pese o domínio do conteúdo que circula na internet ser importante, ele não se compara ao poder advindo do domínio da estrutura física da rede. O CEO da AT&T, Ed Whitacre, ao ser perguntado em uma entrevista sobre o quanto se preocupava com os pretensiosos da internet, como Google, MSN e Vonage, respondeu: "como você acha que eles alcançarão os consumidores? Por um tubo de banda larga." E complementou: "Companhias de cabos os têm. Nós os temos. Eles gostariam de usar meus tubos de graça, mas eu não irei deixá-los."[36]

Para aprofundar a análise do presente tópico, inicialmente é necessário apresentar uma resumida explicação de como a internet funciona:

> Quanto à sua estrutura, a Internet pode ser definida como uma rede mundial de computadores composta por redes menores, ou seja, como uma rede de redes. (...) Assim, quando o usuário se conecta ao seu provedor de internet, forma com ele uma rede. O provedor, por sua vez, se conecta a outro provedor maior, nacional ou internacional, formando com ele outra rede. Os grandes provedores fornecem a estrutura física da internet, de cabos e roteadores, chamada de *internet backbone*. Todos os provedores que estão no topo dessa hierarquia de redes se conectam, então, a Pontos de Troca de Tráfego, ou PTTs, que são comutadores ou redes centrais que viabilizam a troca de dados entre as redes diretamente conectadas ao PTT e, consequentemente, entre todos os computadores conectados a qualquer das redes interconectadas.[37]

Estima-se que no ano 2000 existiam em todo o mundo apenas 5 operadores no topo da hierarquia da rede física descrita, classificados como Tier

[36] WU, Tim. Op. cit. p. 284-285.
[37] NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet:* a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. Kindle ed. 2011.

1[38]. São eles: Cable & Wireless Worldwide, UUNet, Sprint, AT&T e Genuity, todas norte-americanas.[39] Em janeiro de 2011 estima-se que eram 13, sendo 7 norte-americanas, uma alemã, uma italiana, uma sueca, uma japonesa, uma espanhola e uma indiana.[40] Assim, se um desses poucos operadores de *backbone* parar de funcionar, grande parte da rede perderá a habilidade de se comunicar.

Note-se que apesar de haver divergência sobre o quanto uma única instalação pode ser importante para o funcionamento da internet, já que a rede é redundante, com alguns estudiosos defendendo que os *links* facilmente contornariam o buraco deixado utilizando rotas alternativas e outros afirmando que alguns setores da rede poderiam ter sua conexão interrompida ou sofrer uma queda brutal de velocidade e estabilidade[41], o fato é que problemas nos cabos submarinos afetam milhões de usuários todos os anos.

Em janeiro e fevereiro de 2008, danos a cabos submarinos no Mar Mediterrâneo causaram transtornos a 70% da rede do Egito, prejudicando 6 milhões de usuários, a 60% da rede da Índia, atingindo 60 milhões de usuários, e problemas nos Emirados Árabes Unidos, onde 1 milhão e 700 mil usuários foram prejudicados, Paquistão, onde 12 milhões de usuários foram afetados, Arábia Saudita, atingindo 4 milhões e 700 mil usuários, além de afetar usuários no Afeganistão, Bahrein, Bangladesh, Kuwait, Maldivas, Catar, e Sri Lanka. A maior parte dos serviços foi restaurada após 24 horas. [42]

Em fevereiro de 2012, um corte em um cabo submarino no leste africano demorou mais de 3 semanas para ser reparado, gerando intermitência e redução da velocidade das conexões no Quênia, Etiópia, Ruanda, Burundi, Uganda, Tanzânia, Sudão do Sul, Zâmbia e Zimbábue.[43]

Em junho de 2012, o corte de um cabo próximo a Singapura interrompeu o acesso à Internet de milhões de usuários de Bangladesh e reduziu drasticamente a velocidade dos que conseguiram permanecer conectados. Usuários privados, empresas e setores governamentais foram afetados. O país não possuía uma rota alternativa.[44]

Em 27 de agosto de 2012 foi a vez do Reino Unido sofrer. O corte de um cabo que ligava Blighty à Holanda fez com que algumas regiões da Internet ficassem inacessíveis para os usuários da O2, uma importante empresa de

[38] Redes Tier 1 são aquelas que podem alcançar todas as redes conectadas à internet sem precisar pagar a outras redes por tráfego. (BERG, Rudolph van der. *How the 'Net works:* an introduction to peering and transit. Disponível em: <http://arstechnica.com/guides/other/peering-and-transit.ars/4>. Acesso em 4 out. 2012.)

[39] ROSEMAN, D. The digital divide and the competitive behaviour of Internet backbone providers: Part 1 - issues and arguments. *Info.* v. 5, n. 5, p. 25-37, 2003.

[40] Estatísticas disponíveis em <http://as-rank.caida.org>. Acesso em 4 out. 2012.

[41] BLUM, Andrew. *Tubes*: a journey to the center of the internet. Kindle ed., 2012. p. 115.

[42] ZAIN, Asma Ali. *Cable damage hits one million Internet users in UAE*. Disponível em: <http://www.khaleejtimes.com/DisplayArticleNew.asp?section=theuae&xfile=data/theuae/2008/february/theuae_february121.xml >. Acesso em 4 out. 2012. E também: Severed cables disrupt internet. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7218008.stm>. Acesso em 4 out. 2012.

[43] KABWEZA, L. S. M. *East Africa undersea cable outage enters third week*. Disponível em: <http://www.techzim.co.zw/2012/03/east-africa-undersea-cable-outage-enters-third-week>. Acesso em 4 out. 2012.

[44] *Bangladesh Internet down after submarine cable cut*. Disponível em: <http://www.channelnewsasia.com/stories/afp_asiapacific/view/1206158/1/.html>. Acesso em 4 out. 2012.

telecomunicação britânica, e sites como o do popular jogo *online World of Warcraft*, da BBC, da Amazon e do Facebook ficaram indisponíveis por mais de 24 horas.[45]

Rompimentos de cabos submarinos geralmente são gerados por terremotos, atrito com o solo marinho ou âncoras de navios.

Fora do mar, na Geórgia, em março de 2011, uma senhora de 75 anos derrubou a conexão de toda a Armênia por cerca de 5 horas quando, ao cavar procurando por cobre, danificou o cabo que conectava os dois países. Ela ganhou o apelido de *spadehacker* por esse evento. A Geórgia era responsável por prover, à época, 90% da internet da Armênia.[46]

Retomando a questão do domínio da estrutura física da rede por poucas empresas, a título de exemplo, a instalação conhecida como *NAP of the Americas*, de propriedade da empresa privada Terremark, uma subsidiária da Verizon localizada em Miami, é responsável por cerca de 95% de todo o tráfego de dados da internet entre a América do Norte e a América Latina.[47] A mesma empresa é proprietária da instalação NAP do Brasil, em São Paulo, e afirma que se trata do mais importante ponto de troca de tráfego da América Latina.[48]

É verdade que novos agentes estão ingressando no mercado, mas o que importa discutir no presente ponto é que tais agentes, que operam o *backbone* da internet, são poucos e em sua maioria privados, e bastaria que um desses agentes cortasse o serviço para que, como demonstrado, alguns usuários ou até mesmo países inteiros ficassem com a conexão muito lenta ou interrompida. Em outras palavras, ninguém é dono da internet mais do que os operadores de *backbone*. Compreender a capacidade latente deles de derrubar o sistema ou controlar o fluxo de dados é fundamental para a compreensão da distribuição de poder sobre a internet.

Reconhecendo isso, os norte-americanos, de executivos da indústria a oficiais de inteligência da C.I.A., seja por questões econômicas ou estratégicas, mostraram preocupação com a perda de importância do país no controle do fluxo de dados da rede, já que os novos operadores de *backbone* que estão surgindo são de outros países. Foi o fluxo significativo de dados pelos EUA que permitiu que a C.I.A. rastreasse inúmeros terroristas nos últimos anos.[49-50]

[45] FIVEASH, Kelly. *UK ISPs crippled by undersea cable snap*. Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2012/08/28/cut_underseas_cable_cripples_networks>. Acesso em 4 out. 2012.

[46] PARFITT, Tom. *Georgian woman cuts off web access to whole of Armenia*. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/06/georgian-woman-cuts-web-access>. Acesso em 8 out. 2012.

[47] *Long Road From Cuba: Manny Medina, CEO of Terremark (Part 4)*. Disponível em: <http://www.sramanamitra.com/2009/10/31/long-road-from-cuba-manny-medina-ceo-of-terremark-part-4>. Acesso em: 8 out. 2012.

[48] Terremark. *Fact Sheet:* NAP do Brasil. Disponível em: <http://www.terremark.com/uploadedFiles/Technology_Platform/Datacenters/South_America/TMRK_NAPdoBrasil_Gatefold_02_English_Screen.pdf>. Acesso em 3 out. 2012.

[49] MARKOFF, John. *Internet Traffic Begins to Bypass the U.S.* Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/30/business/30pipes.html>. Acesso em: 3 out. 2012.

[50] Recentemente, contudo, os EUA têm adotado medidas, com fundamento no *Patriot Act*, no *Stored Communications Act* e em outras leis, que permitem que os oficiais do governo possam juridicamente obrigar as empresas sediadas nos EUA a fornecerem dados que não estejam geograficamente hospedados nos EUA, mas que estejam hospedados em servidores internacionais de propriedade

A pesar de ser óbvio, não é demais explicitar que além de poder interromper a conexão dos usuários com a rede, o que configura censura e viola o direito de acesso à Internet, o fato de os operadores de *backbone* controlarem os cabos pelos quais os dados circulam permite que eles controlem os dados em si, se desejarem.[51]

Além de poder ser fisicamente controlada no topo da hierarquia da rede, a Internet também pode ser censurada no aparelho pessoal que o usuário final usa para se conectar. Como já tratado, cada vez mais os fabricantes de *hardware* buscam controlar o comportamento *online* do usuário após a venda e entrega do produto.

Em 28 de agosto de 2012 a Apple patenteou uma tecnologia chamada "aparatos e métodos para coação de políticas sobre um dispositivo *wireless*"[52] que permite desabilitar à distância os telefones celulares de sua fabricação (iPhones) ou recursos específicos nesses aparelhos, como as câmeras fotográficas, quando o usuário entrar em uma determinada localização geográfica. A "política" da zona, que determinará quais funções do aparelho serão habilitadas ou desabilitadas, poderia ser determinada por Governos, negócios, ou operadores de rede, por exemplo.

Alega a fabricante que em determinados locais, como cinemas, hospitais ou em reuniões, o toque ou a luminosidade excessiva dos aparelhos pode incomodar outras pessoas. Em outros locais pode não ser permitido tirar fotos e em outros, como aeroportos, o funcionamento do aparelho pode causar riscos à segurança. Assim, ao entrar em uma dessas zonas, o aparelho celular da pessoa receberia um comando para reduzir a luminosidade, desligar o *Wi-Fi*, entrar em modo vibratório, modo "soneca" ou modo "avião", dentre outras alternativas.

Note-se que ao forçar o *smartphone* a entrar em modo "soneca" ou modo "avião" retira-se também a possibilidade de ele estabelecer uma conexão com a Internet. Além disso, apesar de todos os recursos da tecnologia não serem descritos, parece que ela pode ser utilizada para bloquear pura e simplesmente a conexão de rede do aparelho, retirando a possibilidade de se conectar à Internet por *Wi-Fi* ou pelo próprio sistema de telefonia.

Em que pese reconhecer-se que em determinados locais, como presídios ou áreas específicas de aeroportos, o funcionamento de aparelhos *wireless* possa e deva ser bloqueado por questões de segurança, trata-se mais uma vez de uma questão de ponderação. É possível imaginar que empresas ou fábricas tenham interesse legítimo em bloquear o funcionamento de celulares ou das

dessas empresas norte-americanas, em especial a *Microsoft* e o *Google*. Para aprofundar a questão, vide: WHITTAKER, Zack. *Yes, the FBI and CIA can read your email. Here's how*. Disponível em: <http://www.zdnet.com/yes-the-fbi-and-cia-can-read-youremail-heres-how-7000007319>. Acesso em: 7 abr. 2013. LARDNER, Richard. *Not that hard for authorities toget to your email*. Disponível em: <http://finance.yahoo.com/news/not-hard-authorities-email-131531468.html>. Acesso em: 7 abr. 2013.

[51] Para uma explicação técnica de como isso é possível, vide DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied: the practice and policy of global internet filtering*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008.

[52] BELL, et. al. *Apparatus and methods for enforcement of policies upon a wireless device*. United States Patent and Trademark Office. Disponível em: <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&u=%2Fnetahtml%2FPTO%2Fsearch-adv.htm&r=36&p=1&f=G&l=50&d=PTXT&S1=(20120828.PD.+AND+Apple.ASNM.)&OS=ISD/20120828+AND+AN/Apple&RS=(ISD/20120828+AND+AN/Apple)>. Acesso em 8 out. 2012.

câmeras anexas, por exemplo, em áreas estratégicas. Mas em estabelecimentos abertos ao público, a situação é diferente. Assim, tem um cinema o direito de modificar a configuração do aparelho celular de uma pessoa à distância? A princípio, parece que não. Por mais incômodo que seja um celular tocar no meio de um filme, por mais que tal atitude viole regras de conduta social, não há ilícito, não há conduta contrária ao direito sendo realizada pelo particular. E ainda que houvesse, poderia o cinema, agente privado, forçar o cumprimento da lei a toda uma coletividade, interferindo no funcionamento da propriedade privada alheia? Coagir o indivíduo a se portar de acordo com uma lei que tutelasse um suposto direito a não ser incomodado no cinema? Proibir o uso de celular em uma sala de cinema é diferente de, sem o consentimento do indivíduo, alterar remotamente as configurações do aparelho.

E essa ponderação não deve ser deixada exclusivamente a cargo de agentes privados. Ao contrário, o ideal seria que existisse uma lei regulamentando-a. A proibição do uso de aparelhos celulares em bancos no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, veio por lei. Mesmo assim alguns a acusam de ser materialmente inconstitucional, por violar o direito de propriedade do indivíduo.[53]

É certo que nem todas as tecnologias patenteadas são, de fato, implementadas. Mas independentemente de vir a ser esta tecnologia implantada ou não, a patente indica em que tipo de tecnologia a Apple e possivelmente outros fabricantes de *hardware* ou desenvolvedores de *software* estão pesquisando para futuramente disponibilizar: aparelhos e/ou protocolos que consigam controlar outros aparelhos, limitando seus recursos ou sua capacidade de comunicação, incluindo a possibilidade de acesso à internet.

Os riscos que o mal uso de tal tecnologia pode trazer são evidentes. Governos poderiam utilizá-la para impedir manifestações populares lícitas.

A título de exemplo, em agosto de 2011, após alguns manifestantes se reunirem para protestar pacificamente em uma estação de metrô no centro da cidade de São Francisco, a polícia do BART[54] ordenou a várias operadoras de telefonia celular que cortassem o serviço naquela área, impedindo o uso do aparelho mesmo em situações de emergência, sob o argumento de que a manifestação contrariava a lei e ameaçava a segurança dos passageiros[55].

A manobra foi duramente questionada por especialistas em direitos civis e pela sociedade, gerando a reação do grupo *hacker Anonymous*, que afirmou que o "(...) *Anonymous* tentará mostrar àqueles engajados na censura, qual é a sensação de ser silenciado".[56]

---

[53] *RJ proíbe uso de celular nas agências bancárias.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-07/estado-rio-janeiro-proibe-uso-celular-agencias-bancarias>. Acesso em 9 out. 2012.

[54] BART significa *Bay Area Rapid Transit*. É um serviço de transporte sobre trilhos que conecta a área da Baía de São Francisco. O BART possui o seu próprio departamento de polícia.

[55] *Police shut down San Francisco transit station after protests.* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44153343>. Acesso em: 9 out. 2012.

[56] *Hacker group posts names of BART site subscribers.* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44139412/ns/technology_and_science-security/t/hacker-group-posts-names-bart-site-subscribers>. Acesso em: 9 out. 2012.

Note-se que tal situação não ocorreu na China ou na Coreia do Norte, mas sim no centro da cidade de São Francisco, famosa por sua diversidade cultural e por ser um centro de ativismo liberal.

Mas a reação também veio do Estado. Especificamente em resposta a esse evento, em agosto de 2012 o Legislativo da Califórnia aprovou por unanimidade um projeto de lei que veda a interrupção de serviços de celular ou de internet *wireless* sem ordem judicial. Segundo o Senador Estadual Alex Padilla, já existiam leis que visavam a impedir exatamente esse tipo de ação, mas elas se limitavam ao serviço de telefonia tradicional. Portanto, uma atualização se mostrava necessária para impedir a interrupção do funcionamento de celulares ou de serviços de internet *wireless* sem ordem judicial.[57] A lei, contudo, foi vetada pelo Governador, que a devolveu ao Senado Estadual. O veto não foi apreciado.[58]

Essa explicação apenas reforça a crítica que fiz a Baldi, no sentido de que os maiores proprietários da internet são aqueles que controlam sua estrutura física. Se um *site* ou um *software* fica indisponível ou se mostra muito fechado ou controlador, quase sempre o usuário poderá optar por outros equivalentes. Quando é um operador do *backbone* que age assim, não restam muitas alternativas.

E nesse cenário em que os principais ofensores da liberdade de expressão são agentes privados, o papel histórico do Estado curiosamente se inverte, pois ele passa de violador a garantidor da liberdade de expressão em face dos demais particulares, exatamente como ocorreu no caso de São Francisco[59], quando da proposição da lei.

É por essa razão que o jovem Marco Civil da Internet positivou dispositivos que tentam impedir tais condutas. Além do já mencionado direito de acesso à internet, outros exemplos podem ser citados. O art. 7º, IV, veda a suspensão da conexão com a internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização, e o art. 9º, § 3º, afirma que "na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo". A iniciativa é louvável, mas não cobre todas as situações fáticas *supra* narradas e, como se sabe, artigos de lei ordinária demandam uma análise constitucional. Além disso, o quão efetivos esses dispositivos serão quando muitos dos agentes envolvidos estão sediados fora do Brasil, ainda não se sabe.

5 Conclusão.

Como já foi afirmado, não é o objetivo da presente pesquisa ponderar, caso a caso, o direito de acesso à internet e a liberdade de expressão com a liberdade dos agentes econômicos privados, mas sim analisar o poder daqueles que estão no topo da hierarquia física da rede mundial de computadores ou no domínio dos principais *sites* e *softwares*.

[57] ADLER, Ben. *Legislature Approves Bill Requiring Court Order to Shut Down Cell Phone Service*. Disponível em: <http://www.capradio.org/176431>. Acesso em: 9 out. 2012.
[58] SB-1160 Communications: service interruptions. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml>. Acesso em: 12 abr. 2013.
[59] O exemplo de São Francisco não é perfeito, já que os oficias do BART são agentes públicos, mas o que importa é que o projeto de lei visa a impedir que as empresas de telefonia e internet, que são privadas, possam interromper o acesso sem ordem judicial.

Assim, conclui-se que há agentes privados que conseguem censurar a internet e que aqueles com maior capacidade de controle são seus verdadeiros donos. Possuir o poder de censurar não significa que esses agentes o exerçam de fato, mas quando eles o fazem, a democracia perde e o direito de acesso à internet também perde.

Chega-se também à constatação de que a internet não é puramente virtual: ela é real. É uma intrincada rede de tubos que formam uma estrutura quase orgânica, conectando prédios ao redor de todo o mundo. Ela nos liga fisicamente mais do que podemos imaginar.

Essa estrutura é tão impressionante que as pessoas esquecem ou não sabem que a rede mundial de computadores foi e ainda é feita à mão. Muitos tiveram que trabalhar fisicamente, passando cabos nas ruas, nos oceanos ou por baixo da terra, para que esse fenomenal sistema pudesse existir.

Por outro lado, cabos sozinhos não formam ideias. A internet é uma rede viva, abastecida por todos os seus usuários. Sem eles, ela morreria, e não seria diferente de uma biblioteca na tela do computador: cheia de informações valiosas, mas estática no tempo e surda para a opinião do leitor. Garante-se o direito de acesso à internet quando se garante o direito de acesso à estrutura física e ao conteúdo de uma internet livre, democrática e plural.

6 Bibliografia.

Acusada de monopólio, Microsoft libera código de principais softwares. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL308641-6174,00-ACUSADA+DE+MONOPOLIO+MICROSOFT+LIBERA+CODIGO+DE+PRINCIPAIS+SOFTWARES.html>. Acesso em 7 out. 2012.

ADLER, Ben. *Legislature Approves Bill Requiring Court Order to Shut Down Cell Phone Service.* Disponível em: <http://www.capradio.org/176431>. Acesso em: 9 out. 2012.

BALDI, Vania. *Ideologia 2.0*: entre memória exteriorizada e exploração digital. Original cedido pelo autor.

Bangladesh Internet down after submarine cable cut. Disponível em: <http://www.channelnewsasia.com/stories/afp_asiapacific/view/1206158/1/.html>. Acesso em 4 out. 2012.

BELL, et. al. *Apparatus and methods for enforcement of policies upon a wireless device.* United States Patent and Trademark Office. Disponível em: <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&u=%2Fnetahtml%2FPTO%2Fsearch-adv.htm&r=36&p=1&f=G&l=50&d=PTXT&S1=(20120828.PD.+AND+Apple.ASNM.)&OS=ISD/20120828+AND+AN/Apple&RS=(ISD/20120828+AND+AN/Apple)>. Acesso em 8 out. 2012.

BERG, Rudolph van der. *How the 'Net works:* an introduction to peering and transit. Disponível em: <http://arstechnica.com/guides/other/peering-and-transit.ars/4>. Acesso em 4 out. 2012.

BLUM, Andrew. *Tubes*: a journey to the center of the internet. Kindle ed., 2012.

BRIGHT, Peter. *Internet Explorer 10 almost doubles its users thanks to*

Windows 7 release. Disponível em: <http://arstechnica.com/information-technology/2013/04/internet-explorer-10-almost-doubles-its-users-thanks-to-windows-7-release/>. Acesso em: 6 abr; 2013.

DAVIS, Andrew. *Amazon Passes Google as Top Destination for Shopping Research [Report]*. Disponível em: <http://searchenginewatch.com/article/2196747/Amazon-Passes-Google-as-Top-Destination-for-Shopping-Research-Report>. Acesso em 5 out. 2012.

DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied:* the practice and policy of global internet filtering. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008.

DESTRO, Gustavo. *Microsoft já vendeu 60 milhões de unidades do Windows 8*. Disponível em: <http://www.noteshared.com/2013/01/microsoft-ja-vendeu-60-milhoes-de.html>. Acesso em: 6 abr. 2013.

FIVEASH, Kelly. *UK ISPs crippled by undersea cable snap*. Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2012/08/28/cut_underseas_cable_cripples_networks>. Acesso em 4 out. 2012.

FOWLER, Geoffrey A., *Facebook: one billion and counting*. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>. Acesso em: 5 out. 2012.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

Hacker group posts names of BART site subscribers. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44139412/ns/technology_and_science-security/t/hacker-group-posts-names-bart-site-subscribers>. Acesso em: 9 out. 2012.

KABWEZA, L. S. M. *East Africa undersea cable outage enters third week*. Disponível em: <http://www.techzim.co.zw/2012/03/east-africa-undersea-cable-outage-enters-third-week>. Acesso em 4 out. 2012.

KUHN, Eric. *Google unveils top political searches of 2009*. Disponível em <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2009/12/18/google-unveils-top-political-searches-of-2009>. Acesso em 5 out. 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. Soho Books, 2010.

Long Road From Cuba: Manny Medina, CEO of Terremark (Part 4). Disponível em: <http://www.sramanamitra.com/2009/10/31/long-road-from-cuba-manny-medina-ceo-of-terremark-part-4>. Acesso em: 8 out. 2012.

MacKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked*: the worldwide struggle for internet freedom. Kindle ed., 2012.

MARKOFF, John. *Internet Traffic Begins to Bypass the U.S.* Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/30/business/30pipes.html>. Acesso em: 3 out. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOROZOV, Evgeny. *The Net Delusion:* The Dark Side of Internet Freedom. New York: Public Affairs, 2011.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet:* a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. Kindle ed., 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PARFITT, Tom. *Georgian woman cuts off web access to whole of Armenia.* Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/06/georgian-woman-cuts-web-access>. Acesso em 8 out. 2012.

PARISER, Eli. *The Filter Bubble*: What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2011.

Police shut down San Francisco transit station after protests. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44153343>. Acesso em 9 out. 2012.

RJ proíbe uso de celular nas agências bancárias. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-07/estado-rio-janeiro-proibe-uso-celular-agencias-bancarias>. Acesso em 9 out. 2012.

ROSEMAN, D. The digital divide and the competitive behaviour of Internet backbone providers: Part 1 - issues and arguments. *Info.* v. 5, n. 5, p. 25-37, 2003.

SCHNEIDER, Joe. *Facebook Investor IPO Lawsuits Sent to New York Judge.* Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2012-10-05/facebook-investor-ipo-lawsuits-sent-to-new-york-judge.html>. Acesso em 5 out 2012.

Severed cables disrupt internet. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7218008.stm>. Acesso em 4 out. 2012.

Terremark. *Fact Sheet:* NAP do Brasil. Disponível em: <http://www.terremark.com/uploadedFiles/Technology_Platform/Datacenters/South_America/TMRK_NAPdoBrasil_Gatefold_02_English_Screen.pdf>. Acesso em 3 out. 2012.

United States v. Microsoft Corporation. Antitrust case filings. *The United States Department of Justice.* Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm>. Acesso em 7 out. 2012.

VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*: and why we should worry. California: University of California Press.

Windows 8 será lançado dia 25 de outubro. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/17/microsoft-oficializa-data-de-lancamento-do-windows-8.htm>. Acesso em 5 out. 2012.

WU, Tim. *The Master Switch*: the rise and fall of information empires. New York: Vintage Books, 2011.

ZAIN, Asma Ali. *Cable damage hits one million Internet users in UAE*. Disponível em: <http://www.khaleejtimes.com/DisplayArticleNew.asp?section=theuae&xfile=data/theuae/2008/february/theuae_february121.xml >. Acesso em 4 out. 2012.

Colisão de Direito: Liberdade de Expressão e Ofensa à Honra e à Imagem

Arion Sayão Romita*

1. Noção de Colisão de Direitos. 2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento. 3. Direito à Honra. 4. Direito à Imagem. 5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade. 6. Solução do Conflito de Direitos.

1. Noção de Colisão de Direitos

A sabedoria popular assentou o dogma de que o direito de alguém termina onde começa o de outrem.

Esta ideia, que remonta ao pensamento filosófico do Iluminismo, encontra formulação jurídica na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, na França. O art. 4º da Declaração está assim redigido: "A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outra pessoa: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só encontra limites naqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei". O art. 5º acrescenta: "A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não manda". Esta última provisão encontra eco na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988: o art. 5º, inciso II, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A assertiva de que todo indivíduo tem o direito de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem induz necessariamente a certeza de que os direitos e liberdades não são absolutos nem ilimitados. Se o exercício de um direito é limitado quando confrontado com o direito de outrem, cabe cogitar de limitação do direito para que seja determinado o seu alcance material. Por isso Conrad Hesse afirma que "cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material", surgindo assim a noção de limites imanentes aos direitos fundamentais, que só podem ser determinados por interpretação[1]. Neste sentido, Norberto Bobbio ensina que, na maioria das situações em que está em causa o direito de alguém, o exercício desse direito pode confrontar o direito de outrem, não se podendo "proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante". Em suas palavras, "deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no

* Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

[1] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250-251.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 58 (3ª Fase), out./dez. 2015, p. 53-76.

sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente"[2].

Ao se falar de interpretação, cumpre observar que ela se revela um fenômeno ambivalente. Por um lado, abala a certeza ínsita ao direito: na verdade, abre um espaço de incerteza no direito, porque entre a edição do texto e sua aplicação interpõe-se o intérprete; o texto não se apresenta mais portador de uma verdade incontestável, imposta pela via de evidência; é necessário que os significados nele contidos sejam decantados pelo filtro da interpretação. Dessa forma, a interpretação se arrisca a solapar os fundamentos da ordem jurídica e a subverter a racionalidade jurídica, tornando-se uma atividade suspeita. Por outro lado, ela afasta as incertezas derivadas da leitura do texto, dissipando as obscuridades nele contidas; decide entre as possíveis diferentes leituras ao fixar o sentido do texto e previne as guinadas de significados, tudo na dependência da qualidade e dos atributos do intérprete[3].

Na doutrina constitucionalista, quando se disserta sobre os limites dos direitos fundamentais, discute-se se os limites imanentes constituem fenômeno distinto das colisões de direitos ou se se trata de fenômenos idênticos, descritos sob terminologia diferente. Na verdade, a noção de limites imanentes só tem utilidade se justificar a atuação do legislador ordinário ao fixar os limites imanentes; na hipótese oposta, a noção de colisão de direitos abrange a de limites imanentes[4].

A doutrina constitucionalista alemã cunhou a noção de colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*) ou conflito de direitos fundamentais (*Grundrechtskonflikte*)[5].

Ocorre colisão (conflito) de (entre) direitos fundamentais quando dois titulares de direitos fundamentais reclamam para si o uso de liberdades que se excluem reciprocamente. Dois direitos colidem quando o exercício de um deles por parte de seu titular prejudica o uso de direito fundamental por parte do outro titular, como ocorre, por exemplo, entre a liberdade de expressão, de um lado, e o direito à honra ou à intimidade de outro[6]. Este fenômeno implica a limitação de um dos direitos conflitantes e pode surgir em abstrato, a nível legislativo, quando a norma jurídica não prevê restrição ao exercício de determinado direito ou quando prevê direitos incompatíveis entre si. Pode surgir também, na prática, em casos concretos, a nível de aplicação do direito, quando se torna necessário harmonizar as normas em presença, diretamente aplicáveis[7].

---

[2] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.
[3] CHEVALIER, Jacques. Les interprètes du droit. *In:* AMSELEK, Paul (sous la dir.). *Interprétation et Droit*. Bruxelas: Bruylant, 1995, p. 115.
[4] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 43.
[5] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 91.
[6] BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 180 e 412.
[7] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 277-278.

Há colisão porque os direitos, como já se disse, não são absolutos nem ilimitados. Seus limites não são fixados de uma vez por todas pelas normas jurídicas que os consagram. Essas normas apresentam caráter aberto e polissêmico, exigindo o esforço de interpretação e obrigando a uma tarefa de harmonização dos direitos em confronto[8].

2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, dispõe sobre os direitos em exame em diversos incisos do art. 5º e bem assim, no qual diz respeito à manifestação do pensamento, no art. 220. É o seguinte o teor dos mencionados dispositivos:

- liberdade de manifestação do pensamento: art. 5º, inciso IV: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; art. 220, *caput*: "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição";
- liberdade de consciência e de crença: art. 5º, inciso VI: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias"; liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (inciso VIII);
- liberdade de expressão e informação: art. 5º, inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; art. 5º, inciso XIV: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"; art. 220, *caput*, acima transcrito.

A liberdade de expressão já era prevista pelo art. 11 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, da França: "A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, com a ressalva de responder pelo abuso desta liberdade nos casos previstos em lei".

A liberdade de pensamento, basicamente una, manifesta-se como a soma de uma série de liberdades particulares, que tendem a um mesmo fim, porém suscitam variadas questões e reclamam soluções jurídicas diferenciadas. No âmago da liberdade de pensamento, a liberdade de opinião é a liberdade de escolher a sua verdade, qualquer que seja o domínio considerado. Quando tem por objeto a atitude do homem em face da moral e da religião, surge como liberdade de consciência e

[8] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 28-29.

de crença. À manifestação exterior e à comunicação do pensamento corresponde, segundo os domínios e os processos envolvidos, vasta gama de liberdades distintas: no domínio religioso, a liberdade de culto, vale dizer, a liberdade assegurada aos crentes de praticar sua religião; em decorrência das técnicas utilizadas, a liberdade de imprensa, que concerne inicialmente à difusão do pensamento por meio de impressos (livros, jornais, revistas), depois pelo rádio, televisão, cinema, teatro e alcança a liberdade dos espetáculos; a liberdade de ensino e, finalmente, as liberdades coletivas, como a de reunião, associação e manifestação. Conexo a tais liberdades, cogita-se do direito à informação.

A liberdade de pensamento abrange, portanto, dois aspectos: um interior e outro, exterior. Quanto ao primeiro aspecto, revela-se pela atitude intelectual que o indivíduo livremente adota: relativamente ao segundo aspecto, assume a feição de liberdade de tomada de posição política. O ordenamento resguarda a liberdade de pensamento em dupla dimensão: como pensamento íntimo, assegura a liberdade de consciência e de crença, que é inviolável (art. 5º, inciso VIII); em seu aspecto exterior, a liberdade de pensamento encontra amparo na Constituição sob as modalidades de liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural, de transmissão e recepção do conhecimento (art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e art. 220).

Cabe distinguir liberdade de expressão e direito à informação. A primeira se conceitua como possibilidade assegurada pelo ordenamento jurídico de exteriorizar pensamentos, crenças, ideias, opiniões, juízos de valor. O direito à informação compreende o direito de transmitir informações, o de colher informações e o de ser mantido informado. O que a Constituição assegura é o chamado direito de se informar. No caso do direito coletivo do trabalho, porém, não há garantia de que a representação dos trabalhadores na empresa (representantes dos trabalhadores e delegados sindicais) tenha o direito de ser informado pelo empregador.

No plano da legislação infraconstitucional (os tratados internacionais ratificados pelo Brasil integram o ordenamento doméstico, na posição de leis ordinárias), cabe referir que a Convenção Americana de Direitos Humanos denominada Pacto de São José da Costa Rica (aprovada na Conferência da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, ratificada pelo Brasil em 25 de janeiro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) dispõe, no art. 12, sobre a liberdade de pensamento e de expressão.

É claro que as liberdades e os direitos assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil incidem nas relações contratuais de trabalho subordinado. O empregado goza das referidas prerrogativas em face do empregador, sem sombra de dúvida. Desnecessária será, até mesmo, a edição de norma infraconstitucional que disponha a respeito do tema: a solução de qualquer dissídio ocorrente será encontrada, com facilidade, mediante o manejo dos princípios pertinentes, observadas as regras de hermenêutica constitucional. Não obstante, o desfrute das liberdades e o gozo dos direitos assegurados pelo ordenamento ao empregado pode, em tese, violar o direito

à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem de outrem. Um jornalista e um radialista não dispõem de ampla liberdade para divulgar ofensas, agressões ou atentados à honra individual ou à sensibilidade coletiva dos leitores ou ouvintes.

Pode ocorrer colisão entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado. Deve ser levada em conta a circunstância de que a liberdade de expressão e de informação contribui para a formação da opinião pública, que pode sofrer desvios ou distorções pelo uso abusivo das referidas liberdades. Por seu turno, o empregado – jornalista ou radialista – encontra-se em uma posição jurídica de subordinação, pressupondo o controle do empregador, que sobre ele exerce poderes de direção e de fiscalização, no que tange ao exercício de suas atividades funcionais. Ao exercer tais poderes, o empregador se escuda nos seguintes comandos constitucionais: primeiro, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), que é um dos fundamentos do Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil; segundo, a valorização da livre iniciativa, na qual se funda a ordem econômica, como preceituada pelo art. 170, *caput*. Constitui noção elementar que a livre iniciativa representa um dos sustentáculos do princípio estruturante que informa o Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil. É na garantia da livre iniciativa que a atividade do empresário encontra apoio para gerar empregos, pagar tributos, atender às necessidades dos consumidores dos produtos e dos usuários dos serviços, além de promover o bem-estar geral e a produção de riquezas, com o indispensável concurso do esforço dos trabalhadores.

No exercício da liberdade de expressão e informação, a atividade do empregado encontra limites no poder de direção e de fiscalização exercido pelo empregador, que deriva do princípio da liberdade de iniciativa. Ocorre colisão entre os princípios concorrentes, solucionada pelo método usual em casos idênticos: o intérprete deverá levar em conta o peso ou a importância dos princípios concorrentes, a fim de indicar qual deles deve prevalecer ou ceder perante o outro; dar-se-á a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, que será processada com o mínimo sacrifício possível dos direitos em confronto[9]. No particular, assume relevo especial o princípio da proporcionalidade.

Observa Luís Felipe do Nascimento Moraes que a liberdade de expressão e o direito à informação dos trabalhadores, no âmbito da relação de trabalho, estão sujeitos a limites internos e externos, já que os direitos fundamentais não são ilimitados e reconhecem a necessidade de harmonização com outras liberdades reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico. Os limites internos são os seguintes: a) a veracidade; b) o dever de diligência na averiguação da notícia; c) a relevância pública da comunicação. Os limites externos são: a) o princípio da boa-fé; b) o dever de segredo; c) a honra da empresa e do empresário; d) o interesse da empresa[10].

[9] SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76 e ss.
[10] MORAES, Luís Felipe do Nascimento. Elementos para o exercício da liberdade de expressão e do direito

O jornalista empregado não pode invocar em seu favor a liberdade de expressão e informação para violar os direitos de personalidade, principalmente quando atingida uma pessoa privada. Preserva-se o direito à honra, à intimidade, e à imagem. Este atua como limite à liberdade de expressão e informação. Comete falta grave, que autoriza o empregador a despedir o empregado sem qualquer ônus, o jornalista que, em sua coluna diária publicada em jornal, ofende a sensibilidade do público leitor mediante emprego de frases agressivas e conceitos escandalosos, incompatíveis com o nível de seriedade tradicionalmente mantido pelo periódico.

A mesma ideia pode embasar o afastamento da noção de liberdade religiosa, quando provocar perturbação da ordem no ambiente de trabalho. A propósito, acentua Ernesto Lippman que "a liberdade religiosa não se confunde com a possibilidade de perturbação da ordem do ambiente de trabalho mediante o proselitismo religioso", citando, em abono de sua tese, decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal (Brasília):

> A Constituição garante a inviolabilidade de crença e a livre manifestação do pensamento, sendo proibido privar de direitos por motivos religiosos. Por isso, nada impede que a reclamante defendesse sua crença, ainda que no âmbito da reclamada, que adotava doutrina diversa. O caso somente chama atenção pela perturbação que a manifestação da reclamante veio a causar na ordem estabelecida pela entidade, refletindo, pois, no descumprimento de suas obrigações contratuais. Estando a reclamante adstrita ao contrato de trabalho, não poderia ela se voltar contra os princípios que norteavam as atividades da instituição e para os quais foi contratada. É, partindo do próprio princípio constitucional da liberdade de crença, que a reclamante estava obrigada a respeitar os princípios religiosos da reclamada. Também rege a espécie de contrato firmado entre partes de livre manifestação de vontade e as regras a ele inerentes[11].

A propósito da regulação da atividade do jornalista-empregado, Alice Monteiro de Barros lembra que a legislação brasileira é omissa a respeito da proteção da liberdade de pensamento. Propugna ela a previsão da "possibilidade de resilição contratual com uma indenização especial em favor dos jornalistas quando houver uma mudança notável no caráter ou orientação do jornal, se a mudança criada pela empregadora produzir uma situação capaz de atentar contra a sua

---

à informação pelos trabalhadores. *In*: *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: Faculdades do Brasil, nº 19, p. 308, jul./dez. 2001.

[11] LIPPMAN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999, p. 64, nota 2.

honra (do jornalista), ou, de uma maneira geral, contra os seus interesses morais"[12]. Sugestão válida, perfeitamente aceitável, acata a orientação doutrinária traçada por José Martins Catharino, que chama a atenção para um conflito frequentemente observado nas relações entre o jornalista-empregado e a empresa jornalística a que vinculado por contrato de trabalho:

> Qual seja o que se instala entre a consciência do jornalista e a direção que a sua empregadora determina para sua atividade intelectual, seja pública ou privada. Conflito tormentoso para cada qual e de fundas repercussões sociais. Que atinge a honestidade pensante do jornalista, a mesma que, se não for preservada economicamente, provoca, muitas vezes, um estado de necessidade contrário à sua preservação. Verdadeiro dilema: ou escrever contrariamente ao que pensa ou perder o emprego.[13]

A liberdade de consciência e o respeito à convicção política dos empregados têm sido resguardados pela jurisprudência. A propósito, vale transcrever sugestiva ementa de acórdão proferido pela Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu pela nulidade do ato de dispensa de trabalhadores, determinando sua reintegração, com o pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento, *verbis*:

> Contrato de trabalho. Liberdade política. Garantias mínimas do cidadão. Direito potestativo de resilir o contrato. Abuso. O exercício pode mostrar-se abusivo. Despedido o empregado em face da convicção política que possui, forçoso é concluir pela nulidade do ato e consequente reintegração, com o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento. A liberdade política é atributo da cidadania, não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição no que encerra, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão[14].

Aspecto particular no exame da matéria pertinente à liberdade de consciência e de convicção política e religiosa envolve as chamadas "organizações de tendência". Inexiste no direito brasileiro disposição legal aplicável à espécie, mas a doutrina entende que as convicções do empregado, pelo menos no que tange ao exercício das tarefas indispensáveis à atividade empresarial, devem coadunar-se com a ideologia e as crenças perfilhadas pelo empregador.

---

[12] BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 199.
[13] CATHARINO, José Martins. Liberdade de pensamento e situação de emprego de jornalista. *In*: *Coletânea de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1975, p. 96.
[14] Ac. TST-SDI, Proc. AG-E-RR-4327/85, 1, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, julg. em 06.09.1989. *In:* Revista LTr, São Paulo: 55-08/966, ago. 1991.

Como observa Alice Monteiro de Barros, "nas empresas de tendência, os limites aos direitos fundamentais da pessoa são mais extensos, podendo ser afetadas não só a liberdade matrimonial, mas também a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão"[15]. Um professor de estabelecimento de ensino católico pode ser dispensado por justa causa se contrair novas núpcias após ter-se divorciado, por atitude incompatível com a doutrina da Igreja Católica, que considera o casamento indissolúvel. Ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado deve ter conhecimento de que conduta discrepante da orientação religiosa adotada na entidade patronal enseja descumprimento de obrigações contratuais.

A hipótese em foco não é frequente na jurisprudência dos tribunais do trabalho brasileiros, mas pode ocorrer quando estiver em jogo a liberdade de crença e convicção política ou religiosa do trabalhador, em situações de emprego em entidades com periódicos que abraçam determinada orientação política, partidos políticos, igrejas e organizações religiosas e entidades congêneres.

3. Direito à Honra

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, proclama ser inviolável a honra das pessoas. A relação de emprego oferece frequentes oportunidades em que a honra do empregado se expõe a atitudes do empregador lesivas de sua honra.

Em que consiste a honra? Ela se distingue do *honor*, porque este é uma qualidade inerente à pessoa, portanto, independente de opinião pública. De *honor* deriva honorabilidade, qualidade de honrável, significando o digno de ser honrado. A honra é fruto do *honor*, isto é, a estima com que a opinião pública recompensa aquela virtude. Herda-se o *honor*, mas não a honra, porque esta se funda nas ações próprias e no conceito alheio. Honra-se alguém, mas não se lhe dá *honor*. Uma pessoa ilustre honra com sua presença a casa de um amigo, mas, se este não tiver *honor*, não fica por isso mais honrado.

A honra também não se confunde com o decoro, definido como correção moral. O decoro pode ser considerado de modo amplo, que se estende a tudo que é honesto, e de modo restrito, como aquilo que é consentâneo com a natureza humana, como manifestação de moderação e temperança.

Honra é a boa opinião e fama adquiridas por mérito e virtude. Apresenta duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. A primeira é considerada no indivíduo e se reflete no conceito que alguém faz de si próprio. Em sentido objetivo, honra é a reputação, a boa fama, a consideração social com que a pessoa é tratada no meio em que atua. A honra se traduz no sentimento que leva o homem a procurar a boa opinião e fama na estima de seu semelhante, pelo cumprimento de seus deveres e pela prática de boas ações[16].

[15] BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 111-112.
[16] ROQUETE, J. I.; FONSECA, José da. *Dicionário de sinônimos – poético e de epítetos da língua portuguesa*. Porto: Lello & Irmão, 1949, verbetes *honor*, honra; e honra, decoro, dignidade, p. 277.

Conceito próximo de honra é imagem. Não por outra razão o preceito constitucional (art. 5º, X) os abrange na mesma frase. Em outra passagem, a Lei Maior se refere à imagem (art. 5º, inciso V), para assegurar direito de resposta, além de indenização por dano. O dano à imagem, ou seja, a ofensa à estima pública, é sem dúvida uma espécie de dano moral. Para distinguir honra e imagem, adota-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> A honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta – a imagem – é, antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado[17].

A honra é a dignidade que a pessoa realiza em si mesma, refletida na consideração dos demais. Ela assenta na dignidade da pessoa humana e apresenta dois aspectos: o subjetivo (a dignidade experimentada pela própria pessoa) e o objetivo (a reputação desfrutada perante o meio social a que pertence)[18].

A honra do trabalhador pode ser ofendida por atos do empregador em várias ocasiões e em todas as fases da relação de emprego, desde a pré-contratual até a posterior à extinção do vínculo empregatício. O ordenamento jurídico brasileiro protege a honra do empregado em todos esses transes, a começar pelo dispositivo constitucional acima referido (art.5º, inciso X), que proclama a inviolabilidade da honra da pessoa, vale dizer, também do trabalhador engajado numa relação de emprego.

Vale observar, contudo, que a honra constitui direito da personalidade de todos: empregado e empregador têm direito à proteção dispensada pelo ordenamento a todas as pessoas, qualquer que seja a posição jurídica que ocupem, mesmo sendo elas pessoas jurídicas. O preceito constitucional faz alusão a pessoas, sem excluir as pessoas jurídicas. Por tal motivo, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Hoje, a matéria é pacífica porque, nos termos do art. 52 do Código Civil de 2002, "aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade". Com razão, Rodolfo Pamplona Filho escreve:

> "A legislação jamais excluiu expressamente as pessoas jurídicas da proteção aos interesses extrapatrimoniais, entre os quais se incluem os direitos da personalidade. Se é certo que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu nome e imagem perante o público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência de mercado"[19].

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p. 36.
[18] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 597.
[19] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 87.

Coerentemente, e em consonância com as noções acima expostas, a Consolidação das Leis do Trabalho leva em conta a possibilidade da prática de ato lesivo da honra praticado quer pelo empregador contra o empregado quer por este contra o primeiro. Na primeira hipótese – aquela em que o agente é o empregador –, a CLT dispõe, no art. 483, alínea *e*, que o empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra ou boa fama. E, em contrapartida, no art. 482, alínea *k*, dispõe que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas pelo empregado contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

A ofensa à honra subjetiva do empregado perpetrada pelo empregador tem sido repudiada pela jurisprudência dos tribunais do trabalho, que a considera motivo justificado para a rescisão indireta do contrato de trabalho e ampara a procedência de pedido de reparação por dano moral. Confiram-se os seguintes arestos, proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

> Caracterização. Dano moral. Ato lesivo à honra. A alcunha "loura burra". Configuração. Do ponto de vista objetivo, a inexistência, em tese, de ofensa à reputação da empregada não afasta, por si só, a existência do dano, pois tal lesão é de ordem moral, íntima e psicológica, não se confundindo com o dano à imagem, que é de natureza objetiva. Do ponto de vista da honra subjetiva, a alcunha "loura burra" ultraja iniludivelmente a dignidade da empregada. Tal alcunha, ainda que dita a pretexto de brincadeira, é desrespeitosa e efetivamente tange à intimidade moral da trabalhadora. Não se pode mais compactuar com atitudes que venham a reproduzir preconceitos. O aprimoramento da intangibilidade da sensibilidade moral do cidadão constitui produto alvissareiro do desenvolvimento gradativo dos direitos humanos[20].
>
> Danos morais. Dispensa imotivada (*sic*) seguida de declaração pública de imperícia da reclamante. Setor de educação. Reflexo negativo perante a comunidade de pais de alunos e no meio profissional. Direito inviolável da personalidade (honra). Indenização. Procedência. O simples fato de a trabalhadora não ter concluído curso universitário da área pedagógica pode justificar a dispensa imotivada (*sic*) pela reclamada, mas não autoriza a declaração pública de que esta circunstância constitui

[20] Ac. TRT – 3ª Reg. – 3ª T. – Proc. RO 9371/01, Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior. *In:* Boletim – doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 3, p. 710-711, jul./set. 2001.

> prova inequívoca de sua "imperícia" perante a comunidade de pais e alunos, pois a honra é direito inviolável da personalidade do cidadão subordinado (art. 5º, X, CF). Se o injusto constrangimento sofrido pela reclamante em sua honra subjetiva alcançou uma ampla esfera de publicidade e teve inclusive repercussão negativa em suas relações sociais e profissionais, o fato tipifica de imediato a ocorrência de dano moral e torna imperativa a sua reparação[21].

4. Direito à Imagem

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, declara inviolável a imagem das pessoas. E, no inciso XXVIII, alínea *a*, do mesmo dispositivo, assegura, nos termos da lei, proteção à reprodução de imagem e voz humanas.

Trata-se de uma dupla noção: a) imagem-atributo da personalidade; b) imagem-retrato[22].

4.1. Imagem-atributo da Personalidade

A primeira noção (imagem-atributo da personalidade) relaciona-se com a intimidade, a vida privada e a honra, tanto assim que reunidas no mesmo preceito constitucional. Revela-se no trato das relações sociais mantidas pela pessoa e se aproxima da reputação. O dicionário Houaiss oferece desta acepção de imagem a seguinte definição: "Opinião (contra ou a favor) que o público pode ter de uma instituição, organização, personalidade de renome, marca, produto etc.; conceito que uma pessoa goza junto a outrem"[23]. Dela são titulares tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Quanto à primeira, pode-se dizer: "É boa a imagem do Professor A no Colégio B". Quanto à segunda, vale lembrar a lição de Alexandre Agra Belmonte: "Atenta contra a imagem da empresa o boato, espalhado pelo empregado, de que o empregador, por exemplo, um banco que necessita ter credibilidade, está em situação financeira difícil"[24]. No campo específico das Relações Públicas, imagem é o conceito genérico que uma personalidade, empresa, produto etc. apresentam às pessoas, como resultante de experiências, impressões, atitudes, posições e sentimentos.

Atos, gestos, palavras do empregado podem atingir negativamente a imagem da empresa. Reciprocamente – e com muito maior frequência –, ações do empregador podem tentar (e muitas vezes conseguem) prejudicar a imagem do empregado (usa-se inadequadamente o verbo denegrir – denegrir a imagem – mas este uso é condenável, por ser politicamente incorreto).

---

[21] Ac. TRT – 3ª Reg. – 4ª T. – Proc. RO 14853/01, Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, *In:* Boletim-doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 4, p. 941, out./dez. 2001.
[22] ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27-32.
[23] HOUAISS, Antônio; VILLA, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete *imagem*.
[24] BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

De imagem cabe distinguir intimidade, vida privada, honra, identidade. Quanto à identidade, basta lembrar que a imagem de uma pessoa pode ser usada por outra, sem que seja ferida sua intimidade. O mesmo se diga quanto à vida privada: a imagem, como um signo exterior, pode ser utilizada sem invasão da vida privada em seu aspecto interior. No que se refere à honra, a distinção se torna mais sutil, porque uma agressão à imagem pode atingir a honra subjetiva de uma pessoa, mas o mesmo pode não ocorrer, se se considerar o aspecto objetivo da honra (reputação), que permanece incólume. O direito à honra não absorve o direito à imagem. A aproximação entre imagem e identidade diz respeito a aspectos subjetivos que permitem individualizar uma pessoa, distinguindo-a de outra na multiplicidade de suas características físicas, mentais e sociais.

Não serão analisadas as consequências jurídicas do ato praticado pelo empregado contra a imagem da empresa, pois muito mais interessa ao direito do trabalho a hipótese inversa: ações do empregador contra a imagem do trabalhador.

Ofensa à imagem do empregado pode ocorrer em diferentes oportunidades: na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho e após a extinção do vínculo.

Como lembra João de Lima Teixeira Filho, "o direito à imagem pode ser transgredido antes da celebração do contrato de trabalho"[25]. Algumas empresas se valem do expediente de consultar as chamadas "listas negras" para verificar se o candidato a emprego é considerado "elemento indesejável". A chamada lista negra pode converter-se em prática usual na atividade antissindical de maus empregadores, com o intuito de impedir que dirigentes e ativistas sindicais consigam emprego. A lista pode conter também os nomes dos empregados que formulam reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho[26].

Durante a execução do contrato de trabalho, frequentemente maus empregadores infligem punições disciplinares desnecessárias ou injustificadas a empregados, a título de represália, o que macula a imagem do obreiro[27]. Da mesma natureza são certas medidas patronais, como transferências abusivas, ordem para que o trabalhador permaneça em ociosidade deliberada, exerça atividade indigna e promoção vazia[28].

Após a extinção do vínculo, registram-se, em grande número, hipóteses concretas em que o ex-empregador fornece informações desabonadoras a respeito de antigos empregados, com o objetivo de dificultar-lhes a obtenção de emprego, em face de sua imagem, por isso, maculada.

A jurisprudência dos tribunais do trabalho tem entendido que as hipóteses acima referidas, de ofensa à imagem do empregado, justificam condenação à reparação por dano moral. A seguir, relacionam-se ementas de alguns julgados que enfrentaram a matéria.

---

[25] TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.*). 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002, vol. 1, p. 640.
[26] OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 172-173.
[27] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 139.
[28] FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 52-53.

Dano moral. Todo ato que for comprovadamente lesivo à vida funcional do empregado deverá ser indenizado. O fato de as informações desabonadoras sobre a pessoa do funcionário, levado a conhecimento de fornecedores e clientes, tem cunho de prejuízo, dificultando, inclusive, a que este venha a conseguir novo emprego[29].

Indenização por dano moral. A MM. Junta entendeu ser cabível a indenização por dano moral, considerando o fato de que a despedida da obreira se fundou na insuficiência produtiva e má qualidade na prestação dos serviços, o que por si só ensejaria o acolhimento do pleito indenizatório. Tal posicionamento não merece reforma. Efetivamente o Reclamado promoveu a dispensa da obreira sem a necessária motivação e, ainda, sob a pecha de incompetência funcional, o que, a toda evidência, trouxe inevitáveis prejuízos à imagem moral da Reclamante, mormente em se considerando que laborou para o Reclamado por mais de dezoito anos, o que forma um patrimônio abstrato em torno da imagem da trabalhadora eficaz que efetivamente foi maculada. Necessário, portanto, o reconhecimento do dano moral experimentado pela obreira e o seu direito de reparação através da indenização deferida[30].

Assédio moral. Configuração. O que é assédio moral no trabalho? É a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias, onde predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um subordinado, desestabilizando a relação de vítima com o ambiente de trabalho e a organização (...). Lutar contra o assédio moral no trabalho é contribuir com o exercício concreto e pessoal de todas as liberdades fundamentais. Uma forma estratégica do agressor na prática do assédio moral é escolher a vítima e isolá-la do grupo. Neste caso concreto, foi exatamente o que ocorreu com o autor, sendo confinado em uma sala, sem ser-lhe atribuída qualquer tarefa, por longo período, existindo grande repercussão em sua saúde, tendo em vista os danos psíquicos por que passou[31].

---

[29] Ac. TRT-6ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 1590/97, Rel. Juíza Carmem Lapenda. *In:* TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 7º, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 420, nº 1471.
[30] Ac. TRT-9ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 3533/97, Rel. Juiz Arnor Lima Neto. *In:* TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, *cit.*, v. 7, p. 419, nº 1470.
[31] Ac. TRT-17ª Reg. – Proc. RO 1142.2001, julg. Em 19.09.2002, Rel. Juiz José Carlos Rizk. *In: Revista de Direito*

4.2. Imagem-retrato

A segunda noção acima indicada (imagem-retrato) diz com a representação da forma ou do aspecto exterior de um ser por meios técnicos (fotografia, cinema, televisão) ou artísticos (desenho, gravura, escultura, pintura). Nesta acepção, a etimologia da palavra *imagem* ajuda a apreender seu significado: deriva do lat. *imago*, formado a partir da raiz *im-*, que induz ideia de imitação. Neste processo de imitação da realidade estão abrangidas também as manifestações exteriores da personalidade, como gestos e expressões.

A proteção à imagem humana, inclusive nas atividades desportivas, é assegurada pela Constituição (art. 5º, inciso XXVIII, alínea *a*). Segundo o disposto no art. 20 do Código Civil, de 2002, salvo se autorizada ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Portanto, abstraídas as hipóteses de autorização, administração da justiça e ordem pública, duas são as hipóteses em que a reprodução da imagem da pessoa pode acarretar a condenação ao pagamento de indenização: 1ª – quando da publicação resultar ofensa à honra; 2ª – quando ela se destinar a fins comerciais. Nesta última hipótese (fins comerciais) não entra em jogo a ofensa à honra. Pressupõe-se que o autor da publicação aufira algum benefício e esta circunstância de natureza objetiva autoriza o retratado a pleitear indenização por dano material.

O direito civil constitui fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8º, parágrafo único). É curial inexistir incompatibilidade entre o preceituado pelo art. 20 do Código Civil e qualquer princípio fundamental do Direito do Trabalho, razão pela qual a regra nele inscrita encontra aplicação no âmbito da relação de emprego. Se o empregador usar a imagem de um empregado em propaganda comercial, sujeitar-se-á ao pagamento de uma indenização[32].

A proteção do direito à imagem interessa basicamente a duas espécies de relação especial de trabalho: a dos artistas e a dos atletas profissionais de futebol.

A atividade do artista empregado é hoje regulada pela Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. É certo que o artista pode exercer sua atividade em caráter autônomo ou de forma subordinada. Como empregado, vale dizer, executando tarefas em regime de subordinação jurídica, aplica-se-lhe a Lei nº 6.533. Artista, nos termos do art. 1º da citada lei, é "o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública" (inciso I).

do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 113, p. 230, jan./mar. 2004.

[32] GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O direito da personalidade do novo Código Civil e direito do trabalho. *In:* DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 133.

O art. 27 da Lei nº 6.533 dispõe que "nenhum artista ou técnico em espetáculo de diversão será obrigado a interpretar ou participar de trabalho passível de pôr em risco sua integridade física ou moral". Este dispositivo legal protege o direito à integridade moral do artista. A Convenção Internacional para a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas e assinada em Roma, em 1961, foi ratificada pelo Brasil, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965. Integra, portanto, o ordenamento doméstico na posição de lei ordinária. Segundo o preceituado pelo art. 7º da Convenção, a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes compreende a faculdade de impedir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento.

Como afirma Alice Monteiro de Barros, a proteção abrange as diversas facetas da integridade moral do artista, entre os quais se encontra o direito à imagem[33]. A mesma autora transcreve ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual foi imposto o pagamento de indenização por dano moral, em virtude da violação de direito à imagem, *verbis*:

> Ação de responsabilidade civil. Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus à indenização por danos morais e por ofensa à imagem.[34]

A atividade dos atletas profissionais de futebol é regulada pelas Leis nºs 6.354, de 2 de setembro de 1976, e nº 9.615, de 24 de março de 1998.

O jogador de futebol é considerado empregado da associação esportiva que utiliza seus serviços profissionais em virtude de um contrato de trabalho, vale dizer, em regime de subordinação jurídica e mediante remuneração.

A ordem jurídica protege o jogador profissional de futebol contra a violação e a exploração do direito à própria imagem.

Quanto ao primeiro aspecto (violação do direito à imagem), escreve Alice Monteiro de Barros:

> O atleta tem o direito de se insurgir contra a reprodução de sua imagem lançada no comércio em anúncio de propaganda ou especulação ou sob a forma de figurinhas em envelopes para álbuns, sem a sua autorização (...). Se a reprodução fotográfica da imagem tem finalidade especulativa, impõe-se a aquiescência do interessado, sob pena de a parte beneficiada arcar com o pagamento de indenização pelo dano material[35].

[33] BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo.* São Paulo: LTr, 2003, p. 109 e 247.
[34] Ap. Civ. 5216/91, 5ª Câm. Civ., Rel. Des. Sergio Mariano. *In:* BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo. cit.,* p. 248.
[35] BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo, cit.*, p. 249.

A hipótese já foi enfocada pela jurisprudência. A citada autora menciona um julgado proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu naquele sentido[36].

No concernente ao segundo aspecto (exploração da imagem do atleta profissional), a proteção jurídica é dispensada pelo art. 42 da Lei nº 9.615, de 1998, que assegura à associação desportiva a que vinculados os atletas "o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem". O § 1º do mesmo dispositivo garante a porcentagem de 20% (vinte por cento) do preço total da autorização, no mínimo, aos atletas. O valor decorrente da incidência dessa porcentagem é partilhado, em partes iguais, entre os participantes. Trata-se do chamado direito de arena. A lei reserva ao empregador a prerrogativa de negociar a transmissão, mas leva em conta que o desportista profissional é o protagonista do espetáculo e que, em consequência, sua imagem é essencial.

Não se visa à proteção da intimidade nem da vida privada, porque as competições esportivas acontecem em público. Está em jogo o direito à imagem. Por isso, incorreta é a afirmação de que se dá uma "proteção patrimonial"[37]. A obrigação do empregador, de pagar a quota denominada direito de arena, decorre de um imperativo de justiça retributiva, pois os jogadores tornam possível o espetáculo: por si só, a entidade patronal seria incapaz de proporcioná-lo. Sem o concurso dos atletas, não haveria espetáculo e, em consequência, não haveria o que transmitir. A compensação pecuniária é apenas uma consequência da exploração da imagem decorrente da transmissão. Por isso, o direito de arena é direito assegurado por lei ao desportista profissional de participar do preço da autorização para a transmissão do espetáculo esportivo público com entrada paga, como quer Alice Monteiro de Barros[38]. Por uma questão de justiça, os protagonistas do espetáculo auferem uma porcentagem que incide sobre o benefício pecuniário obtido pela associação desportiva promotora do evento. Fique claro que o direito de arena deriva da transmissão, não da realização do espetáculo. Por participar da competição esportiva, o atleta já recebe o salário, ínsito ao caráter oneroso da relação empregatícia. O *plus* decorrente da transmissão não tem natureza salarial, embora integre a remuneração, *ad instar* da gorjeta (CLT, art. 457): oportunidade de ganho assegurada ao empregado por força da prestação dos serviços, embora proveniente de terceiros (o consumidor, no caso da gorjeta; o anunciante, no caso do direito de arena).

Transcreve-se a seguir ementa de acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que enfocou a questão do direito de arena:

---

[36] Apel. Civ. 265, 5ª Câm. Civ. julg. em 19.12.1977, Rel. Des. Vieira de Moraes. *In:* BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, *cit*., p. 249.
[37] TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo *et al*.). 20ª ed., São Paulo: LTr, 2002, vol. 2. p. 1028.
[38] BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, *cit*., p. 250.

> Direito de arena. O direito de arena está garantido no art. 5º, XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988, que assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas. Em consonância com esse preceito, o art. 42 da Lei nº 9.615/1998 prevê que as entidades de prática desportiva possuem o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos que "salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, com mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais, participantes do espetáculo ou evento". Ausente nos autos prova de que as partes tenham convencionado no sentido de retirar do atleta o direito de participar dos ganhos obtidos com a divulgação da imagem dos jogos de futebol que contaram com a sua presença e, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços, a presunção é de que ele tenha participado de todos os jogos do clube, cuja imagem foi produzida ou reproduzida, competindo ao demandado provar possíveis ausências do atleta nos eventos desportivos, o que não se verificou. Assim, defere-se ao atleta, a título de direito de arena, o pagamento da fração de 1/14 (considerando-se o número de atletas que podem participar de um jogo de futebol) do percentual de 20% incidente sobre o preço total das autorizações concedidas pelo Clube, durante todo o período contratual, para transmissão ou retransmissão de imagem de eventos desportivos, conforme se apurar em liquidação de sentença[39].

O direito de arena era previsto pela lei de direitos autorais (Lei nº 5.988, de 14.12.1973). Por isso, era considerado um direito "conexo", "vizinho" ao direito do autor. Todavia, a Lei nº 5.988 foi inteiramente revogada pela Lei nº 9.610, de 1988 (nova lei de direitos autorais), que omitiu a previsão do direito de arena, por entender o legislador não ser apropriada a inserção dessa matéria na legislação pertinente ao direito autoral. Em consequência desses fatos, coube à Lei nº 9.615, de 1988 (Lei Pelé), incluir expressamente o direito de arena na regulação da atividade do atleta profissional de futebol[40]. Não faz sentido, portanto, continuar a qualificar o direito de arena como "conexo" ou "vizinho" ao do autor. O direito de arena não se avizinha do direito do autor, pois, enquanto o primeiro deriva do direito à imagem, o direito do autor emerge como reflexo da personalidade do homem, como criador de obra intelectual. Direitos autorais não guardam pertinência com a exploração da imagem da pessoa.

[39] Ac. TRT-3ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 2479/02, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros. *In:* BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo, cit.*, p. 252-253.
[40] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 161.

Do exposto, decorre a nítida distinção entre direito à imagem e direito de arena. No primeiro (imagem), o titular do direito é o próprio atleta: trata-se de direito inerente à personalidade, que nasce com a pessoa natural. Daí caber ao atleta, e só a ele, o direito de autorizar a divulgação de sua imagem. Já no segundo (arena), o titular é a associação desportiva, à qual cabe, como empregadora, o direito de explorar a imagem do coletivo dos atletas, assumindo, porém, o encargo de distribuir entre eles a quota correspondente ao valor da autorização para a transmissão do espetáculo.

O direito de imagem, garantido pela Constituição, não possui necessariamente vinculação com o contrato de trabalho do atleta, do que decorre a possibilidade, para qualquer pessoa, de negociar a cessão de sua imagem. Já o direito de arena é previsto por uma cláusula do contrato de trabalho e só se concretiza por força da realização do evento esportivo[41].

As diferenças entre o direito à imagem e o direito de arena estão claramente delineadas no acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região), transcrito adiante:

> ATLETA PROFISSIONAL – DIREITO DE IMAGEM X DIREITO DE ARENA – O direito de imagem e o de arena não se confundem para fins de remuneração do empregado. O primeiro se dá pelo uso de uma imagem criada pelo atleta perante a sociedade, direito que lhe pertence e que pode negociar com o clube empregador sua exploração. O segundo, o direito de arena, decorre da obrigatória exploração a que o atleta se submete nas apresentações públicas, pelas quais faz jus ao recebimento de ao menos 20% do valor arrecadado e distribuído entre os atletas. No direito de arena está incluída a exploração da imagem, mas contratos distintos podem ser celebrados para exploração de imagem. A exploração da imagem do atleta, pactuada através do contrato de direito de imagem, decorre de sua condição pessoal, personalíssima (cuja inviolabilidade é assegurada constitucionalmente – art. 5º, X), da "marca" do jogador, e que é cedida durante o contrato de trabalho ao empregador mediante contraprestação pecuniária. A imagem do atleta tem valoração pecuniária maior ou menor, conforme a relevância de sua posição perante o público e a sociedade, o que reverte em proveito do clube que explora a presença do profissional em seus quadros.

[41] SCANDOLARA, Cláudio *et al*. Direito de imagem e direito de arena do jogador de futebol. *In*: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HD Editora, nº 333, p. 72 e ss., set. 2011.

5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade

Como se vê, a liberdade de expressão pode colidir com o direito à honra e à imagem. Como solucionar o conflito?

A questão do conflito entre os direitos fundamentais pressupõe a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade.

5.1. O Princípio da Razoabilidade

A ação humana não é regida por esquemas formais abstratos. A solução dos problemas práticos da existência humana pressupõe a lógica do razoável. Como os problemas jurídicos são dos mais relevantes entre os problemas de existência humana, há que se afastar a lógica formal quando se enfrenta problema desta natureza. Trata-se de aplicar a lógica do razoável, compatível com a realidade social na qual atua. O desarrazoado é inaceitável. A lógica do razoável leva em conta a situação pessoal do sujeito atingido pela aplicação da norma. A razoabilidade é aferida em função do conteúdo, não da forma. Uma solução jurídica é razoável quando material ou substantivamente aceitável, nos limites do racional, referenciada ao conceito de aceitabilidade racional, de que fala Aulis Aarnio[42].

Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade.

Para estabelecer as distinções justificáveis, cabe atentar para as diferenças e semelhanças essenciais existentes na sociedade. Dois critérios são assentados pela doutrina: o primeiro manda atender "à existência de um fundamento razoável, de tal forma que é contrária à igualdade perante a lei a diferença ou identidade de tratamento que não se baseie num fundamento razoável; o segundo critério é o que decorre da existência do arbítrio", como preleciona Guilherme Machado Dray[43].

O que ressalta nesta visão do princípio de igualdade é a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

5.2. O Princípio da Proporcionalidade

O princípio de proporcionalidade não se restringe ao terreno da aferição de razoabilidade das restrições estabelecidas por lei. Ele foi invocado inicialmente para justificar a imposição de restrição a determinados direitos, hipóteses em que se averiguava a adequação dos meios empregados para a consecução dos objetivos

[42] AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable – la justification en droit*. Trad. Geneviève Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 230 e ss.
[43] DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 21.

pretendidos. Neste sentido, inspira o princípio da proibição do excesso, de que fala Canotilho[44]. Cuidava-se de aferir a razoabilidade de medidas que acarretam limitações a direitos interferindo na esfera de liberdade das pessoas. As restrições só são admitidas quando apropriadas, exigíveis e aplicadas na justa medida. Estes são os atributos que identificam o *cânon* de proporcionalidade em sentido amplo: a) adequação (*Geeignetheit*) da medida ao fim almejado; b) necessidade (*Erforderlichkeit*) da restrição para garantir a efetividade do direito; c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), que permite a ponderação entre o peso da restrição e o resultado colimado[45]. O princípio de proporcionalidade, como "princípio dos princípios", atua como "ordenador do direito", ensejando a composição de conflitos entre as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais. É ele que proporciona uma "solução de compromisso", pela qual se dá prevalência a um dos princípios em conflito, mais ajustado à hipótese concreta, sem, contudo, anular o outro (os outros), que será afetado em parte mínima, respeitado o "núcleo essencial" em que se aloja o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana. Embora não expressamente reconhecido pelo ordenamento constitucional brasileiro, o princípio de proporcionalidade é ínsito à formulação teórica da organização do Estado democrático de direito[46].

A aplicação do princípio de proporcionalidade tem sido condenada por certos doutrinadores, porque apresentaria inevitável caráter irracional e subjetivo. Segundo essa crítica, o princípio de proporcionalidade não comporta aplicação racional. Ele constitui apenas um argumento formal, vazio; é somente uma metáfora, que carece de qualquer ponto de referência objetivo, que apenas oculta as avaliações subjetivas e irracionais do juiz, cuja tarefa, na hipótese concreta, não pode ser explicada nem controlada por meio de critérios jurídicos. Toda aplicação do princípio de proporcionalidade, segundo esta crítica, é arbitrária e incontrolável. Toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não passa de um artifício de camuflagem de uma decisão tomada com base em razões emocionais, políticas ou de qualquer outra índole, porém, em qualquer caso, alheias ao direito.

A objeção, contudo, não convence, porque, ao aprofundar o exame das normas de colisão, o juiz não se limita a declarar que as disposições legais são proporcionadas ou desproporcionadas: desce a minúcias, mediante a exposição das razões nas quais apoia o resultado da aplicação dos três subprincípios acima indicados. Convém salientar que as expressões *proporcionado* e *desproporcionado* revestem evidente força persuasiva: o proporcionado parece ajustado ao Direito, enquanto o desproporcionado tende automaticamente a identificar-se com o injusto ou o indevido. É certo, no entanto, que não basta o emprego dos vocábulos *proporcionado* e *desproporcionado* para que a decisão se tenha por fundamentada.

---

[44] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 259 e ss.
[45] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade. cit.*, p. 77.
[46] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito das obrigações e direitos fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. *In*: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1 (jan./jun. 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 535.

Cabe reconhecer que expressões como proporcionalidade, ponderação e equivalentes não passam de metáforas utilizadas pela linguagem jurídica e, portanto, a racionalidade de seu uso argumentativo não deve depender de sua força persuasiva, mas sim de que estejam amparadas em razões convincentes capazes de angariar uma aceitação generalizada e em critérios analíticos plausíveis[47].

6. Solução do Conflito de Direitos

A colisão de direitos fundamentais se soluciona mediante a determinação da prevalência de um em face de outro. Como leciona Canotilho, "uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro"[48].

O conflito entre regras jurídicas se resolve no plano da validade. Uma das regras há de ser considerada inválida. A solução do conflito se dá mediante aplicação das regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, vale dizer, por invocação dos critérios de cronologia ou de especialidade.

Já a colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada de maneira diversa. Quando dois direitos entram em choque, um deles deve ceder perante o outro, mas isso não significa que o direito afastado seja declarado inválido. Diante das circunstâncias do caso concreto, um dos direitos prevalece sobre o outro. A solução da colisão de direitos não exige a declaração de invalidade de direito afastado, tal como ocorre quando se trata da colisão de princípios: como afirma Robert Alexy, nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prima o princípio com maior peso, ou seja, na colisão de princípios, afasta-se o critério de validade e entra em jogo o critério de peso, pois o conflito é solucionado através de uma ponderação dos interesses opostos. Nessa ponderação, cuida-se de apurar qual dos direitos, abstratamente da mesma hierarquia, possui maior peso no caso concreto[49].

Com esta hipótese não se confunde aquela em que a solução do conflito entre direitos fundamentais é dada pelo próprio legislador, como ocorre quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Por exemplo: o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações pode ser violado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Constituição de 1988, art. 5º, inciso XII; Lei nº 9.296, de 24.07.1996); a liberdade de expressão e de informação (Constituição, art. 5º, IX) é disciplinada pela Lei nº 5.250, de 09.02.1967 (Lei de Imprensa); o direito à privacidade (Constituição, art. 5º, X) é protegido pela Lei nº 7.232, de 1984 (Lei de Informática), que regula o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados. Nestes casos, observada a reserva de lei, a solução do conflito é dada pelo próprio legislador.

---

[47] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 163-171.
[48] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, *cit.*, p. 1140.
[49] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89-90.

Não é o que ocorre, na prática, na maior parte dos casos, em que o exercício de um direito fundamental por um titular colide com o direito fundamental de outro titular, como, por exemplo: a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, não sujeita à censura ou licença (Constituição, art. 5º, IX), pode colidir com outro direito assegurado pela Constituição, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (Constituição, art. 5º, X). Nestes casos, em que a colisão de direitos fundamentais não está confiada à reserva de lei, "a solução fica por conta dos juízes ou tribunais", como esclarece Edilsom Pereira de Farias[50].

No caso específico da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem, José Luís Concepción Rodríguez assim se expressa:

> Caso se produza uma colisão entre o direito à honra e à liberdade de expressão, faz-se necessário proceder à ponderação do valor de cada um desses direitos em jogo, segundo as circunstâncias de cada caso, verificando mediante essa ponderação se a intromissão na honra é ou não justificada no exercício da liberdade de expressão[51].

Sem dúvida, a solução do problema da colisão entre direitos fundamentais se dá pela utilização da técnica da ponderação.

A etimologia do vocábulo *ponderação* indica que ele deriva do lat. *pondus, ponderis*, que significa basicamente peso, carga. Este substantivo é cognato de *pendo, pendere*, verbo que se traduz por pesar, ponderar, examinar, estimar. Ponderar equivale, portanto, a sopesar, a avaliar, a estimar comparativamente[52]. São ponderados os direitos em presença, prevalecendo um deles perante o outro, diante das circunstâncias do caso concreto. Fica claro, desde logo, que, como leciona Vieira de Andrade, "a solução dos conflitos (...) não pode ser resolvida através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia hierárquica dos valores constitucionais"[53].

A última observação merece atenção especial, porque certa corrente doutrinária defende a existência de uma hierarquia interna no subsistema que, em caso de colisão entre direitos, "devem prevalecer aqueles direitos que protegem o indivíduo e sua dignidade, que mais contribuem para o pleno desenvolvimento de sua dignidade, que se possam aplicar a um número mais amplo de titulares, que satisfaçam necessidades radicais"[54].

---

[50] FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.
[51] CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 204.
[52] Pendo, *In*: ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4ª ed., Paris: Klincksieck, 2001, p. 494.
[53] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição*, *cit*., p. 312.
[54] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III de Madri, 1999, p. 380 e 595.

Inaceitável, porém, é esse alvitre. Inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais, pois estes devem ser entendidos sob uma compreensão coexistencial: todos contribuem coordenadamente para alcançar os fins existenciais da pessoa e todos, cada qual em sua medida, caminham na mesma direção[55]. Não se pode afirmar que algum direito tenha valor hierárquico superior aos demais, *prima facie* em abstrato. A primazia de um direito fundamental sobre outro, em caso de colisão, não pode ser nunca resolvida mediante ponderação em abstrato, mas somente em face das peculiaridades do caso concreto.

Diante da colisão de direitos, cabe ao intérprete avaliar as razões a favor de um e de outro, a fim de achar o ponto de equilíbrio entre ambos, que seja mais apropriado para o caso concreto. Há, é certo, o risco de cair no puro subjetivismo, que leva a decidir de acordo com as preferências pessoais de cada intérprete. Para conjurar esse risco, a técnica da ponderação deve preencher três requisitos.

Em primeiro lugar, é necessário proceder a uma cuidadosa análise das características do caso em exame, tanto em seus aspectos fáticos como jurídicos, cuidando que a solução possa ser encontrada sem que se sacrifique um valor em face do outro. Deve ser levada em conta a fórmula conhecida como navalha de Occam: *entia non sunt muitiplicanda praeter necessitatem*. Os seres não devem ser multiplicados além do necessário (nos raciocínios, nas hipóteses).

Em segundo lugar, é preciso determinar qual dos dois direitos é mais digno de proteção, e para evitar a tentação do mero subjetivismo, a escolha deve ser feita não em abstrato, mas sim diante do caso concreto. Para tal fim, há que se determinar o grau em que cada um dos valores em jogo está afetado, dando-se prioridade àquele que revelar aspectos mais próximos ao seu núcleo central de significado.

Em terceiro lugar, cabe lembrar que a técnica da ponderação não dá respostas em termos de sim ou não, porém de mais ou menos. O resultado da ponderação não será necessariamente a prioridade absoluta de um dos valores à custa do completo sacrifício do outro: mediante a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, busca-se encontrar o justo ponto de equilíbrio entre os valores colidentes, de tal maneira que o valor ou bem jurídico sacrificado o seja unicamente na medida necessária para dar efetividade àquele ao qual foi dada prioridade[56].

Fica claro, em consequência, que o uso da liberdade de expressão por alguém encontra limite nos direitos reconhecidos pela Constituição e, especialmente, no direito à honra, à intimidade e à imagem de outrem.

Por outro lado, cumpre observar que a ponderação de interesses também depara com o limite constituído pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: existe um "conteúdo mínimo", que não pode ser violado nem pelo

[55] DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre derechos fundamenales?* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 377.
[56] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª ed., Cizur Menor: Thomson, 2005, p. 52-54.

legislador nem pelo intérprete[57]. Por força do princípio de proporcionalidade, a restrição deverá respeitar a garantia de um núcleo absoluto, inviolável, a partir do qual a ingerência no direito fundamental não poderá ultrapassar a medida do que seja adequado e necessário, devendo ser fulminada por inválida caso implique o esvaziamento do direito ou interesse em foco[58].

O valor básico que preside ao labor de criação e interpretação jurídica reside na dignidade da pessoa humana, que representa, sem dúvida, um "*prius* lógico e ontológico para a existência e especificação" dos direitos fundamentais[59]. Este valor é estimado por doutrinadores como o "epicentro axiológico" do ordenamento constitucional[60], como o "ponto arquimédico do Estado de direito"[61], como o "consenso axiológico-normativo" que obriga ao respeito da pessoa-valor[62], mas também serve de farol a guiar o aplicador do direito na difícil tarefa de limitar o exercício de um direito fundamental em caso de colisão de direitos, como se lê na "explicação" do Presídio ao art. 1º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000[63].

[57] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.111.
[58] LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996, p. 146.
[59] OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona*. Madri: Dykinson, 2010, p. 286.
[60] SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 59.
[61] LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Ob. cit., p.102.
[62] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p. 47.
[63] CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (*sous la dir.*). *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2002, p. 274.

Crimes cibernéticos e óbices ao cumprimento do Acordo de Cooperação Internacional (MLAT) com base nos *standards* de causa provável e liberdade de expressão do Direito estadunidense

Cybercrimes and impediments in enforcing the Mutual Legal Assistance Treaty due to American law standards of probable cause and freedom of speech

Ana Lara Camargo de Castro*

Sumário

1. Introdução. 2. Assistência judiciária mútua em matéria penal. 3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT. 4. Causa provável. 5. Liberdade de expressão. 5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão. 5.2. Exceções à liberdade de expressão. 5.3. Categorias incômodas protegidas. 6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil. 7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo explora as complexidades da cooperação internacional nas investigações de crimes cibernéticos em razão dos standards de liberdade de expressão e causa provável dos Estados Unidos. O trabalho apresenta o desenvolvimento dos testes estabelecidos pela Suprema Corte para determinação de causa provável. Adicionalmente, examina a extensão da liberdade de expressão no direito estadunidense, as possibilidades de controle constitucional de leis e regulamentos, e as categorias de discurso não protegido.

Abstract

The paper explores the intricacy regarding international cooperation in cybercrimes investigations due to freedom of speech and probable cause standards in the United States.

* *Master of Laws* em *Criminal Law*, pela *State University of New York* – SUNY/Buffalo. Especialista em Inteligência de Estado e Segurança Pública, com Direitos Humanos, pela Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professora de Pós-Graduação (EDAMP/UNIGRAN, UCDB e IERB/FEMPERJ).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 76 (3ª Fase), abr./jun. 2020, p. 19-49.

This work presents the development of the Supreme Court tests to determine probable cause. Additionally, it examines the extension of freedom of speech in the American Law, the possibilities for judicial review of unconstitutional statutes and governmental acts, and the categories of unprotected speeches.

Palavras-chave: Cooperação internacional com os Estados Unidos. Crimes cibernéticos. Causa provável. Liberdade de expressão.

Keywords: *International cooperation with the United States. Cybercrimes. Probable cause. Freedom of speech.*

1. Introdução

A apuração e o processamento de crimes cibernéticos são complexos devido à sofisticação do *modus operandi*, da grande facilidade de ocultação e da oportunidade de anonimato. Além disso, ainda que estabelecida a materialidade e a autoria, tais crimes impõem caminho tortuoso para a validação probatória e amiúde encontra óbice na insuficiência de conhecimento técnico dos investigadores e operadores do Direito. Ademais, tratando-se de empresas de tecnologia que controlam imensa gama de dados da população e, portanto, exercem poder cada vez menos limitado e mais relevante na dinâmica socioeconômica mundial, haverá enorme resistência no compartilhamento dessas ferramentas e informações com órgãos investigativos.

Inicialmente, há de se estabelecer na perspectiva deste artigo que quaisquer argumentos em defesa do amplo *free speech* são fortes, justos, relevantes, fundacionais da autonomia e da democracia. E, nesse sentido, todas as intervenções do poder público, em especial por seus braços coercitivos ou armados, devem ser restritas ao mínimo necessário, conservando-se a todo custo o delicado equilíbrio entre segurança e liberdade. Como disse Noam Chomsky, pensador sempre contrário à regulação estatal do pensamento e da manifestação:

> Goebbels era favorável à livre expressão de pontos de vista que lhe agradavam. Stalin também. Mas se você realmente é favorável à livre expressão, isso significa que você é a favor da livre expressão precisamente para pontos de vista que você despreza. De outra forma, você não é favorável à livre expressão.[1]

[1] Resposta do linguista, filósofo, sociólogo e ativista estadunidense Noam Chomsky a estudante que o questionava quanto a sua posição intelectual no chamado *affair* Faurisson, no qual ele defendia a liberdade de expressão do professor francês Robert Faurisson de afirmar a inexistência do Holocausto e publicar trabalhos sustentando tal ponto de vista. Não obstante Chomsky tenha afirmado reiteradamente sua posição contrária ao pensamento de Faurisson, e apenas favorável ao seu direito de externá-lo, a polêmica acarretou-lhe infindável controvérsia e indelével acusação de antissemitismo. O trecho citado neste trabalho foi extraído do documentário *Manufacturing Consent*, de 1992, dirigido por Mark Achbar e Peter Wintonick.

As grandes corporações de tecnologia, em especial as Big 9 – Google, Amazon, Apple, Facebook, Baidu, Alibaba, Tencent, IBM e Microsoft – têm ocupado, paulatinamente, grande parte do status historicamente reconhecido ao Estado no controle social (WEBB, 2019). Essa transferência de poder deriva da aquisição de poderio político, econômico e até afetivo alcançado pelo domínio, muitas vezes exclusivo, de dados e metadados dos usuários.

A capacidade de manipulação dessas empresas é, de fato, atentado civilizatório contemporâneo mais significativo do que os tradicionais golpes de Estado que regularmente embaraçavam a construção de democracias no século passado. Todavia esse poder é menos evidente por suscitar a violação da liberdade de pensamento por vias sutis, inusitadas, inovadoras que contam com a servidão voluntária do usuário, valendo-se da inteligência artificial, do manuseio de algoritmos, da aplicação de recursos de *big data* e do emprego de métodos de abordagem comportamental de diversos ramos científicos, como Economia, Biologia, Sociologia, Antropologia, Psicologia.

Essa admirável nova sociedade cibernética é *conundrum* tanto para a Filosofia quanto para os Direitos Humanos Internacionais. Debate que não cabe no reduzido espaço desde artigo que pretende, simplesmente, auxiliar no entendimento jurídico dos óbices à cooperação internacional, vale dizer, tornar mais simples a compreensão dos argumentos de Direito estadunidense utilizados pelas empresas transnacionais e pelo governo norte-americano para negarem colaboração com órgãos investigadores, Ministério Público e Poder Judiciário.

Se esses argumentos são válidos ou simples formas de se esquivar somente se pode apurar caso a caso, não há resposta única, pronta. Se, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vai assegurar a ampla soberania nacional e dispensar definitivamente o acordo de cooperação (MLAT) para corporações com filial, sucursal, subsidiária ou representação local ainda não se sabe. Persistirão, de todo modo, outras empresas simplesmente internacionais.

O importante para o escopo deste trabalho é tornar claro que, para lidar com Direito estadunidense, o operador brasileiro precisa conhecê-lo com maior profundidade. E isso não é comum no Brasil que, costumeiramente, liga-se mais ao Direito europeu-continental. O propósito aqui é auxiliar nessa missão, simplificando os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para permitir melhor compreensão e maior qualidade técnica dos pleitos apresentados judicialmente nas temáticas cibernéticas.

2. Assistência judiciária mútua em matéria penal

Os caminhos para a cooperação jurídica internacional são: (a) a via diplomática, por meio da Chancelaria; (b) a autoridade central, por exemplo, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus), no âmbito do Ministério da Justiça;

ou (c) a via direta, por meio de cooperação policial, ou entre Ministérios Públicos, ou entre autoridades administrativas semelhantes (COAF, RF etc.).

A autoridade central é comumente acionada para o cumprimento de cartas rogatórias do Poder Judiciário ou auxílio direto a investigações do Ministério Público ou das polícias. E os pedidos podem contemplar citações, intimações, notificações, oitivas, provas documentais, afastamento de sigilo bancário, fiscal e telemático, repatriação de ativos, bloqueio, sequestro, busca e apreensão de bens e valores, entre outros.

Em relação aos Estados Unidos, o Decreto 3.810/2001 regula o *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT), a Assistência Judiciária em Matéria Penal, que em matéria de delitos cibernéticos tem como principais finalidades a obtenção de dados cadastrais, o registro de criação de sites, a lista de acesso de páginas hospedadas no exterior, a remoção de conteúdo ou a suspensão de sites.

Os formulários, em português e inglês, deverão conter: (a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito (IP) ou procedimento de investigação criminal (PIC) ou a ação penal; (b) a descrição da matéria e da natureza da investigação ou da ação penal, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão; (c) a descrição da prova, informação ou outra assistência pretendida; e (d) declaração da finalidade para qual a prova, informação ou assistência é necessária.

Quando possível, a solicitação deve conter: a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova; b) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser intimada, o seu envolvimento com o processo e a forma de intimação cabível; c) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser encontrada; d) descrição precisa do local ou pessoa a serem revistados e dos bens a serem apreendidos; e) descrição da forma sob a qual qualquer depoimento ou declaração deva ser tomado e registrado; f) lista das perguntas a serem feitas à testemunha; g) descrição de qualquer procedimento especial a ser seguido no cumprimento da solicitação; h) informações quanto à ajuda de custo e ao ressarcimento de despesas a que a pessoa tem direito quando convocada a comparecer perante o Estado Requerente; e i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento.

3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT

Não obstante à cooperação internacional disciplinada pelo Decreto 3.810/2001, estima-se que mais de setenta por cento das solicitações enviadas aos Estados Unidos remanesçam sem atendimento ao argumento de ausência de causa provável (*probable cause*), estabelecida na 4ª Emenda ou de ferimento à liberdade de expressão (*freedom of speech*), estabelecida na 1ª Emenda. No Brasil, ainda há muito desconhecimento quanto à fundamentação utilizada para a recusa das empresas, justamente pela falta de familiaridade com o direito estadunidense.

Nos anos que sucederam a independência das colônias britânicas, o antagonismo entre Federalistas e Antifederalistas eclodiu, aqueles buscando pacificação no fortalecimento de um governo nacional, estes sustentando a preservação da supremacia dos Estados. Com a vigência da Constituição em 1789, após longo processo de ratificação, em especial como resposta às críticas antifederalistas, James Madison, então Deputado por Virginia, propôs rol de emendas à Constituição que configurasse conjunto de direitos mínimos dos cidadãos frente ao novo e fortalecido governo central que, aprovado, tornou-se a *Bill of Rights* do povo (CASTRO, 2019). A referida Carta de Direitos, na sua edição original de 1791, continha dez emendas à Constituição, sendo que a 1ª e a 4ª Emendas dispõem, respectivamente:

> O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.
>
> O direito do povo à inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e propriedade pessoal contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e não devem ser emitidos mandados a não ser com causa provável apoiada por juramento ou declaração e descrevendo especificamente o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Ao fim da Guerra da Secessão, em 1865, com a rendição dos escravocratas do sul do país, entraram em vigor as chamadas Emendas à Guerra Civil, entre elas a 14ª emenda, que impôs conjunto de direitos a ser oposto pelos cidadãos também em desfavor dos Estados e não apenas em face do governo federal. A 14ª emenda estabelece que não haverá privação de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal e inaugurou a chamada doutrina da incorporação (*incorporation doctrine*) que, durante o século XX, permitiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), paulatinamente, incorporasse contra os Estados quase todas provisões da Carta de Direitos, originalmente destinadas contra os poderes da União (CASTRO, 2019).

Em matéria de delito cibernético, as empresas sediadas nos Estados Unidos utilizam-se dos seus regramentos pátrios – e ainda de suas políticas internas específicas – para justificar a negativa do cumprimento de ordens judiciais ou a cooperação direta. Há colaboração eventual, por meio dos canais de diálogo disponibilizados pelas grandes empresas provedoras de aplicações, como por exemplo Facebook, Twitter ou Microsoft, mas nesses casos não se trata de parceria, mas de atendimento a demandas específicas que, em regra, encaixam-se nas exceções legais estadunidenses ou se amoldam aos interesses das próprias empresas.

Desse modo, é preciso melhor entender essas regras e o fundamento legal dessas recusas. Este artigo concentra-se na análise da legislação norte-americana incidente à matéria, mas não avança na miríade de regulamentos corporativos disponibilizados em forma de formulários de adesão (EULA).

4. Causa provável

A *probable cause* é o *standard* estabelecido na 4ª Emenda da Declaração de Direitos para a expedição de mandados de busca e apreensão de pessoas e coisas. É também o standard para busca e apreensão em situação de exceção à exigência de mandado, incluindo *arrest* (prisão).

Por ocasião da redação da *Bill of Rights* a preocupação dos *Framers* era no sentido de compensar o ressentimento das Colônias em relação ao Império Britânico que autorizava a seus soldados, munidos apenas de *general warrant* (mandado genérico), baseado em informações vagas e imprecisas, a adentrar quaisquer residências em busca de papéis ou quaisquer outras evidências de deslealdade à Coroa.

A 4ª Emenda contém, pois, proteção contra buscas e apreensões irrazoáveis, com ou sem mandado, e exigência de prévia obtenção de mandado específico e detalhado quanto ao que se busca e local de cumprimento, fundamentado em declaração juramentada (*affidavit* ou *sworn statement*).

Porém, a 4ª Emenda jamais conceituou causa provável e a construção do conceito se origina de sucessivas interpretações da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo da história. Destaca-se *Brinegar v. United States* (1949), caso referente a violação ao *Liquor Enforcement Act* de 1936, em que o veículo do acusado foi parado quase na divisa entre Oklahoma e Missouri e, em revista, no seu interior foram encontradas bebidas alcoólicas em contrariedade à referida lei.

Em *Brinegar*, a SCOTUS afirmou que existe causa provável quando os fatos e as circunstâncias, no âmbito do conhecimento do agente e sobre as quais ele tenha informação razoavelmente confiável, sejam, por si, suficientes para assegurar a crença por parte de pessoa de cautela razoável de que um crime está sendo cometido.

Em se tratando de *probable cause*, como o próprio nome sinaliza, está-se diante de probabilidades que não são técnicas e, sim, considerações de ordens fática e prática da vida cotidiana, diante das quais qualquer pessoa razoável e prudente agiria. A essência de todas as definições de causa provável é a base razoável para se acreditar na culpa (*reasonable ground for belief of guilt*).

Mais adiante, ao apreciar casos de causa provável para prisão sem mandado ou de expedição de mandado de busca e apreensão, a SCOTUS evoluiu para a elaboração de teste em duas etapas, no qual a justificativa deveria contemplar: (1) a revelação da base do conhecimento ou da conclusão fornecida pelo informante à polícia (*basis of knowledge*); e (2) o estabelecimento da confiabilidade (*reliability*) do informante ou da veracidade (*veracity*) do seu relato. É o que se extrai de *Aguilar v. Texas* (1964) e *Spinelli v. United States* (1969).

Em *Illinois v. Gates* (1983), todavia, a SCOTUS se distancia do teste estabelecido em *Aguilar* e *Spinelli* para doravante estabelecer que a base do conhecimento, a confiabilidade e a veracidade são, de fato, relevantes para a determinação da causa provável, porém, nenhum teste dever ser aplicado de forma rígida, prevalecendo a abordagem da "totalidade das circunstâncias" (*totality of circumstances approach*).

Desse modo, com a mudança de posicionamento havida em *Gates*, para a determinação da *probable cause* não há mais rigidez conceitual, articulada a partir de conjunto fixo de regras e o ponto nodal passa a ser a confiabilidade da informação como um todo. Para tanto contam, por exemplo, a identidade do informante, o histórico de confiabilidade estabelecido, a explicação da origem do conhecimento da informação, a predição acurada de comportamento geral, a predição específica de comportamento incriminatório, a corroboração por investigação policial independente etc.

A causa provável é, conforme *Gates*, conceito fluído, formulado com base em conclusões de senso comum acerca do comportamento humano. E lida, pois, com probabilidade e não certeza, em contexto factual específico.

Assim sendo, em matéria de cooperação jurídica internacional é preciso que todos os pedidos fundamentem adequadamente a causa provável de que o crime está sendo cometido, com respaldo na totalidade das circunstâncias, mas de forma a especificar com detalhamento a razão para o conhecimento da informação e seu grau de confiabilidade.

5. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é princípio fundacional dos Estados Unidos, estabelecido na 1ª Emenda da Declaração de Direitos, que garante aos cidadãos norte-americanos, primordialmente, o direito a criticar livremente o governo e suas instituições, sem medo de censura e persecução cível ou penal. Em razão disso, o discurso – manifestado por fala, imagem, gesto ou escrito – não está em regra sujeito a limitação por agências governamentais ou seus servidores, sejam federais, estaduais ou locais, nos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

O primeiro caso paradigmático em *freedom of speech* é *Schenck v. United States* (1919). Durante a Primeira Guerra Mundial, Charles Schenck e Elizabeth Baer distribuíram panfletos afirmando que o alistamento obrigatório (*draft*) violava a 13ª Emenda que proíbe servidão involuntária. O material distribuído conclamava à desobediência ao *draft*. Schenck e Baer foram processados por infração ao *Espionage Act* de 1917 por tentativa de insubordinação militar e obstrução ao recrutamento.

A Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da referida lei e foi a primeira vez em que articulou o "*clear and present danger test*", vale dizer, afirmou que a 1ª Emenda não protege discurso capaz de gerar perigo claro e atual da prática de mal que o Congresso tenha o direito de prevenir, inclusive comparando tais panfletos à situação de quem grita "fogo" em teatro lotado.

No mesmo ano, a SCOTUS julgou *Abrams v. United States* (1919), em que cinco imigrantes russos, quatro anarquistas e um socialista, protestavam contra o governo e disseminavam material clamando por greve geral nas fábricas de munição para prejudicar a ação bélica estadunidense na Alemanha, ao argumento de que além de matar os alemães, os norte-americanos iriam também eliminar os trabalhadores da Rússia Soviética, recém vinda da Revolução Bolchevique que depôs o Czarismo.

A Suprema Corte decidiu que as proteções à liberdade de expressão são reduzidas em tempos de guerra e consideraram a referida propaganda política como ameaça ao esforço bélico, em *clear and present danger* suficiente para atender ao standard estabelecido em *Schenck*. Também em 1919, no mesmo contexto da Primeira Guerra Mundial, a Scotus julgou *Debs v. United States* (1919), caso em que Eugene Debs havia feito discurso público incitando sua audiência à obstrução do recrutamento militar, mantendo sua condenação com base no *Espionage Act*, de 1917.

Em 1925, a SCOTUS julgou *Gitlow v. New York* (1925) que versava sobre a distribuição de Manifesto da Esquerda (*Left Wing Manifesto*) que clamava pelo estabelecimento do Socialismo por meio de greves e ações para deposição do governo. *Gitlow* foi o *landmark case* que incorporou a proteção da 1ª Emenda da Declaração de Direitos, no que tange à liberdade de expressão, para ser invocada contra os Estados e não apenas em desfavor da União (*doctrine of incorporation*).

Apesar da incorporação protetiva, a condenação de Benjamin Gitlow foi mantida em violação à *New York´s Criminal Anarchy Law*, ao argumento de que o Estado pode punir manifestações que coloquem em risco as fundações do governo organizado e ameacem sua deposição por uso de força, violência ou quaisquer meios ilegais. O caso teve famoso dissenso do Ministro Oliver Wendell Holmes Jr. no qual afirmou que "em sentido estrito, a única diferença entre a expressão de opinião e a incitação é o entusiasmo do manifestante pelo resultado". Para ele, "eloquência pode incendiar a razão", mas o discurso em questão não se destinava a induzir imediata conflagração, mas propunha rebelião em tempo futuro e incerto, o que não atenderia o standard de perigo claro e atual exigido em *Schenk*.

Esses casos criminais definiram os primeiros contornos históricos da liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Com o passar dos anos, o teste *Schenck* foi sendo abandonado à medida que análises mais sofisticadas foram se tornando imperiosas para a solução de fatos intricados e socialmente complexos, construindo-se, sucessivamente, categorias específicas de expressão que constituem exceções à liberdade constitucionalmente assegurada.

5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão

O controle de constitucionalidade (*judicial review*) da limitação ao discurso por ferimento à 1ª Emenda é feito pelas Cortes estadunidenses por meio dos testes de: *vagueness*, *overbreadthness*, *strict scrutiny, intermediate scrutiny* e *reasonableness*, a partir das cláusulas de *Equal Protection* (não discriminação) e *Due Process* (devido processo)

das 5ª e 14ª Emendas à Constituição. O controle é difuso, feito por quaisquer juízes ou tribunais estaduais em relação às suas próprias Constituições ou à Constituição Federal; e por juízes ou tribunais federais em relação à Constituição Federal. A Suprema Corte faz esse controle após expedição de *writ of certiorari* – admissão recursal das decisões dos tribunais estaduais ou federais, em temáticas de significância nacional ou de uniformização, por no mínimo quatro dos nove ministros.

Os níveis de escrutínio variam conforme a classe de pessoas (*equal protection*) e a liberdade (*due process*) em análise. Em matéria de *equal protection*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas por questões de raça, religião, origem étnica, imigração (*e.g.* regulação estadual de imigrantes legais); ao escrutínio intermediário leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas em razão de gênero, de legitimidade de nascimento, de imigração (*e.g.* regulação estadual de imigrantes ilegais); e ao escrutínio por base racional leis, regulamentos e decisões que possam discriminar em razão de deficiência, idade, preferência política e imigração (*e.g.* regulação federal de imigrantes). Em matéria de *due process*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito algumas leis, regulamentos e decisões relativos à liberdade de expressão e de imprensa, à livre associação, aos direitos dos acusados, ao direito ao voto; ao escrutínio intermediário algumas que esbarrem no direito à privacidade.

O Poder Judiciário analisa o interesse público evidenciado (proveito, vantagem, benefício, ganho, objetivo) e o design técnico da lei, regulamento ou decisão (seu *link*, nexo ou conexão com o interesse alegado), utilizando o critério de:

(a) *rational-basis* (base racional) ou razoabilidade (*reasonableness balancing*) quando há baixo nível de suspeita de interferência indesejável à proteção constitucional, bastando que o Estado demonstre interesse legítimo (*legitimate interest*) com a edição da lei, ato ou decisão, e que haja mero nexo racional (*rational link*) entre tal interesse e a lei, ato ou decisão;

(b) *intermediate scrutiny* (escrutínio intermediário) quando há médio nível de suspeita de violação à Constituição, sendo necessário que o Estado demonstre a existência de interesse importante, significativo (*important, significant interest*), devendo ser a lei, ato ou decisão substancialmente relacionada (*substantially related*) ao alcance de tal objetivo, e não mais onerosa que o necessário para atingi-lo; ou

(c) *strict scrutiny* (escrutínio estrito) quando há alto nível de suspeita, cabendo ao Estado demonstrar interesse ou vantagem realmente convincente (*compelling interest*) ou primordial (*overriding end*), devendo a lei, ato ou decisão ser estritamente confeccionada (*narrowly tailored*) para a obtenção do resultado, e o meio menos restritivo para atingi-lo (CASTRO, 2019).

Limitações à liberdade de expressão por meio de leis, regulamentos ou decisões baseados em conteúdo (*content-based*) em favor ou desfavor de pontos de vista ou opiniões (*view point discrimination*) recebem controle por escrutínio estrito (*strict scrutiny*), independentemente do local onde o discurso ocorra. Escrutínio estrito é

o critério que também se aplica a limitações legais, regulamentares ou decisórias de liberdade de expressão, em fórum público ou privado, baseadas em conteúdo (*content-based*) em razão da matéria (*subject-matter*) do discurso. Todavia, regulações de conteúdo neutro (*content-neutral*) pertinentes a data, local e forma de expressão, em fóruns públicos ou privados, recebem escrutínio intermediário.

Limitações a discurso que ocorra em ambiente governamental, não público, ou em locais subsidiados ou financiados com recursos públicos são controladas pelas Cortes por escrutínio estrito se se referirem a conteúdo relacionado a opinião ou ponto de vista; e por razoabilidade se versarem sobre conteúdo neutro ou relacionado a determinada matéria. Algumas manifestações não estão sujeitas à proteção constitucional, como obscenidade, solicitação ao crime, provocação para briga, pornografia infantojuvenil; ou têm proteção limitada como é o caso do discurso comercial ou propaganda (que em certos casos impõe escrutínio intermediário) e da difamação (que exige *mens rea* específica).

Vagueness doctrine se refere à análise da suficiência de precisão na redação de regulamentos ou de leis cíveis e penais para dar advertência (*fair warning; sufficient warning*) à pessoa média (comum, de inteligência ordinária) de que determinada conduta é permitida ou proibida, ou configura ilícito. A análise de conteúdo vago se destina a coibir a aplicação discriminatória ou arbitrária, e em Direito Penal estadunidense integra o conceito de Legalidade.

Overbreadth doctrine se refere à amplitude de lei ou regulamento que limite o direito de expressão de tantos indivíduos ao ponto de que sua existência no ordenamento se torne mais perigosa e violadora às liberdades constitucionalmente asseguradas do que a própria conduta que se quer individual ou isoladamente limitar.

5.2. Exceções à liberdade de expressão

Não obstante a vasta proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos há categorias de discursos não protegidas (*unprotected speeches*), para as quais a Suprema Corte admite restrição excepcional. Em regra, são manifestações consideradas de baixo valor ao status da 1ª Emenda. São elas:

(a) Difamação (*defamation*)

Afirmação falsa e pública feita sobre fato capaz de causar ofensa à imagem ou à reputação da pessoa representada; acarretar desprezo ou desrespeito do público em geral; ou causar prejuízo à profissão ou empresa do ofendido. A restrição abrange tanto *libel* quanto *slander*, sendo a primeira a afirmação difamatória por escrito, e a segunda oral. *Defamation* trata-se de asserção de fato desabonador ou ilícito, dirigida nominalmente a determinada pessoa ou com sua implicação direta.

Para configurar difamação – e não simples opinião (*opinion*) – o estado mental (*mens rea*) do autor, se pública a vítima, deve ser de conhecimento (*knowledge*) de

que os fatos alegados são inverídicos ou de grave negligência e desconsideração (*reckless disregard*) pela verdade; ou, sendo a vítima pessoa comum, ao menos simples negligência (*negligence*) em determinar a veracidade.

Em *Rosenblatt v. Baer* (1966), o Ministro Potter Stewart definiu que "o direito à proteção da reputação contra violação injustificada e dano injusto reflete simplesmente o conceito básico de dignidade essencial e valia de cada ser humano – conceito que está na raiz de qualquer sistema decente de liberdade ordenada".

O caso paradigmático é *New York Times Company v. Sullivan* (1964). Durante a ascensão do *Civil Rights Movement*, o jornal New York Times publicou anúncio solicitando doações para auxiliar na defesa de Martin Luther King Jr. em acusações de perjúrio. O anúncio continha afirmações, algumas falsas, sobre a ação policial dirigida a estudantes que participavam de manifestações. O Comissário de Segurança Pública do Alabama, Lester Bruce Sullivan, sentiu-se ofendido com o criticismo da matéria, muito embora seu nome não fosse expressamente mencionado.

Após o NY Times recusar a retratação pleiteada, Sullivan processou civilmente o jornal e um grupo de pastores afro-americanos por *libel*, demandando reparação (*compensatory damages*) e indenização punitiva (*punitive damages*). Júri local fixou quinhentos mil dólares de valor total, o que foi confirmado pela Suprema Corte do Estado do Alabama. Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, afirmou que para caracterizar a violação à 1ª Emenda quanto a pessoas públicas é necessário que a parte demonstre que o estado mental do agente (*mens rea*)[2] era *knowledge* ou *gross recklesness* (ou na linguagem tradicional da *common law*: *actual malice*), ou seja conhecimento da falsidade ou grave negligência quanto à apuração do conteúdo da afirmação. A SCOTUS reverteu a condenação e estabeleceu que em relação a agentes públicos, seja para o estabelecimento de *compensatory* ou *punitive damages*, é necessária a prova de *actual malice* (vale dizer, *knowledge* ou *reckeless disregard*).

Em relação a *private individuals*, ou seja, indivíduos que não sejam agentes ou figuras públicas, a Suprema Corte entende que há maior necessidade de proteção, porque as pessoas comuns têm menos oportunidades para resposta do que pessoas públicas e, portanto, estão mais vulneráveis aos danos causados pela difamação. E por não se exporem, voluntariamente, ao risco de falsidades difamatórias, merecem maior compensação. Desse modo, no caso de pessoas comuns, os Estados não são obrigados a exigir o mesmo standard mental (*mens rea*) elevado para a responsabilização do autor do comentário por danos compensatórios. Todavia, não se admite responsabilidade objetiva pura nem o estabelecimento de indenização punitiva sem standard inferior a *knowledge* ou *gross recklesness* (*actual malice*), conforme *Gertz v. Robert Welch, Inc*. (1974).

[2] Em Direito estadunidense e para fim deste artigo entende-se como *elements of the offense* (elementos do delito) ou *elements of the crime* (elementos do crime) a estrutura bipartida: *actus reus* e *mens rea*, característica da *common law*. E não a estrutura tripartida clássica (dolo e culpa na culpabilidade) ou finalista (dolo e culpa no fato típico): fato típico, ilicitude e culpabilidade, característica de alguns países de *civil law*, como a Alemanha e o Brasil. Todavia, o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), em vigor no Brasil desde 1º de setembro de 2002 (Decreto nº 4388/2002), utiliza-se da estrutura bipartida: elemento material e elemento mental (elemento psicológico), conforme seu artigo 30.

(b) Ameaças verdadeiras (*true threats*)

Ameaças sérias e deliberadas não estão no escopo da 1ª Emenda. Entretanto, hipérboles, consistentes em exageros propositados para reforço de argumento dramático, são protegidas pela liberdade de expressão. O *leading case* é *Watts v. United States* (1969), em que Robert Watts, durante protesto no ano de 1966, teria ameaçado matar o Presidente dos Estados Unidos caso fosse forçado a servir e lutar na Guerra do Vietnam, afirmando que "se fosse obrigado a carregar um rifle o primeiro homem que gostaria de encontrar é L.B.J" ("*If they ever make me carry a rifle the first man I want to get in my sights is L.B.J.*"), em referência a Lyndon Baines Johnson. A Suprema Corte, revertendo condenação da justiça federal, confirmada pela *United States Court of Appeals for the District of Columbia*, entendeu que se tratou de hipérbole política, firmando a necessidade de análise contextual para compreensão da natureza da afirmação. E esclareceu que a linguagem na arena política é com frequência vituperativa, abusiva e inexata.

Ao julgar *Virginia v. Black* (2003), a Suprema Corte afirmou que hipérbole política se distingue de ameaça verdadeira porque esta ocorre quando a pessoa pretende comunicar séria expressão de intenção de cometer ato de violência ilegal contra indivíduo em particular ou grupo de indivíduos. O comunicador não necessita pretender cumprir de verdade a ameaça, basta que seu discurso acarrete o medo da violência e a disrupção que esse medo provoca.

Em *Black*, houve o julgamento conjunto de Barry Black, Richard Elliot e Jonathan O´Mara que foram condenados criminalmente por lei do Estado da Virgínia que tipificava a queima de cruz na propriedade de terceiros, em vias ou espaços públicos. Em 1998, Black havia liderado reunião da Ku Klux Klan, com cerca de trinta participantes, no terreno de propriedade privada de um deles, próximo à via pública, na qual, além de ofensas e ameaças à comunidade afrodescendente e latina em geral (entre outras: *"I would love to take a .30/.30 and just randomly shoot the blacks"*), houve a queima de uma cruz enquanto os manifestantes cantavam *Amazing Grace* com uso de alto-falantes.

No mesmo ano, Elliot e O´Mara, que não eram membros da KKK, tentaram atear fogo em uma cruz no quintal de James Jubilee, afro-americano vizinho de Elliot. A queima foi parcial e a motivação fora reclamação que Jubilee havia recentemente feito à mãe de Elliot, porque ele efetuava disparos de arma de fogo no quintal da casa, em razão de praticar tiro como hobby.

A Suprema Corte do Estado da Virgínia havia declarado o tipo penal inconstitucional em violação à 1ª Emenda por se tratar de *content-based cross-burning statute*, vale dizer lei que restringe pelo conteúdo do discurso e não pela intenção do autor. Em resumo, o legislador estadual escolheu a queima de cruz como discurso ameaçador em si. A Suprema Corte, todavia, entendeu que a lei estadual pode, sim, limitar especificamente a queima de cruz por se tratar de forma particularmente virulenta de expressão, associada à história do reino de terror imposto pela Ku Klux Klan, remanescendo como símbolo de ódio potente e compartilhado entre grupos de determinada identidade e ideologia. Entretanto, a SCOTUS concluiu que a previsão

expressa da lei da Virginia no sentido de que a queima de cruz deve ser *prima facie* evidência da própria intenção de intimidar pessoa ou grupo (o ato por si autoriza, portanto, que os jurados possam inferir o dolo do autor) é inconstitucional por ser excessivamente ampla e inespecífica (*overbreadth doctrine*).

(c) Provocações para agressão ou tumulto imediatos (*fighting words*)

Palavras ou expressões proferidas cara-a-cara (*face-to-face personal insults*), que são inerentemente insultantes e tendentes a resultar em briga ou tumulto imediatos. A exceção é governada por *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), em que Walter Chaplinskly foi condenado por lei estadual que tipificava crime de proferir em via pública discurso intencionalmente ofensivo, irônico ou perturbador. Testemunha de Jeová, ele distribuía material na rua em favor da sua crença e em ataque a outras religiões, tendo também chamando o *marshal* local de "maldito gangster" e "maldito fascista". A Suprema Corte manteve a condenação sustentando que esse discurso estava desprotegido constitucionalmente por acarretar ofensa direta ao seu alvo e ser capaz de provocar, de pronto, retorsão e perturbação da tranquilidade.

Em *Cox v. Louisiana* (1965), a SCOTUS esclareceu que o discurso indesejado que enseja controvérsia e polêmica não é inconstitucional, haja vista que a proteção assegurada pela 1ª Emenda tem exatamente como função convidar à disputa. Em 1961, o Reverendo Benjamin Elton Cox liderou grupo de cerca de dois mil afro-americanos que realizava protesto contra a prisão de vinte e três membros do *Congress of Racial Equality* (CORE) que haviam sido presos por piquete contra a segregação racial. Cox foi condenado por perturbação da tranquilidade e obstrução de via pública, condenação confirmada pela Suprema Corte de Louisiana. A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a lei estadual por violação aos seus direitos de expressão e assembleia.

A SCOTUS observou que a tipologia era vaga (*vagueness doctrine*), ou seja, imprecisa de modo a tornar seus termos incompreensíveis à pessoa média e, portanto, de inadmissível arbítrio do operador na sua aplicação. Afastou a definição legal estadual de perturbação da tranquilidade por permitir imputação genérica em casos de simples agitação, transtorno, inquietação, entrave, embaraço, interrupção.

E, da mesma sorte, afastou a imputação de obstrução de via pública por excessiva discricionariedade que a lei conferia às autoridades policiais, eis que o quarteirão junto à Corte local, embora lotado de pessoas portando cartazes e cantando, não estava inteiramente obstruído, e não havia essa intenção por parte do grupo que protestava. Desse modo, o discurso não poderia ser considerado violento ou provocador de violência, e em consequência silenciado, apenas porque algumas pessoas podem reagir violentamente a ele, eis que a incitação ao debate, ainda que exaltado, é parte constituinte da liberdade que a *Bill of Rights* pretendeu assegurar.

Em *Snyder v. Phelps* (2011), a Suprema Corte tornou a afirmar que a liberdade de expressão não pode ser restringida simplesmente porque é incômoda ou desperta desprezo. E afirmou que se há princípio fundamental subjacente à 1ª Emenda é

que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável, citando *Texas v. Johnson* (1989), caso de profanação da bandeira norte-americana.

A SCOTUS sustentou que, em realidade, o ponto nodal de toda proteção à expressão é justamente blindar as escolhas de conteúdo que na visão de algumas pessoas são equivocadas ou mesmo nocivas, citando *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*(1995), caso de recusa de inscrição de grupo LGBT para participação em parada de veteranos de guerra no dia de Saint Patrick. Em *Hurley*, a SCOTUS, revertendo decisão da Corte Estadual, entendeu haver violação ao direito de expressão dos organizadores do evento (veteranos) na imposição da participação do grupo solicitante, cuja mensagem era o orgulho da origem irlandesa como homens e mulheres abertamente LGBT, portanto, sem qualquer correlação com a mensagem original que a parada pretendia transmitir.

(d) Incitação (*incitement*)

O discurso que milita em favor de uso de força, violência ou infringência à lei é protegido constitucionalmente, desde que tal militância não se destine à incitação imediata. *Brandenburg v. Ohio* (1969) é caso que dá clara dimensão da relevância do direito de expressão para o povo norte-americano. Clarence Brandenburg era líder da Klu Klux Klan no interior de Ohio e telefonou para um repórter de uma emissora de televisão de Cincinnati convidando para reunião do grupo que haveria em uma fazenda.

O repórter foi ao local acompanhado de *cameraman* e filmou o evento. Com base nas filmagens, Brandenburg foi condenado com base no *Ohio Criminal Syndicalism Statute* por militar dever, necessidade ou acerto da prática de crime, sabotagem, violência e terrorismo como meio de se obter reforma política, econômica ou social, e por voluntariamente se juntar a sociedade, grupo ou reunião de pessoas formada com o fim de ensinar ou militar doutrinas de sindicalismo criminal. A condenação foi mantida pela Corte de Apelação e também pela Suprema Corte de Ohio.

Um dos filmes mostrava doze figuras encapuzadas, algumas portando armas de fogo, reunidas no entorno de uma grande cruz de madeira, que eles queimaram. Palavras que puderam ser captadas eram derrogatórias a afrodescendentes e judeus. Na sequência do mesmo filme, Brandenburg afirmava que não se tratava de organização vingativa, mas se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a suprimir os direitos dos brancos, de raça caucasiana, retaliação seria possível. Outro filme mostrava seis figuras encapuzadas e Brandenburg falava que, pessoalmente, ele achava que o *nigger*[3] deveria retornar para a África e o judeu para Israel. Alguns participantes carregavam armas, mas não o orador.

Por unanimidade, a Suprema Corte reverteu a condenação de Brandenburg, assegurando-lhe o direito de expressão. A SCOTUS declarou inconstitucional a lei

[3] *Nigger* é insulto racial, derivado do latim *niger*, negro. Palavra usada nos Estados Unidos em contexto pejorativo e depreciativo, referida atualmente com "*the N-word*".

estadual por ser excessivamente ampla (*overly broad*) e proibir, sob pena de sanção penal, mero discurso de militância violenta ou sindicalismo criminal e o direito de assembleia para defender tal ação, sem fazer distinção entre defesa e ensino abstrato dessas práticas, e incitação. Constitui, portanto, exceção à proteção o discurso que defende uso da força ou violação à lei que: (a) seja direcionado a incitar ou promover iminente ação ilícita; ou (b) seja capaz de incitar ou promover esse tipo de ação.

(e) Obscenidade (*obscenity*)

Material sexualmente explícito é protegido pelo direito de expressão da 1ª Emenda, desde que não seja obsceno. O teste de obscenidade foi estabelecido em *Miller v. California* (1973). Marvin Miller foi condenado por distribuição de material obsceno, conforme lei do Estado da Califórnia, por postagem (correios) não solicitada de propaganda de venda de material ilustrado sexualmente explícito – quatro livros de conteúdo adulto intitulados: "*Intercourse*", "*Man-Woman*", "*Sex Orgies Illustrated*" e "*An Illustrated History of Pornography*"; e um filme intitulado "*Marital Intercourse*".

Historicamente, os casos envolvendo a temática de pornografia eram regulados por *Roth v. United States* (1957) e *Memoirs v. Massachussetts* (1966). Em *Roth*, a Suprema Corte havia estabelecido que todas as ideias que possam ser redimidas pela mínima importância social, ainda que não ortodoxas, controversas e odiosas em relação às opiniões prevalentes em determinado contexto, todavia, a história da 1ª Emenda implica a completa rejeição da obscenidade como forma de expressão protegida constitucionalmente.

A SCOTUS fixou em *Roth* que o teste para se aferir tal obscenidade seria: "se para a pessoa média, aplicando standards comunitários contemporâneos, o tema dominante no material em análise, considerado como um todo, apela ao interesse lascivo". *Roth* estabeleceu teste a partir da pessoa média, vale dizer, pessoa hipotética razoável e de boa-fé, descartando parametrizar a partir de percepções de pessoas particularmente sensíveis por moralismo, religiosidade ou outros fatores. E exigiu também que a conclusão fosse obtida quanto ao tema dominante no material como um todo e não apenas diante de trechos isolados.

Em *Memoirs*, a SCOTUS avançou em *Roth* e estabeleceu novo teste, agora em três etapas. Deve ser estabelecido que: (a) o tema dominante do material, considerado como um todo, apela a interesse lascivo em sexo; (b) o material é patentemente ofensivo porque afronta os standards comunitários contemporâneos em relação à descrição ou representação de assuntos sexuais; e (c) o material é totalmente sem valor social redentor (*utterly without redeeming social value*). Assim é que enquanto *Roth* presumia a ausência mínima de valor social diante de qualquer material obsceno, *Memoirs* passou a requerer a prova de que o material seja irremediavelmente sem valor social.

Em *Miller*, a SCOTUS abandonou o teste *Memoirs* e concebeu novos parâmetros para o teste de obscenidade. As diretrizes para se aferir a possibilidade de regulação estatal passaram a ser: (a) se a pessoa média, aplicando standards contemporâneos

da comunidade, acharia que o trabalho, como um todo, apela a interesse lascivo (*prurient appeal*); (b) se o trabalho descreve ou representa, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especificamente definida em lei estadual (*patent ofensiveness*); e (c) se o trabalho, analisado com um todo, carece de sério valor literário, artístico, político ou científico.

O teste *utterly without redeeming social value* foi afastado em *Miller*. E a SCOTUS definiu que a análise dos critérios para definir o que é "*prurient appeal*" e "*patent offensiveness*" pode ser feita com base nos standards prevalentes na comunidade local, e não nacional.

O teste *Miller* ainda é autoridade governante em obscenidade, muito embora a problemática seja histórica e insolúvel, como disse o Ministro Potter Stewart, em *Jacobellis v. Ohio* (1964)[4], a Suprema Corte está "diante da tarefa de tentar definir o indefinível" ("*faced with the task of trying to define the indefinable*"). Ou como disse o Ministro John Marshall Harlan II, em *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas* (1968)[5], trata-se do "intratável problema da obscenidade" ("*intractable obscenity problem*").

Mais à frente, em *Pope v. Illinois* (1987), a Suprema Corte explicitou que as duas primeiras partes do teste *Miller* – *prurient appeal* e *patent offensiveness* – devem ser julgadas conforme os padrões contemporâneos da comunidade local, porém, a terceira parte – *serious literary, artistic, political, or scientific value* – deve ser determinada com base na pessoa razoável (*reasonable person*)[6] hipotética, ou seja, em se saber se essa pessoa abstrata, média e correta, encontraria valor no material em análise. *Pope* versava sobre instruções dadas aos jurados quanto à aplicação integral do teste *Miller* com base nos parâmetros da comunidade local, no julgamento de Richard Pope e Charles Morrison, proprietários de uma loja de revistas e livros de conteúdo adulto.

Não há conceituação definitiva para atribuir sério valor a determinada expressão erótica ou pornográfica. E com o advento da internet, a Suprema Corte identificou em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002), a problemática de não haver standard nacional para definição de obscenidade online. Em teoria, o teste *Miller* poderia atingir a quase totalidade dos produtores e distribuidores de pornografia *hardcore*, bem como alguns de conteúdo *softcore*, além de boa parte de material *realcore*[7], mas, na

[4] Caso em que a Suprema Corte reverteu condenação de Nico Jacobellis, gerente de um cinema em Cleveland Heights, no Estado de Ohio, pela exibição do filme francês *Les Amants*, do diretor Louis Malle.

[5] Caso em que a Suprema Corte reverteu, por violação à 1ª Emenda e *vagueness*, proibição de exibição do filme francês *Viva Maria*, do diretor Louis Malle, baseada em censura do *Motion Picture Classification Board* da cidade de Dallas, no Estado do Texas.

[6] O *standard* de *reasonable person* (pessoa razoável) refere-se ao padrão mediano racional de atenção, cautela, conhecimento, experiência, consciência, informação, senso de justiça e imparcialidade conjecturado como adequado por parte de uma pessoa hipotética razoável. Não se refere a estudo estatístico ou empírico da média do conjunto social, mas à razoabilidade socialmente esperável de pessoa abstrata ordinária e de boa-fé. É standard objetivo e não subjetivo, pois não leva em consideração intenção, pensamento ou estado mental específico ou particular de qualquer pessoa. Tampouco depende de inteligência, temperamento ou maturidade. É misto de pessoa média com pessoa ideal. Em resumo, é a personificação do parâmetro de alguém tanto comum quanto correto.

[7] *Hardcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo explícito, com atuação desempenhada para a câmera e com uso de recursos técnicos de luz, som, maquiagem, cenário, edição

prática, não há consenso quanto ao que é realmente obsceno e censurável, e nem grande interesse governamental de restrição nessa temática, para além dos contextos de pornografia infantojuvenil e tráfico de pessoas.

O indefinível e intratável, do ponto de vista conceitual, talvez continue sendo analisado pelo standard *"I know when I see it"*, imortalizado pelo Ministro Potter Stewart em *Jacobellis*, ao afirmar que, com base nas 1ª e 14ª Emendas, as leis penais nessa área eram constitucionalmente limitadas à pornografia *hardcore* e que ele não faria tentativa de definir que tipo de material estaria contemplado nessa descrição, porque talvez jamais fosse bem-sucedido em fazê-lo de forma inteligível, mas sabia quando via.

O Congresso norte-americano realizou algumas tentativas de restrição de conteúdo sexual a menores na internet. Em 1996, o *Communications Decency Act* (CDA) tornou ilícito a provedores de conteúdo, comercial ou não, o envio ou a exibição a menores de dezoito ano de qualquer comentário, solicitação, sugestão, oferta, imagem ou outra comunicação que, em contexto, represente ou descreva, em termos patentemente ofensivos, medidos por standards comunitários contemporâneos, atividades ou órgãos sexuais ou excretores. E, também, tornou ilícita a transmissão de material obsceno ou indecente a menores de dezoito anos.

Contudo, em *Reno v. American Civil Liberties Union* (1997), a ACLU obteve cautelar (*preliminary injuction*) contra o governo federal, representado por Janet Reno, então *Attorney General of the United States*, proibindo a aplicação dos citados dispositivos do CDA. O caso chegou à Suprema Corte que, por unanimidade, julgou tais provisões do CDA inconstitucionais. Primeiro, porque *indecent transmission* e *patently offensive display* são expressões por demais vagas (*vagueness doctrine*), não definidas com precisão no texto legal.

No entender da SCOTUS o legislador deixou de conceituar o que é indecente para fim de aplicação da lei e não há parâmetro conceitual em *Miller*, porque lá a conceituação é de obscenidade e não de indecência. Ademais, a SCOTUS considerou que o termo patentemente ofensivo também não foi associado a qualquer standard, porque em *Miller*, diversamente, a ofensividade patente é relativa à conduta sexual especificamente definida em lei estadual. A SCOTUS ainda observou que Miller versa sobre prática sexual e não engloba a mera exibição de órgãos sexuais ou excretores. Para a Suprema Corte, embora o governo tenha legítimo interesse na proteção de menores em relação a materiais potencialmente danosos, o CDA perseguia tal interesse por meio da supressão de enorme quantidade de expressão que adultos têm direito constitucional de enviar e receber, o que o torna de amplitude sem precedentes e seu ônus ao *adult speech* inaceitável.

Não obstante, é imperioso saber que, apesar de declaradas inconstitucionais as tipificações *anti-indecency* retromencionadas, o CDA continuava sendo a legislação

---

etc. *Softcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo simulado, com atuação desempenhada para câmera e com uso de idênticos recursos técnicos. *Realcore*: expressão utilizada para descrever produção amadora de sexo – explícito ou não – realizada por pessoa comum, "real", sem recursos técnicos específicos.

mais importante de proteção ao *freedom of speech* na internet. Isso porque o seu parágrafo 230[8] subsistiu e é exatamente o dispositivo legal que isenta provedores de responsabilidade pelo conteúdo da publicação de terceiros. Assim dispõe o CDA: nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Nos Estados Unidos, impera a liberdade de expressão, de modo que nenhum provedor pode agir como bom samaritano[9], bloqueando ou filtrando por iniciativa própria qualquer material ofensivo, por implicar em violação à 1ª Emenda e acarretar responsabilidade civil. O CDA contém previsão expressa de hipótese de isenção de responsabilidade civil pelo bloqueio ou filtro, em caso de boa fé, na restrição de disponibilidade de conteúdo considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável.[10]

Em 1998, o Congresso editou o *Child Online Protection Act* (COPA), de 1998, que restringiu o acesso a materiais comercialmente distribuídos que fossem prejudiciais a menores com base em standards comunitários contemporâneos. A legislação chegou à Suprema Corte pela primeira vez em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002). A *ACLU* obteve na justiça federal a declaração de inconstitucionalidade do COPA por violação à 1ª Emenda, eis que o fundamento em "standards comunitários" para definição do que seria "prejudicial" a menores seria excessivo amplo e invadiria liberdade de expressão protegida (direito ao acesso do material por adultos), ou seja, a lei permitiria que material que fosse considerado ofensivo em comunidades mais puritanas se tornasse inacessível a comunidades mais tolerantes. O Terceiro Circuito federal confirmou a decisão da primeira instância, julgando que a expressão "*standards* comunitários" do COPA era inconstitucional por excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*).

Contudo, a Suprema Corte entendeu que, *per se*, o fundamento em "*standards* comunitários" para definir o que é "prejudicial" a menores não tornava a legislação inconstitucional. E devolveu ao Terceiro Circuito Federal para apreciação da legislação por eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) por outros motivos que não o 'standard comunitário' ou tipificação e conceituação vagas (*vagueness doctrine*). Entretanto, no seu dissenso, o Ministro John Paul Stevens já alertou que "no contexto

---

[8] *47 U.S. Code §230 […]*
(c) Protection for "Good Samaritan" blocking and screening of offensive material
(1) Treatment of publisher or speaker
No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

[9] Tradução literal de "Good Samaritan", expressão constante da redação do §230 CDA em referência à parábola contida no Evangelho de Lucas, no Novo Testamento (Lucas 10:25-37).

[10] *(2)Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—*
(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or
(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

cibernético, 'standards comunitários' tornam-se espadas ao invés de escudos, eis que se um conteúdo lascivo é ofensivo a uma cidade puritana, pode se tornar crime publicá-lo na internet".

Dois anos depois, o caso retornou à Suprema Corte, em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2004), porque o Terceiro Circuito tornou a julgá-lo inconstitucional por violação ao teste de escrutínio estrito em razão de não ser confeccionado de forma delimitada, proibindo, portanto, os provedores de publicar conteúdo que adultos teriam direito a acessar. A referida Corte de Apelação entendeu ainda que havia meios menos restritivos à liberdade de expressão com idêntica eficácia, como o uso de filtros monitorado pelos pais, o que tornava a legislação por demais abrangente (*overbreadth doctrine*). O julgamento foi confirmado pela Suprema Corte.

Ainda em 1998, o Congresso editou o *Child Online Privacy Protection Act* (COPPA), que impôs obrigações aos sites dirigidos a crianças ou que delas coletem dados ou informações no sentido de adotar políticas de privacidade bem definidas, com exigência de coleta de permissão de pais ou responsáveis. O COPPA também definiu restrições para marketing. A lei ainda está em vigor e se aplica a menores com treze anos ou idade inferior.

Em 2000, entrou em vigor o *Children´s Internet Protection Act* (CIPA), que impôs às bibliotecas públicas e escolares, que recebam subsídio do programa governamental E-rate (para expansão de acesso à tecnologia), implementação de bloqueio ou filtro para acesso a material visual obsceno ou prejudicial a menores. A constitucionalidade da lei foi confirmada pela Suprema Corte em *United States v. American Library Assn., Inc.* (2003).

A Scotus entendeu não haver violação à 1ª Emenda porque a finalidade das bibliotecas não é dar acesso a terminais a fim de criar fórum público para que provedores de conteúdo se expressem e, sim, facilitar pesquisa, aprendizado e propósitos recreativos de qualidade apropriada, sendo que o mesmo filtro de material a ser disponibilizado é feito por bibliotecas físicas e não apenas virtuais. No entanto, importa observar que, de maneira geral, a Suprema Corte não admite censura literária a bibliotecas promovida por agentes governamentais ou conselhos de educação, como se vê em *Board of Education, Island Trees Union Free School District nº 26 v. Pico by Pico* (1982).

(f) Fraude (*fraud*) e comércio (*commercial speech*)

O discurso que se destina a transações comerciais e à propaganda recebe menor proteção que o discurso político. Em regra, leis e regulamentos podem banir manifestações fraudulentas, destinadas a enganar o consumidor, conforme decidiu a Suprema Corte em *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs*. (2003), caso referente a solicitações por telefone de doação para entidade de veteranos e desinformação aos doadores quanto ao percentual arrecadado que seria efetivamente destinado a caridade.

Porém, eventual restrição de anúncio, ainda que com propósito puramente econômico, é inconstitucional por violação à 1ª Emenda, eis que o estímulo à competitividade e ao livre fluxo de informação comercial é do interesse também do

consumidor e da sociedade em geral, como se vê em *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (1976), caso referente a anúncio de preços de medicamentos por farmacêuticos.

A constitucionalidade da manifestação de cunho comercial que não seja falsa ou enganosa e não verse acerca de atividades ilícitas é controlada por escrutínio intermediário, ou seja, a restrição governamental deve atender a interesse governamental substancial e ser diretamente dirigida a tal fim, conforme os precedentes *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York* (1980) e *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio* (1985).

(g) Solicitação para cometer crime (*solicitations to commit crimes*)

Discurso falado ou escrito que é parte integrante de conduta criminal (*speech integral to criminal conduct*) não é protegido pela 1ª Emenda, conforme *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.* (1949). E, nesse sentido, estão incluídos convites e conspirações para cometimento de crimes, e ofertas ou demandas de material ilícito.

(h) Perjúrio (*perjury*)

A afirmação falsa, feita sob juramento ou compromisso com a verdade, em procedimentos legislativos e governamentais ou processos judiciais não protegida constitucionalmente. Em Direto Penal estadunidense, em regra, só se configura o tipo penal de perjúrio se essa falsidade for relativa a elemento essencial relevante à decisão ou ao resultado do julgamento. De igual sorte, a Suprema Corte não admite proteção ao falso testemunho feito a agentes governamentais em assuntos oficiais ou a falsa personificação de agente governamental.

Porém, a SCOTUS reconhece que afirmações falsas em geral, na interação social cotidiana, são inevitáveis e compõem o contexto de proteção da 1ª Emenda para garantir a expressão vigorosa e aberta de pontos de vistas em conversas públicas ou privadas, como se vê em *United States v. Alvarez* (2012), caso em que o acusado Xavier Alvarez em evento público se apresentou como militar reformado ("*retired marine of 25 years*") e recebedor da *Congressional Medal of Honor*.

(i) Pornografia infanto-juvenil (*child pornography*)

A categoria é governada pelo caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982). Paul Ferber, proprietário de loja especializada em material sexual, vendeu dois filmes a policial *undercover* que continham masturbação de meninos: Feber foi condenado por lei antipornografia infantojuvenil do Estado de Nova Iorque que tipificava distribuição ou comercialização desse material, por se tratar de promoção de performance sexual de menor com idade inferior a dezesseis anos. Em *Ferber*, a Suprema Corte reconheceu a pornografia infantojuvenil como categoria excepcional de discurso não protegido constitucionalmente, e entendeu que o teste estabelecido em *Miller*, para obscenidade,

não seria suficiente para solucionar essa problemática específica relativa ao bem-estar de crianças e adolescentes e ao caráter criminoso de tais produções.

A SCOTUS definiu que o controle de eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) ou conceituação vaga (*vagueness doctrine*) de tais leis deverá ser feita caso-a-caso, sendo que a lei em análise no caso concreto era redigida de forma suficientemente acurada para não englobar material de sério valor literário, científico ou educacional. De fato, a lei do Estado de Nova Iorque era específica quanto à idade dos participantes na performance sexual (abaixo de dezesseis anos) e detalhada quanto à descrição do que constitui "*sexual performance*" e "*sexual conduct*", sendo "performance sexual" aquela que inclui "conduta sexual" e esta como sendo real ou simulada apresentação de intercurso sexual, intercurso sexual desviado, bestialismo, masturbação, abuso sadomasoquista ou exibição lasciva de genitais. A Suprema Corte manteve idêntico posicionamento ao julgar *United States v. Williams* (2008), referente à constitucionalidade da lei federal denominada "*The Protect Act*".

5.3. Categorias incômodas protegidas

> Importa observar que, fora das categorias consideradas de baixo valor apresentadas no tópico anterior, quase todas as restrições de manifestação baseadas em opinião ou conteúdo são presumidamente inconstitucionais. E, inclusive, algumas formas de expressão inoportunas, ofensivas e até mesmo agressivas encontram forte proteção da 1ª Emenda e, portanto, quaisquer limitações legais ou regulamentares devem ser minuciosamente elaboradas, sob pena de declaração de inconstitucionalidade, eis que não se encontram em nenhuma das categorias não protegidas definidas pela Suprema Corte.

Nesse sentido, o discurso indecente (*indecent speech*) por disseminação de ideias ou imagens vulgares, sexualmente explícitas ou de gosto duvidoso está protegido pela 1ª Emenda. A limitação discursiva só se admite à obscenidade, conforme o teste *Miller*, e não à indecência. Da mesma forma, o chamado discurso de ódio (*hate speech*), entendido como aquele intolerante a cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, política, faixa etária, classe social não é categoria de exceção a discurso protegido, exceto se constituir (a) ameaça verdadeira; (b) incitação ao uso imediato de força, violência ou infringência à lei; ou (c) provocação à agressão ou tumulto imediatos.

Para além de *Brandenburg v. Ohio* e *Texas v. Johnson* já vistos neste trabalho, também servem à compreensão outros destacados julgamentos da Suprema Corte, como *Tinker v. De Moines Independent Community School District* (1969), assegurando o direito de estudantes a usarem na escola pública faixa preta no braço em protesto à Guerra do Vietnam; ou *R.A.V. v. City of Saint Paul* (1992), caso em que sete adolescentes

queimaram uma cruz no gramado de uma família afrodescendente e foram autuados com fulcro em legislação que proibia "ostentação de símbolo que se sabe causar raiva, alarme ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião ou gênero", e SCOTUS decretou a inconstitucionalidade da ordenança em razão de restringir conteúdo com base em desaprovação das ideias expressadas.

É ainda relevante o caso *Termiciello v. Chicago* (1949), em que o Padre Arthur Termiciello discursou em fúria para centenas pessoas se utilizando de elementos de discriminação contra grupos políticos e étnicos – comunistas, ateus, russos, judeus sionistas, e a Suprema Corte invalidou a legislação de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) por violação à 1ª Emenda, afirmando que "a vitalidade das instituições civis e políticas depende da livre discussão e o discurso só pode ser restringido quando for capaz de produzir perigo claro e atual de mal sério e substancial que se eleve muito acima do incômodo, contrariedade ou agitação pública". O Ministro William O. Douglas salientou que a função da liberdade de expressão no sistema norte-americano é justamente convidar ao debate. E, portanto, serve melhor ao seu elevado propósito quando induz condição de desconforto, cria insatisfação com o estado de coisas como estão, ou mesmo induz as pessoas à ira.

É também emblemático o caso *Cohen v. California* (1971), assegurando a Paul Cohen o direito de usar em prédio público judicial jaqueta com a frase "*Fuck the Draft. Stop the War*" ("Foda-se o alistamento. Pare a Guerra"). Em *Cohen*, a Suprema Corte esclareceu que a 1ª Emenda não protege apenas ideias que se podem precisar, mas também emoções não concretamente explicáveis, até porque as palavras são frequentemente escolhidas tanto pela força emotiva quanto cognitiva que pretendem expressar. E não raro a emoção é justamente o elemento mais importante da mensagem que se pretende comunicar. O Ministro John Marshall Harlan consagrou o caso com a frase "*one man´s vulgarity is another´s lyric*" ("a vulgaridade de um homem é a lírica de outro").

Todas as restrições de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) e assédio (*harassment*) em geral devem ser cuidadosamente elaboradas, pois, não podem ser amplas a ponto de contemplar hipóteses de crítica, humor, repulsa com base em simples conteúdo por mais ofensiva que seja a manifestação. São admitidas limitações em ambiente laboral que contenham ameaça de represália ou uso da força, ou promessa de benefícios, conforme estabelecido em *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc* (1969). Outras formas de assédio, inclusive sexual, em ambiente escolar também podem gerar responsabilidade à unidade estudantil, quando a conduta for severa e objetivamente ofensiva o suficiente para prejudicar a experiência educacional da vítima e, portanto, negar a ela oportunidades iguais de acesso à educação, conforme *Davis v Monroe County Board of Education* (1999).

Na mesma linha, encontra-se a expressão de violência, como ocorre em manifestações supostamente artísticas, desportivas ou de lazer, como no caso dos videogames, para a qual qualquer restrição deve também ser de redação muito técnica e precisa. É paradigmático *United States v. Stevens* (2010) em que a Suprema Corte declarou inconstitucional lei federal que tornava crime produção comercial,

venda e posse de material contendo crueldade com animais. A lei não versava sobre a conduta de maus-tratos e, sim, sobre a apresentação visual e auditiva de animais vivos intencionalmente aleijados, mutilados, torturados, feridos ou mortos e contemplava exceção para obras de sério valor religioso, político, científico, educacional, jornalístico, histórico ou artístico.

Robert J. Stevens era dono de uma empresa chamada "*Dogs of Velvet and Steel*" e administrava *website* no qual vendia vídeos de lutas entre *pit bulls* ou ataques deles a outros animais. A Suprema Corte afirmou que exibição de crueldade com animais não é, por si, categoria excepcional de manifestação não protegida, e entendeu que a lei era inconstitucional porque fundada em restrição de conteúdo e demasiado ampla. Eis que as expressões referentes a mutilação, aleijamento e tortura transmitem a ideia de crueldade, todavia, ferimento e morte não, e contemplam, por exemplo, hipóteses de caça, cuja extensão e legalidade está a cargo do legislativo estadual.

A lei federal visava, originalmente, o banimento dos chamados *crush videos* que se tornaram muito populares à época, sendo que depois da declaração de inconstitucionalidade em *Stevens*, nova lei específica contra *animal crushing* foi editada e segue em vigor. A lei contempla hipótese de esmagamento, queima, afogamento, sufocamento e empalação intencional de animais, todavia, *crush videos*, originalmente, referem-se à circulação da internet de vídeos exibindo mulheres esmagando animais com os pés nus ou saltos altos, no estilo *dominatrix*, para causar excitação sexual (transtorno de preferência/fetiche bizarro).

Entretanto, no ambiente escolar, apesar do precedente inicial mais libertário em *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri* (1973), paulatinamente, a Suprema Corte foi assegurando à direção do estabelecimento público de ensino o direito à disciplina, inclusive por meio expulsão, quando da utilização de discurso inapropriado ou inconsistente em relação às normas estudantis e aos legítimos interesses da missão educacional, como se vê em *Bethel School District nº 403 v. Fraser* (1986), *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* (1988) e *Morse v. Frederick* (2007). Além do discurso estudantes, as pessoas em relacionamento especial com o governo – servidores públicos ou professores de escolas e universidades públicas podem ter suas manifestações restringidas, mesmo com base em conteúdo, quando forem incompatíveis com as normas e políticas empregatícias.

6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil

O Marco Civil da Internet estabelece, em seu artigo 11, que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, a legislação brasileira deverá ser obrigatoriamente respeitada. Essa Lei esclarece, no parágrafo único do artigo 12, que a legislação pátria é soberana mesmo que as atividades sejam realizadas por

pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante no mesmo grupo econômico possua estabelecimento no país. E ainda estabelece que, tratando-se de empresa estrangeira, em caso aplicação da multa prevista no §2º do artigo 12, responderá solidariamente pelo pagamento a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no Brasil.

O Código de Processo Civil estabelece no parágrafo único do seu artigo 21, ao versar sobre os limites da jurisdição nacional, que para o fim de estabelecer competência da autoridade brasileira para processar e julgar ações, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Em sentido semelhante a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, cuja vigência foi novamente prorrogada, estabelece que a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Ademais, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação extensiva e analógica do Código de Processo Civil, admitida no artigo 3º do Código de Processo Penal, comporta multa sancionatória para assegurar a força imperativa das decisões judiciais.

Estabelecem os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, entre elas a imposição de multa, a qual poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Trata-se de multa de natureza coercitiva (*astreintes*) e não tem caráter punitivo, ressarcitório ou compensatório, podendo, pois, aplicar-se inclusive a descumpridor da ordem judicial que não seja parte no processo. Diferente também da multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court)*, prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil, que somente se pode impor às partes na relação jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que empresa ou conglomerado transnacional sujeita-se à soberania brasileira, em cumprimento ao artigo 1º, I, da Constituição Federal, sendo, pois, desnecessária a cooperação internacional em caso de ordem judicial.

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE

DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Situação em que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (*timeline*) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que "a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil", cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, "a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, §5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal" (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em: 05/04/2016, DJe: 15/04/2016).

6. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das astreintes é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial. De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, §5º, do CPC no valor de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq nº 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

STJ - RMS 55.109, DJe 17/11/2017, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca (Facebook).

Vide também RMS 55.019, DJe 12/12/2017, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik (Yahoo); RHC 84.100, DJe 21/03/2018, Rel. Min. Felix Fischer; RMS 53.213, DJe 13/05/2019, Rel. Min. Ribeiro Dantas (Apple); Inq 784, DJe 28/08/2013, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz (Google).

Todavia, não obstante o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a questão da obrigatoriedade do emprego do acordo de cooperação internacional para exigir o cumprimento de decisões judiciais de empresas estrangeiras ou transnacionais com agência, filial ou sucursal no Brasil pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 51, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e ajuizada pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional).

7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense

Algumas investigações e ações penais contam com a dita colaboração espontânea dos representantes das empresas no país – por exemplo, Facebook, Instagram, Twitter, Google, Apple. Da mesma forma, acham maior facilidade no trâmite da cooperação governamental. E muitos operadores não compreendem o porquê de o suporte ocorrer tão facilmente em alguns casos e ser negado ou resistido em outros. Regra geral, isso também encontra fundamento no Direito estadunidense.

Primeiro, todas as categorias de expressão não protegidas, conforme a jurisprudência da Suprema Corte, que constituem exceções à 1ª Emenda, encontram maior receptividade cooperativa. Depois, conforme já explicado, o *Communications Decency Act*, de 1998, ainda está em vigor quanto à blindagem dos provedores por responsabilidade civil, porque seu parágrafo 230 dispõe que nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Não obstante, o CDA admite eventual filtro ou bloqueio, vale dizer, indisponibilização de conteúdo (ação de bom samaritano) considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável. Ademais, a legislação tem previsão expressa quanto à não obstrução de investigações relativas a casos de obscenidade, exploração sexual infantojuvenil, proteção à propriedade intelectual, privacidade das comunicações eletrônicas (interceptação ilegal) ou tráfico de pessoas para exploração sexual.[11]

[11] 47 U.S.C. §230
(e) Effect on other laws
(1) No effect on criminal law
Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this title, chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, or any other Federal criminal statute.
(2) No effect on intellectual property law
Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property.
(3) State law

É de se destacar ainda que a legislação norte-americana prevê hipóteses excepcionais de revelação de dados e conteúdo das comunicações pelos provedores:

> Exceções para revelação das comunicações – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar o conteúdo de uma comunicação.
>
> (8) Para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acreditar que uma emergência envolvendo perigo de morte ou lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de comunicações relacionadas a tal emergência.[12]
>
> Exceções para revelação de dados de usuários – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar dado ou outra informação pertencente a assinante ou usuário do serviço.
>
> (4) para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acredita que uma emergência envolvendo perigo de morte ou de lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de informação relacionada a tal emergência.[13]

Desse modo, nos casos de investigações referentes a hipóteses já excepcionadas na legislação estadunidense, há maior facilidade e, quiçá, ampla cooperação do governo e dos provedores.

Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section.
(4) No effect on communications privacy law
Nothing in this section shall be construed to limit the application of the Electronic Communications Privacy Act of 1986 or any of the amendments made by such Act, or any similar State law.
(5) No effect on sex trafficking law
Nothing in this section (other than subsection (c)(2)(A)) shall be construed to impair or limit—
(A) any claim in a civil action brought under section 1595 of title 18, if the conduct underlying the claim constitutes a violation of section 1591 of that title;
(B) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 1591 of title 18; or
(C) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 2421A of title 18, and promotion or facilitation of prostitution is illegal in the jurisdiction where the defendant's promotion or facilitation of prostitution was targeted.

[12] 18 U.S. Code §2702
(b) Exceptions for disclosure of communications. —A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication—
(8) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of communications relating to the emergency; or

[13] *18 U.S. Code §2702*
(c) Exceptions for Disclosure of Customer Records. —A provider described in subsection (a) may divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by subsection (a)(1) or (a)(2))—
(4) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of information relating to the emergency;

8. Conclusão

O escopo do presente trabalho foi apresentar os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para conhecimento acadêmico e profissional, bem como fornecer instrumentos para melhor manuseio da temática por investigadores e operadores do Direito. É cediço que a recusa da colaboração nem sempre é motivada por fatores jurídicos ou técnicos. Há vieses políticos e econômicos variados que movem as nações e o mundo *business*. Contudo, de posse de maior arcabouço constitucional e jurisprudencial estadunidense, é sim possível a formulação de argumentos mais sólidos e que tornem mais viável a pretensão ou o cumprimento da ordem.

Não se busca defender o novo modelo de dominação imposto pelas corporações privadas e justificativas vazias, eventualmente apresentadas por mera insurgência à ordem judicial e resistência à soberania nacional. Mas é preciso que, para esse enfrentamento, o Brasil haja com diplomacia, segurança jurídica, fortalecimento de suas instituições públicas e melhor domínio de conceitos e realidades internacionais.

Registre-se que este estudo também não se destina a sustentar onipotência do Estado no controle da expressão e da manifestação, ainda que desprezíveis e ofensivas. É preciso entender que, em certos casos, algo que tomamos por injurioso ou discriminatório no Brasil constitui simplesmente o reconhecimento do direito da plena liberdade de expressão nos Estados Unidos.

E ainda que o Decreto 3.810/2001, que estabeleceu a cooperação internacional em matéria penal (MLAT), afirme expressamente que "a assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados", é certo que ele também esclarece que a assistência pode ser recusada diante de solicitação formulada em desconformidade com o acordo, e nisso se incluem descrições de matéria, finalidade e natureza não suficientemente articuladas para que façam sentido no sistema de justiça norte-americano.

É preciso se ter em mente que, em temática de liberdade de expressão, por vezes a linha divisória entre lícito e ilícito é tênue demais. Ao fim, algum limite há de existir, mas que não seja o da restrição por mera contrariedade ao pensamento hegemônico. Nas palavras do Ministro Oliver Wendell Holmes, Jr., no histórico dissenso em *United States v. Schwimmer* (1929), que possamos seguir defendendo "não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para o pensamento que odiamos".

Referências

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain* – Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

CHOMSKY, Avram Noam. *Manufacturing Consent*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EuwmWnphqII. Acesso em: 25/4/2020.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

_____. *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964).

_____. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).

_____. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004).

_____. *Bethel School District nº 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986).

_____. *Board of Education, Island Trees Union Free School District nº 26 v. Pico by Pico*, 457 U.S. 853 (1982).

_____. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

_____. *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).

_____. *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980)

_____. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

_____. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

_____. *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965).

_____. *Davis v Monroe County Board of Education*, 526 U.S. 629 (1999).

_____. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

_____. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

_____. *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).

_____. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

_____. *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988).

_____. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995).

_____. *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs.*, 538 U.S. 600 (2003).

_____. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983).

_____. *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

_____. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. (1964).

_____. *Memoirs v. Massachussetts*, 383 U.S. 413 (1966).

_____. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

_____. *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).

_____. *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc*, 395 U.S. 575 (1969).

_____. *New York Times Company v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

_____. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

_____. *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri*, 410 U.S. 667 (1973).

_____. *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987).

_____. *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

_____. *Reno v. American Civil Liberties Union* (ACLU), 521 U.S. 844 (1997).

_____. *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).

_____. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

_____. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

_____. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

_____. *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).

_____. *Termiciello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

_____. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 414 (1989).

_____. *Tinker v. De Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969).

_____. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

_____. *United States v. American Library Assn., Inc.,* 539 U.S. 194 (2003).

_____. *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929).

_____. *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

_____. *United States v. Williams,* 553 U.S. 285 (2008).

_____. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

_____. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

_____. *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).

_____. *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio,* 471 U.S. 626 (1985).

WEBB, Amy. *The Big Nine*: How the Tech Titans and Their Thinking Machines Could Warp Humanity. New York: Public Affairs, 2019.



O Estado como garantidor da liberdade de expressão na Internet

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento*

Sumário

1. Introdução. 2. Explicando o cenário da regulamentação privada por empresas de mídia online. 3. Identificando o arcabouço jurídico: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3.1. O conceito de obrigações positivas de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3.2. Empresas e Direitos Humanos. 3.3. Conclusão parcial. 4. Aplicando o arcabouço normativo identificado ao caso da regulamentação privada por empresas de mídia: que tipo de obrigação positiva surge no ambiente online para os Estados? 4.1. Dever de promover a transparência. 4.2. Dever de assegurar a competitividade no mercado. 4.3. Dever de exigir sistemas de apelação interna. 4.4. Dever de ofertar remédios eficazes. 4.5. Efetivando a norma. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O que acontece se um mecanismo de pesquisa na Internet censurar determinados sites sem explicitar isso para seus usuários? Ou se as plataformas de mídia social e de serviços de streaming optarem por bloquear conteúdos específicos? Em outras palavras, o que acontece quando as empresas de mídias online se tornam os legisladores, os juízes e são responsáveis por impor suas próprias decisões relacionadas à regulamentação de conteúdo e aos limites da liberdade de expressão no ambiente virtual?

Este artigo pretende analisar até que ponto se tornou essencial, nos dias atuais, que os Estados cumpram sua obrigação positiva de garantir a proteção dos direitos humanos no ambiente online devido à crescente regulamentação privada realizada pelas empresas de mídia digital. Nesse contexto, o estudo também discutirá o que concretamente pode ser exigido dos Estados para assegurar os direitos humanos dos usuários da Internet, em especial a liberdade de expressão, de acordo com o arcabouço normativo trazido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para isso, de início será estudado que embora a Internet possua uma estrutura ideal descentralizada, com servidores espalhados ao redor do mundo, ela possui

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Mestranda em Direito da Tecnologia da Informação na Universidade de Edimburgo (Escócia). Cursou Direito Penal Internacional com foco em novas tecnologias na Academia de Direito Internacional de Haia. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78 (3ª Fase), out./dez. 2020, p. 45-73.

agentes de mídia privados que são capazes de controlar a circulação dos dados na rede, bem como são capazes de regular o conteúdo.

O problema que surge dessa constatação é que a posição desses atores dará a cada um deles a capacidade de censura virtual, em maior ou menor grau, o que pode constituir uma violação dos direitos humanos dos usuários, especialmente da liberdade de expressão.

Vale ressaltar que tradicionalmente a liberdade de expressão é entendida como um direito que gera posições negativas do Estado. Em outras palavras, a proibição contra a censura é, em regra, dirigida ao governo, que deve abster-se de interferir nas manifestações de pensamentos das pessoas. Para ilustrar com um exemplo, é por isso que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que o Congresso norte-americano tem o dever de abster-se de restringir a liberdade de expressão, sem se preocupar com a relação entre particulares.

No entanto, com a crescente importância da regulamentação privada no ambiente virtual, a necessidade de aplicação da eficácia horizontal dos direitos humanos à liberdade de expressão também cresce em importância. Por quê? Porque não foi o Estado que se mostrou o principal agente regulador da fala dos usuários na Internet, mas sim as empresas privadas de mídia.

A voz que as pessoas comuns têm online é, em regra, mediada. É mediada pelo dispositivo de comunicação escolhido (como um computador, *tablet*, *smartphone*, videogame, televisão ou roteador), pelo provedor de acesso à Internet utilizado e pelos serviços virtuais que a pessoa usa para expor uma ideia (como o *Facebook*, *Twitter* ou blogs), entre outros. Todos esses são, via de regra, produtos ou serviços oferecidos por agentes privados. Ao impor termos de serviço e projetar a arquitetura de rede, todos os agentes privados mencionados acima têm o poder de censurar aspectos da liberdade de expressão do usuário.

Tendo esse cenário como pano de fundo, o presente artigo pretende identificar o arcabouço normativo de Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável ao caso e, por fim, propor medidas que os Estados podem tomar para assegurar a plena fruição da liberdade de expressão de seus cidadãos na Internet.

2. Explicando o cenário da regulamentação privada por empresas de mídia online

Embora a Internet seja composta por inúmeros sites, alguns poucos controlam a maior parte do fluxo de dados, constituindo verdadeiros nós centrais.[1] Em 1º de agosto de 2020, o site Alexa[2], que faz medições constantes, indicou que o *Google* foi o site mais visitado do mundo, seguido do *Youtube*.

[1] GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity And Internet Regulation:* Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 76.
[2] Alexa. *The Top 500 Sites On The Web*. Disponível em: <www.alexa.com/topsites>. Acesso em: 1 agosto 2020.

Portanto, a primeira companhia que merece ser estudada é o Google. Ele revolucionou a forma como as pesquisas são feitas na Internet. Sua interface simples e aparência limpa facilitou a pesquisa para usuários inexperientes. Além disso, originalmente o site era neutro e não aceitava dinheiro para promover alguns links à frente de outros[3]: a popularidade determinava a ordem dos resultados.

Contudo, o cenário mudou em 4 de dezembro de 2009, quando a empresa anunciou a "busca personalizada".[4] Por esse sistema, o algoritmo do motor passou a considerar o local de onde a pessoa estava se conectando, o navegador em uso e o que havia sido pesquisado anteriormente, entre outros elementos, para apresentar resultados com base na preferência do usuário. A partir desse momento, duas pessoas diferentes pesquisando pelo mesmo termo passaram a encontrar resultados diferentes.[5] Consequentemente, a política de neutralidade prometida pelo Google se desfez.

A vantagem desse método é que ele permite ao usuário encontrar facilmente a informação específica desejada dentro do oceano de informações em que a Internet se transformou. O problema desse método é o que o buscador não mostra: ao customizar os resultados de acordo com o que o usuário já conhece, perde-se o benefício mais significativo que a Internet oferece, que é a descoberta do diferente. A promoção do dissenso, tão caro à democracia e à política dos direitos humanos, é substituída por bolhas de consenso, que criam massas acríticas.

Avançando, o papel da *Apple* também merece ser citado.[6] A companhia é fortemente criticada por seus sistemas operacionais de código fechado. Críticos como Tim Wu alegam que os sistemas da *Apple* são projetados para abastecer o consumo, não a criação. A empresa permite que terceiros desenvolvam aplicativos para suas plataformas, mas de forma restrita: é a *Apple* quem decide quais programas podem ser oferecidos em sua loja virtual.[7]

Dessa forma, conteúdos políticos e religiosos polêmicos são frequentemente censurados, bem como desenhos animados que, segundo a empresa, ridicularizam figuras públicas.[8] A companhia parece não levar em conta o fato de que o papel da caricatura muitas vezes é o de desconstruir a imagem de uma figura pública para reconstruí-la de forma cômica, porém crítica.

Para explicar como a *Apple* atua no mercado, MacKinnon cita o exemplo do aplicativo para iPad de uma das mais importantes revistas alemãs, chamada *Stern*. A *Apple* o tirou do ar por ter publicado conteúdo erótico no formato digital. No entanto,

---

[3] VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything:* and why we should worry. California: University of California Press, 2011. p. 1-2.
[4] PARISER, Eli. *The Filter Bubble:* What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2012. p. 1.
[5] Ibid. p. 2-3.
[6] FOSTER, Robin. News Plurality in a Digital World, *Reuters Institute for the Study of Journalism* (Julho 2012) Disponível em: <http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/news-plurality-digital-world> Acesso em: 1 agosto 2020.
[7] WU, Tim. *The Master Switch*: *The Rise and Fall of Information Empires* New York: Vintage Books, 2011. p. 291.
[8] MACKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom* [S.l.] Kindle ed., 2012. p. 126.

a edição digital estava apenas reproduzindo a revista impressa na íntegra, e a *Apple* não considerou o fato de que a Alemanha, país no qual a revista foi impressa, permitia o conteúdo. A empresa também ordenou que outra revista alemã, a *Bildt*, mudasse seu conteúdo se quisesse continuar com seu aplicativo sendo oferecido na loja online.[9]

Resumindo, ao manter o código-fonte fechado e controlar os aplicativos disponibilizados em sua plataforma, a *Apple* usa seu controle sobre o hardware para controlar o que o consumidor pode fazer com o aparelho após a venda.

Além disso, o *Skype* e o *Google Voice*, dois aplicativos para fazer chamadas gratuitas pela Internet, foram inicialmente bloqueados pela *Apple* por atingir os interesses de seu parceiro comercial, a AT&T. A *Apple* baseou seu poder de veto no direito que uma loja tem de não estocar produtos que não deseja, e apenas suspendeu os bloqueios após a interferência da Comissão Federal de Comunicações dos EUA (*Federal Communications Commission - FCC*).[10]

Nesse contexto, Tim Wu argumenta que todos sabem como a interface da *Apple* é amigável para o usuário, mas poucos percebem o quanto ela é amigável para Hollywood ao proteger os interesses da indústria cinematográfica.[11]

Quanto às redes sociais, no ano de 2020, o *Facebook* é a rede social dominante, com mais de dois bilhões de usuários ativos por mês.[12]

A companhia vem sofrendo pressão internacional para regulamentar o uso de sua plataforma com o fim de limitar a disseminação de discurso do ódio e de notícias falsas. As principais acusações foram que ela teria sido usada para interferir em eleições em todo o mundo[13] e que seria responsável pela crise de Mianmar, na qual organizações internacionais acusaram a plataforma de se omitir enquanto usuários incitavam violência na vida real contra uma minoria étnica e religiosa.[14]

O que aconteceu em Mianmar a partir de agosto de 2017 foram eventos que provavelmente configuram o pior conjunto de crimes cometidos até hoje impulsionados pela divulgação de desinformação online. Acredita-se que postagens do *Facebook* que misturavam mentiras com discurso de ódio incitaram violência física contra o povo Rohingya, uma minoria étnica e religiosa, muçulmana. Eles foram falsamente associados a atos terroristas e a outros atos de violência. Como consequência, em uma pretensa retaliação, o povo Rohingya foi estuprado, morto e teve suas casas queimadas, sendo forçados a deixar seus vilarejos. O caso foi submetido ao Tribunal

[9] Ibid.
[10] WU, Tim. op. cit. p. 292, nota 7.
[11] Ibid. p. 393.
[12] CONSTINE, Josh. 'Facebook hits 2.5B users in Q4 but shares sink from slow profits', *TechCrunch* (29 Janeiro 2020). Disponível em: <https://techcrunch.com/2020/01/29/facebook-earnings-q4-2019/> Acesso em: 1 agosto 2020.
[13] FRENKEL, Sheera; ISAAC, Mike. 'Facebook 'Better Prepared' to Fight Election Interference, Mark Zuckerberg Says', *The New York Times* (13 setembro 2018). Disponível em: <www.nytimes.com/2018/09/13/technology/facebook-elections-mark-zuckerberg.html>. Acesso em: 1 agosto 2020.
[14] ELLIS-PETERSEN, Hannah. 'Facebook admits failings over incitement to violence in Myanmar', *The Guardian* (6 novembro 2018). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2018/nov/06/facebook-admits-it-has-not-done-enough-to-quell-hate-in-myanmar>. Acesso em: 1 agosto 2020.

Penal Internacional e em 14 de novembro de 2019, a III Câmara de Instrução autorizou a Promotoria do Tribunal a abrir a investigação (Decisão ICC-01/19-27). No entanto, os crimes sob investigação não são a divulgação de notícias falsas em si, mas sim crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

Em contraste, durante a pandemia do coronavírus, o *Facebook* foi de um extremo a outro e decidiu agir. A rede começou a banir usuários que promoviam eventos que desafiavam as recomendações e protocolos do governo sobre distanciamento social. Embora especialistas em saúde de todo o mundo defendam a prática do distanciamento social, inclusive a Organização Mundial da Saúde, a medida adotada pela rede social sofreu críticas do ponto de vista jurídico. O problema seria definir até que ponto uma empresa privada de mídia pode autonomamente regular o discurso político de seus usuários, em substituição aos tribunais de justiça.[15]

Portanto, uma vez reconhecido que as ameaças à liberdade de expressão na Internet de países democráticos vêm principalmente de agentes privados, a próxima pergunta é sobre qual papel resta aos Estados.

3. Identificando o arcabouço jurídico: o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) asseguram a todos o direito à liberdade de expressão e opinião "sem interferência", sem direcionar literalmente a proibição de interferências aos governos. Além disso, o PIDCP estabelece hipóteses nas quais o direito à liberdade de expressão pode ser restrito, enquanto a DUDH não o faz.

De maneira diversa, o Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos concede os mesmos direitos, mas com redação diferente estabelece que o direito à liberdade de expressão inclui o direito de opinar "sem interferência da autoridade pública". A Convenção também estabelece que o exercício do direito pode ser restrito ao colidir com outros interesses.

Essas disposições, no entanto, não impedem os governos de exigir dos agentes privados o respeito pela liberdade de expressão de terceiros. Pelo contrário, os dispositivos exigem que os governos o exijam, como será analisado em sequência.

3.1. O conceito de obrigações positivas de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Tradicionalmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece que os Estados têm a obrigação de respeitar, proteger e promover direitos humanos.

[15] WONG, Julia. 'Facebook bans some anti-lockdown protest pages', *The Guardian* (21 abril 2020). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2020/apr/20/facebook-anti-lockdown-protests-bans>. Acesso em: 1 maio 2020.

Essas obrigações comumente existem simultaneamente com relação a uma situação e são categorizadas como negativas e positivas.

Por um lado, a obrigação de respeitar é considerada negativa, pois os Estados não podem praticar atos que violem os direitos humanos. Este é um dever de abstenção.

Por outro lado, as obrigações de proteger e promover são consideradas obrigações positivas, uma vez que demandam ações dos governos. Elas incluem o dever de proteger as pessoas de violações a direitos humanos causadas por terceiros e o dever de tornar os direitos humanos efetivos.[16]

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, em várias ocasiões[17-18], que as obrigações positivas exigem que os governos nacionais adotem as medidas apropriadas para salvaguardar e garantir o gozo de direitos humanos. Além disso, decidindo especificamente sobre a liberdade de expressão, o Tribunal decidiu que "o exercício genuíno e efetivo dessa liberdade não depende apenas do dever do Estado de não interferir, mas pode exigir medidas positivas de proteção, mesmo no âmbito das relações entre indivíduos".[19]

Essas decisões estabelecem um vínculo entre a teoria das obrigações positivas e a teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos, a qual significa que tais direitos devem incidir na relação entre atores privados. Em outras palavras, as pessoas também têm o dever de não violar os direitos humanos de outras pessoas, e os Estados devem estabelecer, em sua legislação nacional, obrigações equivalentes àquelas estabelecidas em tratados internacionais, bem como oferecer remédios eficazes em casos de violações. Se o Estado não proteger essa relação privada e permitir que abusos ocorram, ele não estará adequadamente cumprindo o seu dever de proteção. Além disso, tal falha pode levar o Estado a ser responsabilizado por tribunais internacionais. Portanto, é possível concluir que a teoria da eficácia horizontal, como delineada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deriva da teoria das obrigações positivas.[20]

3.2. Empresas e Direitos Humanos

O próximo passo ao discutir as múltiplas facetas do cumprimento e da violação de direitos humanos online por atores privados é analisar o papel das empresas.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão emitiu dois relatórios que merecem ser citados para o propósito deste estudo.

---

16 UNDP. *Human Rights in UNDP:* Practice Note (2005) Disponível em: <www.un.org/ruleoflaw/files/HRPN_English.pdf> Acesso em: 1 agosto 2020.
17 *Hokkanen v. Finland* (1994) Series A no 299-A.
18 *López-Ostra v. Spain* (1994) Series A no 303-C.
19 *Özgür Gündem v. Turkey* ECHR 2000-III, para 43.
20 AKANDJI-KOMBE, Jean-François. 'Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights', Human rights handbooks No 7, *Council of Europe* (Janeiro 2007), Disponível em: <https://rm.coe.int/168007ff4d>. Acesso em: 1 agosto 2020.

No primeiro[21], ele categoriza atores privados que influenciam a liberdade de expressão na Internet e reconhece que as autoridades públicas têm a "responsabilidade de garantir a proteção do espaço para expressão"[22]. No entanto, ele questiona se a normatização legal é a abordagem certa para regular o exercício da liberdade online, uma vez que a governança da Internet deve ser discutida abertamente por todas as partes interessadas e não apenas pelo legislativo.

Para desenvolver seu raciocínio, ele argumenta que embora normas de direitos humanos, em geral, não regulem expressamente as obrigações das empresas privadas[23], existem documentos que visam a estabelecer diretrizes sobre o assunto, referindo-se principalmente aos "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos", endossado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011. De acordo com tal documento, os Estados têm a obrigação de "garantir que não apenas os órgãos do Estado, mas também que as empresas sob sua jurisdição respeitem os direitos humanos".[24]

Além disso, ele reconhece que os agentes intermediários do setor privado podem comprometer a liberdade online, por seus termos de serviço ou por opções de arquitetura e engenharia de sistemas que podem afetar a entrega de conteúdo.[25] Desse modo, ele argumenta que o impacto que as decisões corporativas têm nos direitos humanos online pode ser avaliado pela análise das escolhas que cada empresa faz com relação aos termos de serviço adotados, bem como com relação às escolhas sobre desenhos e engenharia de sistemas que afetam direitos individuais ou coletivos.[26]

Ele mostra preocupação com o fato de que os esforços comunicativos dessas empresas com relação aos seus usuários têm se revelado insuficientes, em especial no que diz respeito a explicar a eles por que determinado conteúdo foi censurado ou por que excluíram determinada conta, além de não oferecerem procedimentos adequados para a revisão interna de decisões.[27]

Por último, ele lembra que o PIDCP exige que os Estados ofereçam remédios apropriados para as pessoas cujos direitos humanos foram violados.[28]

No segundo relatório[29], ele foca nos aspectos jurídicos do conteúdo gerado por usuários da Internet, bem como sua relação com governos e empresas.

Ele começa criticando a falta de transparência das empresas online, a quem chama de "reguladores enigmáticos" que estabelecem "uma espécie de lei

---

[21] UNHRC. 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' 32nd Session (11 Maio 2016) UN Doc A/HRC/32/38.
[22] Ibid. p. 3.
[23] Ibid. p. 5.
[24] Ibid.
[25] Ibid. p. 14.
[26] Ibid.
[27] Ibid.
[28] Ibid. p. 18-19.
[29] UNHRC. 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' 38th Session (6 Abril 2018) UN Doc A/HRC/38/35.

da plataforma na qual clareza, consistência, prestação de contas (*accountability*) e remédios são evasivos".[30]

Avançando, admitindo simultaneamente as teorias das obrigações positivas e da eficácia horizontal, ele afirma que:

> As normas de Direitos Humanos impõem aos Estados os deveres de garantir ambientes propícios à liberdade de expressão e de proteger seu exercício. O dever de garantir a liberdade de expressão obriga os Estados a promover, *inter alia*, a diversidade e independência da mídia e o acesso à informação. Os Estados também têm o dever de garantir que as entidades privadas não interfiram nas liberdades de opinião e expressão. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, adotados pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011, enfatizam no princípio 3 os deveres do Estado de garantir ambientes que viabilizem o respeito aos direitos humanos pelas empresas.[31]

Nesse contexto, ele sugere que os Estados adotem uma abordagem inteligente com relação à normatização da matéria, que não deve prever a imposição de penalidades muito pesadas, mas que seja rígida o suficiente para assegurar que as empresas adotem uma postura transparente, a fim de garantir que os usuários possam fazer escolhas informadas. Assim, segundo o Relator, a regulamentação do tema pelos Estados deve ser devidamente ponderada para garantir obediência, mas sem criar um efeito inibidor (*chilling effect*) pela imposição de penalidades desproporcionais tais como "multas pesadas ou prisão".[32]

Por fim, ele recomenda que os Estados evitem delegar às empresas a responsabilidade de julgar a licitude dos conteúdos, pois isso permitiria que o julgamento corporativo prevalecesse sobre os valores dos Direitos Humanos, tudo em prejuízo dos usuários.[33]

3.3. Conclusão parcial

As questões debatidas neste tópico levam à conclusão de que a necessidade de regular o papel das empresas intermediárias de Internet foi criada pela sua própria existência. Em outras palavras, serviços como o *Google*, o *Facebook* e o *Youtube* criaram um papel na esfera pública que não existia antes.

Quando as normas tradicionais de proteção à liberdade de expressão foram escritas, o cenário era diferente. Tratava-se de uma relação direta e vertical entre duas

[30] Ibid. p. 3.
[31] Ibid. p. 4.
[32] Ibid. p. 19.
[33] Ibid. p. 20.

partes, que eram o governo e os particulares. Mesmo o papel do editor, colocado entre o jornalista e a publicação, não tinha o condão de descaracterizar essa relação dual, porque no final o que acontecia era que o governo censuraria ou não a mídia (o jornal, a televisão), que emprega tanto jornalistas como editores. Em outras palavras, jornalistas, editores e a mídia em si sempre foram jogadores do mesmo time.

A Internet veio para abalar essa equação. Isso porque ao mesmo tempo em que ela empoderou cidadãos, criando um amplo espaço de fala acessível a todos, ela também trouxe um novo agente para o jogo, que são os intermediários virtuais, inserindo um modelo de negócios recém-criado entre as pessoas comuns e seu governo. A nova equação força o direito a se adaptar. Em outras palavras, ao assumir o papel de intermediário da liberdade de expressão, embora as plataformas digitais sejam empresas privadas, elas assumem uma função de interesse público, proporcional ao tamanho do seu negócio e ao número de usuários que conseguem reunir. Além disso, por se colocarem nessa posição de intermediários da fala, elas devem cumprir rigorosamente as normas de direitos humanos.

4. Aplicando o arcabouço normativo identificado ao caso da regulamentação privada por empresas de mídia: que tipo de obrigação positiva surge no ambiente online para os Estados?

Uma vez estabelecido que as empresas privadas de mídia podem violar os direitos humanos dos cidadãos no ambiente online de uma maneira que nunca foi possível antes, a próxima pergunta é sobre o que um Estado deve fazer para cumprir sua obrigação positiva de proteger a liberdade de expressão na Internet. Sem pretender esgotar o assunto, cinco possíveis medidas serão abordadas em sequência. É importante observar que as medidas não pretendem resolver o problema por si só, mas devem ser utilizadas em conjunto.

4.1. Dever de promover a transparência

O primeiro aspecto que parece ser unanimemente sustentado por todos os atores[34] é que as empresas online devem ser transparentes sobre todas as suas decisões e ações que afetem o direito das pessoas à liberdade de expressão. A transparência é necessária para que a haja a adequada prestação de contas à sociedade (*accountability*), assim como é a base da integridade e da democracia. O sigilo, em contraste, é uma característica dos regimes totalitários.

Colocando em outros termos, o ponto principal é que se os cidadãos sequer souberem que estão tendo suas manifestações de pensamentos censuradas, eles não serão capazes de contestar a decisão.

[34] RONA, Gabor; AARONS, Lauren. State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace. *Journal of National Security Law and Policy*. Washington: Cardozo Legal Studies Research Paper No. 503. 26 outubro 2016.

Portanto, para cumprir seu dever de proteção, os Estados devem exigir transparência das empresas de mídia online. Isso significa exigir que tais empresas se comuniquem com seus usuários e interessados por mensagens claras e diretas toda vez que forem tomadas decisões pontuais que afetem pessoas específicas. Além disso, deve ser exigido que as plataformas comuniquem todo o universo de usuários acerca das mudanças nos termos de serviço ou nos procedimentos internos, tanto por meio de mensagens diretas como por comunicados públicos.

4.2. Dever de assegurar a competitividade no mercado

Como previamente exposto, existem poucas empresas que dominam a função de intermediários da liberdade de expressão na Internet. A concentração de mercado leva ao abuso de posições dominantes. Para evitar que isso ocorra, o papel do Estado deve ser o de estimular um ambiente competitivo para negócios online. Espera-se que a livre e justa concorrência conceda pluralismo aos meios de comunicação, dando igual voz aos diferentes atores, além de permitir ao usuário escolher qual empresa melhor protege seus direitos humanos, especialmente a liberdade de expressão e a privacidade no mundo online.

Em outras palavras, se novas empresas surgirem no mercado e o usuário puder escolher entre concorrentes, essas empresas farão o possível para criar um ambiente online saudável; caso contrário, elas não atrairão pessoas para sua plataforma. Além disso, se houver uma gama de opções disponíveis, usuários passam a poder escolher qual serviço melhor expressa seus valores e respeita suas culturas.

É preciso reconhecer que a proposta de multiplicação de plataformas carrega consigo o risco de fragmentação de espaços de fala na Internet e de criação de "casulos de informação"[35]. Não obstante, o risco parece compensar, pois o cenário atual é extremamente concentrado, e o esforço deve ser para que se alcance um mercado equilibrado.

Juridicamente, para que a livre e justa concorrência se torne efetiva, os governos devem fazer uso da legislação antitruste e aplicá-la às empresas de mídia online. Portanto, as agências reguladoras e os departamentos antitruste devem agir de forma eficaz para evitar a concentração de mercado por negócios digitais.

4.3. Dever de exigir sistemas de apelação interna

O Estado pode exigir que as empresas de mídia online criem mecanismos de revisão e sistemas de apelação internos para decisões que afetem os direitos humanos de usuários, procedimentos esses que serão mais rápidos e baratos do que um processo judicial.

[35] SUNSTEIN, Cass. *Infotopia:* How Many Minds Produce Knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Tais procedimentos devem ser oferecidos em âmbito individual e coletivo. Ou seja, as pessoas devem ser capazes de questionar as decisões que as afetem pessoalmente ou na qualidade de membros de uma comunidade online. Da mesma forma, as instituições ou organizações que possuem legitimidade para representar coletivamente os usuários também devem ter acesso a esses recursos extrajudiciais.

Dialogando com a recomendação do Relator Especial da ONU[36], os órgãos de proteção a consumidores podem assumir tal função, além do Ministério Público.

Por fim, o Estado pode exigir que as plataformas tenham um representante da sociedade civil na composição de seu órgão interno responsável pela fiscalização das reclamações dos usuários, ou demandar delas a criação de uma ouvidoria.

4.4. Dever de ofertar remédios eficazes

Os Estados devem fornecer ferramentas judiciais eficazes para todos aqueles que acreditam que seus direitos foram violados. Em outras palavras, as pessoas devem sempre poder confiar no poder judiciário para revisar a legalidade da filtragem de conteúdo imposta pela plataforma virtual. Se houver censura específica de um determinado material, seja impedindo que um usuário publique algo ou seja impedindo que um usuário acesse determinadas informações online, essas pessoas podem provocar o judiciário a decidir sobre a legalidade do bloqueio imposto.

Vale notar que remédios eficazes exigem uma dupla perspectiva, tanto com relação a quem fala como com relação a quem escuta. Portanto, por exemplo, se um usuário da Internet publica um *site*, um vídeo, um texto ou qualquer outro tipo de dado na rede e o acesso de outros usuários da Internet aos dados que ele publicou são bloqueados por agentes privados, ele pode recorrer ao judiciário alegando violação de sua liberdade de expressão. Por outro lado, os usuários da Internet impedidos de acessar os mesmos dados também podem recorrer alegando violação de seu direito de acessar informações.

Além disso, se houver um bloqueio sistemático de conteúdo, ações coletivas poderão ser usadas.

Seja o caso de direito individual ou coletivo, caberá ao juiz, caso a caso, decidir sobre a legalidade da filtragem, recorrendo à proporcionalidade sempre que necessário, ponderando os princípios envolvidos.

4.5. Efetivando a norma

Finalmente, para tornar efetivas essas obrigações, os Estados podem aplicar multas ou fazer uso da lei antitruste. No entanto, as medidas escolhidas devem ser proporcionais, a fim de não causar um efeito inibidor (*chilling effect*) na liberdade de

[36] UNHRC. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 32nd Session (11 May 2016) UN Doc A/HRC/32/38 p. 19.

expressão ao impor encargos excessivamente onerosos aos intermediários, como já foi dito ao analisar o relatório do Relator Especial da ONU.

5. Conclusão

Após analisar o cenário atual da regulamentação online por empresas de mídia privadas (o elemento factual) e o que obrigação positiva significa no Direito Internacional dos Direitos Humanos (o elemento normativo), o estudo desenvolvido neste artigo permite alcançar a conclusão de que atualmente é essencial que os Estados sejam chamados a efetivar sua obrigação positiva de proteger direitos humanos no ambiente virtual.

Com o crescimento constante da importância da Internet, os problemas offline migraram para o mundo online com um ganho de escala. Portanto, uma vez que uma empresa gigante da tecnologia surge, ela se torna extremamente poderosa devido ao seu alcance e amplitude. Nesse contexto, o presente artigo demonstrou que é crucial que os estados exijam das empresas digitais o cumprimento do direito internacional dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito às decisões que afetam a liberdade de expressão dos usuários da Internet.

Assim, para finalizar, o artigo apresentou brevemente sugestões de medidas concretas que os Estados podem adotar ou cobrar das empresas de mídia online para garantir os direitos humanos dos usuários da Internet, especialmente a liberdade de expressão, tudo de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Foi proposto que os Estados exigissem das empresas transparência e oferecimento de recursos extrajudiciais para solução de controvérsias com os usuários, bem como garantissem a existência de recursos judiciais, assegurassem a justa concorrência no mercado e adotassem sanções coercitivas proporcionais.

Referências bibliográficas

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks No 7, *Council of Europe* (Janeiro 2007), Disponível em: <https://rm.coe.int/168007ff4d>. Acesso em: 1 agosto 2020.

ALEXA. *The Top 500 Sites On The Web.* Disponível em: <www.alexa.com/topsites>. Acesso em: 1 agosto 2020.

CONSTINE, Josh. Facebook hits 2.5B users in Q4 but shares sink from slow profits, *TechCrunch* (29 Janeiro 2020). Disponível em: <https://techcrunch.com/2020/01/29/facebook-earnings-q4-2019/>. Acesso em: 1 agosto 2020.

ELLIS-PETERSEN, Hannah. Facebook admits failings over incitement to violence in Myanmar, *The Guardian* (6 novembro 2018). Disponível em: <www.theguardian.com/

technology/2018/nov/06/facebook-admits-it-has-not-done-enough-to-quell-hate-in-myanmar>. Acesso em: 1 agosto 2020.

FOSTER, Robin. News Plurality in a Digital World, *Reuters Institute for the Study of Journalism* (Julho 2012). Disponível em: <http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/news-plurality-digital-world>. Acesso em: 1 agosto 2020.

FRENKEL, Sheera; ISAAC, Mike. Facebook Better Prepared to Fight Election Interference, Mark Zuckerberg Says, *The New York Times* (13 Setembro 2018). Disponível em: <www.nytimes.com/2018/09/13/technology/facebook-elections-mark-zuckerberg.html>. Acesso em: 1 agosto 2020.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity And Internet Regulation:* Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

MACKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked:* The Worldwide Struggle for Internet Freedom [S.l.] Kindle ed., 2012.

PARISER, Eli. *The Filter Bubble:* What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2012.

RONA, Gabor; AARONS, Lauren. State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace. *Journal of National Security Law and Policy.* Washington: Cardozo Legal Studies Research Paper No. 503. 26 outubro 2016.

SUNSTEIN, Cass. *Infotopia:* How Many Minds Produce Knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008.

UNDP. *Human Rights in UNDP:* Practice Note (2005) Disponível em: <www.un.org/ruleoflaw/files/HRPN_English.pdf>. Acesso em: 1 agosto 2020.

UNHRC. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 38th Session (6 Abril 2018) UN Doc A/HRC/38/35.

_____. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. 32nd Session (11 Maio 2016) UN Doc A/HRC/32/38.

VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything:* and why we should worry. California: University of California Press, 2011.

WONG, Julia. Facebook bans some anti-lockdown protest pages, *The Guardian* (21 abril 2020). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2020/apr/20/facebook-anti-lockdown-protests-bans>. Acesso em: 1 maio 2020.

WU, Tim. *The Master Switch*: The Rise and Fall of Information Empires. New York: Vintage Books, 2011. p. 291.



Direitos fundamentais – Liberdade de crença e culto



A RELIGIÃO ENTRE A PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO: DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO[1]

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Delimitação da tese. 2. Liberdade de consciência e de crença. 2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção. 2.2. Liberdade de crença e tratamento médico. 2.3. Objeção de consciência ao serviço militar. 3. As relações entre Estado e religião. 3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado. 3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. 3.3. O ensino religioso nas escolas públicas. 3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva. Conclusões.

Síntese dogmática: A garantia da liberdade de crença e o caráter laico do Estado brasileiro tornam imperativo que as manifestações religiosas sejam balanceadas pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a sua coexistência, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas as manifestações podem se expandir livremente, sem qualquer censura. A liberdade religiosa, em decorrência de suas características intrínsecas, alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião; não pode, no entanto, face à existência de outros interesses de estatura constitucional, comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade. O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Tese aprovada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Florianópolis/SC, no período de 25 a 28 de novembro de 2009. Na ocasião, foram rejeitadas, em duas oportunidades, na sala de defesa e na plenária, as teses contrárias ao item 5 da conclusão, intituladas "*A Importância da Defesa da Laicidade do Estado Brasileiro pelo MP para a Preservação da Paz Social*", da lavra de Roberto Livianu (MPSP); e "*O Ministério Público como Defensor do Estado Laico*", da lavra de Edilsom Farias (MPPI).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 36 (3ª Fase), abr./jun. 2010, p. 43-62.

religiões. A laicidade do Estado não impede as manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (v.g.: utilização de crucifixos, turbantes, etc.), mesmo no exercício da função pública, isto enquanto tais manifestações não sejam vistas como a postura oficial do Poder Público, o que comprometeria o seu já referido caráter laico. A laicidade do Estado também aconselha que o ensino religioso, nas escolas públicas, prestigie a abordagem histórica, sem proselitismos, bem como que a assistência religiosa, nos estabelecimentos de internação coletiva, preserve a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível, com a ordem constitucional, a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade.

1. DELIMITAÇÃO DA TESE

A evolução da humanidade tem demonstrado que o pleno desenvolvimento da personalidade individual e a harmônica convivência social, longe de estarem alicerçados num padrão de pura juridicidade, são diretamente influenciados por referenciais de moralidade e de espiritualidade.

Não obstante a universalidade que ostenta, a ideia de moral assume contornos eminentemente voláteis, apresentando conteúdo compatível com a época, o local e os mentores de sua densificação. É conceito mais fácil de ser sentido que propriamente definido, o que não afasta a constatação de que, na sociedade, são formulados conceitos abstratos, que condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem-estar geral. É justamente a moral que aglutina tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo BERGSON,[2] tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.[3]

A espiritualidade, diversamente da moralidade, não reflete a mera aceitação de *standards* de bem comum, colhidos no ambiente social ou desenvolvidos a partir do livre juízo valorativo que cada indivíduo dotado de plena

2. *The Two Sources of Morality and Religion*, trad. de R. Ashley Audra and Cloudsley Brereton, com o auxílio de W. Horsfall Carter, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1977, p. 34 e ss..
3. Cf. GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua Densificação, *in* Revista de Informação Legislativa do Senado Federal nº 155/153, 2002.

capacidade intelectiva pode realizar.[4] A espiritualidade, em verdade, encontra-se alicerçada em referenciais superiores, que agem na formação dos *standards* que direcionarão o pensar e o agir da pessoa humana, sendo por ela apreendidos, não propriamente criados. Esses *standards*, por sua vez, que têm reconhecida a sua imperatividade, importância ou mero valor a partir de um estado mental baseado na fé, vale dizer, na crença de sua infalibilidade e correção, apresentam inúmeras variações. O pluralismo conduz à necessidade de separação e individualização, de modo que cada conjunto de *standards* possa ser agrupado sob um designativo específico, permitindo o seu reconhecimento e, para aqueles que assim o desejem, o seu acolhimento. É nesse contexto que surgem e se propagam as religiões, que se desenvolvem à margem da razão, no plano da espiritualidade, e encontram sustentação na fé.

Questões de índole religiosa costumam ser foco de incontáveis polêmicas em qualquer Estado de Direito e, no Brasil, não poderia ser diferente. A religião, ao ser vista com as lentas da juridicidade, assume feições bipolares: deve ser analisada tanto sob o prisma da pessoa humana, como sob a ótica do Estado. É justamente essa análise que permitirá seja aferido se há algum limite para a manifestação da fé individual e de que modo o Estado deve lidar com a laicidade que tem prevalecido na modernidade, com o pluralismo religioso e com a proteção dos direitos individuais.

Na medida em que o Ministério Público brasileiro, por imposição constitucional, foi incumbido da "*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (CR/1988, art. 127, *caput*),[5] faz-se necessário identificar a essência do fenômeno religioso no plano da juridicidade e estabelecer os balizamentos que nortearão a atividade da Instituição ao se deparar com questões dessa natureza.

2. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA

A Constituição brasileira de 1988, preservando a tradição republicana[6] e mantendo-se fiel aos valores acolhidos pela sociedade internacional[7] e pela

---

4. É a moral crítica a que se referia Hart [O Conceito de Direito (*The Concept of Law*), trad. de A. Ribeiro Mendes, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201.
5. Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 48.
6. Constituições de 1891 (art. 72, § 3º); 1934 (art. 113, nº 5); 1937 (art. 122, nº 4); 1946 (art. 141, § 7º); 1967 (art. 150, § 5º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 5º). No Império, face à adoção de uma religião oficial, a católica apostólica romana, eram impostas restrições à manifestação pública de outras crenças: Constituição de 1824, arts. 5º e 179, nº 5.
7. Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 22/11/1969 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 (arts. 5º, 1; e 12, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das

maioria dos Estados modernos,[8] dispôs, no inciso VI de seu art. 5º, que "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.*"

Como projeção da racionalidade do ser humano, a liberdade de consciência lhe assegura o pleno juízo valorativo a respeito de sua existência e do mundo em que inserido. O indivíduo estabelece os seus próprios critérios de "bom" ou "ruim" e orienta as suas decisões de acordo com eles,[9] tendo a dignidade afirmada com o reconhecimento de sua capacidade em formular juízos morais sobre suas ações e de direcionar a sua conduta de acordo com esses juízos.[10]

Em relação ao alcance da liberdade de consciência e à sua necessária coexistência com os demais valores protegidos pela ordem jurídica, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)[11] teve oportunidade de apreciar o seguinte caso: numa área, vizinha à propriedade de um indivíduo protetor dos animais, eram regularmente organizadas caçadas, o que lhe obrigava a, constantemente, ver os animais mortos, afrontando, assim, os valores que vinha seguindo durante toda a sua vida. Entendendo violada a sua liberdade de consciência (*Gewissensfreiheit*), pleiteou a paralisação das atividades. O Tribunal, no entanto, não visualizou qualquer ofensa a esse direito fundamental, isto porque o protetor dos animais não era obrigado a tomar parte nas caçadas, elas não se desenvolviam em sua propriedade e, além disso, eram igualmente protegidas pela ordem jurídica, o que assegurava aos caçadores o direito de caçar.

Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 18); e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16/12/1966 e promulgada pelo Decreto nº 592/1992 (arts. 18, 1; e 27).

---

8. Vide Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, adotada em 1791; e Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 1 e parágrafo único); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 19; e 20); cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (1, d)); francesa de 1958 (preâmbulo, art. 2º); holandesa de 1983 (art. 6º, 2); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41); russa de 1993 (arts. 14, 2; 28; e 29, 2); suíça de 1874 (art. 49) e de 1999 (arts. 8º, 2; 15; e 72); e turca de 1982 (art. 15, 2); Declaração de Direitos da Virgínia (EUA) de 1776 (Seção 16); Declaração *Dignitatis Humanae* sobre Liberdade Religiosa, do Concílio Vaticano II, de 1965; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10).
9. STARCK,Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed., München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 158.
10. FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*, 2ª ed., Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970, p. 279.
11. 1 *BvR* 2084/2005, j. em 13/12/2006, *in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, p. 808.

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia. A preocupação com a preservação da ordem pública, aliás, remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10).[12] A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé.

A respeito da liberdade religiosa, também assegurada pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, o *Justice* WILLIAM DOUGLAS[13] (1966: 91-92) nela visualizava as seguintes facetas: nenhuma autoridade sectária deve ser investida do poder do governo; o governo não tem influência direta nos assuntos de nenhuma igreja; os cidadãos não são taxados por auxiliarem uma instituição religiosa e nenhuma igreja deve receber recursos públicos; as pessoas podem pertencer à igreja que desejarem, ou a nenhuma, e ninguém pode ser obrigado a participar de cerimônias religiosas, como o casamento; nas disputas internas entre seguimentos da igreja, os juízes devem observar sua disciplina interna; escolas públicas não são agências de ensino religioso, não havendo razão para que o Estado não ajuste os horários das escolas de modo que os estudantes obtenham tal ensino em outro lugar; pais e crianças tem o direito de frequentar escolas privadas religiosas; o exercício de um ritual não pode ser imposto, pelo Estado, ao indivíduo, se isto caminha contra as suas convicções religiosas; a liberdade religiosa engloba os métodos convencionais e os ortodoxos, como o de distribuir literatura religiosa de porta em porta; o funcionamento de uma igreja não deve ser condicionado à concessão de licença ou ao pagamento de taxas ao Estado; a liberdade religiosas deve alcançar tanto aqueles que fundam sua crença num ser supremo, como aqueles que a buscam na ética e na moral; o que pode configurar prática pagã para uma pessoa pode ser religiosa para outra, não sendo função do Estado realizar aferições dessa natureza, inclusive para fins punitivos.

---

12. A Declaração "*Dignitatis Humanae*", do Concílio Vaticano II, dispôs que a liberdade religiosa é um direito civil de todos os seres humanos, o que lhes assegura "*estarem imunes de coerção tanto por parte de pessoas particulares, como de grupos sociais e de qualquer autoridade humana*" (nº 1); acrescendo-se que, "*em matéria religiosa, nem se obriga alguém a obrar contra sua consciência, nem se impede que atue em conformidade com ela, em ambiente privado ou público, só ou associado com outros, dentro dos limites devidos*" (nº 2).
13. DOUGLAS, William O.. *The Right of the People*, 4ª imp., New York: Pyramid Books, 1966, p. 91-92.

A liberdade religiosa, em suas distintas formas de manifestação, sempre estará lastreada no ideal de tolerância, que antecede e dá sustentação à sua juridicidade. Essa constatação torna-se particularmente clara ao verificarmos a falibilidade humana na formação e na identificação da verdade, de todo acentuada em questões de estrita racionalidade, impossível de ser alcançada em relação ao que ultrapassa os liames da razão, como a fé e os distintos modos de manifestá-la.[14]

As liberdades de crença e de culto também trazem consigo um aspecto negativo ou, melhor dizendo, neutral, ínsito e indissociável de qualquer direito fundamental, que consiste justamente na possibilidade de não exercê-lo. A pessoa é livre para ter ou não uma crença, realizar ou não um culto. Nesse sentido, a Constituição andorrana de 1993 (art. 11, 1) tornou expresso o que nela já estaria ínsito, vale dizer, "*a Constituição garante a liberdade de pensamento, de religião e de culto, e o direito de toda pessoa de não declarar ou manifestar seu pensamento, sua religião ou suas crenças*".

Deve-se observar, ainda, que nem tudo aquilo que emana de um religioso ou de uma instituição religiosa deve ser indistintamente enquadrado sob a epígrafe da liberdade de crença ou do livre exercício dos cultos religiosos. Nesse sentido, pode-se mencionar o exemplo de uma igreja que faça soar seus sinos, por poucos segundos, a cada hora completa e, aos domingos, no início do culto religioso, por cinco minutos: enquanto a segunda conduta está nitidamente associada à liberdade de crença e culto, a primeira deles se distancia e se enquadra na cláusula geral de liberdade,[15] cujo potencial expansivo somente é limitado pela necessidade de resguardar os direitos alheios e de assegurar a integridade da ordem jurídica.[16] A lei, em qualquer caso, deve assegurar "*a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*" (CR/1988, art. 5º, VI), evitando seja afetada a integridade das instalações religiosas ou comprometida a transmissão dos dogmas que justificam a sua existência.

A correta compreensão da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ainda exige seja devidamente delimitado o seu objeto. Em outras palavras, alcança apenas a manifestação de fé e religiosidade ou também se projeta sobre as manifestações negativas a respeito do fenômeno religioso? É possível difundir os aspectos negativos das religiões e a crença de que o melhor é não ter crença alguma? Num Estado pluralista e de acentuados contornos liberais, como sói ser a República Federativa do Brasil, a resposta positiva há de prevalecer. Uma verdadeira liberdade religiosa somente poderá existir

14. Cf. VERA URBANO, Francisco P.. *La Libertad Religiosa como Derecho da la Persona*, Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1971, p. 22-23.
15. Constituição brasileira de 1988, art. 5º, II.
16. STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 159.

em estando presente a plena liberdade individual para adotar uma opção em matéria de fé; e isto somente será possível caso a pessoa receba todas as informações necessárias à formação do seu juízo de valor, o que, à evidência, pressupõe seja reconhecido o direito de alguém transmitir tanto as opiniões favoráveis, como as desfavoráveis, a respeito de uma religião.[17] O autor das críticas, no entanto, deve arcar com todas as consequências decorrentes do excesso de linguagem ou do vilipêndio de símbolos ou dogmas alheios, já que ultrapassam os limites do livre exercício do seu direito individual.

É importante observar que tanto a liberdade de consciência, como a de crença, podem permanecer adstritas ao denominado *forum internum*, vale dizer, ao plano puramente psíquico, ou estender-se ao *forum externum*, ocasião em que são exteriorizadas e entram em efetivo contato com a realidade. É justamente sob essa última ótica que a sua proteção jurídica adquire relevância prática.[18]

2.1. A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE CRENÇA E CONVICÇÃO

Como projeção direta de sua personalidade, toda pessoa humana desenvolve juízos valorativos que expressam sua forma de ver, situar-se e interagir no meio social, fatores estes que a individualizam enquanto ser racional e que merecem a proteção do Estado. A Constituição brasileira de 1988, como desdobramento necessário do pluralismo e da dignidade humana, que reconhece e protege, obsta que alguém tenha a sua esfera jurídica restringida tão-somente por "*motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*" (art. 5º, VIII).[19] Trata-se de garantia essencialmente direcionada ao pensar, não necessariamente ao agir, isto porque crenças ou convicções podem redundar em atos contrários à ordem jurídica (*v.g.*: a prática de um homicídio como parte integrante de solenidade religiosa), não eximindo o seu autor da responsabilidade pelos ilícitos que praticar.

Além de proteger a liberdade de crença e convicção, a ordem constitucional permite, igualmente, que qualquer pessoa deixe de cumprir deveres jurídicos de origem legal, genericamente impostos a todos, que colidam com a

17. CIÁURRIZ, Maria José. *La Libertad Religiosa en el Derecho Español*, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 103-105.

18 STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 155.

19. Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 2); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 11; 19; e 131) cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (I, d)); holandesa de 1983 (art. 6º, 1); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41) e suíça de 1999 (art. 15); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10). No âmbito do Direito Internacional, vide a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 12, 2 e 3); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 18); e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 18, 2 e 3; e 27).

referida liberdade. Trata-se da denominada *objeção de consciência*, que, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de impedimentos de ordem axiológica que obstam a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões morais, filosóficas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer a sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando um valor indissociável da personalidade humana.

Como necessário contraponto à objeção de consciência, dispôs a Constituição de 1988, também no art. 5º, VIII, que a sua invocação, com o correlato descumprimento de obrigação legal, poderá redundar em privação de direitos caso a pessoa se recuse "*a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.*" Com isto, busca-se preservar um referencial de igualdade nas relações com o Estado, evitando que determinadas pessoas, por cultivarem valores distintos aos de outras, sejam desoneradas de toda e qualquer obrigação legal. A prestação alternativa, que, a exemplo do dever jurídico original, deve ser necessariamente definida em lei, visa justamente a recompor esse referencial de igualdade, inicialmente maculado com a formulação da objeção de consciência.

É importante ressaltar que a objeção de consciência somente fará surgir a obrigação de cumprir a prestação alternativa caso a obrigação original que motivou a sua formulação tenha sido "*a todos imposta*". A generalidade da obrigação legal atua como verdadeiro pressuposto de sua própria imperatividade. Tratando-se, ao revés, de obrigação casuística, endereçada a pessoas perfeitamente individualizadas, não será possível impor qualquer privação de direitos àqueles que se negaram a cumpri-la. Aqui, não se terá propriamente "*obrigação*", mas, sim, "*perseguição*".

2.2. LIBERDADE DE CRENÇA E TRATAMENTO MÉDICO

Face à amplitude da liberdade de crença, que pode albergar variadas manifestações de fé, incluindo certos comportamentos que destoam dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente social, não será incomum a presença de situações de colisão com outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Esse quadro é particularmente delicado nas situações em que a pessoa padeça de patologia, congênita ou provocada por causas externas, e haja negativa de receber o tratamento médico que o atual estágio da técnica considera adequado.

Tratando-se de pessoa plenamente capaz de exteriorizar a vontade, há de prevalecer a autodeterminação, sendo possível que se negue a receber os tratamentos médicos que considere incompatíveis com a sua crença. A simplicidade dessa solução, no entanto, não se estende às situações em que estejamos

perante pessoas que, em caráter definitivo ou temporário, sejam total ou parcialmente incapazes de exteriorizar a sua vontade, como as crianças e os alienados mentais. Nesse caso, questiona-se: podem os seus responsáveis legais, lastreados em bases religiosas, proibir que recebam certo tratamento médico? Esse questionamento, desde logo, suscita reflexões em torno da necessária salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem constitucional, como o direito à vida (CR/1988, art. 5º, *caput*) e à saúde (CR/1988, art. 196, *caput*), não sendo demais lembrar que "*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde...*" (CR/1988, art. 227, *caput*).

Essa espécie de colisão, como soa evidente, será necessariamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, não comportando respostas definitivas em abstrato. Isto, no entanto, não impede sejam estabelecidas, previamente, duas pautas argumentativas, de caráter objetivo, que influenciarão na solução do caso concreto: (1º) a vida e, em certa medida, o gozo de um bom estado de saúde, são pressupostos necessários ao pleno exercício da liberdade de crença; e (2º) a autonomia da vontade, na hipótese aqui versada, é plena no plano pessoal e relativamente limitada em relação aos incapazes, já que sujeita a certos balizamentos jurídicos de caráter imperativo. A partir dessas pautas objetivas, pode-se afirmar que, nesses casos, a liberdade de crença jamais autorizará o comprometimento da vida, e que, em relação às intervenções médicas destinadas à cura de patologias menos graves, a resolução do caso concreto será influenciada pela existência, ou não, de tratamentos alternativos e pelas consequências deletérias que decorrerão da não realização do tratamento inicialmente indicado.

2.3. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA AO SERVIÇO MILITAR

Objeção de consciência, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de fundamentos de ordem axiológica que impedem a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões filosóficas, religiosas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando esse valor indissociável da personalidade humana.[20]

---

20. Um interessante resumo da linha evolutiva da objeção de consciência, em que se percebe uma intensa influência de fatores teológicos, pode ser obtida em Rodolfo Venditti. . *L'Obiezione di Coscienza al Servizio Militare*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 6-36.

Especificamente em relação à objeção de consciência no âmbito do serviço militar, a Constituição brasileira de 1988, no § 1º de seu art. 143,[21] estabelece algums balizamentos de natureza pessoal, constitutiva, circunstancial e finalística à sua plena operatividade. No âmbito pessoal, a objeção de consciência somente pode ser formulada pelos alistados. Em termos constitutivos, exige-se que o imperativo de consciência decorra de "*crença religiosa*" ou de "*convicção filofófica ou política*", conceitos que acolhem praticamente todas as razões passíveis de serem invocadas, merecendo especial realce a "*convicção filosófica*", à qual pode ser reconduzido qualquer aspecto do pensamento humano. No plano circunstancial, tem-se que a recusa somente pode ser manifestada em "*tempo de paz*", previsão justificável na medida em que, em períodos de guerra, o que se encontra em jogo é a própria subsistência do Estado, que não pode ser comprometida em razão da prevalência de interesses individuais; trata-se de juízo de ponderação realizado, *a priori*, pelo próprio Constituinte. Por fim, no plano finalístico, restringe-se o emprego da objeção de consciência às "*atividades de caráter essencialmente militar*", o que afasta a possibilidade de recusa a atividades burocráticas ou essencialmente periféricas, como o atendimento em hospitais, sem qualquer contato com operações bélicas. Observa-se, nesse último caso, que a objeção de consciência do direito brasileiro possui maior potencial expansivo que a de outros sistemas, como o alemão, que restringe a formulação da *Kriegsdienstverweigerung* às situações em que seja exigida a utilização de armas (*Waffen*) - *GG* de 1949, art. 4º, 3.

Preenchidos os requisitos constitucionais, não há espaço para recusa à objeção de consciência. Isto, no entanto, não significa que o objetor esteja imune a todo e qualquer dever jurídico. Nesses casos, o que se verifica é a outorga de competência, às Forças Armadas, para que, na forma da lei (CR/1988, art. 143, § 1º), lhe atribuam um serviço alternativo, o qual, é importante frisar, não pode se contrapor às razões que embasaram a própria objeção de consciência.

3. AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E RELIGIÃO: O CARÁTER LAICO DO ESTADO BRASILEIRO

As relações do Estado com o poder espiritual têm sofridos alterações tão intensas quanto as variantes de espaço e tempo utilizadas para contextualizar a respectiva análise.

De um modo geral, os distintos modelos existentes podem ser enquadrados numa das seguintes categorias: (1) Estado teocrático ou sacral, onde, eli-

21. Sobre a temática, vide as Constituições alemã de 1949 (arts. 4º, 3; e 12a, 1); chilena de 1980 (art. 22); cubana de 1976 (art. 64); espanhola de 1978 (art. 30(2)); holandesa de 1983 (arts. 98, 3; e 99); italiana de 1947 (art. 42); mexicana de 1917 (art. 31, II e III); paraguaia (art. 113); peruana de 1993 (art. 78); portuguesa de 1976 (art. 276); russa de 1993 (art. 59, 3); suíça de 1999 (art. 59, 3); e venezuelana de 2000 (art. 53).

minada qualquer possibilidade de pluralismo religioso, verifica-se a interpenetração entre Estado e poder espiritual na consecução do bem comum (*v.g.*: o fundamentalismo religioso no Iran e no Vaticano); (2) Estado proselitista, cuja característica essencial é não propriamente a confusão entre as figuras, mas a proteção e o enaltecimento de uma religião específica (*v.g.*: Estados ortodoxos); (3) Estado cooperativo, onde, apesar de reconhecido o pluralismo, poder espiritual e poder estatal apresentam pontos de contato (*v.g.*: no Reino Unido, o Chefe de Estado deve jurar fidelidade aos dogmas da igreja oficial, a anglicana, sendo, igualmente, o seu chefe); (4) Estado laico ou secular, que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais; e (5) Estado totalitário ateísta ou simplesmente ateu, que vê no poder espiritual objetivos incompatíveis com os do Estado, terminando por vedar as próprias práticas religiosas (*v.g.*: a extinta URSS).

A Constituição argentina de 1853, mesmo após as suas sucessivas reformas, dispõe, no início do século XXI, que "*el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*" (art. 2º).[22] No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico: no entanto, face à controvérsia em relação à representação diplomática brasileira no Vaticano, a Reforma de 1926 acrescentou um parágrafo 7º ao art. 72 da Constituição de 1891, tornando expresso que "*a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicava violação desse princípio*". O preceito, nitidamente desnecessário, já que a manutenção de relações diplomáticas, por si só, já indica a separação entre os entes, foi repetido nas Constituições de 1934 (art. 176) e 1946 (art. 196), sendo omitido nas demais.

Consoante o inciso I do art. 19 da Constituição de 1988,[23] é vedado ao Estado (1) promover cultos religiosos; (2) mantiver templos religiosos; (3) estimular a prática de certa religião, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não; (4) estabelecer relações de dependência ou aliança com organismos religiosos, de modo que diretivas baseadas puramente na fé influam no delineamento de decisões estatais; ou (5) impor restrições ao exercício das demais religiões.[24]

---

22. BIDART CAMPOS, German J.. *Manual de la Constitucion Reformada*, Tomo I, 5ª reimp., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 541.
23. Vide as Constituições de 1891 (art. 11, inc. 2); 1934 (art. 17, II). 1937 (art. 32, *b*); 1946 (art. 31, II); 1967 (art. 9º, II); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 9º, II).
24. Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 140 c.c. Constituição de Weimar de 1919, art. 137, I: "*Es besteht keine Staatskirche*"), andorrana de 1993 (art. 11, 3); belga de 1994 (art. 21, § 1º); russa de 1993 (art. 14, 1 e 2); e suíça de 1999 (art. 72, 2).

Os limites da relação do Estado com a religião foram objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, apreciando a amplitude da neutralidade apregoada pelo direito constitucional (*GG* de 1949, art. 140 c.c. Constituição de Weimar, art. 137, I), decidiu pela impossibilidade de serem afixados crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, prática que denotava a adesão ao cristianismo em detrimento das demais religiões livremente professadas.[25] Não obstante a similitude, nessa temática, da *Grundgesetz* alemã com a atual Constituição brasileira, cremos que a transposição desse entendimento para a nossa realidade exige alguns temperamentos. O primeiro deles consiste no fato de o cristianismo e, mais especificamente, o catolicismo, serem partes integrantes da tradição brasileira, daí decorrendo que a exposição da cruz pode ser vista como mera deferência a esse elemento cultural, em nada refletindo um comprometimento religioso por parte do Estado. O segundo indica que, no Brasil, o pluralismo religioso ainda não resultou numa rejeição socialmente relevante de certos símbolos que fazem parte da nossa tradição. O terceiro, por sua vez, aconselha que medidas dessa natureza, drásticas e que naturalmente serão interpretadas como uma afronta à respectiva religião, decorram de uma reação social, vale dizer, da disseminação do sentimento de discriminação, junto às demais religiões, em relação à exibição de um símbolo característico do catolicismo. A questão, assim, não deve ser analisada puramente *in abstracto*, desconsiderando-se a realidade social. Rendemos homenagem, assim, à sensata advertência de Rui Barbosa[26]: "*[n]ão basta compulsar a jurisprudencia peregrina: é mister aprofundal-a, joeirando os exotismos intransladaveis, para não enxertar no direito patrio idéas incompatíveis com as nossas instituições positivas*".

A laicidade, é importante observar, raramente se apresenta em "estado puro", vale dizer, com ampla e irrestrita dissociação entre os poderes espiritual e estatal. No Brasil, por exemplo, são múltiplos os feriados embasados na fé católica (*v.g.*: o dia de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do País), isto sem olvidar a invocação de Deus logo no preâmbulo de nossa Constituição, o que, em "rigor técnico", configuraria clara afronta àqueles que negam a existência de Deus, como os budistas, ou que apregoam a existência de mais de um Deus, como os hindus. Nos Estados Unidos da América, do mesmo modo, lê-se, em sua moeda oficial, a inscrição "*In God we trust*". Nesses casos, o que se verifica não é propriamente a irrestrita adesão ao poder espiritual, mas, sim, uma forma de preservação dos valores sedimentados no ambiente social.

---

25. *BVerfGE* 108, 282. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck München, 2009, p. 153-154.
26. Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. III, Do Poder Executivo, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 430.

Ressalte-se, no entanto, que laicidade não guarda similitude com isolamento, sendo de todo aconselhável que o Estado estabeleça parcerias, com instituições religiosas, visando à consecução de objetivos comuns de interesse público. Essa possibilidade, no entanto, expressamente contemplada no inciso I do art. 19 da Constituição de 1988, não deve privilegiar religiões específicas por vias transversas. Qualquer aproximação do Estado à religião deve se desenvolver com a observância de referenciais de igualdade, estando teleologicamente comprometida com a satisfação do interesse público.

3.1. LIBERDADE DE CRENÇA E LAICIDADE DO ESTADO

Em períodos mais remotos, a religião era constantemente utilizada como referencial para o reconhecimento de direitos ou para a participação na vida política do Estado. A intensa expansão do Cristianismo transcendeu as questões religiosas, fazendo que a religião católica, apostólica, romana exercesse total domínio no cenário político do Ocidente. Na Idade Média, os papas criavam e destruíam impérios, nomeavam e depunham imperadores. Estado e religião se interpenetravam de tal modo que se tinha por inaceitável uma dissociação entre as leis terrenas e as leis divinas, vale dizer, aquelas postas pela Igreja e pela interpretação que realizava da Bíblia. O fundamento do Estado era teológico, não teleológico: existia pela vontade de Deus e para servir a Deus. Como afirmou COULANGES[27], *"entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião"* (...) *"a lei não se discute, impõe-se; não representa trabalho da autoridade; os homens obedecem-na por ser divina"* (...) *"era reconhecido como cidadão todo aquele que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. Renunciar ao culto seria renunciar aos direitos."*

A intolerância religiosa exacerbada, que conduziu à perseguição e à execução dos infiéis, e o redimensionamento do papel desempenhado pelo Estado conferiram novas nuances ao pensamento filosófico, que passou a prestigiar a individualidade de cada pessoa, atribuindo-lhe uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal. Esse movimento precipitou o reconhecimento da separação entre Estado e Igreja e assegurou a liberdade de culto, cujo caráter normativo foi adotado, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776 (art. 16). A Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, seguiu o mesmo caminho: *"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof"*. Também na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encampou a liberdade de culto: *"nul ne droit être inquiete pour ses opinions*

27. *A cidade antiga*, trad. de Jean Melville, Editora Martin Claret, p. 77, 2001, p. 206-213.

même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico.

Na Constituição de 1988, o caráter laico do Estado é especialmente percebido pelo teor de seu art. 19, que veda ao Poder Público manter ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, estando igualmente impedido de embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Enquanto a liberdade de crença assegura a qualquer pessoa o direito de escolher livremente a fé que irá, ou não, professar, escolha esta que pode permanecer adstrita ao *forum internum* ou ser exteriorizada, alcançando o *forum externum*, a laicidade do Estado indica a impossibilidade de uma estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais. Ter-se-á o tratamento privilegiado de certa "fé" não só quando o Estado estimular a sua prática, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não, como, também, quando impuser restrições ao exercício das demais.

É importante lembrar que o caráter laico do Estado coexiste com a liberdade de crença. Essa constatação, em seus contornos mais basilares, indica que o Estado, conquanto não deva aderir a uma fé específica, deve permitir e proteger toda e qualquer manifestação de fé, mesmo nos bens de sua propriedade; isto, obviamente, se não for comprometida a ordem pública ou a liberdade de crença dos demais componentes do grupamento, o que inclui a liberdade de não professar fé alguma.

A questão, no entanto, pode assumir contornos mais delicados: digamos que um aluno e um professor de escola pública sejam proibidos de frequentar as aulas usando turbante, que seria um símbolo de sua fé e pureza espiritual. Quanto ao aluno, parece não haver maiores dúvidas de que foi violada a sua liberdade de crença, exteriorizada de modo silencioso e perfeitamente compatível com o ambiente escolar. Já em relação ao professor põe-se um complicador: pode ele, enquanto servidor e representante do Estado, exteriorizar a sua crença na sala de aula? Diversamente ao que se verifica em relação ao aluno, que foi diretamente privado de um direito fundamental, no caso do professor, que está no efetivo exercício de uma função pública, constata-se uma aparente colisão entre a sua liberdade de crença e a neutralidade religiosa do Estado, do qual é legítimo representante em sala de aula. Ainda deve ser devidamente considerada a liberdade dos demais estudantes em não ter crença alguma (*negative Glaubensfreiheit*), o que reforça a necessidade de o Estado preservar a sua neutralidade. A identificação da efetiva existência da referida colisão, com as consequências dela decorrentes, exige seja previa-

mente definida uma premissa fundamental: do fato de um único professor usar turbante (ou portar um cordão dotado de crucifixo) decorre a conclusão de que o Estado adota uma postura favorável à respectiva religião? A resposta, à evidência, é negativa. *In casu*, a crença professada, aos olhos de qualquer expectador externo, é integralmente atribuída ao professor, não ao Estado, o que bem demonstra que ele, a exemplo do estudante, foi igualmente aviltado em sua liberdade de crença.[28]

3.2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

De modo correlato à garantia da liberdade de crença, que assegura a cada indivíduo o pleno juízo valorativo a respeito da fé que pretende, ou não, professar, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares, a Constituição de 1988, em seu art. 150, VI, *b*, conferiu imunidade tributária aos templos de qualquer culto, eximindo-os do pagamento de impostos. A *ratio* da norma constitucional parece clara: afastar embaraços ao exercício de um direito fundamental e, face à importância que ostenta no contexto social, estimular o seu desenvolvimento.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance subjetivo da imunidade contemplada no art. 150, VI, *b*, da Constituição de 1988. Apesar de não haverem maiores dúvidas quanto à amplitude da expressão "*templos de qualquer culto*", o mesmo não pode ser dito em relação às atividades que serão enquadradas sob essa epígrafe. Em outras palavras, basta que uma associação se auto-intitule "igreja" e possua espaços físicos denominados de "templos" para que, por via reflexa, suas atividades sejam consideradas cultos, incidindo a regra da imunidade tributária? A resposta, por certo, está ínsita no próprio questionamento: vale dizer, na medida em que a ordem constitucional reconhece, separadamente, a "liberdade de associação" e a "liberdade de crença", decorrendo, desta última, a possibilidade de serem construídos "templos" a ela destinados, afigura-se evidente que as figuras não se sobrepõem, mas, tão-somente, se tangenciam. Toda instituição religiosa será uma associação, mas nem toda associação terá fins religiosos, daí o necessário cuidado para que a *ratio* da norma constitucional seja preservada e uma possível fraude tributária evitada.

Os templos de qualquer culto consubstanciam o âmbito de desenvolvimento da liberdade de crença, da fé professada por certas pessoas, sendo dela indissociável. Nesse particular, o Tribunal Administrativo Federal alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) já teve oportunidade de reconhecer que associa-

28. STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 155-156.

ções cognominadas de "igrejas", que não professem a fé em Deus ou num ser superior (*v.g.*: Buda), destinando-se, unicamente, à crítica econômica ou social, não possuem objetivos religiosos, não sendo alcançadas pela liberdade de crença assegurada pelo art. 4º, I, da *Grundgesetz* de 1949.[29]

A segunda questão a ser enfrentada está relacionada ao alcance da imunidade tributária, exigindo seja definido se ela somente afastará a incidência de alguns impostos específicos ou se recairá sobre todo e qualquer imposto, com abstração do seu fato gerador. Na primeira hipótese, que se ajustaria à literalidade do art. 150, VI, *c*, da Constituição de 1988, somente seriam afastados os impostos incidentes sobre o prédio em que professado o culto; na segunda hipótese, por sua vez, seria afastada a literalidade do texto, entendendo-se pelo substantivo "templo" a própria instituição religiosa, o que alcançaria todo e qualquer imposto. Entre esses dois extremos tem-se a regra do § 4º do art. 150, que inclui no âmbito da imunidade "*somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades*" mencionadas na alínea *c* do inciso VI. Percebe-se, assim, que a imunidade, conquanto ampla, é limitada pela necessária correlação do fato gerador em potencial com as finalidades essenciais da instituição religiosa.[30]

3.3. O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

Ao reconhecer a liberdade de crença e vedar que o Estado mantenha, estimule, subvencione ou restrinja o exercício de qualquer religião, a Constituição de 1988 delineou a sua laicidade. Em outras palavras, o Estado deve ser neutro: não pode existir uma "fé oficial" e não deve ser dispensado tratamento privilegiado a religiões específicas.

Laicidade, no entanto, não guarda similitude com o isolamento ou a desconsideração do relevante papel desempenhado pela religião na sedimentação do alicerce ético e moral de qualquer sociedade, o que torna particularmente clara a *ratio* do comando constante do § 1º do art. 210 da Constituição brasileira ("*O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*").[31] Ao determinar a inserção do ensino religioso na grade curricular das escolas públicas de ensi-

---

29. *BVerwGE* 90, 112, 116.

30. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que (1) imóveis de instituição religiosa alugados a terceiros não são tributados pelo IPTU (STF, Pleno, RE nº 325.822/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 18/12/2002, DJ de 14/05/2004); (2) os templos de qualquer culto não estão imunes à contribuição sindical (STF, 2ª Turma, RE nº 129.930/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/05/1991, DJ de 16/08/1991).

31. Constituições alemã de 1949 (art. 7º (2, 3)); andorrana de 1993 (art. 20, 3); belga de 1994 (art. 24, § 1º, 3 e § 3º, 1); espanhola de 1978 (art. 27); holandesa de 1983 (art. 23, 3); mexicana de 1917 (art. 3º); peruana de 1993 (art. 22); e suíça de 1999 (arts. 63, 1 e 2; e 66, *caput*, 1 e 2).

no fundamental, a ordem constitucional tem, como objetivo, o de orientar o jovem no exercício de sua liberdade de crença, permitindo o conhecimento da essência de cada religião e, consequentemente, a escolha da religião a ser professada. Ínsita na liberdade de crença, está a liberdade de não professar crença alguma, daí decorrendo o caráter facultativo desse tipo de disciplina, cuja relevância deve ser devidamente avaliada pelos pais em relação aos filhos menores (CR/1988, art. 229).

Como soa evidente, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser compatibilizado com a neutralidade do Estado, o que impede permaneça ele adstrito a uma ou outra fé específica, desconsiderando os contornos gerais do fenômeno religioso, suas origens e formas de manifestação. Assim, ou a disciplina permanece no plano geral ou é estruturada de modo a permitir a exposição dos traços fundamentais de cada uma das religiões existentes no ambiente sociocultural. Nesse particular, a *Grundgesetz* alemã de 1949, no inciso 3 do seu art. 7º, teve a preocupação de deixar expresso o que já estava implícito no sistema: sem prejuízo da supervisão do Estado, o ensino deve ser ministrado de acordo com os "*princípios das comunidades religiosas*" (*Grundsätzen der Religionsgemeinschaften*). Cada religião deve ter seus dogmas retratados com fidelidade, sem preconceitos ou proselitismos, o que é um claro indicativo da inviabilidade de um único docente, que professe ou simpatize fé específica, ser o responsável pela disciplina. Ainda segundo o paradigma alemão, "*nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar instrução religiosa*" ("*Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verplichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen*"), comando que é de todo compatível com a sistemática constitucional brasileira. Afinal, como exigir, por exemplo, que um cristão fervoroso explique aos seus alunos os alicerces do budismo, que apregoa a inexistência de um Deus, e os aspectos que, sob a ótica dessa religião, a diferenciam e a tornam mais densa que as demais?

A temática, como se percebe, é delicada, e exige muito cuidado na transposição do comando constitucional para a realidade, isto sob pena de o ensino religioso se transmudar em evidente proselitismo ou em instrumento de repulsa a religiões específicas. A melhor forma de contornar os obstáculos existentes consiste em contextualizar o ensino religioso no plano histórico, retratando a importância das distintas religiões na evolução da humanidade. Com isto, o Poder Público evita admitir docentes a partir de critérios religiosos e, principalmente, afasta o risco de que o ensino religioso se transmude em proselitismo.

3.4. A ASSISTÊNCIA RELIGIOSA NAS ENTIDADES DE INTERNAÇÃO COLETIVA

A liberdade religiosa pode ser concebida em duas perspectivas, uma intrínseca, a liberdade de crença, inerente à intimidade do ser humano, e outra extrínseca, afeta à liberdade de culto, momento em que ocorre a exteriorização

da fé. Enquanto a liberdade de crença pode permanecer confinada aos setores mais recônditos da personalidade humana, de modo que o seu exercício sequer seja conhecido por aqueles que convivem com a pessoa no ambiente social, com a liberdade de culto não ocorre o mesmo. Acresça-se que o culto, conquanto possa ser realizado no plano puramente individual, permitindo que a pessoa humana, isoladamente, exteriorize a sua fé, o mais natural é que manifestações dessa natureza sejam realizadas coletivamente, sendo conduzidas por sacerdotes devidamente qualificados.

Ao assegurar, no inciso VII de seu art. 5º, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, a Constituição de 1988 buscou criar as condições necessárias à plena operatividade da liberdade religiosa.[32] Afinal, a sua face extrínseca, a liberdade de culto, seria inevitavelmente comprometida com as inevitáveis restrições que caracterizam estabelecimentos dessa natureza. O comando constitucional ainda traz consigo outra funcionalidade, a de estimular a aceitação do apoio religioso, contribuindo para a reconstrução psíquica e espiritual de todos aqueles que se encontrem internados. Confina-se o corpo, liberta-se a mente.

A assistência religiosa, no entanto, deve se compatibilizar com o caráter laico do Estado brasileiro, o que impede que algumas religiões sejam privilegiadas em detrimento das demais. O mais aconselhado, assim, é que seja permitido o acesso, observadas as normas necessárias à garantia da segurança e da disciplina internas, dos representantes das distintas religiões existentes, de modo que os internos que já professam uma fé possam continuar a professá-la, e aqueles que assim o desejem possam iniciar a sua trajetória e exercer livremente a crença que venham a escolher. A forma e os limites dessa assistência serão definidos pela legislação infraconstitucional[33], que não pode, como soa evidente, destoar dos contornos básicos dessa liberdade constitucional.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.982/2000 assegura aos religiosos de todas as confissões, respeitadas as normas internas de segurança (art. 2º), o direito de acesso aos estabelecimentos de internação coletiva, estando o

32. Vide as Constituições de 1934 (art. 113, nº 6); 1946 (art. 141, § 9º); 1967 (art. 150, § 7º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º). No direito comparado, podem ser mencionadas as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); argentina de 1853 (art. 14); cubana de 1976 (art. 54); e italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20).

33. Vide: Lei nº 6.923/1981 (Dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas forças armadas); Lei nº 7.210/1984 (Institui a Lei de Execução Penal - art. 24); Lei nº 8.069/1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 124, XIV); e Lei nº 9.982/2000 (Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares).

apoio espiritual condicionado à aquiescência dos internados ou, no caso de doentes que não estejam no gozo de suas faculdades mentais, à aquiescência dos seus familiares (art. 1º).

Na sistemática anterior, dispunha a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º) que "*[s]em caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.*" Como se constata, com o advento da Constituição de 1988 não persiste a exigência de que a assistência seja prestada por "brasileiros", corolário lógico da amplitude dos direitos fundamentais que o art. 5º, *caput*, reconhece aos estrangeiros. Acresça-se, ainda, que a supressão da autorização para que a assistência religiosa seja prestada "*às forças armadas e auxiliares*" em nada se confunde com uma espécie de silêncio eloquente, vedando seja tal autorização conferida pela legislação infraconstitucional. Afinal, a funcionalidade dessa assistência é assegurar a materialização da liberdade de crença afeta a todo e qualquer ser humano, inclusive aqueles em serviço junto às Forças Armadas, isto sem olvidar a sua plena compatibilidade com o ambiente militar, fortalecendo espiritualmente pessoas que vivem sob intensa pressão. Tal, no entanto, não significa possa o Estado brasileiro contratar e remunerar religiosos de crenças específicas (*v.g.*: os Capelães Militares) para prestar esse tipo de atendimento às custas do Erário: além de violar a laicidade do Estado, medidas dessa natureza terminam por privilegiar certas religiões em detrimento de outras e a comprometer o pleno desenvolvimento da liberdade de crença, já que o militar somente terá acesso à religião professada pelo sacerdote contratado pelo Poder Público.

CONCLUSÕES

1) A liberdade religiosa é necessariamente balanceada pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a coexistência das distintas formas de manifestação da espiritualidade, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas essas manifestações podem se expandir livremente, sem qualquer censura.

2) A liberdade religiosa alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião.

3) A liberdade religiosa não pode chegar ao extremo de comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade.

4) O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de

símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais religiões.

5) Devem ser aceitas manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (*v.g.*: utilização da crucifixos, turbantes, etc.), mesmo no exercício da função pública, tão-somente enquanto tais manifestações não forem vistas como a postura oficial do Poder Público.

6) O ensino religioso, nas escolas públicas, deve prestigiar a abordagem histórica, sem proselitismo.

7) A assistência religiosa, nos estabelecimentos de internação coletiva, deve preservar a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível, com a ordem constitucional, a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade.

LIBERDADE DE CRENÇA E A OBJEÇÃO À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVOS RELIGIOSOS

FÁBIO CARVALHO LEITE *

"Desde que alguns autores me convenceram definitivamente de que a astrologia não é uma ciência, comecei a acreditar nos horóscopos".
Rubem Braga[1]

1. Introdução

O humorista JOSÉ SIMÃO, em sua coluna no jornal Folha de S. Paulo, certa vez noticiou que "a polícia de Vinhedo está à procura de duas falsas cartomantes", para em seguida indagar: [mas] "como distinguir uma cartomante falsa de uma verdadeira?"[2] Esta questão, embora levantada em tom caricato, sintetiza bem um problema relacionado à falta de legitimidade do Estado para lidar com situações que envolvem essencialmente a liberdade de crença dos indivíduos – tema sensível que, no Brasil, tem merecido um tratamento superficial e convenientemente vago, tanto no campo doutrinário como – e talvez em conseqüência – na esfera jurisprudencial, onde os juízes, ao se depararem com os problemas concretos, acabam por tomar decisões e assumir posicionamentos a partir de fundamentos bastante questionáveis... que vencem, mas não convencem.

De fato, a doutrina constitucionalista brasileira não oferece uma orientação segura a respeito do alcance do direito à liberdade religiosa, o que se deve em parte a um problema mais genérico na metodologia adotada – ou, por vezes,

---

* Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Coordenador (adjunto) dos cursos de Mestrado e Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio.

1. Apud. CARVALHO, Marco Antonio de. **Rubem Braga: um cigano fazendeiro do ar.** São Paulo: Globo, 2007, p. 169.
2. Folha de São Paulo, edição de 23 de março de 2004, p. E9.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 41 (3ª Fase), jul./set. 2011, p. 43-74.

na falta dela – na abordagem dos direitos fundamentais[3]. Em relação à liberdade religiosa especificamente, a abordagem doutrinária restringe-se a afirmar que tal liberdade, compreendida aqui, *grosso modo*, como a liberdade de crença e de culto, assegura aos cidadãos o direito de professar qualquer religião ou mesmo de não professar religião alguma[4], seguindo-se de comentários sobre passagens históricas que envolvem perseguições religiosas e que demonstrariam a importância deste direito. Quando muito, a doutrina aponta uma limitação casuística a fim de deixar claro que não se trata de um direito absoluto[5]. E só.

Não espanta que esta abordagem tradicional (que se apresenta de forma relativamente homogênea entre os autores da área) seja insatisfatória ao debate e mesmo à resolução de problemas constitucionais concretos. A simples formulação de um conceito vago – como o é o de que a liberdade religiosa compreende o direito de professar qualquer religião ou não professar religião alguma – pouco contribui à resolução de casos que envolvam um conflito entre este direito e outro de mesma espécie ou um bem ou valor também protegido constitucionalmente. Do mesmo modo, a (igualmente simples) apresentação de casos específicos envolvendo a aplicação da liberdade religiosa também possuirá valor questionável em termos metodológicos se não for acompanhada de uma análise e uma formulação propositiva que permita ao menos orientar o intérprete na aplicação deste direito em casos futuros.

Dentro do universo de questões mal-resolvidas relacionadas à liberdade religiosa, uma das que mais se destacam é a que envolve o pretendido direito à objeção de consciência pelos cidadãos que se recusam, em obediência a

---

3. Em geral, a análise do tema reveste-se de um caráter nitidamente formalista, limitando-se à apresentação de uma idéia ou um conceito genérico seguido de uma breve dissertação que ressalta a importância do direito em questão.

4. Neste sentido, MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-68, p. 111; CRETELLA JR., José, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** vol. I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 217; CUNHA, Fernando Whitaker da; SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco; MELLO, Celso Albuquerque; FALCÃO, Alcindo Pinto; e SUSSEKIND, Arnaldo, **Comentários à Constituição.** 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990, p. 178; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

5. Esta abordagem superficial é o que provavelmente explica o resultado obtido por Emerson Giumbelli em suas pesquisas em torno dos temas "liberdade religiosa" e "liberdade de culto" junto à doutrina nacional, as quais, segundo o autor, "resultaram em um número escasso de registros" e que, ainda assim, "oscilam entre exegeses constitucionais e comentários casuísticos ou restritos a aspectos bem circunscritos", concluindo que, no Brasil, "passa-se do extremamente genérico ao demasiadamente particular quando se trata de religião nas discussões jurídicas". GIUMBELLI, Emerson. **O Fim da Religião – dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França.** São Paulo: Attar Editorial, 2002, p. 232.

preceitos religiosos, a receber tratamento médico que envolva transfusão de sangue. O problema não se faz presente apenas no Brasil, mas em todos os países onde se encontram adeptos das religiões que pregam a recusa à transfusão de sangue (testemunhas de jeová) ou mesmo a qualquer espécie de tratamento médico (*Christian Science*)[6]. Todavia, constata-se que o tratamento conferido à questão pela jurisprudência brasileira (e pelos Conselhos de Medicina do País) diverge do que se pode identificar como uma "tendência" em países como EUA, Canadá, Austrália, Itália e Alemanha[7]. Esta divergência se revela não apenas na solução apontada como a mais adequada, mas também – e sobretudo – no modo de se chegar a ela, embora os bens e valores constitucionais em questão sejam basicamente os mesmos tanto no Brasil como nos países citados, o que reforça a ideia de que a metodologia empregada (ou a falta dela) na resolução destes casos no Brasil talvez não seja a mais adequada. É o que se pretende desenvolver no presente trabalho.

2. Liberdade religiosa e Interpretação no (con)texto constitucional brasileiro

Atualmente, não mais se discute sobre as peculiaridades da interpretação constitucional no que a distingue da interpretação jurídica em geral[8]. A este respeito, a doutrina que se propõe a tratar do tema é, hoje, pacífica, podendo divergir apenas em relação ao método mais adequado para se interpretar a Constituição[9]. Os problemas constitucionais, notadamente os relacionados à aplicação de direitos fundamentais, não podem ser resolvidos a partir do simples recurso aos métodos jurídicos tradicionais que auxiliariam o intérprete

---

6. O universo de crenças que segue este entendimento é ainda maior, mas estas duas são as religiões mais representativas.

7. É o que demonstra estudo de direito comparado elaborado por NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. **La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español.** in. *"Las Relaciones entre Iglesia y el Estado - Estúdios em memória del profesor Pedro Lombardia"*, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra, Edersa, 1989, pp. 893-975. Embora o estudo seja de 1989, não parece que a tendência apontada pelos autores tenha sido revertida em qualquer destes países desde então.

8. Como sentencia Jane Reis, "já se tornou consenso a tese de que a interpretação constitucional é dotada de certas especificidades". (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49).

9. Esta constatação é corroborada por Jane Reis, que, em estudo dedicado a este assunto, assinalou que "a idéia de que a Constituição deve ser interpretada com recurso apenas aos instrumentos metodológicos tradicionalmente utilizados no âmbito do direito ordinário é hoje superada, sendo largamente aceito o entendimento de que as peculiaridades das normas constitucionais tornam imperativo o emprego de uma hermenêutica pautada por critérios específicos. Assim, a discussão contemporânea gira em torno de – em face da reconhecida insuficiência dos cânones tradicionais de interpretação jurídica para solucionar problemas constitucionais – determinar que critérios e princípios particulares hão de ser aplicados nessa seara". (Op. Cit., pp. 67-68.)

na função de descobrir não apenas o conteúdo da norma como também, e conseqüentemente, uma solução pré-estabelecida pelo legislador constituinte. Até porque, como sentenciou PAULO BONAVIDES, "os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se"[10].

A premissa aqui assumida de que o formalismo adotado pela doutrina brasileira mais tradicional é inadequado à interpretação constitucional e, consequentemente, à interpretação dos direitos fundamentais é corroborada por uma vasta bibliografia que tem sido produzida nos últimos anos, restando apenas identificar o método mais adequado para a interpretação constitucional. Embora, como sói ocorrer em momentos de ruptura, não seja possível ainda apontar um novo modelo hermenêutico consensualmente aceito pela doutrina revisionista, pode-se já reconhecer alguns pontos que revelam uma tendência nesse sentido. Nesta nova compreensão do papel do direito constitucional e, por conseguinte, da metodologia hermenêutica e do processo de interpretação de suas normas, que caracterizaria, segundo alguns, um "novo direito constitucional"[11], um primeiro ponto a ser ressaltado é a importância hoje atribuída aos fatos subjacentes ao processo de interpretação, bem como às conseqüências práticas daí decorrentes[12]. Sobre este aspecto, merece destaque a contribuição de KONRAD HESSE para a formulação de um novo modelo paradigmático de interpretação constitucional:

> La dependencia en que se encuentra la interpretación de la norma de cuya concretización se trata respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver supone, formulado negativamente, que no puede haber un método de interpretación autónomo, desvinculado de estos factores y, formulado positivamente, que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación – la Constitución – y por el problema en cuestión[13].

---

10. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 545. É claro que os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico ainda figuram como ferramentas necessárias à interpretação constitucional – ou, nas palavras de Jane Reis, "embora formulados com os olhos voltados para o sistema de direito privado oitocentista, são instrumentos úteis e relevantes no âmbito da hermenêutica constitucional contemporânea" (Op. cit. pp. 290) –, apenas não podem ser tomados como suficientes. Sobre a insuficiência destes métodos, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, pp. 291-295.

11. BARROSO, Luís. Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Nova Interpretação Constitucional: direitos fundamentais, ponderação e relações privadas.** Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006, pp.327-378.

12. Idem, p. 333.

13. HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional.** In: *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983, p. 45.

O objetivo da interpretação constitucional deixa, assim, de ser o de identificar uma vontade da norma ou mesmo do legislador constituinte, eis que se reconhece tratar-se de um processo do qual, dentre outros, os fatos participam e no qual desempenham papel significativo[14].

Além deste aspecto concretista, que tem sido bastante ressaltado pela doutrina dedicada ao tema da hermenêutica constitucional[15], outro ponto a ser considerado refere-se ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de bens como a via adequada à promoção de solução justa nas colisões entre direitos fundamentais e entre esses e outros bens protegidos constitucionalmente[16].

Ao lado deste problema mais genérico, relacionado à interpretação constitucional, há também aspectos específicos, relativos à interpretação da liberdade religiosa, que não têm merecido atenção especial por parte da doutrina brasileira, comprometendo assim uma compreensão adequada e uma aplicação correta deste direito fundamental. Tais aspectos envolvem basicamente a consideração dos princípios fundamentais que, em uma interpretação sistemática, se relacionam com a liberdade religiosa, e algumas peculiaridades em torno do próprio fenômeno religioso, objeto do direito em questão. De fato, se o sentido e o alcance de uma norma constitucional só podem ser determinados a partir do confronto com as demais normas que integram a Constituição, como uma decorrência lógica do caráter sistemático do texto constitucional, torna-se imperioso verificar, de início, o suporte e os condicionamentos conferidos à liberdade religiosa pelos chamados princípios fundamentais do texto de 1988[17]. Dentro deste conjunto principiológico, no entanto, destacam-se como mais pertinentes à liberdade religiosa os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político[18], podendo-se aqui

---

14. O objetivo, nas palavras de Konrad Hesse, seria agora "*o de hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión*". (op. cit., p. 37)

15. BARROSO, Luís. Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., CLEVE, Clemerson, e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas Notas sobre Colisão de Direitos.** In: GRAU, Eros Roberto, e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros Editores: 2003. pp. 231-143. Neste trabalho, em que os autores se propõem a "estudar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais e os critérios utilizados para proporcionar soluções ajustadoras que não importem excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito", há uma opção expressa pelo "método hermenêutico concretista como aquele mais adequado para a abordagem proposta" (p. 231).

16. CLEVE, Clemerson, e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. op. cit., p. 231. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 74.

17. Nesse mesmo sentido, defendeu Manoel Jorge e Silva Neto que "os princípios Fundamentais referidos nos arts. 1º/4º da Constituição de 1988 são de remissão obrigatória para desencobrir o véu de incertezas a respeito da liberdade religiosa" (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 552).

18. Idem.

também incluir o da cidadania[19], o que opera inclusive como um forte argumento em favor de uma concepção mais substantiva e mais inclusiva de democracia. Tais princípios assim relacionados à liberdade religiosa permitem compreender este direito fundamental como uma expressão da dignidade da pessoa[20], sem qualquer juízo de valor sobre o seu conteúdo, nem se admitindo qualquer idéia de verdade religiosa (em respeito ao princípio da pluralidade), e que deve, em atenção ao princípio da cidadania, ser considerado de tal forma que assegure, na medida do que for razoável, o exercício de direitos e deveres sem que isto implique uma violação direta ou indireta às crenças e condutas religiosamente motivadas.

Nota-se, desse modo, que os referidos princípios fundamentais reforçam a necessidade de, em casos que envolvam uma tensão entre normas estatais e condutas religiosas, buscar-se, quando possível, admitir exceções razoavelmente justificadas em favor destas. Não se trata, é claro, de reconhecer, *a priori*, que a norma religiosa há de prevalecer sempre sobre a norma estatal, nem que tal seria uma tendência, o que, de fato, não se verifica em nenhuma realidade constitucional. Em conflitos entre normas estatais e normas religiosas, a resolução em favor das primeiras é não apenas comum, mas também inevitável na maior parte dos casos. O que se defende aqui, a partir da compreensão da liberdade religiosa interpretada à luz dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do pluralismo, é que a Constituição brasileira impõe que seja verificada a possibilidade de se conferir tratamentos excepcionais, em casos específicos, àqueles cidadãos que se encontram impedidos de exercer a sua religião por força de normas emanadas do Estado. Esta proposta, tímida até, se comparada às exigências feitas por cidadãos que professam religiões minoritárias no país, longe de figurar como uma aberração ao Estado de Direito, encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, através do *teste do interesse imperativo*[21], e nas reflexões desenvolvidas pela

---

19. Estes também são os três princípios privilegiados por CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. **Política e religião: o Estado laico e a liberdade religiosa à luz do Constitucionalismo brasileiro.** São Paulo: Tese de Doutorado – PUC-SP, 2006.

20. Como defende Manoel Jorge e Silva Neto, "sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa humana". (op. cit., p. 552)

21. A Suprema Corte, ao julgar o caso *Sherbert v. Verner* (1963), recorreu a um método conhecido como *strict scrutiny* ou *compelling interest*, a fim de realizar uma ponderação entre o direito ao livre exercício da religião, de um lado, e, de outro, uma obrigação imposta por lei que representaria o interesse legítimo do Estado. A respeito deste método adotado pela Suprema Corte, escreveu Thomas Cunningham: "Muitos dos direitos considerados "fundamentais" pelos americanos gozam de um nível especial de proteção nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. O padrão é geralmente descrito como "exame estrito" ("*strict scrutinity*") ou "interesse imperativo"("*compelling interest*"). Sob este padrão de proteção, o Estado deve ter que apresentar mais que apenas uma boa razão para legislar em matéria que venha a violar direitos fundamentais de seus cidadãos. Antes, o Estado precisa demonstrar um "interesse imperativo" em obter determinado resultado, resultado

Comissão Stasi[22], na França, através das *acomodações razoáveis* às condutas religiosas.

Ademais, deve-se recordar que o fato de estes princípios fundamentais conferirem um alcance mais abrangente à liberdade religiosa não exclui o fato de que, em determinados casos, outros princípios fundamentais, como a República, por exemplo, se imponham como limites àquele direito fundamental. E tais limitações podem decorrer inclusive dos princípios fundamentais que se relacionam com a liberdade religiosa, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, usualmente apontado pela doutrina como um limite a condutas religiosas[23]. Como dito anteriormente, deve-se verificar as peculiaridades dos casos concretos, a fim, inclusive, de se identificar as normas constitucionais pertinentes e o alcance ou valor atribuído a cada uma delas.

De todo modo, é importante, desde já, ressaltar que, em algumas situações, o conceito de dignidade da pessoa humana, justamente porque relacionada à liberdade religiosa, deverá ser interpretado a partir de uma perspectiva mais empática, de forma a permitir a compreensão, dentro deste conceito, de uma idéia de vida e dignidade eventualmente distinta daquela formulada pela moral e cultura dominantes. Não se trata de uma relativização plena e absoluta do significado deste ou de outros princípios fundamentais, mas da compreensão de que o tratamento específico conferido à religião pela própria

---

tal que demande a limitação de direitos fundamentais. (CUNNINGHAM, Thomas J. **Considering religion as a factor in foster care in the aftermath of employment division, department of human resources v. Smith and the religious freedom restoration act.** University of Richmon Law Review, 57, 1994, p. 53.). Assim, ao aplicar o *strict scrutiny* ao caso *Sherbert*, a Suprema Corte firmou um entendimento de que, nos casos em que o direito à liberdade religiosa estivesse sendo violado por uma norma geral, não voltada especificamente contra uma conduta religiosa específica, mas que a ela atingisse indiretamente, deveria ser feita uma ponderação entre o interesse estatal pretendido com a edição da norma de caráter geral (*"state compelling interest"*) e o exercício da conduta religiosa protegida pela primeira emenda. Este entendimento foi reiterado no caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), quando a Corte entendeu constitucional a não observância, por membros da comunidade religiosa amish, da lei que impunha, sob pena de multa, a matrícula obrigatória das crianças nas escolas até que atingissem a idade de dezesseis anos – o que contrariava os costumes daquela comunidade, onde os adolescentes deveriam se afastar do *mundo exterior* a partir dos quinze anos.

---

22. Nome pelo qual ficou conhecida a *Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República*, comissão composta por vinte notáveis, presidida pelo ex-ministro da Educação Bernard Stasi e instituída, em 2003, pelo então Presidente da República Jacques Chirac. Para a leitura do relatório elaborado pela Comissão, v. **Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República.** (trad. LEITE, Fábio Carvalho; ALMEIDA, Celina Beatriz Mendes de; HOMBEECK, Guilherme Augusto V. van.) In: LEITE, Fábio Carvalho. (Org.) Cadernos do Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Série Monográfica: **Laicidade e liberdade religiosa**, vol. 1, 2010 (ISSN 2176-9826).

23. MOTTA, Sylvio, e BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 175, e NETO, Manoel Jorge e Silva. op. cit., p. 553.

Constituição e a consideração das peculiaridades que o tema envolve (sentido da vida e da morte, prescrição de normas de conduta ética, etc.) permite que se reconheça no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana concepções distintas a respeito de seu sentido e alcance, condicionadas por leituras fundadas em crenças religiosas. Esta leitura mais empática da dignidade da pessoa humana, fundada justamente a partir dos princípios fundamentais da cidadania e do pluralismo, é a que melhor se harmoniza com uma idéia de democracia mais inclusiva e substantiva.

Mas além da interpretação da liberdade religiosa de forma articulada com os princípios fundamentais pertinentes, outro aspecto importante – e mais importante à medida que é desconsiderado pela doutrina pátria[24] – refere-se à compreensão da liberdade de consciência como matriz da liberdade religiosa. De fato, considerar esta como uma decorrência daquela, e não da mera liberdade de pensamento (como prega a doutrina brasileira), confere à liberdade religiosa um *status* distinto daquele conferido às simples manifestações de pensamento, e certamente mais adequado à natureza do fenômeno religioso. Afinal, como ressalta JONATAS MACHADO, "não existindo qualquer critério inequívoco e indiscutível de verdade religiosa, as opções em matéria de fé são relegadas, numa ordem constitucional livre e democrática, para o foro da consciência individual". Desse modo, e considerando-se que "as pessoas mantêm uma grande variedade de valores e interesses substantivos diferentemente articulados e hierarquizados por um amplo leque de sistemas éticos", defende o autor que caberá "a um *modelo de pessoas jurídicas comunicativamente livres e iguais* assegurar que os processos de articulação e hierarquização de valores e interesses decorram num contexto de liberdade, dentro de um âmbito de reserva pessoal de intimidade constitucionalmente protegida"[25].

---

24. É o que demonstra Jayme Weingartner Neto, em sua obra **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, em tópico intitulado justamente *"A liberdade de pensamento como matriz da liberdade religiosa para a doutrina brasileira"* (pp. 84-91).

25. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 193-194. Jayme Weingartner Neto reitera o entendimento de Jonatas Machado, defendendo que "lançar mão da liberdade de consciência como matriz para a liberdade religiosa (...) tem a vantagem de apontar para os valores fortes da consciência e da razão individuais, com respaldo axiológico para o *cluster right* da liberdade religiosa, além de harmonizar-se, em princípio de forma mais adequada, ao texto da Constituição Federal de 1988, notadamente ao ponto de Arquimedes representado pelo inciso VI do artigo 5°, que parte da inviolabilidade da liberdade de consciência para, a seguir, enunciar o direito à liberdade religiosa como um todo". Ademais, prossegue o autor, "parece que o dado empírico *consciência*, que há de compor o âmbito normativo da respectiva liberdade, presta-se mais, mesmo pela relativa ambigüidade e pluralidade de concepções, para suportar a liberdade religiosa que o conceito de *pensamento*, mais exposto às críticas de estilo pós-moderno" (op. cit., p. 93).

A proteção constitucional à liberdade religiosa, portanto, não se refere à tutela a uma corrente de idéias ou de pensamento, mas à compreensão de um direito mais amplo de liberdade de consciência, que assegura a autodeterminação existencial e ética dos indivíduos, a defesa do seu âmbito de racionalidade e de consciência, e que se desdobra em diversos campos, como o filosófico, o ideológico e o religioso. Não por outra razão a Constituição brasileira assegura, além da objeção de consciência religiosa, também a objeção motivada por razões políticas e filosóficas (art. 5°, VIII), em graus que variam por conta das especificidades do objeto tratado (religião, política, filosofia) e não da sua importância.

Por fim, é importante mencionar que uma adequada interpretação constitucional da liberdade religiosa demanda uma atenção especial em relação a pelo menos dois pontos, que não se confundem, mas se relacionam: a ampliação do conceito de religião e a empatia do intérprete[26]. Estes pontos não se confundem, pois de pouco adianta qualificar como religioso um comportamento estranho às raízes judaico-cristãs (conceito amplo de religião) se não se compreende que tal comportamento é igualmente protegido pela liberdade religiosa (empatia). E ambos se relacionam justamente à medida que uma compreensão mais ampla acerca do fenômeno religioso, necessária para romper com as limitações que decorrem da sua raiz cristã, impõe ao intérprete a necessidade de uma compreensão mais sensível em relação à diversidade, afrouxando os limites que decorrem da raiz moderna da liberdade religiosa[27].

3. Liberdade religiosa e objeção de consciência: análise dos dispositivos constitucionais

A Constituição de 1988 contém uma série de dispositivos relacionados à religião, importantes, portanto, para uma compreensão sistêmica da liberdade

---

26. A empatia tem sido reclamada como uma necessidade para o aperfeiçoamento do processo político democrático, sobretudo (embora não exclusivamente) no que tange a temas relacionados a minorias. De fato, se compreendermos que a democracia não se limita a um mero jogo de regras ou a regras de um mero jogo, ainda que não prescinda desta estrutura, devendo tutelar bens e valores dos quais sequer uma eventual maioria pode dispor, devemos admitir que a compreensão do "outro" a ser considerado será fundamental para o desenvolvimento de uma democracia mais substancial, concreta e efetiva. Assim, a mesma empatia necessária para lidar com temas relacionados a deficientes físicos, a questões raciais, a grupos indígenas ou mesmo ao direito das mulheres (grupo que, embora não seja minoritário, ao menos assim tem se apresentado no campo da representação política), deve operar na compreensão da liberdade religiosa, com as peculiaridades próprias do tema. Sobre a importância da empatia na interpretação da liberdade religiosa, v. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Op. cit., pp. 175-176, e COOKSON, Catharine. **Regulating Religion: The courts and the free exercise clause.** Oxford University Press, 2001, p. 99.

27. Sobre as raízes cristãs e modernas da liberdade religiosa, v. LEITE, Fábio Carvalho. **Estado e Religião no Brasil: a liberdade religiosa na Constituição de 1988.** (Tese de doutorado em Direito Público – UERJ, 2008).

religiosa na ordem constitucional do país. Contudo, dados os limites e os propósitos específicos do presente trabalho, serão aqui abordados apenas os dispositivos relativos à liberdade de crença e culto e ao direito à objeção de consciência, fundamentais à resolução dos casos de recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico de transfusão de sangue.

As liberdades de crença e de culto são asseguradas no inciso VI do artigo 5º da Constituição, que assim dispõe: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Em geral, a liberdade de crença é compreendida como "a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) *de mudar de religião*", assim como "a *liberdade de não aderir a religião alguma*, (...) a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo"[28], enquanto a liberdade de culto representaria a livre manifestação exterior da crença, pela prática de atos próprios da religião, ou seja, "a possibilidade de o indivíduo demonstrar externamente sua religião, podendo praticá-la não só nos templos como também no seu cotidiano, seja individualmente ou em grupo"[29]. Em outras palavras, "é como se a liberdade religiosa se dividisse em duas partes, a interna traduzia pela crença e a externa refletida pelo culto"[30]. Como decorrência desta ideia de que a liberdade de culto é a exteriorização da liberdade de crença, tem-se que a primeira pode sofrer limitações, ao passo que a segunda, por encontrar-se no âmbito interno do indivíduo, seria ilimitada[31].

Estas idéias, aliás, bastante difundidas, merecem algumas reflexões críticas. Compreender a liberdade de crença como uma manifestação interna do indivíduo implicaria reconhecer este direito como uma espécie de "liberdade interna", ou seja, uma "simples manifestação da vontade no mundo interior do homem"[32], e nada mais. Assim considerada, é correto afirmar que esta seria uma liberdade ilimitada, como qualquer liberdade interna. Mas não é menos correto reconhecer que a liberdade religiosa assim compreendida não precisaria ser tutelada – como, mais uma vez, qualquer liberdade interna. De fato, a liberdade interna simplesmente não interessa ao Direito. Como bem reconhece José Afonso da Silva, "a questão fundamental (...) é saber se, feita a

---

28. SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 249.
29. NAME, Paula Carmo. **A liberdade de crença religiosa na Constituição Federal de 1988.** Dissertação de mestrado em Direito Público (PUC-SP). São Paulo, 2004, p. 80.
30. Idem.
31. Ilustrativas a este respeito as palavras de Araújo de Castro, em sua obra sobre a Constituição de 1934, ao diferenciar a liberdade de crença ("direito que o indivíduo tem de filiar-se à religião que desejar ou não professar religião alguma; *é ilimitada*") da liberdade de culto ("garante a possibilidade de exteriorizar a fé; *está sujeita às restrições legais*"). CASTRO, Araújo de. **A Nova Constituição Brasileira.** Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1935.
32. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 231.

escolha, é possível determinar-se em função dela", ou seja, "se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita", quando, então, "se põe a questão da liberdade externa"[33]. É, portanto, a partir da idéia de liberdade externa, que "consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente"[34], que se deve compreender a liberdade de crença. Assim, deve-se assumir que a liberdade de crença é o direito de *exprimir* uma crença, e não o de *ter* uma crença (condição necessária, mas não suficiente à caracterização deste direito fundamental). Reconhece-se que o conteúdo deste direito compreende contornos mais amplos que o de simplesmente poder-se afirmar possuir uma crença, mas é este o seu núcleo de proteção. É dizer: é claro que a plena realização do direito à liberdade de crença depende não apenas do direito de exprimir a crença, mas de uma autodeterminação existencial a partir dela. E esta premissa impõe que o intérprete sempre considere haver uma "unidade essencial entre crença e conduta"[35]. Afinal, como defende JONATAS MACHADO, "a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*) e conduta (*action*), que resultasse numa generosa protecção da primeira e na desvalorização da segunda"[36]. No mesmo sentido, frisou CELSO RIBEIRO BASTOS que "não há verdadeira liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas"[37]. Mas deve-se reconhecer que há diferentes modos de se exprimir uma crença, os quais, inclusive, operam em diversos graus – alguns se limitando ao próprio crente, outros atingindo seus familiares, outros, ainda, atingindo terceiros que não compartilham da mesma crença –, de modo que as restrições legítimas ao exercício deste direito fundamental serão mais comuns à medida que envolvam uma conduta que ultrapasse a esfera meramente individual.

No entanto, é importante ressaltar que mesmo a simples expressão individual de uma crença pode sofrer restrições, ainda que se trate de casos excepcionais (*v.g.*, uma restrição que um professor de ensino fundamental poderia sofrer em manifestar em suas aulas suas crenças particulares) ou mesmo de hipóteses improváveis (*v.g.*, a proibição de divulgação de doutrinas religiosas que

---

33. Op. cit., p. 225.
34. Op. cit., pp. 225-226.
35. MACHADO, Jonatas. Op. cit., p. 222.
36. Idem. O autor admite: "compreende-se que as condutas coloquem mais problemas jurídicos do que as crenças em si". Mas ressalta: "no entanto, a construção dogmática de uma teoria das restrições do direito à liberdade religiosa com base na distinção entre umas e outras teria como conseqüência a descaracterização do fenômeno religioso e a subversão completa, ou o esvaziamento, do programa normativo que a Constituição lhe faz corresponder". (op. cit., p. 223)
37. BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas.** São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Ano 90. vol.787. 2001. p. 499.

tenham um caráter racista). Em regra, no entanto, este é um direito de alcance realmente muito amplo, que, se não é efetivamente um direito ilimitado, como visto, é o que mais disso se aproxima. Assegura ao cidadão o direito de crer em conceitos e concepções religiosas que, como decidiu a Suprema Corte dos EUA, "podem parecer inacreditáveis, senão absurdas, para a maior parte das pessoas" (caso *United States v. Ballard*[38]). Protege, assim, e igualmente, o direito de acreditar que Deus criou o mundo em seis dias – e descansou no sétimo (judaísmo, cristianismo); que, após a morte, existe a reencarnação (espiritismo, hinduísmo, budismo); que um banho purificador perdoa os pecados (hinduísmo); que "a vida na Terra começou com uma deportação interplanetária em massa"[39] (cientologia) ou, aceitando a provocação do jornalista ANDREW MEULLER, citado pelo ateu militante RICHARD DAWKINS, que "o mundo tem a forma de um losango e que é carregado pelo cosmos nas pinças de duas enormes lagostas verdes chamadas Esmeralda e Keith"[40]. Afinal, como enfatizou o juiz da Suprema Corte WILLIAM DOUGLAS, no caso *Ballard*, "um homem tem o direito de acreditar em algo que não possa provar" e "se alguém puder ser preso pela decisão de um júri que, em ambiente hostil, considere sua doutrina falsa, pouco restará da liberdade religiosa".

Por fim, cumpre destacar que, compreendida desta forma a liberdade de crença, a ideia de que a liberdade de culto seria "a livre manifestação exterior da crença, pela prática de atos próprios da religião", merece ser revista, uma vez que este conceito, de certo modo, parece valer igualmente para ambas as liberdades. De fato, tanto a liberdade de crença como a liberdade de culto representam formas de manifestação exterior da religião professada, sendo ambas igualmente tuteladas pela Constituição, e ambas, como visto, passíveis de sofrer restrições. A diferenciação entre ambas decorrerá, portanto, da identificação de aspectos que permitam qualificar uma manifestação como

---

38. Como explica Robert Boston, (tradução livre) "o objeto do caso Ballard era o movimento esotérico religioso denominado 'I AM – Eu sou", fundado por Guy W. e Edna W. Ballard. Guy Ballard alegou que teria contatado o "mestre ascencionado *Saint Germain*" no ano de 1930, enquanto fazia uma caminhada no monte Shasta na Califórnia. O casal Ballard foi acusado de estelionato, utilizando o serviço de correio para enganar o público, ao afirmar possuir poderes sobrenaturais tais como a habilidade de curar doentes e sanar feridos. Quando o caso foi a julgamento, o juiz local informou aos membros do júri que eles não estavam lá para opinar sobre a veracidade das alegações fantasiosas feitas pelos Ballard. Importava apenas que os Ballard acreditassem sinceramente no que estavam afirmando como verdadeiro. Caso assim fosse, não poderiam ser considerados culpados de estelionato. A Suprema Corte confirmou tal decisão, afirmando que em um estado secular, o povo tem o direito de crer em conceitos e concepções religiosas que 'podem parecer inacreditáveis, senão absurdas, para a maior parte das pessoas'." (BOSTON, Robert. **Why the religious right is wrong about separation of church and state.** New York: Prometheu Books, 2. ed., 2003, p. 164)
39. **A igreja invisível.** Revista Época, 3 de abril de 2006, p. 71.
40. Andrew Mueller, *"An argument with sir Iqbal", Independent on Sunday*, 2/4/2006, Sunday Review, 12-6 (citado por DAWKINS, Richard. **Deus: um delírio.** (trad. Fernanda Ravagnani). São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 82.

cultual, o que em alguns casos poderá depender de pequenos detalhes. Nesse sentido, enquanto um cidadão orando (em silêncio) em uma praça pública estaria exercendo a liberdade de crença, um grupo de cidadãos orando da mesma forma e na mesma praça exerceriam a liberdade de culto. De todo modo, a diferença entre a liberdade de crença e a de culto perde importância à medida que a Constituição de 1988 assegurou a inviolabilidade da primeira e o livre exercício da segunda, suprimindo as referências à ordem pública e aos bons costumes como limites ao exercício do culto religioso – o que foi uma constante em toda a história constitucional republicana. As limitações impostas à liberdade de culto deverão decorrer de uma interpretação sistemática do texto constitucional, com destaque ao princípio do pluralismo, a um conceito aberto de religião e à necessária empatia do intérprete, e não de conceitos vagos e indeterminados como ordem pública e, sobretudo, bons costumes[41]/[42].

Em relação à objeção de consciência, a Constituição assegura, em seu art. 5º, VIII, que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Trata-se de um dispositivo cujo alcance não é fácil dimensionar. A primeira parte deste inciso é de relativa clareza e não suscita maiores discussões, limitando-se a prescrever uma garantia à liberdade de consciência ao assegurar a todo cidadão o direito de professar sua crença religiosa (ou seguir determinada linha filosófica ou política) sem com isso sofrer eventuais sanções restritivas de direitos diretamente impostas pelo Estado. A divergência que pode surgir a respeito do sentido e alcance deste dispositivo encontra-se

---

41. A este respeito, vale citar a posição assumida por Jayme Weingartner Neto, em tópico intitulado *Tomada de posição global sobre limites. Descarte da moral pública e dos bons costumes*: "admitem-se, como não poderia deixar de ser, os *limites implícitos* da liberdade religiosa como um todo no direito brasileiro (de resto, materialmente constitucionais em face do Pacto de São José da Costa Rica), operados por *via legal* (legislação ordinária, embora cuidando-se dos 'limites dos limites') – que, mesmo assim, há que passar pelos crivos sucessivos da *proporcionalidade* e da salvaguarda do *núcleo essencial* (a apontar para a necessidade de concordância prática). Tais limites abarcam a *ordem pública lato sensu* (segurança pública, saúde pública, direitos e liberdades das demais pessoas). *Não aceito* porém, em interpretação sistemática, o limite dos *bons costumes* (ainda que na roupagem de *moral pública*), cuja vagueza semântica autorizaria a imposição de mundivisões fixadas e discriminatórias". (op. cit., p. 212)

42. Desse modo, restrições outrora consideradas constitucionais (*a priori*) a cultos religiosos (religiões de matriz africana) que envolvem sacrifício de animais, por simples violação à ordem pública ou aos bons costumes, passam a demandar agora uma análise mais detida a certas peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, as espécies de animais em questão (se "animais destinados à alimentação humana" – expressão que consta do Decreto n. 43.252/2004, editado pelo Governador do Rio Grande do Sul, que regulamenta do Código Estadual de Proteção aos Animais –, se animais em extinção, etc.) ou a forma como ocorre o sacrifício. Da mesma forma como não há uma posição *a priori* pela inconstitucionalidade do ritual de sacrifício, também não há uma posição, *prima facie*, pela sua legitimidade.

na segunda parte do inciso VIII, quando a norma trata da possibilidade de conflito entre a conduta que decorre da consciência (ao que aqui importa) religiosa e aquela imposta por uma norma emanada diretamente do Estado. De fato, este enunciado traz em seu cerne um conflito envolvendo o não cumprimento de uma norma estatal, mas, ainda assim, admitido pelo próprio Estado, o que já revela a complexidade da questão. Além disso, deve-se levar em conta que, ao menos em tese, e respeitada a delimitação semântica assumida com um conceito aberto e tipológico de religião[43], as condutas prescritas por normas religiosas podem ser as mais variadas, suscitando assim diversos conflitos com as normas emanadas do poder público. Embora se possa reconhecer que a Constituição buscou harmonizar este conflito potencial ao admitir o cumprimento de prestações alternativas às condutas impostas pela norma estatal, deve-se recordar que o estabelecimento de tais prestações alternativas depende também de uma norma estatal. É dizer: o conflito permanece nos casos em que não há edição de lei fixando prestações alternativas.

A fim de buscar um sentido mínimo ao dispositivo em questão, convém reconhecer que as duas partes do enunciado encerram garantias relativamente distintas, a saber: enquanto a primeira parte volta-se contra a restrição de direitos imposta pelo Estado diretamente, a segunda traduz uma garantia contra a restrição imposta de forma indireta pelo poder público. Assim, se, na primeira parte do dispositivo constitucional, o conflito potencial envolve o ato estatal e a religião, na parte final, o conflito refere-se ao ato estatal e à conduta prescrita pela religião. A título de ilustração, seria esta a diferença entre uma norma do Estado que proibisse os cidadãos que professam determinada crença (que impõe a guarda do sábado) de participarem de um concurso público e uma norma do Estado que prescrevesse que os concursos públicos seriam realizados aos sábados, contrariando os preceitos daqueles

---

43. Sobre o conceito tipológico de religião, v. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Op. cit., que observa que este "terá de ser, fundamentalmente, um conceito de contornos esfumados, dotados, a um tempo, de razoável densidade e abertura, de forma a conseguir responder às exigências de neutralidade e validade geral que lhe são dirigidas por uma ordem democrática, secular e pluralista". Embora sua adoção implique uma renúncia expressa e consciente a um conceito seguro, definido e bem delimitado, o recurso a um modelo tópico, aberto, porém controlável, parece inevitável a partir do momento em que se reconhece a ilegitimidade de um modelo excludente, ainda que bem delimitado (substantivo) e a inviabilidade de um modelo excessivamente aberto, ainda que inclusivo (funcional). Trata-se de um conceito que, adotado de forma cautelosa em relação aos seus contornos, permite que o Direito, ao lado das demais ciências que lidam com o fenômeno, compreenda a religião a partir da complexidade que lhe é inerente. Sobre os conceitos substantivo e funcional, v. PRANDI, Carlo. **As religiões: problemas de definição e de classificação.** [apêndice] in: FILORAMO, Giovanni, e PRANDI, Carlo. **As Ciências das Religiões.** 3. ed. São Paulo: Paulus. 2003.

que professam a referida crença. Em um caso, a vedação decorreria da norma estatal; no outro, decorreria da norma religiosa. Trata-se de uma diferença fundamental para a interpretação constitucional do dispositivo, ainda que, sob a perspectiva do destinatário da norma, permaneça, de uma forma ou de outra, a restrição a um direito. Nesse sentido, enquanto a primeira parte do dispositivo poderia encerrar um direito líquido e certo daquele que professa determinada crença, passível, portanto, de tutela via mandado de segurança, o mesmo não se pode dizer, a princípio, em relação à segunda parte do enunciado normativo. De fato, nestes casos, a tutela da pretensão daqueles que visam exercer determinado direito, mas encontram-se impossibilitados em função do cumprimento de preceitos religiosos, depende de muitos aspectos a serem verificados à luz dos casos concretos, dificilmente podendo ser amparado por meio de mandado de segurança.

Um caso peculiar, privilegiado pela Constituição, refere-se ao imperativo de consciência em relação à obrigação de prestar serviço militar. Celso Ribeiro Bastos chega a limitar a objeção de consciência única e exclusivamente a esta hipótese. O autor reconhece: "é verdade que o texto fala em 'eximir-se de obrigação legal a todos imposta' e não especificamente em 'serviço militar'". No entanto, complementa ser fácil verificar-se que "a hipótese ampla e genérica do texto dificilmente se concretizará em outras situações senão naquelas relacionadas com os deveres marciais do cidadão. A experiência de outros países também confirma este fato"[44].

Por fim, cabe destacar que, a despeito da dificuldade de se dimensionar o alcance deste dispositivo constitucional, é possível afirmar, desde já, que ele não se volta ao âmbito interno das religiões. Ao assegurar que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, o dispositivo não impede que determinada religião imponha a restrição a determinados direitos como condição para que um cidadão integre aquela confissão religiosa. Um cidadão que pretendesse ser padre, por exemplo, não poderia invocar este dispositivo constitucional para afastar a exigência do celibato – condição imposta pela religião católica àqueles que pretendem exercer o sacerdócio[45]. No mesmo

---

44. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 192. A propósito, o fato de o texto constitucional impor explicitamente às Forças Armadas o dever de, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, alegarem imperativo de consciência para se eximirem de atividades de caráter militar, permitiria considerar a possibilidade de se impetrar mandado de injunção caso a referida lei não houvesse sido ainda editada (o que, todavia, já ocorreu).

45. Em sentido contrário, defende a Procuradora de Justiça de SP Luiza Nagib Eluf que o dispositivo em questão poderia ser invocado pelas muçulmanas que não pretendessem usar o véu islâmico. Segundo a Procuradora de Justiça, este dispositivo constitucional, "criado para evitar discriminações em razão do credo, deve ser aplicado, também, para evitar violações de direitos trazidas pelas próprias religiões aos seus seguidores", razão pela qual poderia servir de fundamento à proibição do uso do véu islâmico pelas mulheres nas escolas públicas. (**O véu religioso.** Luiza Nagib Eluf, Folha de S. Paulo, 30/12/2003, p. A3).

sentido, viola a Constituição uma decisão judicial que obriga um pastor a realizar o casamento religioso quando o fato de a noiva estar grávida revela-se, para a religião, como um impedimento para a celebração do matrimônio[46]

4. Objeção de consciência (por motivos religiosos) à realização de transfusão de sangue

A questão relativa à recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue recebe, no Brasil, um tratamento bastante simples. Em absolutamente todos os casos em que há risco de vida do paciente, entende-se que a objeção de consciência não se impõe, pouco importa que tenha sido levantada por motivos religiosos, que quem levante a objeção seja o próprio paciente, que seja adulto, capaz e encontre-se no gozo de suas faculdades mentais. Nenhuma destas circunstâncias se apresenta como uma peculiaridade capaz de alterar a solução que, frise-se, já é oferecida *a priori*, determinando que a vida do paciente deve prevalecer sobre suas crenças e condutas religiosas. O Conselho Federal de Medicina tem, a este respeito, um entendimento consolidado e positivado na resolução n. 1021, de 1980, que adota os fundamentos de um parecer oferecido no próprio Conselho como

---

46. O caso foi assim noticiado: "O juiz Sérgio Mendonça de Araújo, da 12ª Vara Cível de Goiânia, concedeu liminar, no dia 23 de abril [de 2005], determinando a realização da cerimônia de casamento de Ú. L. A. A. e P. H. O. A., no templo da 1ª Igreja Batista. Em seu pedido, a noiva destacou que, apesar de ter sido batizada na igreja, foi comunicada pelos pastores de que não poderia celebrar o matrimônio no local, por estar grávida.
O casal argumentou que estavam habilitados ao casamento perante o Cartório de Registro Civil e de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas da 4ª Circunscrição. A noiva afirmou também que estava sofrendo enorme sofrimento e prejuízos de ordem material decorrentes de despesas com a realização da cerimônia.
Segundo o magistrado, o gesto da 1ª Igreja Batista fere a Constituição e o Código Civil, que estão acima dos dogmas religiosos. Concedida a liminar, os oficiais de justiça tiveram dificuldade para intimar os pastores da igreja. No feriado, o juiz de plantonista Rodrigo de Silveira determinou a abertura das portas do templo religioso pelos oficiais de justiça.
Pedido negado antes
O pedido havia sido negado, no dia 18, pelo juiz Jaime Rosa Borges, da 4ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia. O casal ajuizou ação cautelar inominada contra a 1ª Igreja Batista de Goiânia para que fosse realizado o casamento no templo. Ao negar o primeiro pedido, o juiz Jaime Rosa ponderou que não existe na lei civil disposição que obrigue a autoridade ou ministro religioso a celebrar o casamento, de forma 'que o ato fica na dependência da relação de conveniência entre os contraentes e a autoridade eclesiástica'. O juiz explicou que quem não pode negar-se à celebração do matrimônio é a autoridade civil que dela for encarregada.
O juiz disse que se a 1ª Igreja Batista de Goiânia tem motivo para não celebrar o casamento, e considerando que tal motivo decorre de regras comportamentais moralmente ditadas pela religião as quais está submetida, o Poder Judiciário não pode determinar a realização do ato, sob pena de interferência ilegal nas relações privadas dos particulares". (**Juiz obriga igreja a fazer casamento.** www.expressodanoticia.com.br (em 05/05/2005), Fonte: TJGO, Data: 27/04/2005).

"interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida". O parecer, motivado justamente pelo "problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sangüínea", conclui que:

> Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:
>
> 1° - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.
>
> 2° - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O parecer adotado pelo Conselho defende, assim, que, nos casos em que "o paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo, (...) não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la". Este entendimento, segundo o relator do parecer, sustenta-se em normas do Código de Ética Médica, que, dentre outros, prescreve que "a medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa (...)" (art. 1°), que "o alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional" (art. 30) e que

"o médico, salvo o caso de 'iminente perigo de vida', não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal" (art. 19). O parecer apóia-se também no art. 146 do Código Penal, que, após tipificar como crime a conduta de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda", excepciona, em seu parágrafo 3°, os casos de (inciso I) "intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida". Por fim, o parecer ainda destaca que "a recusa do paciente em receber a transfusão sangüínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio", de modo que "o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3° do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: 'a coação exercida para impedir o suicídio'."

O entendimento adotado pelo Conselho Federal de Medicina, longe de contrariar em qualquer aspecto a doutrina jurídica brasileira, parece acompanhar um histórico posicionamento doutrinário acerca da matéria, corroborado, a propósito, e ainda que com uma redação nitidamente confusa,

no art. 15 do Código Civil, que dispõe que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica". Nesse sentido, aponta Carlos Emmanuel Ragazzo, ao tratar do direito a recusa a tratamento médico, que:

> No Brasil, a doutrina entende que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de vida. A letra do art. 15 do Código Civil vem permitindo essa interpretação, o que aliás, já era uma posição jurisprudencial mesmo antes da promulgação do novo diploma cível. A prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida.[47]

De fato, a doutrina brasileira entende, *grosso modo*, que, por ser a vida um bem jurídico indisponível, nenhuma decisão, ainda que consciente, deliberada e religiosamente motivada, que conduza à própria morte encontrará amparo no ordenamento jurídico pátrio. Conduzida ao extremo, esta linha de pensamento deveria, por questão de coerência, impor uma sanção até mesmo à tentativa de suicídio. No entanto, a doutrina defende que esta tentativa não é tipificada criminalmente por mera decisão de política criminal – nas palavras de Luiz Vicente Cernichiaro, "a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de idéia, o que provocaria efeito contrário se instaurando inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento da pena". Por estas razões, entende o ex-ministro do STJ que "não configura constrangimento ilegal (...) compelir médico a salvar a vida do paciente de perigo iminente e promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim. Aliás, cumpre fazê-lo, presente a necessidade".

O entendimento doutrinário vale-se também do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de sustentar que a vida deve prevalecer sobre a vontade do paciente, motivada religiosamente ou não. Vejam-se a propósito os seguintes trechos do artigo intitulado "Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal", de autoria dos professores da Universidade Federal de Juiz de Fora Rodrigo Iennaco de Moraes e Rodrigo Esteves Santos Pires, e que ilustram bem esta argumentação:

> Filiamo-nos à corrente dos que vêem, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade da vida. Estabelecida essa premissa, a ocorrência de iminente perigo de vida se traduz em autorização constitucional para que o médico, independentemente da vontade do paciente (ou de quem o represente), realize a transfusão, quando cientificamente, observada a lex arte, revele-se como o único

47. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado.** 1ª ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Joruá Editora, 2007, p. 114.

> meio apto a salvar a vida em iminente perigo de perecimento.
>
> Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positivação ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses.
>
> (...)
>
> Como dito, sem vida não há dignidade, nem liberdade, nem convicção, nada. E se a vida é valor absoluto, toda e qualquer conduta tendente a sua preservação encontra, iniludivelmente, esteio constitucional.
>
> (...)
>
> E sem que isso implique a negação da própria liberdade de opção pela morte. Não. Implicará, sim, o reconhecimento constitucional de outro viés da própria liberdade, qual seja, o seu e o nosso direito de intervenção, sempre que possível, em favor da vida, de sua preservação, de sua intangibilidade. Se alguém resolve se matar por convicção religiosa, utilizando-se de qualquer meio, que o faça por seus próprios meios e fora da esfera de intervenção daqueles que, também por convicção religiosa, por dever legalmente previsto, ou simplesmente por amor à vida, não se podem curvar passivamente diante de uma vida que, com a utilização dos meios terapêuticos disponíveis (e, frise-se, quando os meios aceitos pelo paciente não se mostrarem eficazes), provavelmente não se ceifaria.
>
> É a dignidade da pessoa humana – que tem na existência da vida seu pressuposto inafastável – o valor fundante de toda e qualquer interpretação constitucional dos direitos fundamentais. A dignidade da vida pressupõe a vida. Somente em atenção à vida e enquanto ela durar fará sentido a positivação da tutela de sua dignidade.

A jurisprudência brasileira parece ter acompanhado historicamente este entendimento doutrinário. Embora fosse necessária uma pesquisa mais ampla para se ter um quadro mais fiel a respeito do tratamento dado pelo Poder Judiciário a estas questões, é possível, de todo modo, reconhecer que existe uma posição (ao que tudo indica majoritária) assumida pela jurisprudência pátria que não destoa do entendimento doutrinário apontado acima, valendo aqui transcrever uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reúne os argumentos que sustentam esta posição:

> Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou

> hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, §3°, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la". (Ap. Cív. 595.000.373, julgada pela 6ª Câm. Civ. do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, em 28.03.1995, publicado na RJTJRS 171, p. 384 *et seq.*) [48]

Como se pode notar, a decisão judicial não faz qualquer distinção a respeito da condição do paciente, se menor, se adulto capaz ou incapaz, no gozo ou não de suas faculdades mentais. Ao contrário, é categórica ao afirmar que, "se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos". A decisão segue nitidamente a linha doutrinária acima apontada, destacando, basicamente, que a vida deve prevalecer sobre a liberdade religiosa, seja porque a vida é condição necessária para o exercício de qualquer liberdade (afinal, "não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade"), seja porque "os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas" precisam "se sobrepor às especificidades culturais e religiosas, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades".

Neste mesmo sentido, cabe citar uma decisão em *Habeas Corpus* (n.°253458-3/

48. Decisão citada por RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. Cit., pp. 114-115.

1), proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se afirmou que "o direito à vida é fundamental, não se curva a ressalvas e exceções, já a crença religiosa, ao lado da convicção filosófica ou política, não pode ser invocada para eximir de obrigação legal a todos imposta ou para a recusa de cumprimento de prestação alternativa fixada em lei", concluindo assim que "a vida não transige com a crença religiosa, incidindo, em tese, nos crimes de homicídio doloso ou omissão de socorro qualificada quem, de qualquer modo, concorreu para o evento morte por motivo de crença religiosa".

Este entendimento, bastante simplista no que tange à composição dos valores em jogo, diverge – no método e eventualmente no resultado – do que tem sido verificado em outros países, como EUA, Canadá, Austrália, Itália e Alemanha. A divergência, vale frisar, se deve não aos bens e valores constitucionais a serem considerados, mas à forma como devem sê-lo. Trata-se, portanto, de uma questão de metodologia na interpretação dos direitos fundamentais.

Em geral, verifica-se que a jurisprudência nestes países compreende efetivamente que a recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue está, a princípio, amparada pela liberdade religiosa. E isso porque, como visto anteriormente, a liberdade religiosa tem como matriz a liberdade de consciência, o que permite reconhecer aos indivíduos o direito a uma efetiva autodeterminação existencial e ética, sem que o julgador emita um juízo de valor pessoal a este respeito, atendendo assim ao pluralismo e permitindo até mesmo a empatia que o tratamento dado à liberdade religiosa tanto demanda. Este direito, embora não seja admitido como ilimitado, é reconhecido assim como um direito amplo e abrangente, devendo-se apenas verificar, à luz das peculiaridades dos casos concretos, as suas eventuais limitações.

Nesse sentido, é bastante emblemática a jurisprudência de tribunais norte-americanos, que têm adotado critérios relativamente uniformes a respeito da questão, não havendo, até o momento, nenhum pronunciamento da Suprema Corte sobre o tema específico. Os tribunais reconhecem um alcance abrangente à *cláusula do livre exercício da religião*[49], passível de restrição nos casos em que há um interesse estatal imperativo. Além disso, consideram também o direito do indivíduo sobre o próprio corpo, o que, a princípio, tornaria ilegítima

49. A primeira emenda da Constituição dos EUA dispõe que: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos". Tanto a doutrina como a jurisprudência nos EUA identificam na primeira parte desta norma constitucional duas cláusulas distintas envolvendo o fenômeno religioso (*religion clauses*), a saber: a cláusula de estabelecimento (*establishment clause*) e a cláusula de livre exercício (*free exercise clause*). De acordo com a primeira, o Estado não deve adotar uma religião específica, e, de acordo com a segunda, tem o dever de permitir e assegurar o livre exercício das religiões.

qualquer intervenção médica sobre o corpo de um adulto sem o seu consentimento. Como decidiu o Tribunal de Apelação de Nova Iorque, ao julgar o caso *Schlondorff v. Society of New York Hospital*:

> Todo ser humano adulto e em suas faculdades mentais tem o direito a determinar o que se deve fazer com o seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete uma agressão, e é, portanto, responsável pelos danos. (...) Isto é certo, salvo em casos de emergência, quando o paciente tiver perdido a consciência e for necessário operar antes que seja possível obter o seu consentimento.

Interessante registrar que o caso *Schlondorff*, julgado em 1914, sequer envolvia objeção religiosa, e já deixou assente que a exceção à regra que impõe o respeito à vontade do paciente no que tange a tratamentos médicos deve ocorrer (i) em casos de emergência, e (ii) quando o paciente estiver inconsciente, e (iii) for necessário operá-lo antes que seja possível obter o seu consentimento.

Em 1976, a Suprema Corte de Nova Iorque julgou o caso *Matter of Melideo*, envolvendo recusa a transfusão de sangue, mas desta vez por razões religiosas. Tratava-se de uma testemunha de Jeová (Sr.ª Kethleen Melideo) que havia se recusado, por escrito, a receber transfusão de sangue, o que foi reiterado pelo seu marido, ainda que ambos estivessem cientes de que a transfusão era necessária sob pena de risco de morte da paciente. Diante da recusa, o hospital buscou obter uma ordem judicial autorizando a realização do tratamento médico. O Tribunal, no entanto, negou o pedido, apoiando-se expressamente no caso *Schlondorff*, e alegando que não se pode ordenar judicialmente transfusão de sangue contra o desejo de um adulto que a recusa por suas crenças religiosas, a não ser que se prove a existência de um interesse estatal imperativo que justifique a intromissão. De outro modo, esta ordem judicial violaria a cláusula de livre exercício da religião.

> Este interesse estatal imperativo – prossegue a sentença – pode ser encontrado quando o tribunal assume a responsabilidade da tutela de um paciente que não é *compos mentis*; ou quando se acha em perigo o bem-estar dos filhos, o que autoriza a imposição judicial de cuidados médicos necessários para salvar a vida de uma mãe com filhos pequenos, ou mesmo a vida de uma gestante. No presente caso, todavia, não se dá nenhuma destas circunstâncias: a enferma é plenamente capaz, não está grávida e não tem filhos. Portanto, sua decisão de não se submeter a uma transfusão deve ser respeitada, mesmo ante a certeza de que morrerá.

O entendimento firmado em *Matter of Melideo* já havia, em termos gerais, sido adotado pela Suprema Corte de Illinois, no caso *In re Brooks' estate*, e por um tribunal federal, também em Illinois, no caso *Holmes v. Silver Cross Hospital*. Neste último, o tribunal deixou bem claro que, nos casos em que a recusa ao

tratamento médico ocorre por razões religiosas, acentua-se a necessidade de um interesse público suficientemente qualificado para prevalecer sobre a vontade do enfermo, amparada esta em um direito garantido de forma específica pelo *Bill of Rights* da Constituição norte-americana. Este "interesse público" poderia ser, como estabelecido em *Matter of Melideo*, a existência de filhos dependentes que seriam deixados pelo enfermo, caso a recusa a tratamento médico levasse à sua morte. No entanto, mesmo este aspecto já foi relativizado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, no caso *In re Osborne*, confirmando decisão tomada pela instância anterior (*Superior Court*). Tratava-se do caso de um cidadão testemunha de Jeová, Sr. Charles P. Osborne, casado e pai de dois filhos, que se recusara a receber transfusão de sangue, mesmo ciente de que a recusa o levaria à morte. A Corte de Apelação, examinando recurso interposto pelo Hospital, observou que o enfermo, ao haver recusado o tratamento médico, encontrava-se em plenas faculdades mentais e tinha um adequado conhecimento da situação. O Tribunal ainda enfatizou que se podia notar que as convicções do paciente eram absolutamente firmes, pois este considerava que a submissão forçada a uma transfusão repercutiria inevitavelmente de maneira negativa e irreparável em sua vida religiosa, privando-o da possibilidade de "salvação eterna", mesmo não tendo consentido com o ato em questão.

Quanto ao "interesse estatal imperativo", por conta da existência de dois filhos pequenos, o tribunal decidiu que, naquele caso, não se poderia entender que o interesse no bem-estar dos filhos deveria prevalecer sobre a conduta religiosamente motivada, pois toda a sua família encontrava-se de acordo com sua atitude, e as relações familiares eram tão próximas e cordiais que parecia assegurado tanto o sustento material dos filhos como um adequado ambiente familiar para a sua educação. Por estas razões, a Corte afirmou ser "incapaz de concluir que a intervenção judicial sobre os desejos e crenças religiosas do paciente esteja garantida pelo nosso Direito"[50].

Nos casos em que o cidadão que se recusa a receber transfusão de sangue é um adulto incapaz, a tendência dos tribunais é a de autorizar a realização do tratamento médico. Nesse sentido, deixou assente o Tribunal de Apelação de Nova Iorque que "quando os fatos mostram a imperiosa necessidade de uma operação para eliminar um grave mal-estar em um incapaz mental, os tribunais podem dar esta autorização, especialmente quando não existe um parente próximo em condições de outorgar seu consentimento no lugar do paciente" (caso *In the matter of Strauss*). No entanto, observam Rafael Navarro-Valls, Javier Torrón e Miguel Jusdado que:

50. Em tempo: o paciente, contrariando todas as expectativas, acabou se recuperando e recebeu alta do hospital.

> en casos menos claros, la jurisprudencia tiende a ser más restrictiva, como lo muestra una sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, relativa a un incapaz mental, enfermo terminal, aquejado de leucemia mieloblástica monolítica. El tratamiento que se solicitaba era quimioterapia, pero no con el propósito – imposible – de salvar al paciente, sino únicamente de prolongar su vida. El Tribunal decidió la controversia recurriendo a la doctrina del *substituted judgement*, cuya finalidad es determinar la opción que habría tomado la persona enferma si hubiera estado en sus facultades mentales. En este caso, se estimó que el enfermo habría rechazado la quimioterapia, y que su voluntad – presunta – debía respetarse.[51]

Nota-se que, mesmo em casos onde o paciente apresenta incapacidade, o Tribunal, antes de tomar a decisão pela imposição do tratamento médico, busca verificar se é possível identificar qual seria a vontade do paciente caso este se encontrasse em posse de suas faculdades mentais, recorrendo à doutrina do *substituted judgement*, que, segundo observou a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, "é o único caminho para prestar o devido respeito à individualidade e à dignidade de uma pessoa que, enquanto era capaz, havia expressado suas inequívocas, profundamente sentidas e inclusive sagradas preferências, mas que no momento não tem capacidade para decidir" (caso *In re Boyd*).

Por fim, nos casos em que o paciente é menor de idade, os tribunais norte-americanos têm ordenado a realização da transfusão de sangue, seja para salvar a vida da criança, seja simplesmente para o seu bem-estar. Como resumiu Kerry Louderback-Wood, apontando diversas decisões neste sentido, "os tribunais norte-americanos têm acolhido a escolha de um adulto capaz em recusar transfusão de sangue por motivos religiosos, mas ordenarão a realização da transfusão de sangue para salvaguardar a vida ou o bem-estar de uma criança"[52]. De fato, os tribunais consideram que o interesse do Estado no bem-estar dos menores de idade predomina sobre a autoridade dos pais para acomodarem a conduta dos filhos às suas próprias convicções morais[53].

A jurisprudência adotada pelos tribunais norte-americanos ilustra bem o que aqui se aponta como uma tendência no tratamento conferido à questão também por outros países, como Canadá, Austrália, Itália e Alemanha. De fato, o que se nota nestes países é que a recusa à transfusão de sangue por motivos religiosos é considerada como uma conduta amparada pela liberdade religiosa,

---

51. Op. cit., pp. 907-908.
52. LOUDERBACK-WOOD, Kerry. **Jehovah's Witnesses, Blood Transfusions, and the Tort of Misrespresentation.** in: Journal of Church and State, pp. 783-784.
53. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., p. 911.

uma vez que resulta de uma decisão tomada a partir de uma consciência individual que deve ser respeitada pelo Estado. Nota-se também que, metodologicamente, este é apenas um ponto de partida para se alcançar a solução jurídica adequada, cabendo ainda verificar peculiaridades que se fazem presentes nos casos concretos, como o fato de o cidadão que recusa o tratamento ter ou não filhos, ou ser adulto incapaz ou encontrar-se momentaneamente incapacitado de manifestar sua vontade, ou ser uma criança ou um adolescente, etc. Todos estes são aspectos que devem ser levados em consideração na interpretação constitucional e que podem conduzir a resultados diversos. Nesse sentido, o que se tem verificado, *grosso modo*, é que a decisão pela recusa à transfusão de sangue só estaria amparada pela liberdade religiosa caso fosse tomada por um adulto, plenamente capaz e no gozo de suas faculdades mentais, e quando este fosse o próprio paciente. Nos demais casos, e justamente por envolver o bem jurídico *vida* – quando não a vida de outro (o filho ou o cônjuge) –, nota-se que a postura adotada pelos países citados, seja em sede jurisdicional, seja em sede legislativa, é no sentido de não permitir a recusa ao tratamento médico.

No Canadá e na Austrália, por exemplo, o entendimento de que deve prevalecer a vida do menor encontra-se inclusive positivado em diversas leis municipais (Canadá) e estaduais (Austrália)[54] Na Itália, onde a Constituição é expressa ao assegurar que "ninguém pode ser obrigado a receber determinado tratamento médico a não ser em virtude de lei" (art. 32, 2) e que "a lei não pode em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana" (idem), os tribunais têm assegurado a objeção à transfusão de sangue quando o paciente é adulto capaz e consciente, da mesma forma que tem vedado a recusa ao tratamento quando o paciente é menor ou adulto incapaz ou inconsciente – entendimento que encontra amplo apoio na doutrina[55].

---

54. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., pp. 925-929.

55. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., p. 939. De acordo com os autores, "las transfusiones de sangre deben incluirse en la órbita distinta de la del artículo 5 del Código Civil, de modo que su imposición, en caso de un adulto consciente, sólo puede justificarse sobre la base de su libre consentimiento. Distinto es el supuesto de menores o incapacitados. En estos casos, la doctrina es concorde en afirmar que el equilibrio entre el derecho a la libertad religiosa y el bien de la vida de un menor debe resolverse a favor del segundo, siendo este último, en el contexto del sistema constitucional, el valor principal en cuanto no derivado, sino originario y fundamental". Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, em trabalho dedicado ao tema, anotam que "a jurisprudência italiana sustenta, em sua maioria, que deve ser reconhecido o desejo expresso de paciente adulto que se recusa a receber transfusão de sangue, ainda que esse ato determine o falecimento da pessoa". (SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa.** Revista Trimestral de Direito Civil, n. 21, p. 134). As autoras fazem referência aos seguintes julgados: "sentencias Del Juzgado de Roma, de 3 de abril de 1997; Del Tribunal de Messina, de 11 de Julio de 1995"

A diferença entre a abordagem conferida à questão no Brasil e nos países citados é bastante expressiva. No Brasil, o dilema, tal como apresentado, entre o direito à vida, de um lado, e a liberdade religiosa, de outro, resulta em um falso dilema, pois, colocadas as questões nestes termos, a solução é oferecida *a priori*, em favor da vida, e não *a posteriori*, como resultado de uma ponderação entre os bens e valores em jogo e da análise das peculiaridades do caso concreto. A pré-compreensão a respeito de "vida digna", "consciência" e "religião" e a forma como estes conceitos são considerados revelam uma inadequação metodológica que compromete o resultado da busca por uma solução jurídica razoável. De fato, esta forma de tratar a questão – não por acaso muito distante do tratamento conferido pelos países citados acima –, ao colocar em lados opostos o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, acaba por compreender o primeiro como a negação do segundo. É claro que, no caso concreto, a escolha pela não realização da transfusão de sangue por motivos religiosos implica ou ao menos pode implicar a morte do paciente, havendo necessariamente um nexo causal entre a opção religiosamente motivada e a morte do indivíduo. No entanto, não se pode ignorar que a opção espiritual neste caso passa por uma compreensão individual, autônoma e consciente de vida digna, aspectos que, se não decidem a questão, ao menos encontram amparo no regime constitucional e devem ser considerados na resolução do problema, conferindo à questão a complexidade que lhe é inerente.

Não há dúvida de que a vida é o bem jurídico de maior valor na ordem constitucional brasileira, dela dependendo o exercício de todos os demais direitos e liberdades. Contudo, não é menos verdade que uma Constituição fundada no pluralismo e garantidora do direito à autonomia individual e à liberdade de consciência e de crença oferece tutela a diferentes estilos de vida e concepções de vida digna. Cumpre recordar que um dos pontos mais peculiares das religiões em geral e que confere a estas uma autoridade singular refere-se justamente ao fato de que elas conferem a seus seguidores uma segurança e um conforto em uma existência futura, desde que atendidos certos preceitos religiosos. A proteção constitucional ao sentimento religioso implica, em certa medida, um compromisso necessário com a proteção a este aspecto.

Desse modo, na resolução dos casos envolvendo objeção religiosa à transfusão de sangue, não se pode equacionar os bens e valores em questão colocando em lados opostos o direito à liberdade religiosa e o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana. Deve-se assumir que a opção por não se submeter a um tratamento médico por razões religiosas resulta não de uma conduta religiosa simplesmente, amparada pela liberdade de crença, mas de uma decisão autônoma (amparada pelo direito à autodeterminação) e consciente (amparada pela liberdade de consciência) formulada a partir de conceitos de vida e dignidade de base religiosa (amparados, assim, pelo direito à vida e à dignidade, além é claro, da liberdade de crença e de conduta religiosa). Desse

modo, não cabe equiparar o suicídio com a decisão de um cidadão testemunha de Jeová em aceitar a morte ao não se submeter a uma transfusão de sangue. O próprio argumento utilizado pela doutrina para justificar a não-tipificação da tentativa de suicídio, a saber, a possibilidade de que "a pessoa que atentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de ideia", deixa de fazer sentido quando aplicada ao caso em análise, pois não se trataria de uma decisão súbita e momentânea de atentar contra a própria vida, a demandar um tratamento psicológico, psiquiátrico ou algo similar.

Nos últimos anos, tem-se produzido, no país, uma doutrina mais inclinada a considerar estes outros bens e valores constitucionais inerentes à questão e a atribuir-lhes o devido valor. Carlos Emmanuel Ragazzo, após haver observado que "no Brasil, a doutrina entende que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de vida" e que "a prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida", reconhece que:

> a melhor solução, no entanto, demandaria uma valorização maior da vontade do paciente. Caso se verifique que a sua manifestação é livre e voluntária, e sendo o indivíduo devidamente competente para tomar decisões médicas, não há razão para obrigá-lo a sofrer intervenção médica que julga descabida[56].

As autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, em trabalho dedicado à responsabilidade médica em casos envolvendo objeção de consciência religiosa[57], também enfatizam que "resulta fundamental garantir que o respeito à autonomia do paciente deve ser estendido aos seus valores religiosos, que não podem ser desconsiderados ou minimizados pelo profissional da medicina"[58].

Defender que outros direitos e valores, além da liberdade religiosa, devem ser levados em conta, e também que esta deve ser interpretada à luz das peculiaridades que envolvem o fenômeno religioso (não sendo, portanto, exclusivas das Testemunhas de Jeová), não significa defender a prevalência da vontade do paciente em todo e qualquer caso. Trata-se apenas de reunir os direitos constitucionais em jogo, a fim de atribuir-lhes o valor adequado à luz das peculiaridades dos casos concretos.

Nesse sentido, assume-se aqui que a vontade de um paciente adulto, capaz e consciente, de não se submeter, por razões religiosas, a um tratamento médico

---

56. O autor prossegue: "Esse entendimento se torna ainda mais forte nas hipóteses em que a cirurgia apresenta riscos de lesão grave ou mesmo de morte por si própria ou em que o procedimento médico apenas adiaria um resultado já certo" (op. cit., p. 115).
57. SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., pp. 121-139.
58. Op. cit., p. 131.

que envolva transfusão de sangue, deve ser respeitada, ainda que resulte na morte do próprio paciente. Garante-se, assim, a autonomia do cidadão, o seu direito à vida digna, conforme sua concepção religiosamente fundamentada, ainda que divergente da concepção majoritária a este respeito, o que deve ser esperado em uma sociedade que estabelece o pluralismo como um valor constitucional.

Nesta mesma linha, Maria de Fátima e Ana Carolina Brochado entendem "ser possível a objeção à transfusão de sangue por parte de pessoas maiores e capazes, em razão do princípio da autonomia privada", sendo, contudo, "imprescindível que a manifestação seja expressa e nunca presumida"[59]. As autoras defendem que, quando se tratar de paciente maior, que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais, "há que se respeitar o princípio da autonomia privada", pois "a vida do paciente, após a cirurgia, pode tornar-se inviável em razão da contrariedade sofrida e do desrespeito à sua opção, dentro dos parâmetros axiológicos que elegeu para si"[60]. João Baptista Villela chega a afirmar que vetar a possibilidade de escolha da pessoa seria o mesmo que "retirar-lhe o poder de exercer a soberania sobre o próprio destino, ao fazer da liberdade o uso que lhe dita a consciência". De acordo com o autor,

> a Constituição da República assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente, não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros. Ter uma convicção religiosa como esclarecida ou obscurantista pode interessar a cada um para seu foro interno. Do ponto-de-vista do respeito que se deve à prática do credo, não tem qualquer relevância. É só na colisão com outros direitos, entre os quais não se inclui a opinião alheia, que a liberdade religiosa pode experimentar limitação. Ora, nada há de contrário à ordem constitucional brasileira em que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão de sangue. Médicos e juízes que o impõem contra a vontade do paciente estão-se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui o bem supremo.[61]

---

59. Prosseguem as autoras (op. cit., p. 131): "o documento de identidade religiosa representa uma forma expressa de manifestação de vontade e merece ser respeitado. Opinião distinta tem Julio César Galán Cortés, que defende a tese de que tal documento representa apenas indício de negativa: 'en todo caso, la oposición a la transfusión sanguínea por parte de personas mayores de edad y en plenas condiciones mentales debe ser actualizada y no presumirse automáticamente su voluntad, aun cuando sean portadores de tarjetas identificativas de su identidad religiosa, lo que constituye un indicio de su negativa, pues el sujeto puede cambiar su voluntad en cualquier momento, y más cuando se halle en juego su vida'. (CORTÉS, Julio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado.** Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 241)".

60. Op. cit., p. 132.

61. VILLELA, João Baptista. **O novo Código Civil Brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico.** Estratto da Roma e América. Diritto Romano Comune. Roma: Mucchi Editore, 16/2003, pp. 62-63. apud. SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., pp. 132-133.

Por outro lado, é importante ressaltar que a prevalência da vontade do paciente, quando esta resulta ou pode resultar em sua própria morte, é necessariamente dependente da verificação das condições que permitem assegurar o caráter consciente e autônomo desta decisão. A recusa ao tratamento de transfusão de sangue, portanto, não deverá prevalecer quando o paciente for menor ou incapaz ou não estiver no gozo de suas faculdades mentais. Pode-se ainda cogitar, recorrendo ao exemplo norte-americano, da hipótese de não se reconhecer como legítima a recusa quando da existência de filhos dependentes que seriam deixados pelo enfermo, caso a recusa a tratamento médico levasse à sua morte.

Maria de Fátima e Ana Carolina Brochado entendem que, quando o paciente for maior, mas estiver inconsciente, deve-se verificar se "há prova acerca da crença adotada pelo paciente, seja através de documento de identificação religioso, seja através de declaração firmada pela pessoa, registrada em cartório, ou declaração que tenha a assinatura de duas testemunhas, onde rechaça qualquer tratamento que tenha por finalidade a transfusão sanguínea". Neste caso, prosseguem as autoras, "não vemos outra alternativa senão privilegiar sua vontade". No entanto, caso não haja provas neste sentido, entendem que "o ato deve ser praticado"[62]. De fato, tratando-se de paciente maior e capaz, mas inconsciente, deve-se ao máximo buscar identificar a sua vontade se este se encontrasse no gozo de suas faculdades mentais (doutrina do *substituted judgement*), em respeito "à individualidade e à dignidade de uma pessoa que, enquanto era capaz, havia expressado suas inequívocas, profundamente sentidas e inclusive sagradas preferências, mas que no momento não tem capacidade para decidir" (como frisou a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, caso *In re Boyd*). É interessante registrar que a legislação editada na Colômbia a respeito do tema seguiu exatamente esta mesma linha de equilíbrio de valores, ao dispor que

> cuando un receptor, en uso normal de sus facultades mentales, y en forma libre y consciente, decide no aceptar la transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetarse su decisión, siempre y cuando ésta obre expresamente por escrito, después que el médico tratante le haya advertido sobre los riesgos existentes. Cuando la decisión del paciente a este respecto haya sido tomada con atencipación y para que tenga efectos en la eventualidad en que se requiera la transfusión, el médico deberá respetarla si consta en docuemnto escrito autenticado notorialmente o suscrito ante los testigos. En todo caso los riesgos existentes deberán ser advertidos.[63]

---

62. Op. cit., p. 133.
63. Art. 50 do Decreto nº 1.571, de 1993 (citado por SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., pp. 133-134).

Os casos que envolvem menores não parecem encontrar maiores polêmicas, devendo-se impor o tratamento ainda que contra a vontade dos pais. É que neste caso não há propriamente uma decisão autônoma, madura e consciente tomada pelo paciente a ser respeitada, nem a vontade dos pais poderia substituí-la, por conta das conseqüências decorrentes da recusa ao tratamento médico. Ademais, como recordam MARIA DE FÁTIMA e ANA CAROLINA BROCHADO, "não se sabe se, no futuro, os filhos seguirão a religião na qual foram criados", cabendo assim ao médico "realizar os procedimentos que o caso requeira, com ampla liberdade e independência"[64].

4. Conclusão

O presente trabalho pretendeu, a partir de uma análise crítica sobre o posicionamento assumido no Brasil a respeito do tema, demonstrar a inadequação da interpretação jurídica segundo a qual não é legitima a objeção a tratamento médico, ainda que religiosamente motivada, quando há risco de morte do paciente. De acordo com o entendimento hegemônico, existe uma concepção de vida digna que deve impor-se à concepção adotada pelo paciente, ainda que esta seja fruto de uma decisão consciente e religiosamente motivada, razão pela qual se pode afirmar que este é um posicionamento assumido *a priori*, ainda que, via de regra, se apresente como fruto de uma ponderação de bens e valores... Este entendimento, no entanto, ignora justamente um dos bens em questão: a crença religiosa, e todas as peculiaridades a ela relacionadas, o que torna sua posição mais fácil e simples, mas não mais correta ou sequer adequada. Esta, aliás, é a principal diferença entre a posição assumida no Brasil e aquela adotada nos países citados acima, que podem eventualmente até chegar ao mesmo resultado, mas seguramente por caminhos distintos, eis que reconhecem na liberdade de crença um direito à autodeterminação existencial e ética dos indivíduos e que deve ser respeitado pelo Estado.

A interpretação aqui proposta assume que a Constituição protege este direito à autodeterminação existencial e ética dos cidadãos, o que, associado ao princípio democrático do pluralismo, implica a aceitação de compreensões diversas de vida digna, merecedoras de igual proteção constitucional. Assumir esta premissa é devolver ao problema a dificuldade que faz dele o que ele é – por definição.

Propõe-se aqui, pelas razões expostas no trabalho, que a vontade do paciente, desde que adulto, capaz e consciente, em recusar, por razões religiosas, tratamento médico, ainda que sob risco de morte, está amparada pela ordem

64. Op. cit., p. 135.

constitucional brasileira e deve ser, a princípio, respeitada, cabendo ao intérprete verificar alguma peculiaridade do caso concreto (filhos que ficariam órfãos, por exemplo) que conferisse outro peso à decisão do paciente.

***

A leitura aqui proposta – que reproduz, em resumo, as ideias defendidas em minha tese de doutorado (aprovada com nota máxima, e com louvor e distinção, em dezembro de 2008) – já alcançou, pode-se dizer, resultados concretos, revelando assim a importância do diálogo necessário entre a pesquisa acadêmica e a realidade jurídica. O entendimento adotado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em abril de 2010, de que se deve considerar constitucional a recusa, por parte dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue, teve início a partir de um parecer emitido, em dezembro de 2009, pelo Procurador do Estado e Professor (e recente amigo) GUSTAVO BINENBOJM, que um ano antes havia me honrado como um dos membros da Banca de Doutorado perante a qual defendi a minha tese. O parecer segue a orientação defendida na tese e reproduzida neste artigo, com todas as condições ali estabelecidas (e aqui reiteradas) para o exercício do legítimo direito à recusa ao tratamento, fazendo apenas a ressalva de não ter enfrentado "a questão da recusa à transfusão manifestada por menores de dezoito anos, uma vez que tal situação não foi objeto da consulta"[65]. O referido parecer foi posteriormente endossado pelo Professor (e também Procurador do Estado) LUÍS ROBERTO BARROSO[66], e, afinal, aprovado pela Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

---

65. O autor deixou, no entanto, consignada a sua posição, que, neste particular, diverge do entendimento que defendi na tese. Em suas palavras: "no que se refere à recusa da transfusão, entendo que eventual manifestação de vontade do menor deverá sempre ser submetida ao Poder Judiciário, que deverá proceder à aferição de sua maturidade para a tomada da decisão. Em nenhuma hipótese, no entanto, poderá a família tomar decisão que importe risco de morte do menor de idade, diante do caráter personalíssimo dos bens jurídicos envolvidos. Em outros termos: caso o juiz entenda pela capacidade de escolha do menor, sua vontade prevalecerá; do contrário, deverá ordenar que se realize o tratamento médico imprescindível à preservação da vida e da saúde do menor". (Parecer gentilmente oferecido pelo autor) Insisto, contudo, que, em razão do bem jurídico envolvido – a saber, a vida – não deve ser considerada, nem pelo juiz, nem pelos familiares, a vontade do paciente quando este for menor de idade. O Estado respeita igualmente todas as crenças, sem entrar no seu mérito, mas não ignora totalmente as suas conseqüências. A regra objetiva da idade, que traduz o tempo de experiência de vida, não pode, neste caso específico, ser superada pelo valor ("maturidade") que a sustenta. O tempo de vida é, neste caso, um fator fundamental, que, pelas conseqüências assumidas, deve ser considerado integralmente até os limites definidos por lei, sem margem para interpretações que o abreviem, assegurando-se, assim, ao máximo previsto na ordem legal o período para a formação da personalidade e a conseqüente responsabilidade por suas escolhas.

66. O parecer do professor Luis Roberto Barroso foi solicitado pela Procuradora Geral em razão de um impasse gerado pela apresentação de um parecer em sentido contrário ao primeiro.

A posição assumida pela prestigiosa Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, reforçando a interpretação aqui proposta, representa um significativo (e até ousado) movimento para uma mudança na compreensão da liberdade religiosa no Brasil, reconhecendo neste direito a importância e a complexidade que lhe são inerentes.





Direitos Fundamentais – Liberdade de Imprensa



DIREITO E IMPRENSA (*)

ARNOLDO WALD

Coube-me apresentar algumas considerações sôbre os problemas jurídicos da imprensa escrita e falada. Não pretendo oferecer, na matéria, qualquer solução definitiva, contentando-me em despertar a curiosidade do estudante para as relações entre o direito e a imprensa, mediante um levantamento panorâmico da situação atualmente existente na legislação vigente, com algumas referências ao direito estrangeiro.

Talvez pudesse ficar satisfeito simplesmente em descobrir, com os meus ouvintes, que existe um direito da imprensa, como ramo autônomo, merecedor da atenção do jurista. Efetivamente, aos poucos, o critério de classificação dos ramos do direito vai sofrendo importantes modificações. Não se atende mais, com exclusividade, aos interêsses que o direito protege para distinguir, por exemplo, o *ius privatum* do *ius publicum*, pela prevalência do interêsse privado ou público. Nem se focaliza, tão sòmente, a classe de pessoas à qual se aplica determinado ramo do direito numa apreciação meramente subjetiva, como acontecia em relação ao direito comercial ou mesmo ao direito do trabalho, considerados, respectivamente, como direito dos comerciantes e dos empregados. Cada vez mais, os ramos do direito vão sendo caracterizados pelos seus objetos, ou seja, pela sua área de incidência. Fala-se assim, por exemplo, no direito atômico, no direito da eletricidade, no direito bancário. Tem-se a impressão que surge um novo método de estudo das matérias, uma nova focalização, uma espécie de corte longitudinal ou vertical em relação a problema sempre apreciado no plano horizontal. É a vida que se superpõe à lógica, impondo critérios dinâmicos e uma especialização crescente em tôrno de verdadeiras unidades orgânicas.

(*) Palestra realizada no Egrégio Tribunal Regional Eleitoral da Guanabara, no dia 28 de agôsto de 1968.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 08 (1ª Fase), maio/ago. 1969, p. 64-75.

Poderia indagar da existência de um direito da imprensa e responderia que o número de normas legais existentes sôbre a matéria justifica a admissão de um ramo autônomo, que interessa não apenas ao advogado, mas, também, ao jornalista, ou publicitário, ao político e ao administrador público. É um conjunto de normas que abrangem *comandos* e *sanções* nas áreas do direito civil e do direito penal, do direito administrativo e do direito constitucional, normas processuais e materiais, garantias que constam da lei magna, da legislação ordinária e de regulamentos aprovados por decretos do Poder Executivo, contando hoje com uma jurisprudência de grande importância emanada tanto dos tribunais, como dos órgãos administrativos.

O aluno no seu curso, na Faculdade de Direito, estuda os crimes de imprensa em direito penal, analisa, em direito civil, os direitos autorais do jornalista e procura entender, em direito constitucional, o exato sentido da liberdade de comunicação.

Na colcha de retalhos assim composta, há um elemento comum que é a imprensa, realidade que o direito não pode desconhecer, e que se apresenta como o "quarto poder" nos países de formação democrática.

A recente reivindicação de estudantes em todo o mundo no sentido de uma participação maior significa, no fundo, a criação de um novo mecanismo da democracia que consiste na influência mais direta e profunda da opinião pública global ou setorial nos destinos da nação. Nas diversas técnicas de funcionamento democrático das sociedades, que abrangem a escolha dos governantes pelos governados e as garantias de direitos mínimos — denominados direitos do homem e do cidadão —, a participação direta do povo no govêrno, dentro da estrutura legal, se realiza pelo *plebiscito*, pela destituição de eleitos na forma do *recall* do direito norte-americano e mediante uma mobilização contínua das fôrças nacionais, ou seja, um plebiscito permanente que é o contrôle realizado pela imprensa sôbre os atos de govêrno e de administração.

Não é por acaso que já LA ROCHEFOUCAULD considerava a livre comunicação como um dos direitos mais preciosos do homem, fazendo com que ROBESPIERRE afirmasse, perante a Assembléia Nacional, que "a liberdade de imprensa é uma parte inseparável do direito de comunicar os seus pensamentos".

Um século e meio após a Revolução Francesa, o Presidente ROOSEVELT reconhecia que a primeira das quatro liberdades essenciais era a liberdade de expressão (Mensagem ao Congresso de 6 de janeiro de 1941).

Palladium de tôdas as liberdades civis, políticas e religiosas, a independência da imprensa tem sido ameaçada em todos os momentos de crise. Não se trata, pois, de um problema específico do nosso tempo, mas não deixa de ter profunda atualidade, especialmente

quando lembramos os inúmeros incidentes que, nos últimos tempos, no Brasil e no exterior, têm posto em discussão as dimensões da liberdade do jornalista.

É, realmente, muito difícil encontrar o justo equilíbrio entre a informação ampla e o sensacionalismo, entre a crítica construtiva e o anarquismo, entre o *animus narrandi* e a injúria ostensiva. A imprensa é, simultâneamente, orientadora da opinião pública e reflexo do espírito popular, sofrendo as pressões dos homens e dos acontecimentos e apresentando os fenômenos da psicologia das multidões a que se referiam TARDE e LE BON. Não há dúvida que a liberdade do jornalista pode dar margem a determinados abusos, que devem implicar responsabilidade. Mas, o receio das distorsões não deve levar à intolerância e à repressão.

Poucos autores colocaram o problema com a felicidade e a clareza de ALEXIS DE TOCQUEVILLE que, na sua obra clássica sôbre *A Democracia na América*, ponderou com energia e serenidade:

> "Confesso que não tenho pela liberdade de imprensa o amor completo e irrestrito que deve ser concedido às coisas naturalmente boas. Amo esta liberdade mais pelos males que impede do que pelos bens que faz. Se alguém me pudesse apontar entre a independência completa e a servidão do pensamento, uma posição intermediária na qual me pudesse colocar, nela ficaria. Mas quem poderá descobrir tal posição intermediária?"

E concluiu TOCQUEVILLE:

> "Em matéria de imprensa, não há meio têrmo... Para colhêr as vantagens inestimáveis que assegura a liberdade de imprensa, é preciso sujeitar-se aos males inevitáveis dela decorrentes. Querer obter os primeiros e escapar aos segundos é mera ilusão..."

Se, todavia, a virtude está no meio, verifica-se a possibilidade de uma conciliação entre a liberdade e a responsabilidade, que caracteriza a sociedade democrática contemporânea.

O conflito entre a repressão estatal e o direito à informação não é platônico. Ao contrário, acompanha a vida judiciária e política do país, exigindo do magistrado, do Ministério Público e do advogado, uma sensibilidade aguçada e uma extrema acuidade para evitar tanto a repressão indevida, como o abuso distorsivo da liberdade. Efetivamente, a repressão da liberdade de imprensa é o caminho que leva os povos à tirania, enquanto a inércia diante dos abusos pode contaminar uma sociedade, destruindo todos os valôres fecundos nela existentes.

No Brasil, os processos penais e administrativos decorrentes de crimes e irregularidades cometidos pela imprensa têm sido relativamente freqüentes nos últimos anos. Ainda está presente, na memória de alguns de nós, o *habeas corpus* impetrado em favor de um jornalista que publicara matéria confidencial vinculada à segurança nacional. Mais recentemente, uma revista foi apreendida por apresentar fotografias julgadas obscenas e uma estação de rádio sofreu uma suspensão, logo em seguida revogada. Lembramos tais fatos para indicar que o conflito entre o interêsse de divulgar determinados fatos e a política administrativa existe de modo latente e pode concretizar-se em qualquer momento.

A matéria não tem merecido, entre nós, uma bibliografia ampla, limitando-se, pràticamente, a alguns artigos, aos comentários dos textos do código e das leis especiais e a uma bela monografia do juiz paulista DARCY ARRUDA MIRANDA, intitulada — *Dos Abusos da Liberdade de Imprensa*. Nesta excelente obra, o autor defende a livre atuação da imprensa, condenando, tão sòmente, os abusos, as distorsões, em que a imprensa é utilizada para a prática de atos que normalmente seriam criminosos e que não podem perder tal característica, pelo simples fato de ser a imprensa utilizada como veículo ou instrumento.

A doutrina norte-americana, que mais diretamente influenciou o nosso direito constitucional, esclarece, com muita felicidade, que:

> "Não há direito de expressão absoluto. A sociedade democrática é um mercado, onde, da mesma forma que as mercadorias, as idéias são compradas e vendidas. Trata-se de mercado governado pelo princípio do comércio livre. As idéias têm curso e são expulsas do mercado, apenas se incapazes de despertar interêsse e proselitismo.
>
> Mas, da mesma forma que a lei proibe práticas desleais na venda de mercadorias, cumpre-lhe defender o público consumidor na venda de idéias. Assim, jamais se deve defender a fraude ou a mentira sob o manto da liberdade de expressão". (EDWIN S. NEWMAN, *Liberdades e Direitos Civis*, "Forense", pág. 9).

Desde o mais remoto passado, têm merecido a repressão penal a indecência, a falta de pudor, a obscenidade, assim como a calúnia e a difamação. Não há motivo para desclassificar ou tornar impune o crime pelo simples fato de ter sido cometido por intermédio da imprensa.

Evidentemente, o conceito de pudor tem variado com o tempo, mas a jurisprudência firmou a respeito critérios que por serem flexíveis não deixam de ser válidos. Assim, entendeu-se,

como matéria obscena, aquela que "trata de sexo de maneira e com a finalidade de despertar interêsses mórbidos", tendo nos Estados Unidos o Juiz da Suprema Côrte BRENNAN afirmado que "sexo e obscenidade não são sinônimos" e que a caracterização do sexo ou referência ao mesmo na arte, na literatura e nos trabalhos científicos não constitui, em si mesma, razão suficiente para excluir a proteção constitucional da liberdade de expressão e de imprensa.

A lei tem criado regimes distintos para a imprensa escrita e falada, considerando que a primeira constitui verdadeira propriedade dos seus titulares, enquanto, ao contrário, as estações de rádio e de televisão, são apenas permissionárias ou concessionárias de canais pertencentes ao Estado.

O artigo 150 da Constituição Federal vigente garante, salvo na vigência do estado de sítio (art. 152, parágrafo 2.º, letra *e*), a livre manifestação de pensamento e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos têrmos da lei, pelos abusos que cometer, sendo, outrossim, assegurado o direito de resposta. A Constituição autoriza, também, a publicação de livros, jornais e periódicos, independentemente de licença prévia, vedando, todavia, e com tôda razão, a propaganda de guerra, da subversão da ordem e de preconceitos de raça ou de classe.

Os comentadores do nosso texto constitucional louvaram a redação da Constituição de 1967, nela vendo contemplada a liberdade de pensamento, que se explicita na referência à livre publicação de livros e periódicos correspondente ao princípio da incensurabilidade da imprensa, que se completa, na palavra de PONTES DE MIRANDA, pelo remédio jurídico processual (direito de resposta) e sofre as limitações excludentes da liberdade quando utilizada contra a ordem pública vigente (não liberdade para a propaganda de guerra, subversão ou divulgação de preconceitos de raça e classe) (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição*, tomo V, pág. 141).

Na realidade, a Constituição estabeleceu, além do princípio da responsabilidade, quais as limitações que a lei ordinária podia estabelecer em relação à liberdade de imprensa. Surge, assim, o problema de saber quais as posições respectivas da Lei de Imprensa e da Constituição. A Lei de Imprensa é a Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, sendo posterior à promulgação e anterior à vigência da nova Constituição que, promulgada em 24 de janeiro — antes da Lei de Imprensa — só entrou em vigor em 15 de março, ou seja, após a publicação da Lei de Imprensa e o início da vigência da mesma, que se deu em 14 de março de 1967.

É preciso, inicialmente, verificar se existe ou não conflito entre o texto constitucional e a lei ordinária. Parece que, no

espírito e de acôrdo com a letra constitucional, a liberdade de imprensa só pode ser limitada quando implica propaganda de guerra, subversão da ordem e preconceitos de raça ou classe. A lei vai mais além e condena, por exemplo, as notícias falsas ou truncadas que possam provocar "desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer outra emprêsa, pessoa física ou jurídica ou prejuízo ao crédito das pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos no mercado financeiro" (art. 16 da Lei n.º 5.250).

É incontestável que não foi feliz a lei ao definir tais crimes, especialmente quando não exigiu que houvesse no caso dolo ou culpa, estabelecendo uma verdadeira responsabilidade objetiva, que restringe o direito de informação tão importante no mundo moderno. Basta dizer que se, com a antecedência de uma semana, um jornal tivesse noticiado a possibilidade do recente aumento da taxa cambial do dólar teria o seu redator incorrido na sanção penal, quando é direito da população estar informada no tocante à política econômica e ao planejamento financeiro do govêrno.

Cabe, pois, a indagação acêrca da constitucionalidade e da vigência dos textos da Lei de Imprensa que, na realidade, estabelecem restrições à liberdade de imprensa não previstas na Constituição. Não pretendo dar, desde logo, qualquer resposta à indagação, mas parece que ela se apresenta com a seriedade necessária para merecer um estudo em profundidade por parte dos juristas. Embora, à primeira vista, o texto constitucional apenas impeça determinadas atividades sem necessàriamente permitir as demais, a idéia básica do legislador constituinte parece ter sido a de fixar as restrições admissíveis à liberdade de imprensa, rejeitando tôdas aquelas que não foram constitucionalmente previstas e considerando inválidas as restrições excluídas do texto constitucional.

A lei de imprensa pretendeu reagir contra a impunidade anteriormente existente, que transformava o jornal num veículo no qual tôdas as injúrias, calúnias e difamações eram lícitas. Assim, o nôvo diploma apresentou algumas inovações louváveis como, por exemplo, a modificação de competência para o processamento e julgamento dos crimes de imprensa que passou do júri para o juiz singular. A nova lei deu, outrossim, regulamentação adequada do direito de resposta.

Em outros aspectos, todavia, a lei foi tècnicamente imperfeita, introduzindo até algumas inovações que parecem chocantes ao estudioso do direito penal, além de outras incompletas ou incoerentes. Admitiu, por exemplo, como agravante a prática de crime contra numerosas autoridades federais, em relação às quais também não reconheceu a possibilidade da *exceptio veritatis*,

mas nenhuma autoridade estadual, nem mesmo o Governador do Estado, mereceu tal tratamento privilegiado, sentindo-se, no caso, uma falta de simetria injustificada, como se verifica nos artigos 20, parágrafo 3.º e 23, inciso I da Lei.

Mas a falha no caso é perdoável. Mais séria é a criação, pela lei, da falta de idoneidade moral para poder ser punido pelos crimes previstos na Lei de Imprensa, a que se referem os artigos 38, parágrafo 1.º e 39 do nôvo documento legal. Admite a lei que determinados jornalistas não tenham idoneidade moral para que a pena sôbre êles possa incidir, caso em que será responsável o redator-chefe ou diretor de jornal. Merecem ser lidos os referidos artigos que têm a redação seguinte:

> "Art. 38, parágrafo 1.º:
>
> O gerente ou proprietário da agência noticiosa poderá nomear o autor da transmissão incriminada, juntando a declaração dêste assumindo a responsabilidade pela mesma. Neste caso, a ação prosseguirá contra o autor nomeado, salvo se estiver ausente do país OU FÔR DECLARADO INIDÔNEO PARA RESPONDER PELO CRIME.
>
> Art. 39:
>
> Cabe ao ofendido, caso o deseje, mediante apresentação de documentos ou testemunhas merecedoras de fé, FAZER PROVA DA FALTA DE IDONEIDADE QUER MORAL QUER FINANCEIRA DOS RESPONSÁVEIS PELOS CRIMES PREVISTOS NESTA LEI, NA ORDEM E NOS CASOS A QUE SE REFEREM OS INCISOS E PARÁGRAFOS DOS ARTIGOS ANTERIORES".

A ordem de sucessão estabelecida pela lei começa pelo autor da notícia ou do artigo, continuando com os gerentes ou proprietários de agências noticiosas, os diretores e redatores-chefes de jornais ou periódicos.

O parágrafo 4.º do artigo 37 e o parágrafo 3.º do artigo 39, estabelecem uma responsabilidade sucessiva em que o segundo responsável passa a ser punido desde que o primeiro não tenha idoneidade moral ou financeira e assim por diante. Diz o último dos parágrafos citados:

> "Declarado inidôneo o primeiro responsável, pode o ofendido exercer a ação penal contra o que lhe suceder nessa responsabilidade, na ordem dos incisos dos artigos anteriores, caso a respeito dêste nôvo res-

ponsável não se haja alegado ou provado a falta de idoneidade" (art. 39, parágrafo 3.º).

A responsabilidade sucessiva do fiador com benefício de ordem se encontra, assim, transferida para o direito penal que ressuscita, outrossim, com a inidoneidade, uma espécie *de morte civil*, numa condenável pandectização da legislação criminal a que já aludia, há alguns anos atrás, em memorável conferência, o mestre Ministro NÉLSON HUNGRIA.

Jamais a pandectização e a desumanização do direito penal alcançou a objetividade fria e insensível da lei de imprensa que provoca, por parte do estudioso de direito, um movimento de estranheza e curiosidade. Saibam o diretor de jornal ou o redator-chefe e o proprietário ou gerente de agência noticiosa dos perigos que correm na hipótese de estarem com funcionário moral ou financeiramente inidôneos. E qual o critério para apurar a idoneidade moral no caso? E por que a inidoneidade financeira pode implicar em transferência da pena para alguém que tenha idoneidade financeira? Desde quando as penas criminais dependem da situação econômica do criminoso e sòmente são válidas e aplicadas quando se trata de pessoa de recursos?

Não foi, por acaso, que a imprensa acolheu, com reservas, o nôvo diploma legal e tem assim razão o Congresso Nacional na sua preocupação com determinadas disposições contidas na Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que não honram, sobremaneira, o nosso direito penal de tão boas, antigas e sólidas tradições.

Essas observações não visam a uma análise exaustiva do texto legal, mas pretendem, apenas, despertar a atenção dos juristas para a falta de técnica do texto legal vigente e as eventuais áreas de atrito existentes entre a Lei e a Constituição Federal, justificando, assim, um oportuno esfôrço legislativo no sentido de uma reformulação legal na matéria.

A liberdade de imprensa não sofre limitações apenas por parte do Estado. Também o poder econômico exerce, em determinados casos, um importante impacto sôbre a liberdade de imprensa. Basta lembrar, a êste respeito, a grande campanha que se desenvolveu recentemente na França em relação à publicidade na televisão que, naquele país, constitui monopólio estatal e até agora não admitiu anúncios. Tôda a imprensa francesa considerou a introdução da publicidade na televisão como um ato de hostilidade à imprensa. É verdade que os jornais sofrem dificuldades crescentes. Não têm mais os regimes de favor de outrora e devem desenvolver-se em bases comerciais ou impresariais, pois não se conhece mais o subsídio do papel, nem mesmo a tradicional isenção do impôsto de renda que beneficiava os jornalistas.

A informação se torna de mais em mais cara, diante de uma tecnologia cada dia mais aperfeiçoada, em que não basta ao jornalista ser apenas o especialista em idéias gerais de outrora, exigindo a realidade hodierna uma especialização crescente que se faz sentir nos diversos setores da imprensa.

O investimento feito pela imprensa exige continuidade e não se coaduna com uma intervenção constante do Poder Público. No campo do rádio e da televisão, a fiscalização estatal se exerce de modo mais intenso, nos precisos têrmos do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27 de agôsto de 1962), que atribui ao Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), a função regulamentar de fixar normas para as estações de rádio e de televisão e de fiscalizar a atividade das mesmas. Composto por quatorze membros com mandato fixo de quatro anos, deveria o CONTEL ter um *status* que o aproximasse das grandes comissões norte-americanas e, especialmente, da *Federal Communications Commission* criada em 1934. Nos Estados Unidos a referida comissão tem sete membros nomeados pelo prazo de sete anos pelo Presidente da República, com a aprovação prévia do Senado.

No Brasil, o CONTEL é composto por representantes dos diversos ministérios, do Estado-Maior das Fôrças Armadas, dos partidos políticos e, ainda, dos diretores dos Correios e Telégrafos, do Departamento Nacional de Telecomunicações e da emprêsa pública incumbida da exploração dos troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações (EMBRATEL). Por mais que o legislador tenha pretendido seguir o exemplo norte-americano das grandes comissões inspiradas na Interstate Commerce Commission, o CONTEL não conseguiu surgir no cenário nacional com as garantias normalmente atribuídas à magistratura e à independência política necessária.

As atribuições do CONTEL são como as da Comissão Federal americana de Comunicações de caráter regulamentar, sendo competente para estudar, formular e aplicar uma política, com podêres de investigação e de repressão contra as irregularidades, constituindo numa área setorial determinada, um verdadeiro govêrno em miniatura com a especialização legislativa, executiva e judiciária, como se verifica nas múltiplas competências reconhecidas no artigo 29 do Código de Telecomunicações.

A legislação chega a determinar que durante o seu mandato o conselheiro não pode ser destituído a não ser por justa causa comprovada em inquérito administrativo. Não sei se o artigo 17 e seu parágrafo único poderão ser considerados constitucionais. Em primeiro lugar não se aplicam aos diretores de serviço, que são membros natos do Conselho, como os Diretores do Departamento dos Correios e Telégrafos, do Departamento Nacional de Telecomunicações e da EMBRATEL. Por outro lado, o Supremo

Tribunal Federal tem entendido que os cargos de confiança na política governamental mesmo quando tivessem, por lei, prazos certos podiam ter os seus titulares substituídos em qualquer tempo. A tese foi firmada pela Excelsa Côrte por ocasião da discussão surgida em tôrno de presidentes e diretores de autarquias aos quais a Lei da Previdência Social garantira prazo certo de mandato. Resta saber se a mesma jurisprudência deve ser aplicada em relação ao CONTEL ou se a Súmula n.º 25 não incide na hipótese.

De qualquer modo, o critério de escolha dos membros do CONTEL os deixa numa dependência direta dos ministros de Estado que os nomearam.

Parece preferível garantir aos conselheiros uma situação de independência que conhecem, entre nós, o Poder Judiciário e alguns outros órgãos como, por exemplo, o Tribunal de Contas. O critério de escolha também poderia ser misto com indicações feitas em listas tríplices por órgãos representativos das classes e da própria cultura nacional, dando-se caráter misto ao Conselho que abrangeria representantes da imprensa, do govêrno e, eventualmente, como poder moderador, empresários ou professôres universitários, que pudessem garantir o justo equilíbrio entre a moralidade e a liberdade.

Não me cabe suscitar outros problemas de caráter mais especializado como a questão da nacionalidade das emprêsas jornalísticas e da intervenção estrangeira na imprensa. No particular, a Lei n.º 5.250 ofereceu algumas soluções que mereceriam ser discutidas e analisadas em profundidade.

Da visão rápida que tivemos em conjunto do direito da imprensa, concluímos que é um direito *in fieri*, mas que já está merecendo a sua autonomia. As leis vigentes são deficientes e tècnicamente imperfeitas; a jurisprudência é parca, a doutrina omissa.

E, todavia, o problema da imprensa não pode deixar de preocupar os juristas. Os nossos juízes não o esquecem e quando tratam com liberalidade os jornalistas, o fazem conscientemente, porque sabem que da liberdade de imprensa depende a manutenção do regime democrático e ao rigorismo maior da lei tem geralmente correspondido uma interpretação menos severa dos magistrados, pois a jurisprudência exerce sempre a sua função amortecedora e renovadora do direito.

Da imprensa numerosas são as queixas. O govêrno, algumas vêzes, alega que perde a batalha de informação, embora tenha ganho a dos fatos e já se atribuiu à imprensa tôda a responsabilidade pelas crises nacionais e mundiais que atravessamos recentemente. Mas os fatos não desaparecem pela simples razão de não serem mencionados nos jornais e, afinal de contas, se a imprensa lidera a opinião pública, também reflete os anseios do povo.

Merece ser lembrada, no particular, a posição eminentemente liberal dos tribunais norte-americanos que têm tolerado a imprensa sempre que a notícia dada ou a propaganda feita não representasse um perigo claro e iminente para o Estado e a sociedade ou, ao menos, um perigo claro e provável.

Coube aos juízes da Suprema Côrte, HOLMES e BRANDEIS, a missão de elaborar inicialmente como voto vencido, e, em seguida, como voto vencedor, a doutrina norte-americana referente à liberdade de imprensa assegurada na 1.ª emenda à Constituição. Em vários acórdãos salientaram os eminentes magistrados norte-americanos que "os que fizeram a independência dos Estados Unidos, mediante uma revolução, não eram covardes e não temiam as mudanças políticas, não exaltando a ordem em detrimento da liberdade." "Sòmente uma emergência", concluíam, "pode justificar a repressão, pois, em regra, a autoridade deve conciliar-se com a liberdade" (Ap. POLLAK, *The Constitution and the Supreme Court*, vol. II, pág. 19).

Para a justiça brasileira e nos têrmos da Constituição vigente, a liberdade de imprensa deve ser a regra e excepcional deve ser a repressão. Cabe à lei e incumbe à jurisprudência a missão de fixar os limites entre o uso da liberdade e o seu abuso, nos têrmos em que a Constituição especificou as restrições válidas. No fundo, trata-se de complementar a norma constitucional vigente que garante a liberdade de imprensa mediante a elaboração de disposições legais, que não a transformem numa ficção, nem, tampouco, consagrem a irresponsabilidade. Mas a responsabilidade penal não pode, dentro do nosso sistema, abandonar o seu fundamento, que é a existência de culpa ou de dolo. Por mais que se admita a responsabilidade solidária e a responsabilidade baseada no risco no direito civil, o direito penal deve manter-se fiel à estrutura moral que se origina de sua tradição cristã e romanista.

Dizia um poeta que os homens são grandes pelo que procuram e absurdos pelo que encontram. Não há dúvida que o direito da imprensa é um campo fecundo e rico para os juristas. Encontrar o justo equilíbrio entre o direito de dar e de receber a informação e o direito de não ser enganado e de não receber a comunicação de fatos truncados não é fácil. É um equilíbrio que nem mesmo as leis, por mais perfeitas que possam ser, encontram nas fórmulas abstratas. É na batalha diária dos tribunais que se renova e se amplia o direito da imprensa, que é o próprio direito da democracia, pois, como ainda o reconhecia TOCQUEVILLE, a liberdade de imprensa é o corolário da soberania popular. E hoje sabemos que de nada valem os grandes princípios sem os recursos técnicos adequados que protegem e garantem os direitos individuais. Por isso, tinha razão RIPERT quando dizia que de tôdas as revoluções, a única que permanecia e frutificava era a revolução jurídica. As grandes ideologias de nada

valeriam se não fôssem concretizadas e consubstanciadas em normas técnicas, pelo legislador, e em acórdãos, pelo magistrado.

No Brasil, a tradição liberal criou um direito da imprensa que honra as nossas tradições jurídicas. É preciso que o desenvolvimento tecnológico e que a hipertrofia do poder público não interfiram na mola propulsora da sociedade democrática que é a imprensa livre.

O jurista, soldado do direito, tem assim o dever, hoje mais do que nunca, de rever e consolidar um direito antigo na sua formação, mas nôvo pelas dimensões crescentes que está adquirindo o direito da imprensa.

A televisão e a liberdade de imprensa

ARNOLDO WALD(*)

A liberdade de imprensa sempre foi considerada como inseparável do direito de comunicar os seus pensamentos consagrada nas *Declarações de Direitos* e nas Constituições. Entre as quatro liberdades fundamentais, que inclusive justificaram a luta travada na Segunda Guerra Mundial, o Presidente FRANKLIN-ROOSEVELT considerou que a primeira delas devia ser a liberdade de expressão, condição e complemento das demais. A tradição constitucional brasileira foi, aliás, sempre, no sentido de assegurar a liberdade de imprensa em todos os seus aspectos e a Magna Carta vigente proíbe a elaboração de lei que "possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística".

Na medida em que se multiplicam os veículos através dos quais se manifesta a liberdade de pensamento, torna-se necessário estender a todos o mesmo regime, não cabendo ao legislador fazer distinções que não constam no texto constitucional. Os princípios da igualdade, da isonomia, da racionalidade e da proporcionalidade exigem que haja sempre o mesmo tratamento para aqueles que exercem as mesmas funções econômicas, independentemente dos instrumentos utilizados. Como ainda lembrava, em recentíssimo discurso, pronunciado no Supremo Tribunal Federal, o Ministro NELSON JOBIM, a coerência é a característica do poder desarmado. A afirmação, feita mais diretamente em relação ao Judiciário, também se aplica plenamente ao legislador. Sem coerência, não há um sistema legislativo, mas uma colcha de retalhos de disposições legais.

Assim sendo, é incompreensível que a Lei nº 9.504, de 30.9.1997, que estabelece, no seu art. 45, V, normas para as eleições, tenha vedado às emissoras de rádio e televisão que veiculassem "programas com alusão ou crítica a candidato ou partido político", exceto programas jornalísticos ou debates políticos a partir de 1º de julho do ano eleitoral. Trata-se de restrição que não se aplica à imprensa escrita e que estabelece discriminação descabida entre as diversas formas de manifestação da liberdade de pensamento. A integração crescente entre as diversas formas de jornalismo ainda agrava uma distinção que não tem base constitucional, lógica nem moral.

A igualdade é princípio arraigado nas nossas Constituições, sendo até tão importante que o constituinte dela tratou sucessivamente, em termos análogos, no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição de 1988. Por sua vez, as normas referentes à liberdade de imprensa se inspiraram sempre nos mesmos princípios,

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 15 (3ª Fase), jan./jun. 2002, p. 83-84.

ao tratar de jornalismo exercido na imprensa escrita e no rádio e na televisão. A inconstitucionalidade do texto do art. 45, V da Lei eleitoral é, pois, ostensiva, cabendo aos tribunais declará-la, seguindo uma tradição que é a do nosso Excelso Pretório e da Suprema Corte Americana. Ambos os tribunais sempre defenderam a liberdade individual e a liberdade de imprensa, inclusive nas fases de crise institucional.

Nos Estados Unidos, coube aos juízes HOLMES e BRANDEIS a missão de elaborar, inicialmente como voto vencido e, em seguida, como voto vencedor, a doutrina norte-americana referente à liberdade de imprensa, assegurada na 1ª Emenda à Constituição norte-americana, dando-lhe a maior extensão.

Em nosso país, os tribunais têm assegurado, com coragem cívica, a ampla liberdade de imprensa, chegando a determinar o ressarcimento dos danos causados pela censura em acórdão pioneiro, numa ação proposta pelo jornal *O Estado de São Paulo* contra a União Federal. Com todos esses precedentes, justifica-se o imediato reconhecimento da inconstitucionalidade da descabida distinção entre os regimes aplicados às várias formas pela qual se expressa a imprensa, ou seja, a opinião pública.

Cabe, aliás, sempre ter presente a afirmação oportuna do ilustre jurista MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA que salientou, em artigo publicado no momento em que o país voltava ao regime democrático, que a liberdade de imprensa não foi instituída em favor do jornal ou do jornalista mas sim da coletividade.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

REFLEXÕES SOBRE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E O ESTADO POLICIAL: A QUEM INTERESSA?[1]

FERNANDO ANDRÉA[2]

I. INTRODUÇÃO

Recentemente, discussões, sobre a necessidade de serem instituídos mecanismos de efetivação do controle social sobre os meios de comunicação, vêm dominando os espaços públicos, privados e acadêmicos.

O debate, que deita raízes na própria concepção de democracia, foi trazido agora à baila, a partir de movimento legislativo, verificado no âmbito de vários estados de nossa Federação, como, por exemplo, Ceará e Rio de Janeiro, em que surgiram propostas concretas de criação de Conselhos de Comunicação Social, com aquele fim precípuo.

Sob o atual enfoque dado ao assunto, chamam a atenção alguns pontos. Primeiro, a confusão que impera no que concerne à distinção a ser feita, quando se trata de meios de comunicação, entre, de uma banda, os ***jornais***, que nada mais são do que manifestação encarnada da liberdade de expressão, consubstanciada em material impresso, e, de outra banda, a ***televisão*** e o ***rádio***, que, por serem serviços públicos, podem e devem ser objeto de políticas públicas, visando o interesse comum. Segundo, a curiosa presença do Ministério Público na composição dos mencionados Conselhos, que, de acordo com as propostas apresentadas, terá assento obrigatório.

A propósito do tema, inúmeras reflexões, com espectros variados, poderiam ser aqui feitas. Não as farei, deixando ao leitor espaço para as suas. Destacarei, contudo, tópico específico, referente à importância da atuação planejada dos meios de comunicação, quando abordam questões como a violência e a

1. Este trabalho, em suas linhas gerais, foi apresentado no Seminário Impasses da política criminal contemporânea, organizado, pelo Ministério da Justiça em parceria com o Instituto Carioca de Criminologia e o Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da UFRJ, realizado em junho de 2009.
2. Professor e Membro do Ministério Público/RJ.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 40 (3ª Fase), abr./jun. 2011, p. 23-27.

política criminal, o que acaba contribuindo para a instituição, do que denomino de Estado Policial.

II. CONTORNOS DA QUESTÃO

Encontramo-nos, em um momento crítico, em que a ***política criminal*** não pode mais se resumir a discursos pueris, restritos, por motivos ideológicos, a uma ***política penal***, que faz dos operadores do direito marionetes, a representar papéis, cujos contornos são debuxados nos bastidores de grandes movimentos como, por exemplo, aquele de todos conhecido e intitulado "*Law and Order*".

É nosso dever, em verdade, questionar tais práticas, que encontram máxima expressão em políticas como a da "tolerância zero" e em teorias como a "das janelas quebradas".

É a ideologia do *repressivismo saneador*, no dizer de Aury Lopes Jr.[3], propagada pelos meios de comunicação, que, exacerbando o medo nos indivíduos, através da espetacularização[4], faz com que a criminalidade apareça como nosso problema mais significativo.

Aliado a isso, está o papel decisivo, desempenhado, neste processo, pela mídia, que, em manifestação de violência simbólica, cria o estereotipo do criminoso.

Tão extremada é esta postura, como aponta Vera Malaguti[5], que aquele que ousar incluí-lo na categoria de cidadão estará cerrando fileiras com o caos e a desordem, e será, por isso, temido e execrado.

Por outro lado, o discurso punitivo, difundido pelos meios de comunicação de massa, que se debruça sobre a necessidade do aumento das penas e o cerceamento das garantias fundamentais, consegue angariar apoio ao indicar sua eficiência na contenção da criminalidade, sempre apresentada como maior mal a ser combatido.

Sobre este ponto, com o intuito de lançar luzes sobre a questão, cabe invocar o magistério do Prof. Zaffaroni[6], quando pontua a existência de um víncu-

---

3. LOPES Jr. Aury. Introdução crítica ao processor penal – Fundamentos de instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004 – p. 15.
4. DEBORD, Guy, A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
5. BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis. Droga e juventude pobre no Ri de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
6. ZAFFARONI, E.Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

lo entre o discurso de repressão à delinqüência, praticado pela mídia, e a política econômica capitalista, de caráter ***neoliberal***.

Apesar de a legitimação do sistema penal pela imprensa não ser algo exclusivo do contexto político-econômico em que vivemos, há, hodiernamente, uma especificidade nesta relação, que se torna compreensível pelo compromisso dos meios de comunicação, pertencentes a poderosos grupos econômicos, com o projeto neoliberal.

Daí a importância capital daquilo que o Prof. Nilo Batista[7], com propriedade, denomina como o novo *credo* criminológico da mídia, cujo núcleo reside na idéia de glorificação da pena: acreditam, diz ele,antes de mais nada, na pena como rito sagrado de solução de conflitos sociais.

Transforma-se, desse modo, a ***questão social*** em caso de polícia[8], obnubilando a percepção sobre a situação daqueles, convenientemente, rotulados como socialmente indesejáveis.

Ressalte-se que a prática não é nova, bastando invocar, a título de ilustração, aquilo que ocorreu, no início do século passado, com o discurso médico-policial, que, devassando corpos e casas, foi encampado pela elite brasileira, com suporte da imprensa, como forma de conter as ameaças provenientes das massas, que se aglomeravam nos centros urbanos[9].

Ora, por meio da atual vinculação entre a mídia e o sistema penal, instaura-se uma disputa desigual entre o discurso criminológico acadêmico e o discurso criminológico midiático, de caráter hegemônico, que se apresenta como capaz de satisfazer a demanda, do empreendimento neoliberal, pela instituição de um poder punitivo capilarizado, que exerça o controle penal dos contingentes humanos, por ele marginalizados[10].

O sucesso de tal empreitada é garantido, na medida em que os meios de comunicação atuam como agentes políticos, idôneos para moldar a opinião pública, que se forma como resultado daquilo que é noticiado sobre os fatos, a partir de formas próprias de percepção do real, escamoteadas pelo mito da objetividade, que encobre as condições sociais de produção de sentido.

Nesta linha, promove-se a defesa de um Estado Penal máximo, em detrimento do Estado Social, no qual a "onda punitiva", com a força caudalosa de um tsunami, abarca, de forma inexorável, as conseqüências nefastas da misé-

---

7. BASTISTA, Nilo.Mídia e Sistema Penal no capitalismo tardio. Disponível em *www..bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistemapenal.pdf*. Acesso em: 27 de maio de 2009.
8. BORGES, Wilson Couto. Criminalidade do Rio de Janeiro: A imprensa e ao (in)formação da realidade. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
9. SALEM. Marcos David."A polícia na República Velha: a seviço das classes dominantes" in Discursos Sediciosos nº 15/16. Rio de Janeiro: Revan.
10. WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ria, decorrentes deste modelo político-econômico, levando-se a cabo a perseguição, inevitável, dos inconvenientes sociais[11].

Saliente-se que, neste contexto, não há a adoção de políticas públicas, que procurem alterar ou reduzir, efetivamente, as condições adversas, que atingem a população marginalizada. Pelo contrário, a necessidade de contenção daquela encontra na prisão, a instituição capaz de controlar e confinar os elementos considerados perigosos.

Este regime, que, como se sabe, deita raízes no consenso de Washington, promove, de uma lado, a abertura dos mercados e as grandes privatizações, mas, como não poderia deixar de ser, procura, de outro, realizar a subjugação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Com base na distinção, estabelecida por FERRAJOLI[12], entre modelo garantista e modelo autoritário, no que se refere à rigidez dos limites impostos ao Poder Estatal punitivo, que se relaciona, diretamente, com as noções de Estado de Direito e Estado Policial, é possível perceber que, no caso brasileiro, o projeto neoliberal ultrapassou metas restritas, a princípio, ao campo da criação de um direito penal ou processual penal de emergência, para abalar os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Refiro-me, especificamente, a EC nº 45/2004, chamada de Reforma do Judiciário, que, em seu bojo, incorporou fórmulas, sugeridas por estudos patrocinados pelo Banco Mundial, como forma de assegurar a rápida e livre circulação do capital internacional, investido na América Latina[13], afastando os obstáculos judiciais ao desenvolvimento do setor privado[14], que, segundo a *lex mercatoria*, precisa de ambientes favoráveis e previsíveis[15].

Neste sentido, foram instituídos, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, que acabam por infirmar a independência dos magistrados e dos membros do MP, necessária para o funcionamento do regime democrático.

---

11. SILVEIRA FILHO. Sylvio Lourenço."Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de Polícia" *in* Discursos Sediciosos nº 15/16. Rio de Janeiro: Revan.
12. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão - Teoria do Garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
13. MACIEL, Claudio Baldan. "O juiz independente no Estado Democrático" *in* Revista Cidadania e Justiça, 1º semestre 2000, p. 67 e seguintes
14. FERREIRA, Sergio de Andréa. "O Ministério Público na Emenda Constitucional nº 45/2004" *in* Revista Forense, vol. 378, p.69.
15. Sobre as consequências econômicas da atuação de um Poder Judiciário Independente, mencione-se o interessante estudo "Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil" *in* Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience: 1999 to 2003. GIAVAZZI, Goldfain(ORG.),no qual que relaciona o desenvolvimento financeiro de um país com o grau de proteção nele oferecido às expectativas dos credores.

Observe-se que, dos documentos do Banco Mundial[16], consta, expressamente, a recomendação da utilização da mídia para formação de uma opinião pública favorável à mencionada reforma.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta conjuntura merece reflexão por todos que, de alguma forma, têm responsabilidade na aplicação da lei penal.

Saliente-se que um dos problemas que se pode identificar no pensamento jurídico brasileiro é o da importação ampla e acrítica que se costuma fazer de conceitos e teorias criados dentro de realidades substancialmente diferentes da nossa, caracterizando o ***mimetismos cultural***, já apontado por SCHWARTZ[17].

Ora, se afigura necessário trazer para o contexto da realidade brasileira a discussão em torno dos temas jurídicos, dentre os quais o da política criminal.

Nesta perspectiva, a exemplo do que foi produzido no campo cultural pelo movimento antropofágico modernista, buscar-se-ia, então, abrasileirar teorias jurídicas alienígenas, não por xenofobia, mas sim pelo reconhecimento de nossas características próprias, de cunho histórico, político e econômico.

Desse modo, e em contraposição aos célebres exemplos de juízes míticos Hércules e Hart, criados por RONALD DWORKIN, se poderia imaginar a figura do juiz Macunaíma, sobre o qual caberia aos juristas brasileiros refletir, sempre respeitando nossas idiossincrasias, como, por exemplo, o fato de ser o nosso sistema penal de capitalismo tardio.

16. Documento Técnico nº 319.
17. SCHWARTZ, Roberto. Ao vencedor as batatas. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2000, p. 26.





Direitos Fundamentais – Inviolabilidade do domicílio



A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

The house as inviolable shelter, the home prison and its correlation to this and others constitutional garantees: a systemic and critical analysis

Carlos Andresano Moreira*

Sumário

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo. 2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88. 3. As exceções constitucionais à inviolabilidade. 4. A questão do consentimento do morador. 5. O conceito jurídico de casa e de domicílio. 6. A prisão domiciliar no direito pátrio. 6.1. Da prisão-pena. 6.2. Da prisão cautelar domiciliar. 6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros. 7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo. 8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. 9. Do direito de propriedade e de moradia. 10. Da ordem judicial de prisão domiciliar. 11. A jurisprudência. 11.1. Da Carta de Bangkok. 11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP. 11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida. 11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente. 11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso. 11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo. 12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP. 13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo visa a uma análise sistêmica e crítica da aplicação e posicionamento do instituto da prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, observando-se, desde já, que esta hodiernamente se coloca como alternativa à tutela prisional cautelar de custodiados no sistema prisional como um todo, de um

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 82 (3ª Fase), out./dez. 2021, p. 47-93.

lado, em face de uma intensa atuação estatal, tanto no plano jurisdicional, como no plano investigatório, e, de outro, como imperativo legal de modo de execução penal, decorrente da aplicação de reprimenda corporal a ser imposta a infratores, baseada no encarceramento como forma efetiva de punição, a teor da redação atual da lei de execução penal. O artigo, assim, abrange o tratamento constitucional dado à casa como asilo inviolável do indivíduo e às demais garantias fundamentais, observando-se quais as suas relações com a prisão domiciliar, seja cautelar, seja prisão-pena, haja vista que se põem tais garantias como direito constitucional subjetivo fundamental do indivíduo, verdadeiro *bill of rights*, e também como direito social, cuja obediência, em razão do *status* jurídico que assumem, se sobrepõe à da ordem jurídica infraconstitucional.

Abstract

This article means a systemic and critical analysis of home prison application in the brazilian legal order watching by now how nowadays puts itself as an alternative to the restraining order of persons in custody in the prisional system at all, on the one hand, facing to an intense state-owned action so in judicial level as in the investigative scheme and as legal imperative way of penal execution due to corporal punishment to be imposed to offenders, on the other hand, based on incarceration as an effective way of punishment, by content of actual penal execution law redaction. The article like this reaches the contitutional treatment given to the home as individual inviolable shelter and to others bills of rigth, observing whiches their relations to home prison as restraining order or prison sentence, having a view that puts that garantees as fundamental constitutional subjective rigth whose obedience overcomes the infraconstitutional legal order due to judicial status that is assumed.

Palavra-chave: Casa. Domicílio. Distinção. Inviolabilidade. Prisão domiciliar.

Keywords: *House. Home. Distinction. Inviolability. Home prison.*

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo

Não é de hoje que a casa se coloca como asilo inviolável do cidadão, verdadeiro cânon constitucional, como se pode ver dos seguintes dispositivos:

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, determinava:

> *Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*

> *(...)*
>
> *VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.*

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, estabelecia:

> *Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.*

Após, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 1926, teve-se a seguinte redação:

> *Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)*
>
> *(...)*
>
> *§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)*

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, mencionava:

> *Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, dispunha:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Já, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, tinha:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 15 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vitimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela formá que a lei estabelecer.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, tínhamos:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, estabelecia:

> *Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.*

Registre-se, ainda, que a casa como asilo inviolável do cidadão precede à ordem constitucional brasileira, como observa Fernando da Costa Tourinho Filho[1].

2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88

A Constituição de Outubro de 1988 definiu em seu artigo 5º, inciso XI, a inviolabilidade da casa enquanto asilo do indivíduo com o seguinte texto:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

3. As exceções constitucionais à inviolabilidade

Portanto, conforme se pode ver até aqui, o tratamento que a casa recebeu ao longo do tempo pelos diversos ordenamentos constitucionais que tivemos e experimentamos, desde o Império até o período republicano, sempre foi o de asilo inviolável do indivíduo.

Quanto a este particular aspecto, temos a observar algumas diferenças que se deram ao longo do tempo determinadas não só pela evolução do pensamento

---

[1] *"O postulado* la maison de chaque citoyen est um asile inviolable, *para significar e traduzir o direito à liberdade física espacial, projetou-se sobre as demais nações, inclusive sobre a nossa, que a partir da Lei de 14-10-1822, passou a adotá-lo. E, desde então, as nossas Constituições, quer a Imperial, quer as Republicanas, sempre inseriram no rol de nossos direitos fundamentais o princípio da infranqueabilidade do domicílio, proclamando 'a casa é o asilo inviolável do indivíduo'".* FILHO, Fernando da Costa Tourinho in Processo Penal. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 3, pág. 346/347.

jurídico-doutrinário, mas, e, fundamentalmente, pelo próprio desenvolvimento do pensamento político-institucional, haja vista os vários movimentos históricos por que passamos, com a modificação da forma do Estado e do Governo, indo o Brasil de uma monarquia e um estado unitário a uma república federativa, por vezes democrática, por vezes passando por regimes ditatoriais.

Assim, as exceções constitucionais à inviolabilidade da casa de alguém também sofreram suas variações. À primeira vista, o que podemos verificar, em relação às constituições anteriores, é que, ao contrário do que dispõe a atual Constituição Federal, tais exceções para ingresso na casa, durante o dia, *podiam ser determinadas pela lei*, caracterizando-se as normas constitucionais retrospectivas como de conteúdo normativo que podia ser limitado por norma infraconstitucional. Ou seja, a inviolabilidade da residência, durante o dia, não se dava em caráter absoluto, somente redutível ao nível constitucional, salvante as hipóteses de flagrante delito, desastre, inundação, incêndio ou para prestar socorro. Apenas se tal ingresso se desse à noite, para se dar de forma lícita, deveria sê-lo facultado pelo morador, salvo as hipóteses outrora mencionadas.

Ao contrário, o que hoje ocorre é a regra que se vê insculpida no art. 5º, XI da CRFB/88, que prevê que, *durante o dia*, somente se ingressa na casa de quem quer que seja, sem o consentimento do morador, por força de decisão judicial e nos casos de desastre, flagrante delito ou para prestar-se socorro.

A mudança ocorrida é fundamental para se compreender atualmente o alcance do conteúdo normativo do dispositivo constitucional em comento. Quando a norma constitucional menciona "dia", quer se referir à parte clara do dia, isto é, em que haja a luz do sol[2], somente podendo se dar o ingresso na casa de alguém *independentemente* de ordem judicial *a qualquer tempo* em três casos:

1º) em flagrante delito;

2º) havendo desastre;

3º) para prestar-se socorro.

Significa dizer que, *seja de dia ou de noite*, havendo flagrante delito, desastre ou para se prestar socorro a alguém, poder-se-á ingressar na casa de quem quer que

[2] A respeito do que a doutrina considera dia, na forma da Constituição Federal, trecho de artigo de Grotti, Dinorá Adelaide Musetti, citado na bibliografia: "(...) José Celso de Mello Filho sustenta que o termo 'noite' deve ser entendido, 'segundo o critério físico astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e crepúsculo'" (Constituição Federal (LGL\1988\3) Anotada, SP, Saraiva, 2.ª ed., p. 442).
Para José Afonso da Silva, "o princípio é que, para fins judiciais, o dia se estende de 6 às 18 horas", (Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, Malheiros, 1992, p. 382).
Celso Ribeiro Bastos faz criteriosa análise crítica dessas duas posições, ao assinalar que José Afonso da Silva parece oferecer solução mais conveniente na medida em que as áreas de penumbra deixam de existir. Todavia, é também indubitável que José Celso de Mello Filho é oportuno ao abordar os aspectos astronômicos. Se por alguma razão há uma alteração da hora oficial, será necessário modificar-se também a conceituação do que seja dia e noite. *Haverá sempre inconstitucionalidade numa invasão efetuada quando já não houver luminosidade solar, mesmo que com base em uma hora oficial seja dia.* Deve prevalecer, pois, o texto constitucional nas zonas não duvidosas. (Comentários à Constituição do Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1989, 12/69). (grifos nossos)

seja, independentemente do seu consentimento e de ordem judicial, sem que, em tais situações, se tenha por violado o que é garantido pelo inciso XI do art. 5º da CRFB/88.

Salvo estas três hipóteses, somente poder-se-á ingressar na casa de alguém sem o seu consentimento mediante ordem judicial e, para tanto, *durante o dia*.

Na ausência destas circunstâncias, não há como se ingressar constitucionalmente na casa de ninguém, e, por ordem judicial, apenas tal é possível durante o dia. À noite, fora das outras três hipóteses tratadas, nem com ordem judicial!

Destarte, fora das hipóteses constitucionais dispostas no art. 5º, XI, da CRFB/88, não vemos como se possa sustentar a violação da casa de ninguém, por que motivo for, eis que se trata de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º da CRFB/88, cujo conteúdo normativo, portanto, não pode ser limitado ou contido por norma infraconstitucional, como podia outrora ocorrer.

Asilo induz à ideia de refúgio, de abrigo, de proteção[3]. É o local físico que se reserva ao resguardo de qualquer pessoa. Asilar-se nada mais é do que procurar abrigo, refúgio. E todo refúgio, todo abrigo, toda proteção pressupõe ameaça à pessoa do abrigado, do refugiado, do protegido, ainda que potencial. Ou seja, a ameaça de que se quer proteger não precisa ser efetiva. Basta ser potencial em razão da natureza das coisas. É um conceito factual acima de tudo. É um dado da natureza, do próprio ser e que, no caso da natureza humana, não somente se refere à parte física do indivíduo, mas também à sua parte psicológica.

É intuitivo que sendo o ser humano o ser complexo que é tenha que se por a salvo de toda coação, de todo o constrangimento, com resguardo, com proteção dos olhares ou atos alheios em razão de ser, além de indivíduo, um ser social. Significa isto dizer que, além de sua individualidade, de sua vida íntima, possui cada um de nós uma vida de relação, justamente por nos realizarmos, também, em sociedade. Daí, a casa ser uma extensão física necessária para que se dê o resguardo daquilo que, se exposto, resulta em violação da própria privacidade e, consequentemente, da própria personalidade que se quer preservar, sem o que violado estará o próprio ser em sua

[3] "O objeto da tutela não é a propriedade nem a posse, mas a liberdade individual. A casa é um prolongamento da personalidade, lugar onde a pessoa exerce atividades que lhe permitem desenvolver-se. Ser livre é ser senhor de si e para que cada um possa realizar-se, expandir-se, perfazer-se, é necessário que livremente exerça as próprias faculdades, efetivando tudo aquilo de que for capaz. Essa senhoria de cada um se estende não só a si mesmo (liberdade pessoal), mas também ao domicílio, à correspondência, aos segredos etc. A esfera de soberania do indivíduo, portanto, ultrapassa a própria pessoa. E assim como cada senhor é soberano em seus domínios, em seu burgo, em seu feudo, em seu castelo, assim também cada um de nós pode dizer o que, com tanta freqüência, se dizia nas leis da Idade Média: 'Minha casa é meu castelo'. A casa é, assim, instrumento daquilo a que os franceses chamavam *la sureté personelle*, isto é, a intangibilidade; a liberdade seria uma quimera se não fosse resguardada; por isso o indivíduo tem de ser respeitado, e essa intocabilidade se estende ao local onde ele vive e exerce suas atividades. Dizia Carrara, com a costumeira beleza: 'Mal o homem viu o primeiro pôr-do-sol e logo olhou em torno à procura de um abrigo onde pudesse repousar o corpo exausto' (Programa, Parte especial, vol. 2, § 1.651). E acrescentava: 'E encontrando ali a proteção para as intempéries e a defesa contra os animais e, pouco a pouco, as desejadas comodidades, consagrou-lhe o seu afeto, como cousa caríssima, como parte de si mesmo: pareceu-lhe haver feito uma grande conquista quando pôde dizer: este é meu refúgio, minha casa, meu domicílio'" (TORNAGHI, Hélio. Prisão e liberdade. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1963. vol. 1, p. 314-315, nota 16).

essência, haja vista que é a própria vida social que impõe, em certas circunstâncias, dados os modos, os hábitos e os costumes de determinada época, local e cultura, que, em relação a certos atos da vida, se observe certo recato.

Esta ideia de casa enquanto lar, que vai além do conceito físico de construção, eis que até mesmo as cavidades naturais, como grutas e cavernas, poderão ser encaradas como tal, além de outras habitações precárias como barracas ou tendas, é a que se agrega ao conceito de inviolabilidade e que se torna imprescindível para que se coloque, independentemente da forma que assuma, como verdadeiro asilo do indivíduo.

Eis porque o texto constitucional se refere a situações bastante especiais como o desastre, o flagrante delito ou a prestação de socorro, além do consentimento do próprio morador, para que se possa licitamente dar a entrada em local alheio habitado, pondo a salvo da prática de qualquer ilícito quem nestas circunstâncias assim procede.

Destarte, dada a natureza da medida judicial de prisão, que enquanto pena deve-se cumprir em estabelecimento prisional adequado e que, enquanto medida cautelar, implica o recolhimento do preso à cadeia pública, a prisão domiciliar, como substituta destas últimas, sem deixar de se configurar como modalidade prisional, expressamente disposta no CPP e na Lei de Execução Penal, em vista dos limites impostos no art. 5º, XI da CRFB/88, constitui-se como verdadeiro desafio à ordem jurídico-constitucional posta, já que se deve observar nesta, antes de tudo, o limite temporal ali previsto para o cumprimento de qualquer ordem judicial que determine o ingresso na casa de alguém, qual seja, *o dia claro*.

Deste modo, vamos tentar desenvolver o tema em questão para ver por que balizamentos se deve esquadrinhar a modalidade prisional ora em comento.

4. A questão do consentimento do morador

Há que se observar que, como garantia à inviolabilidade, por certo, visa o dispositivo constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger o indivíduo de quaisquer abusos perpetrados por quem quer que seja, notadamente, pelo Estado, representado por seus agentes, eis que se constituem as garantias constitucionais em normas limitadoras, antes de tudo, do poder estatal. Como tal, por óbvio, a princípio, não há como se ter por violada tal garantia acaso o titular do próprio interesse a que visa a norma constitucional proteger permita ou consinta com o ingresso em sua residência, de acordo com o regulado na norma constitucional mencionada.

Veja-se, em observância às normas constitucionais anteriores, que o consentimento do morador para o ingresso em sua casa era sempre referido, em primeiro lugar, ao período da noite, sendo que, a princípio, também durante o dia tal consentimento se fizesse necessário, fora das exceções previstas em que se o dispensava. Porém, *podia a lei estabelecer outras exceções à inviolabilidade domiciliar, referidas, porém, sempre ao período do dia*.

Ao contrário, na Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se que, durante o dia ou a noite, sem distinção, sem o consentimento do morador, não há como

constitucionalmente se penetrar em casa alheia, fora das exceções de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, somente podendo *durante o dia*, mediante ordem judicial, ali se penetrar sem o dito consentimento. E só!

Intuitivo, pois, à ideia de consentimento é que a manifestação de vontade a ele inerente seja livre. A verdadeira *ratio legis* da garantia constitucional ora em exame não é outra que proteger a própria liberdade individual.

Destarte, não há sentido se sustentar um "consentimento", ou seja, uma permissão que seja dada por quem de direito para ingressarem em sua casa se, em verdade, forçado foi a tanto, física ou psicologicamente, ou se levado foi a tanto em razão de certas circunstâncias, notadamente, oriundas de algum ato opressor, efetivo ou iminente.

Guardemos, porém, por ora esta ideia para, ao empós, voltarmos a ela oportunamente.

Apenas com exceção à Carta de 1937, observamos que o consentimento do morador era ainda mais limitativo que hoje em dia, pois, além de ser necessário ao próprio ingresso, limitava a possibilidade de se criarem outras exceções à inviolabilidade.

Ora, com isso, reforça-se a ideia de proteção a que visa a garantia constitucional em comento, pois limitar o ingresso de terceiros à noite na casa de alguém ao expresso consentimento deste, além da própria liberdade, visa a proteger o sossego e a privacidade que se espera ter como tal em tal período do dia, já que, em geral, reserva-se a noite ao descanso e recolhimento dos que ali habitam.

5. O conceito jurídico de casa e de domicílio

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, protege a casa e o domicílio tanto a lei civil, como a lei penal.

Primeiramente, o legislador civil, em regime de plena liberdade, conceituou domicílio como sendo o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo (art. 70 da Lei nº 10.406/02).

Todavia, do ponto de vista penal, temos como exemplo de casa uma cabana, um quarto de hotel, a cabine de um transatlântico, a barraca do campista, o aposento ocupado de habitação coletiva, os compartimentos destinados ao exercício de certas atividades, como consultório médico, de dentista, pouco importando se a moradia constitui-se de forma permanente, transitória, eventual ou alternada.[4]

O Código Penal classifica o domicílio do indivíduo diferentemente de como o faz o Código Civil. O § 4º do art. 150 do CP estabelece como conceito de casa o seguinte: (a) qualquer compartimento habitado; (b) aposento ocupado de habitação coletiva; (c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

[4] *(JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado, Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, p. 413).*

Em pesquisa à jurisprudência do STF, no RHC 90.376, afirmou-se que casa deve ser interpretada extensivamente.[5]

Portanto, de há muito estabelecido o conceito de casa, a ele se dando o elastério que a interpretação judicial e a doutrina lhe atribuem. Tal conceito deve ser levado, pois, em consideração para efeito da garantia constitucional de que trata o art. 5º, XI da CRFB/88[6]. A vontade, pois, neste caso considerada, do residente ou ocupante é para o ingresso do agente do Estado ou do particular se dar sem que se constitua tal ato em violação à sua casa, o que difere do que é informado no conceito de domicílio civil.

Curiosa, todavia, a condição de quem se encontra preso, sendo considerado, pela lei civil, domicílio deste o local onde cumpre sentença condenatória, a teor do parágrafo único do art. 76 da Lei nº 10.406/02.[7]

De certo modo, toda pessoa que se encontre presa, ainda que em estabelecimento prisional, já não se encontraria, digamos, domiciliado? Portanto, de certo modo, em "prisão domiciliar"? Domicílio há, mas, há *casa, abrigo*, no sentido do art. 5º, XI referido?

Quem se encontra em regime prisional, embora domiciliado para efeitos da lei civil no local onde cumpre pena, se encontra sob a permanente vigilância do Estado, submetido, pois, à sua disciplina específica, eis que sob sua custódia, não havendo que se falar propriamente em violação de domicílio por quem ingressa a qualquer hora do dia ou da noite no local em cujo cumprimento se dá a reprimenda. A princípio, então, não há que se falar em garantia à inviolabilidade de domicílio quando do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, não podendo, pois, se opor o preso ao agente do Estado que queira, a qualquer tempo, ingressar no local onde se encontra recolhido para, *v.g.*, proceder a revistas ou examinar as condições gerais da cela onde se o encarcere, ressalvada a dignidade e demais direitos que se devem observar em relação à pessoa do detido, inclusive, sua proteção contra atos

---

[5] Eis a conceituação dada no dito acórdão: "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007)."

[6] "Muito embora, como ensina Pontes de Miranda, a expressão 'domicílio', em Direito Constitucional, tenha outro significado em Direito Privado (cf. *Comentários à Constituição de 1967*, t.5, p.185), as nossas Constituições, com exceção da de 1937, sempre usaram a expressão 'casa', que 'diz mais que domicílio'". A atual, no seu art. 5º, XI, proclama:
"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." FILHO, Fernando da Costa Tourinho *op. cit., pág.* 357/358.

[7] "*Art. 76.* Têm domicílio necessário o *incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e* o preso.
Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença." (grifos nossos)

de terceiros, *ex vi* do art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88. O mesmo se diga de quem esteja em prisão provisória.

Já a inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo, descrito no inciso XI do art. 5º da CRFB/88, visa, como não se deve olvidar, à garantia do interesse jurídico mor descrito no *caput* do dito dispositivo constitucional: *a liberdade*.

Assim, *casa*, da forma como disciplinada na Constituição Federal e para efeitos penais, não se confunde com *domicílio*, na forma do determinado no Direito Civil, embora uma e outro possam se confundir em razão de se concentrarem no mesmo local, porém, não necessariamente, haja vista que, acaso presa em estabelecimento prisional ou cadeia pública, tem a pessoa por domicílio local diverso do de sua casa, da sua residência, fruto de sua escolha, ainda que possa aquele ser, também e não somente, a sua residência, fixada com ânimo definitivo, porém, *em regime de liberdade*, o que não se confunde com o disposto no parágrafo único do art. 76 do Código Civil, eis que aqui se está a tratar de *domicílio necessário*, independente da vontade de quem o possui por força da circunstância de estar preso, eis que estabelecido *ex vi legis*.

Desta forma, mister se analisar, ante o tratamento diverso que recebe no nosso ordenamento jurídico o domicílio e a casa, o instituto da prisão domiciliar em suas versões existentes e previstas na lei: *o Código de Processo Penal* e *a Lei de Execução Penal*.

6. A prisão domiciliar no direito pátrio

6.1. Da prisão-pena

Temos que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como modalidade prisional a prisão domiciliar. E, assim, chegamos ao ponto nevrálgico do presente artigo.

A prisão domiciliar ganhou especial incremento no ordenamento jurídico brasileiro, alcançando, enquanto modalidade de execução de prisão-pena, disciplina na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com previsão expressa no seu art. 146-B, IV e no seu art. 146-C, com o regime propriamente dito do monitoramento eletrônico.

Destarte, pelo que vimos até aqui, a prisão domiciliar se apresenta, a princípio, na Lei de Execução Penal, como forma diversa de execução das penas privativas de liberdade cuja fiscalização poderá se dar por meio de monitoramento eletrônico.

Entre os deveres do condenado, encontra-se o de receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações e abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o respectivo dispositivo eletrônico ou de permitir que outrem o faça, na forma dos incisos I e II do dito art. 146-C.

Esta modalidade de execução de *pena privativa de liberdade* não pode passar incólume ao crivo do regramento constitucional, notadamente, a nosso ver, por conter a Constituição Federal garantias impostergáveis do cidadão e do indivíduo em geral. Esta relação, pois, do ponto de vista hierárquico-normativo, ascende a uma

importância *sine qua non*, eis que intimamente relacionada ao *status libertatis* que ganha natureza de cláusula pétrea em constituição rígida como a nossa.

Quando recorremos ao nosso texto constitucional, a primeira garantia a que visamos em se tratando de pena é a disposta no seu art. 5º, XXXIX, que nada mais é que a decorrente do brocado latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, qual seja, de que nenhum crime e nenhuma pena serão válidos se não previstos em lei.

E, mais especificamente em relação à pena privativa de liberdade, vem logo à mente a norma do art. 5º, XLVIII da Magna Carta que estabelece que toda pena será cumprida *em estabelecimento próprio para tanto*, respeitado o sexo, a idade e a natureza do delito. Apesar de lá se referir à pena de forma genérica, há de se entender a expressão por uma interpretação restritiva, já que o legislador disse aqui mais do que realmente tencionou dizer, pois a pena a que quis se referir foi tão somente a *privativa de liberdade*, sendo esta uma das que vem expressamente previstas no inciso XLVI, do art. 5º da CRFB/88.

Ao se perquirir quais são as penas privativas de liberdade previstas no ordenamento jurídico penal brasileiro, o Código Penal, nos artigos que as regulam (art. 33 *usque* 42), não prevê a prisão domiciliar como modalidade de tal espécie de sanção penal.

Da mesma forma, não se coloca a prisão domiciliar no Código Penal como espécie de regime prisional, como o regime fechado, o semiaberto e o aberto. Portanto, a primeira dúvida que deve brotar no espírito do intérprete é o que de fato seria a prisão domiciliar perante o ordenamento jurídico penal material.

Assim, a primeira perplexidade que advém de tal tratamento legal é o de que, não sendo a rigor modalidade de sanção penal, se se poderia sustentar como tal perante ordenamento jurídico constitucional tão restritivo como o nosso.

Em face da dúvida acima suscitada, porém, não apenas em razão desta, a disciplina constitucional que se deu a casa é que, em linha preliminar, se coloca como um dos maiores desafios, ao nível jurídico constitucional-penal, em face da norma do art. 5º, XI.

Portanto, à primeira vista, a ideia de casa opõe-se à de prisão, pois não se pode ter como concebido que aquilo que, antes de mais nada deve servir de asilo, se ponha simultaneamente como cárcere de quem quer se proteger exatamente daquele a quem se visa no asilo rechaçar: *o Estado*. Veja-se a definição de prisão domiciliar dada no art. 317 do CPP que trata não de pena, mas tão somente de prisão cautelar[8].

Ora, o fundamento de toda pena de prisão reside no poder de *imperium* do Estado, cujo exercício se faz necessário à manutenção da ordem social[9].

---

[8] *"Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

[9] "Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Quando da estruturação da Magna Carta, em que se faz a composição do Poder Público, procura-se delimitar o que podem ou não podem fazer os órgãos que o exercem, e, ao mesmo tempo, se estabelecem barreiras

Em sendo assim, mister se faz estabelecer e entender o real alcance da lei para se ter a real dimensão do poder do Estado, ou seja, para se saber o que realmente pode ser exigido de cada um dos seus cidadãos, ao passo que já nasce aquele limitado pelo que lhe é ditado pela ordem jurídica.

Destarte, chama a atenção que a lei até aqui considerada não coloque a prisão domiciliar como pena, mas como mera modalidade de execução penal, pondo o condenado a uma pena privativa de liberdade, preso em sua própria casa, a despeito do que vem posto no art. 5º, XI da CRFB/88.

Como se disse até aqui, não há pena sem lei que previamente a defina. Deste modo, ao que parece, não se tem a prisão domiciliar como modalidade de pena privativa de liberdade, porém, se caracterizando como medida judicial que se impõe a tanto. Contudo, não são somente as penas privativas de liberdade que se colocam como sanção penal, havendo, entre outras, as restritivas de direitos.

Voltando-se ao Código Penal, também não se vislumbra presente a prisão domiciliar compreendida em tal modalidade sancionatória (art. 43 *usque* 48 do CP), pois "*as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade*".

Nesta toada, além de não se encontrar a prisão domiciliar como modalidade de pena restritiva de direitos, as que estão expressamente previstas como limitação de fim de semana, prestação de serviços comunitários e interdição temporária de direitos também não se cumprem na casa do condenado, no máximo, em se tratando de limitação de fim de semana, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, como se vê da dicção do art. 48 do CP. Nem se diga que substitui as privativas de liberdade, eis que igualmente se caracteriza como prisão, apenas, que se cumpre na casa do condenado.

Assim, temos, a princípio, como penas privativas de liberdade, as previstas no Código Penal, como as de reclusão e detenção, que se cumprem, a depender do regime, em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média (fechado); em colônia agrícola, industrial ou em outro estabelecimento similar (semiaberto); e em casa de albergado ou similar (aberto), tudo em consonância com o disposto no art. 5º, XLVIII da CRFB/88.

De igual sorte, diga-se o mesmo da prisão simples, na forma do que estabelece a lei das contravenções penais.

Quanto a outros tipos de penas, como pecuniárias ou de perdimento de bens, nem há do que tratar, pois totalmente fora de qualquer identidade com a modalidade sancionatória ora em comento.

---

intransponíveis para a tutela e resguardo dos chamados direitos fundamentais do homem, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão. Mas, se os homens pautassem os seus atos de acordo com a lei, 'se compreendessem sem erros os seus direitos e cumprissem, sem falhas nem demoras, os seus deveres, o poder público não teria razão substancial de ser'. *Conclui-se, pois, que o Poder Público existe, precipuamente, para manter a ordem e assegurar os direitos de todos*." FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *op. cit, pág.* 338. (grifos nossos)

Tem-se a dizer que parte da doutrina considera distinta a *pena privativa da liberdade* da *restritiva de liberdade*, na forma como descrito no art. 5º, XLVI, alínea "a", da CRFB/88, sendo que esta última comportaria apenas uma restrição ao direito ambulatório e não a sua supressão total, como ocorre nas primeiras, abarcando, inclusive, a prisão domiciliar, como o recolhimento noturno[10]. Todavia, sua previsão deve igualmente estar na lei, nela sendo especificados os casos de sua aplicação, como preceito secundário decorrente da tipificação de determinada conduta ou referida em norma geral de aplicação nos casos nela especificados, como modalidade prisional que é, ao contrário do que entendam, pois implicará, de todo modo, o aprisionamento da pessoa em sua casa, ainda que limitado à parte do dia, por força de uma decisão judicial que, como se viu, encontra limites temporais para o seu cumprimento.

No que se refere ao disposto no art. 117 da LEP, deixaremos para disto tratar mais adiante.

6.2. Da prisão cautelar domiciliar

Seu conceito encontra previsão, como dito, no art. 317 do CPP, e as condições para a sua concessão se encontram consignadas no art. 318 do CPP.

Ademais, como espécie de outras medidas cautelares, temos o disposto no art. 319, V do CPP, qual seja, o recolhimento noturno do preso em sua casa.

Em sendo assim, primeiramente, há que se observar o interessante preceito que vem posto logo no art. 317 do CPP. A prisão domiciliar ali se define como sendo aquela que o preso cumpre em sua própria residência, donde somente poderá se ausentar mediante autorização judicial. Em resumo, parece pinçar, como se vê, o conceito civilístico de domicílio, ao estabelecer como cárcere a residência do preso, ou seja, aquela decorrente de sua escolha, porém, colocando-se em posição diametralmente oposta à norma que visa a garantir a inviolabilidade da casa, consignada no art. 5º, XI da CRFB/88, onde previsto está que naquela somente se poderá entrar por ordem judicial e no período diurno.

Seguindo na redação do aludido dispositivo legal, no caso da prisão domiciliar, somente poderá o residente de sua casa se ausentar mediante ordem judicial. Já, em liberdade, somente poderão na sua casa, salvantes as hipóteses constitucionalmente previstas, terceiros ingressar *mediante ordem judicial e de dia*, não carecendo, neste caso, o próprio morador de qualquer autorização judicial para dela se ausentar.

Já por este particular aspecto, temos que a prisão domiciliar, numa primeira análise, parece confrontar-se com a Constituição Federal, pois esta prevê como asilo inviolável do indivíduo sua casa, devendo esta destinar-se sempre ao abrigo daquele,

[10] "As *penas restritivas de liberdade* não constituem formas de encarceramento. Não se trata da prisão do condenado, pois assim seriam privativas de liberdade. Consistem na limitação do direito de ir e vir do condenado: seu confinamento em determinado local, proibição de viajar sem autorização judicial, determinação de não freqüentar determinados locais, *obrigação de se recolher ao lar à noite*, a partir de determinada hora etc." SILVA, José Afonso, *op.cit.* pág. 147. (grifos nossos)

seu habitante ou possuidor, e não ao local onde cumpre ou cumprirá sanção penal ou medida prisional.

Aliás, remontando ao próprio conceito de domicílio, dado pela legislação civil, parece redundante a terminologia "prisão domiciliar", já que o preso, enquanto tal, já tem por *domicílio necessário* exatamente o local onde cumpre a sua prisão, como acima visto. Desse modo, em nada acrescenta, sob este particular aspecto, o adjetivo domiciliar ao substantivo prisão a que vem adjunto, senão para se enfatizar que é *na residência do preso* que este deverá agora ficar detido. Portanto, não é ao domicílio, enquanto conceito jurídico próprio do Direito Civil, a que deve se dirigir o designativo domiciliar justaposto à prisão, senão que a norma do art. 317 do CPP está a se referir, verdadeiramente, *à própria casa do preso*, sua residência, como lá expresso e que, pela definição constitucional, *é o asilo inviolável de qualquer um*, independentemente de ser este seu domicílio ou não.

Estaria aí, pois, senda aberta para se ingressar na casa de alguém enquanto se encontre em estabelecimento prisional, sem ordem judicial para tanto, a qualquer tempo e/ou sob quaisquer circunstâncias? Cremos que não, principalmente, se não houver necessidade de ali se colher alguma prova, ou para que nenhuma prova se perca, como a pericial, por ser o local da prática do delito investigado ou de que foi acusado o indivíduo, ou para a prática de qualquer outra medida judicial urgente.

Mesmo a busca e apreensão, acaso não observada tal regra constitucional, ter-se-á por abusiva, carecendo de ser realizada mediante os ditames legais e constitucionais, sob pena de nulidade.

Portanto, pelo simples fato de estar o seu possuidor e/ou proprietário preso, quando antes ali se encontrava residindo por força de seu direito de liberdade, seu estado prisional não possui força jurídica suficiente para, por si só, transformar o que outrora era seu lar agora em ambiente abandonado, pelo que ainda ali se faz incidir a garantia constitucional da inviolabilidade. Do contrário, o simples fato de encontrar-se a pessoa presa lhe reduziria a capacidade jurídica de administração de seus bens, representando uma *capitis diminutio*, contrário, pois, ao direito de personalidade que se deve preservar a toda e qualquer pessoa, ainda que presa.

A prisão cautelar, pois, como medida cautelar que é, tem apenas por princípio o da instrumentalidade. Visa, destarte, à preservação da própria prestação jurisdicional ou à garantia da satisfação da pretensão punitiva. Se a prisão domiciliar se coloca como um substituto do ergástulo cautelar, muito embora em essência deste não difira, mister que se constitua como meio adequado e idôneo a tanto, sem o que não há razão de ser.

E se há outros interesses que reivindicam a presença da pessoa do preso, como o de crianças e adolescentes que demandam daquele cuidado e atenção, por serem seus filhos ou estarem sob sua guarda ou poder, há que se sopesar o interesse maior que o próprio texto constitucional atribui a estes últimos com os que justificam a prisão cautelar, como veremos a seguir.

6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros

Temos que, pelas muitas condições para a sua concessão, a submissão do preso cautelar à prisão domiciliar trará consequências para a vida de outras pessoas que àquele se vinculam e que, pelas condições pessoais que apresentam, se colocam sob seus cuidados, seja em razão da idade que possuem, seja por se encontrarem debilitadas.

Porém, em certas situações, se pode colocar em risco a esfera de direitos inalienáveis de tais pessoas que não são abrangidas diretamente pelo decreto prisional. A própria prisão domiciliar, com a possibilidade de ingresso no lar de agentes do Estado ante a necessidade de fiscalização de seu cumprimento, importa também em violação do domicílio dos outros.

Retornando à definição de domicílio dada pela lei civil, tem-se, por exemplo, que os menores e incapazes o tem como seu o de seus pais ou responsáveis, o que implica dizer que, por possuírem como casa a mesma onde se deva cumprir a prisão domiciliar, acabam por ter também como infringida a sua garantia à inviolabilidade, eis que não respondem a delito algum.

Diga-se o mesmo, e com muito maior razão, quando da hipótese da prisão domiciliar como execução penal, haja vista que é norma expressa do art. 5º, XLV da CRFB/88 que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Por coincidência, o domicílio dos menores ou incapazes é o mesmo *domicílio necessário* que o dos presos em geral, embora por razões jurídicas totalmente diversas destes últimos.

O que ocorre no caso do preso é que não cumpre esta pena, a princípio, por força de sua própria vontade, eis que a pena privativa de liberdade, modalidade de sanção penal, é medida restritiva *imposta* pelo Estado, decorrente de seu poder de *imperium*. O mesmo se diga em relação às modalidades de prisão provisória. Daí, ser o domicílio do preso *necessário*. Eis, pois, o questionamento: mas, poderia tal consequência jurídica, quando decorrente de uma pena criminal, ultrapassar a pessoa do condenado, de modo a alcançar pessoa diversa, ainda que filho seu ou não, menor sob sua guarda ou poder, sem se ferir o princípio constitucional da pessoalidade das penas, *ex vi* do art. 5º, XLV da CRFB/88[11]?

Neste passo, a considerar, de um lado, que a lei civil determina que os incapazes terão como domicílio *necessariamente* o de seus pais, por outro, tal determinação não pode impor que estes sejam submetidos as mesmas consequências das penas criminais impostas a seus genitores.

Não se deve, pois, negar que um dos efeitos civis da prisão é a fixação do domicílio do preso no local onde a cumpre, com todas as consequências daí advindas, como ser vigiado, ser submetido à fiscalização de agentes do Estado, como revistas,

---

[11] *"Art. 5º (...)*
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

regime disciplinar, monitoramento eletrônico etc. Contudo, tais consequências devem-se observar em relação única e exclusivamente ao preso, a quem esteja submetido expressamente ao decreto prisional, seja ele provisório ou definitivo, e não a quem nem é investigado, denunciado, réu ou sentenciado em um processo criminal, como seus filhos.

Da mesma forma, veja-se a situação de quem for cônjuge ou companheiro do preso, pois, exigir do que não praticou o delito que se veja a todo tempo vigiado e submetido à fiscalização dos agentes estatais por força do decreto prisional, em súa própria casa, parece ser violador de uma série de garantias constitucionais que põem a salvo o terceiro de sofrer as consequências de uma pena de prisão, que deve encerrar caráter pessoal, ou de uma prisão cautelar, além da própria garantia da inviolabilidade de sua casa.

Ainda que a norma constitucional ponha a salvo o consentimento do morador para que se possa dar o ingresso em sua casa sem que se veja aí violação ao domicílio, não deveria se ter por extensível, neste caso, tal manifestação de vontade a quem não possui capacidade jurídica para tanto, como no caso dos menores, bem como a quem nem ao menos foi ou é parte no processo penal, como os cônjuges ou companheiros ou quaisquer outros que convivam com o preso na mesma casa em que se dará o cumprimento da prisão domiciliar seja lá a que título for.[12]

Aliás, em relação ao consentimento do próprio preso, conforme dito anteriormente, nos reportaremos a ele agora por chegar o momento oportuno para tanto.

Muito se poderia dizer a favor da prisão domiciliar em razão de suposto consentimento dado pelo próprio preso, eis que supriria ou seria este suficiente para contornar as dificuldades vistas até aqui, seja a prisão domiciliar cautelar, seja como execução de pena, haja vista que em geral é concedida por pleito ou pedido expresso feito pela defesa técnica, a quem os defendidos atribuem mandato para agir em seu nome.

Ocorre que toda manifestação de vontade para se ter como válida e, por conseguinte, fonte de obrigação e de direitos, deve se dar de forma livre, espontânea, sem submissão a qualquer tipo de coação ou ameaça.

Ora, é difícil crer que quem esteja na iminência de ser ou continuar a estar preso, seja cautelar, seja definitivamente, concorde *sempre* de forma absolutamente espontânea e livre com que o Estado transforme sua casa, outrora asilo inviolável, doravante, em seu cárcere[13], ainda que se veja nisso um benefício em comparação à pena de prisão a ser cumprida em estabelecimento penal ou a recolhimento cautelar à cadeia pública, sendo observado no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2) que não há regulamentação a esse respeito, nem legal, nem jurisprudencial, ao contrário de sistemas judiciais alienígenas, como ocorre na Espanha, ainda quando se trate de prisão em flagrante.

---

[12] Importante trecho colhido de recentíssimo acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

[13] Acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

Tem-se ainda a dizer que, em se tratando de cônjuge, se verifica uma horizontalidade na autoridade quanto ao consentimento para ingresso na casa, decorrente do regime de igualdade, *ex vi* do art. 226, § 5º da CRFB/88[14], valendo registrar que a simples oposição de qualquer deles ao ingresso no lar conjugal, acaso violada, caracteriza o crime de violação de domicílio, já que se deve dar prevalência ao *ius prohibendi*, como registra a jurisprudência e a doutrina.[15]

Da mesma forma, registre-se que a jurisprudência e a doutrina também apontam para a possibilidade de se conferir o mesmo *ius prohibendi* aos filhos do dono ou possuidor da casa quanto aos aposentos que aqueles ocupem em relação a terceiros[16]. Ainda que permitidos estes últimos pelos pais a ingressarem no lar familiar, tendo em vista a limitação imposta pelo inciso XLV do art. 5º da CRFB/88, duvidoso, neste caso, se submeterem seus filhos ao mesmo regime prisional a que se submetem seus genitores em prisão domiciliar. Apenas em relação a seus pais é que os filhos não podem se opor, *em regime de liberdade*, a que ingressem nos aposentos que ocupem, assim como de terceiros por aqueles franqueado o ingresso, como empregados, familiares, operários ou quaisquer outros pelos mais variados motivos, sempre tendo por mira os direitos prevalentes dos menores, *ex vi* do art. 227 da CRFB/88, notadamente, de não serem submetidos a quaisquer atos de opressão ou violência, entre outros. A não ser assim, basear-se apenas no regime de subordinação em que se encontram os filhos menores em relação a seus pais para os submeter às ingerências de terceiros decorrentes do regime prisional destes últimos será reduzir à letra morta os direitos e garantias constitucionais que se põem a favor daqueles, pelo que entendemos que a conciliação do regime de prisão domiciliar com tais garantias se coloca, até agora, como bastante precária ou mesmo inviável.

Aqui, também, cabe assinalar que não se pode deixar de citar o disposto no inciso LXVI do art. 5º da CRFB/88, onde estabelecido está que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.* Significa dizer que *a preferência é sempre do direito à liberdade*, ainda que provisória, sendo certo que quando se verificar alguma situação que justifique se pôr em liberdade alguém, ainda que no curso de um processo penal, em razão de algum interesse jurídico prevalente em face do próprio interesse estatal relativo ao cumprimento da lei penal, ou da garantia à instrução penal ou qualquer outro, melhor determinar-se a sua soltura, exigindo-lhe ou não fiança como contracautela, nos casos e na forma prevista na legislação, como no caso de se imporem demais medidas cautelares diversas do encarceramento, *ex vi* do art. 321 do CPP.

Destarte, no caso de se ter o interesse do menor, por exemplo, como prevalente, em razão da proteção que lhe confere a própria Constituição Federal, a teor do disposto no seu art. 227, a liberdade de quem por ele deve velar, como sua mãe ou seu pai, se

[14] Regime de igualdade de JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado, pág. 411, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, Editora Saraiva.
[15] "Conflito de autoridade horizontal. *melior est conditio prohibentis*." (Op. cit., nota 16, pág. 412)
[16] "Dependência de subordinados. Neste sentido; *JTACrimSP*, 62:359." (Op. cit. nota 16, pág. 411)

coloca como bem mais adequada à consecução de tal objetivo do que a dita prisão domiciliar, ainda mais quando se verifica a citada norma do inciso LXVI do seu art. 5º, sem prejuízo de todas as demais garantias constitucionais até então comentadas.

Acrescente-se que a prevalência do direito da criança e do adolescente não é plenamente garantida somente por ter em casa seus genitores ou responsáveis, haja vista que situações extremamente variáveis podem se dar e que igualmente exigirão a presença destes em locais distantes ou fora da casa-prisão, de onde, por força do art. 317 do CPP, somente poderão estes últimos se ausentar por ordem judicial. O filho brigou no colégio, caiu na rua, foi assaltado, foi preso na delegacia, foi internado às pressas no hospital etc., não pode seu genitor ou responsável, sob pena de violação à prisão domiciliar, imediatamente ausentar-se da casa onde a cumpre para acudir a tais situações, senão com autorização judicial para tanto. A depender da situação que exija a presença *incontinenti* do preso, a tal *absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente*, prevista no art. 227 da CRFB/88, com toda certeza, não estará sendo observada pelo Estado com a determinação tão só da chamada prisão domiciliar, pois, até que seja autorizada a saída de casa do detento para atender ou socorrer seu filho, com urgência, de nada mais valerá.

Inclusive, dentro do próprio texto do art. 227 acima citado, tem-se importante regra quanto à proteção de crianças e adolescentes, atinente a pô-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nada mais violento ou opressivo para uma criança ou um adolescente que o submeter conjuntamente com o preso aos efeitos decorrentes da prisão domiciliar, seja esta cautelar ou não, sendo de se ressaltar que o direito correlato a tal ressalva coloca-se como *absoluta prioridade*, ao lado do direito à vida, à liberdade, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, entre outros, previstos no referido dispositivo constitucional.

Ora, como é intuitivo e lógico pensar, a vida, a liberdade, o lazer, a dignidade, o respeito do menor, criança ou adolescente, *enquanto prioridade absoluta*, não se contenta com restrições, principalmente, resultantes de decreto condenatório ou prisional que não lhe diga respeito, ainda que imposto a quem tem por obrigação e dever a sua guarda, o seu sustento, a sua vigilância e tudo o mais que decorra do *status familiae* ou representação de tais pessoas, salvante as limitações que sejam impostas pelo próprio texto constitucional.

Como se não bastasse, tem-se, até mesmo quando o menor deva cumprir alguma medida restritiva de liberdade, em razão de atos infracionais que pratique ou a que responda, que não lhe poderá ser exigido cumprir tal medida em estabelecimento prisional destinado a adultos. O que dizer, então, quando possui como casa a mesma em que alguém adulto esteja cumprindo prisão domiciliar, ainda que seu pai, sua mãe ou responsável, por prática ou indício da prática de um delito, tendo igualmente por

violada garantia constitucional afeta à inviolabilidade de domicílio, se nem ao menos delito ou ato infracional cometeu? Veja-se o que dispõe o art. 185 da Lei nº 8.069/90[17].

Neste diapasão e pelo que foi visto até aqui, em virtude do feixe de relações jurídicas que decorrem de um mesmo fato, a existência da casa como asilo inviolável de quem a habita, se faz suscitar uma série de questões de ordem legal e constitucional que colocam a prisão domiciliar, seja em sua feição de prisão cautelar, seja como modalidade de execução penal, até aqui, em situação bastante crítica perante o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Vejamos agora como se relaciona com outras garantias constitucionais igualmente invioláveis.

7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo

A intimidade, a vida privada, assim como a honra e a imagem das pessoas, é considerada igualmente inviolável, a teor do art. 5º, X, da CRFB/88. Visa à garantia da privacidade. Dispõe a regra constitucional em análise que passível será de indenização o dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, se vislumbra uma dificuldade de ordem prática ao cumprimento da medida prisional, na medida em que difícil será muitas das vezes separá-la da violação ao direito de inviolabilidade da intimidade de terceiros, quando da ingerência de algum agente estatal na casa de alguém para, *v.g.*, proceder a uma revista ou para a verificação do cumprimento da própria prisão domiciliar, implicando isto violação de alguma esfera de interesses que devem estar a salvo desta atividade.

Daí, poderá resultar infração ao recato, ao pudor, ao sossego, ao segredo e tudo o mais que, dentro do que se possa imaginar relativo à intimidade, reconheça-se a alguém resguardar, ainda mais quando não abrangido pela medida judicial que supostamente se pode determinar como exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão.

Da mesma forma, difícil será estabelecer o necessário limite em situações deste jaez para se dizer respeitada a garantia da inviolabilidade de sua casa, eis que o terceiro não há como se dizer obrigado às penas aplicadas ao preso domiciliar e àquele, por encontrar-se em sua casa, a princípio, deve-se garantir a inviolabilidade à intimidade.

Saber o exato limite do que pode fazer o agente público, em face do dever que possui de vigiar e fiscalizar quem se encontra em tal situação prisional pode se tornar uma tarefa bastante complexa e, quiçá, perigosa ao bom desempenho das funções daí

[17] *"Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.*
§ 1º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima.
§ 2º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, *não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade."* (grifos nossos)

decorrentes, bem como contraproducente, eis que deverá haver um limite à atuação estatal, sob pena de se gerarem situações violadoras à esfera de direitos de outrem[18].

8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas

Igualmente, outras garantias constitucionais, como as estabelecidas no art. 5º, XII, da CRFB/88, põem-se em risco ao se cumprir a prisão domiciliar. Fácil é constatar que à casa das pessoas é que, em geral, são enviadas correspondências e telegramas, assim como é no recinto de seu lar que recebem, por vezes, ligações telefônicas e onde possuem aparelhos como computadores, *laptops*, *tablets*, *smartphones* e toda sorte de parafernália de que modernamente se utiliza para a transmissão, recepção e guarda de dados e mensagens pessoais.

A necessidade de se submeter o preso à vigilância e à fiscalização constante por parte do Estado pode implicar a verificação do cumprimento ou não das medidas inerentes ao regime prisional domiciliar, devendo-se, para tanto, determinar a violação de tais dados, correspondências ou informações. Porém, quando pertencentes a terceiros que tenham por casa a mesma do preso, por não estarem aqueles submetidos ao mesmo decreto prisional imposto a este, dever-se-á observar a limitação imposta pelo texto constitucional.

Ora, da mesma forma que os maiores e capazes, os menores e incapazes são detentores das mesmas garantias constitucionais a que se refere a inviolabilidade acima descrita, assim como qualquer outra pessoa que coabite a residência de quem nela se encontra cumprindo prisão domiciliar.

Deste modo, a prisão domiciliar também se põe como ameaça a tal garantia, sendo que nem ao menos exceções a ela estabelecidas no art. 5º, XII, em relação às comunicações telefônicas, se aplica a quem não se encontra referido no decreto prisional.

Imaginar-se possível a quebra do sigilo telefônico de quem se encontre em casa cumprindo pena desde que se utilize de telefone compartilhado pela família, por exemplo, é algo que pode gerar constrangimento e violação a direitos de terceiros, pois ter-se-ão por violadas ligações efetuadas ou recebidas por outrem, diverso da pessoa do apenado ou cautelarmente preso, ainda que haja mandado judicial para tanto. Que dizer então quanto aos telefones particulares dos outros?

De se citar, especificamente à criança e ao adolescente, o que dispõe o art. 17 da Lei nº 8.069/90[19].

Ou seja, espaços e objetos pessoais, assim como os demais interesses e bens materiais e imateriais, como imagem, identidade, autonomia, valores e ideias, que se

---

[18] A propósito do tema, veja-se trecho do artigo intitulado *O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais*.

[19] *"Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação* da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais." (grifos nossos)

quer proteger ou por a salvo pertencentes a crianças e adolescentes e que podem estar compreendidos na casa onde se cumprirá a prisão domiciliar correm o risco de serem violados pelos agentes estatais.

Por outro lado, do ponto de vista prático, poder-se-á justamente em razão das limitações jurídicas impostas ao preso domiciliar, em virtude desta sua condição, valer-se este de interposta pessoa que com ele resida para justamente tentar contornar a limitação que lhe tenha sido imposta, notadamente, quando se constituir sua prisão domiciliar em cautelar, haja vista que a justificativa às medidas cautelares em matéria penal encontra fundamento na necessidade de se pôr a salvo a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública ou econômica, na forma do disposto no art. 312 do CPP, por um juízo de periculosidade que se faz.

Portanto, diante das dificuldades e limitações impostas pela Constituição e pela legislação pertinente, buscar na prisão domiciliar a cautelaridade que se espera para pôr a salvo os interesses que a legislação processual penal preconiza, levando-se em consideração muitas das condicionantes previstas para que não se transforme aquela em arbítrio, não se mostra a medida judicial mais adequada a tanto.

Todavia, impedir que terceiros continuem a morar no mesmo local que sempre moraram, como os filhos menores do preso e pessoas sob seus cuidados, para efeitos de cumprimento da medida, sem que tal se imponha na legislação pertinente, bem como em face de outras garantias constitucionais, como o direito de propriedade e moradia, acaba por retirar a própria justificativa da prisão cautelar na maioria das hipóteses em que vem sendo concedida, constituindo-se em outro desafio que se põe à sua implementação.

9. Do direito de propriedade e de moradia

A análise da prisão domiciliar não poderia passar incólume ao direito de propriedade e de moradia que detenha o preso sobre o imóvel no qual se deverá cumprir.

Como se pode ver, o direito de propriedade é uma garantia constitucional fundamental do cidadão, pondo-a, pois, a salvo de ingerências ou arbítrio do Estado, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Tais exceções, contudo, são bastante específicas como o atendimento à função social, a desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social e a requisição em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXII a XXV, da CRFB/88).

Daí, revestir-se de importância saber a que título se dá a ocupação da casa por seu morador, acaso seu possuidor ou proprietário, quando nela preso, e como se dá a utilização de tal imóvel pelo Estado para cumprimento do mandado judicial relativo à prisão domiciliar.

Não nos parece que esteja a cumprir a propriedade, neste caso, sua função social, pois não se quer que o imóvel que se destina originariamente à moradia de

alguém se transforme em seu próprio cárcere, notadamente, quando é um dos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88.

Ora, o art. 6º menciona a moradia como um direito social, o que vai além do mero direito de propriedade, pois abrange também a posse, seja a título definitivo ou precário, cabendo ao Estado garantir-lhe proteção.

Conforme menciona o texto acima, a moradia é direito social, na forma do que dispõe a Constituição[20].

Assim, tendo em vista que a propriedade é um direito que deve ser respeitado pelo Estado, inclusive, para que cumpra a sua função social, nada mais justo que este coadune o seu interesse com o interesse jurídico inerente à finalidade primária de toda residência, qual seja, servir de moradia a alguém.

Contudo, a função social que deve ser observada em relação ao direito constitucional da propriedade se dá não em relação a seu proprietário ou possuidor, individualmente considerado, eis que se assim o fosse, não haveria como se constituir como verdadeiro interesse social, senão como mero interesse privado, o que difere daquele.

Desta forma, parece estranho que tendo como objetivo maior a casa garantir a moradia de alguém, enquanto realização de sua função social, não apenas, mas fundamentalmente como tal, se possa impor simultaneamente violação à sua inviolabilidade enquanto asilo, constituindo-a como ergástulo.

Se é moradia, não pode comportar limitação maior que a própria Constituição impôs, quando esta mesma determinou que tal direito se dará na forma do que determina, como se vê da parte final do seu artigo 6º, com o óbvio resguardo do disposto no seu art. 5º, XI.

Todavia, carece ainda de tratamento adequado o regime jurídico a que se submete a casa do preso quando nesta se cumpre sua prisão, pois está descrito no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 que poderá a autoridade usar de propriedade particular em caso de *perigo público iminente*, ressalvada a possibilidade de indenização pelo dano daí advindo.

Aqui, o que se está, em verdade, regulamentando não é o uso do direito de propriedade propriamente dito, pois esse é apenas o direito, o interesse jurídico que tem por objeto um bem da vida, concentrado na esfera jurídica de seu titular, senão o próprio bem objeto de tal direito *in casu* um bem imóvel.

Destarte, para que se dê constitucionalmente a possibilidade de requisitar, em geral, o bem de alguém para uso do Estado, incluídos aí os bens imóveis, necessária se faz a existência de um *iminente perigo público*. Estaria presente o tal iminente perigo público a justificar transformar a casa de alguém em sua própria prisão, ainda que cautelar? Para tanto, além do próprio *periculum in mora* que justifica a decretação da prisão preventiva de alguém que, pela nova redação do art. 318 do CPP, poderá

[20] Conforme se extrai de definição contida na obra Comentário Contextual à Constituição, de SILVA, José Afonso da, Malheiros Editores, 5ª edição, pág. 186.

ser convertida em prisão domiciliar, cremos que o constituinte tenha querido se referir como iminente perigo público a algo mais do que a simples necessidade de se garantir a instrução de um processo criminal, ou a aplicação da lei penal ou garantir a ordem pública ou econômica, pois se constitui tal prisão cautelar como mera instrumentalidade de uma atividade estatal específica: *a jurídico-processual-penal*. Da mesma forma, quando se tratar de prisão-pena.

Então, ao menos até aqui, parece que não seria pela exceção à garantia constitucional do direito de propriedade que se daria a prisão domiciliar como modalidade de requisição da casa justificada por iminente perigo público, seja como medida judicial cautelar, seja como sanção penal.

Ademais, a casa onde o preso cumprirá a prisão domiciliar não passa à propriedade do Estado, nem mesmo em razão do que vem disposto no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 ou por outra qualquer razão. Continua ela a pertencer ao preso ou a ser por este possuída e utilizada, seja lá a que título for, porém, como sua moradia, sua residência, sua casa, devendo, agora, nela se submeter à ingerência do Estado. Portanto, a que título se dá, neste caso, a utilização pelo Estado da casa do preso como presídio ou cadeia pública?

Legítima limitação do direito de propriedade, ao que parece, não se constitui. Requisição do imóvel que lhe serve de objeto, igualmente legítima, também não parece se configurar. Então, esta continua a ser uma questão jurídica intrigante sob o ponto de vista da utilização da casa do preso para cumprimento da ordem judicial de sua prisão, ao menos do ponto de vista do direito constitucional de propriedade e de moradia, até agora não devidamente respondida.

10. Da ordem judicial de prisão domiciliar

Neste passo, questão interessante relativa à exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo seria quanto ao mandado ou ordem judicial que a justifica.

É de se pressupor que toda ordem ou mandado judicial se dá em consonância com o que prevê a legislação pertinente, sob pena de se constituir a autoridade judicial como ser supremo que tudo pode, bastando qualquer ordem sua para que se descumpra toda e qualquer garantia legal ou constitucional.

O art. 5º, XI da CRFB/88 prevê como exceção à inviolabilidade da casa de alguém ordem judicial para cujo cumprimento, como outrora visto, deve-se observar o dia.

Ocorre que, no caso da prisão domiciliar, seja como modalidade de execução da prisão-pena, seja como modalidade de prisão cautelar, dever-se-á observar vigilância constante sobre aquele a ela submetido. E, portanto, como temos uma limitação temporal para cumprimento do decreto prisional (parte do dia), soa mais uma vez írrito colocar-se tal modalidade de prisão como execução de sanção penal ou medida cautelar restritiva de liberdade.

Mesmo o monitoramento eletrônico como modalidade de vigilância à distância, por seu caráter invasivo, é de duvidosa constitucionalidade, eis que o que se quer garantir com a inviolabilidade do domicílio de alguém não é apenas o respeito aos limites físicos da propriedade imobiliária que possua, mas, além destes, a própria intimidade e privacidade de quem a habita. Portanto, a proteção se dirige à pessoa e não a casa em si.

Assim, havendo um limite temporal preciso para que se dê o cumprimento da ordem judicial que se coloca como exceção à inviolabilidade da casa, poder-se-ia a todo tempo, em cumprimento a tal ordem, se violar a residência de alguém, seja por que motivo for, como para a fiscalização das condições impostas à prisão domiciliar ou para a verificação das condições do aparelho de monitoramento eletrônico ou mesmo para se certificar se não houve fuga? Achamos que não!

Por outro lado, limitar-se o decreto de prisão domiciliar à parte clara do dia não se coaduna com o que se espera de uma pena privativa de liberdade ou com a cautelar decorrente de uma medida prisional imposta no curso de um processo judicial ou de um inquérito penal. Se se chega à conclusão de que alguém carece recolher-se à prisão por sua liberdade representar risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, havendo limites temporais para se dar o cumprimento integral a uma ordem judicial que se ponha como exceção à inviolabilidade da casa, não vemos como possa prosperar tal medida judicial como eficaz, útil e necessária à preservação dos interesses que a justificam, havendo interesses maiores que aos que visa a cautelar preservar quando determinado cumprir-se em ambiente diverso dos estabelecimentos prisionais.

Se mais importante, em determinadas hipóteses, é que se coloque o indivíduo em liberdade em razão da prevalência de outros interesses jurídicos, como os de crianças e adolescentes, filhos seus ou sob sua guarda ou proteção, em razão de assim terem sido erigidos pelo ordenamento jurídico como um todo, melhor que se coloque em liberdade, ainda que provisória, o até então preso.

A não ser assim, a busca e apreensão, que também é uma medida judicial para cujo cumprimento se exige por vezes o ingresso em casa alheia, poder-se-ia cumprir a qualquer tempo ou sob quaisquer circunstâncias, sendo certo que forte é a jurisprudência no sentido de não reconhecer validade a provas obtidas por meio de tal instrumento legal acaso descumprido o limite temporal para tanto.

Como se vê, em caso de mandado de prisão, não se o cumpre senão de dia, mesmo que se deva fazê-lo em casa de terceiro em que se haja homiziado quem lhe seja objeto. Aqui não se distingue em razão de que a que título se expediu o mandado de prisão, se decorrente de prisão cautelar ou de sentença definitiva. Basta o que dispõe o art. 293 do CPP[21].

[21] *"Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão."*

Contudo, quem se acha preso, seja cautelar, seja definitivamente, o é de dia e de noite, ou seja, o decreto prisional a ele inerente se faz necessário cumprir constantemente pelo período que a lei ou o decreto prisional fixar ou a situação que o justifique perdurar. Existe, pois, uma clara diferença entre o ato de apreensão e o de prisão, verificando-se aquele em momento certo e determinado, enquanto esta se traduz numa situação fática e jurídica oriunda daquele ato e que se protrai no tempo.

Por isso, ao se ter a prisão domiciliar como a que se cumpre na residência do preso, em razão da limitação temporal disposta no art. 5º, XI, da CRFB/88, põe-se séria dúvida quanto à sua constitucionalidade, haja vista não conter o texto constitucional correlato exceção ao cumprimento de decisões judiciais na casa de alguém, *senão durante o dia*. E como as decisões que determinam aquela prisão carecem de uma fiscalização eficaz por parte do aparelho estatal para certificar-se o seu fiel cumprimento, não há como, senão por violação do dito dispositivo constitucional, se proceder a tanto, eis que o art. 5º, XI, somente permite que *de dia* os agentes estatais possam ingressar na casa de alguém.

Veja-se que não mais vigem as exceções que havia em textos constitucionais pretéritos que previam que a legislação infraconstitucional podia criar outras exceções que não as expressamente contidas no dispositivo da inviolabilidade da casa.

Como se verificar, por exemplo, o cumprimento do recolhimento em período noturno, previsto no art. 319, V, do CPP, se o ingresso em casa alheia por determinação judicial não pode se dar senão de dia? Diverso, por exemplo, é tal recolhimento quando se dá em cadeia pública ou presídio, eis que aí não se trata da casa ou residência do preso, senão o local em que, conforme o determinado no texto constitucional, se cumprem as penas privativas de liberdade, de acordo com o sexo, a idade e a natureza do delito, bem como, respectivamente, as prisões provisórias, consistindo aquele em seu domicílio necessário, ou seja, imposto, na forma do que determina a lei civil.

Se a decisão judicial relativa à prisão domiciliar se dá levando em consideração um aspecto volitivo, pois definido é no art. 317 do CPP que prisão domiciliar é aquela que se cumpre na residência do preso, reconhecido é também que esta é a casa do indivíduo, ou seja, aquela que livremente escolhe para servir-lhe de abrigo, isto é, asilo inviolável, portanto, posto a salvo da ingerência estatal. Não pode, a princípio, o Estado subverter o conceito jurídico daquilo que antes forçosamente deve reconhecer como limitador de seu próprio poder para justamente ali o exercer, salvo, se em flagrante delito.

A não ser, então, que passará a ter o indivíduo responsabilidade que é própria do Estado, qual seja, de se pôr como carcereiro de si mesmo, ao menos, na parte do dia em que não é dado nem àquele fazê-lo na casa deste último, qual seja, *à noite*, porém, por ordem dele mesmo, o que, de novo, se coloca contrário ao art. 5º, XI, da CRFB/88, ainda que por um ideal benthaniano do exercício do poder estatal.[22]

[22] Cremos que aqui caiba fazer-se referência ao que Michel Foucault analisou acerca do panóptico de Benthan em sua obra Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

Pode parecer que com tal ordem haja a concessão de um benefício ao próprio preso por poder restar confinado em seu próprio lar, se pondo, na maior parte do tempo, sob sua própria autoridade. Mas, tal ideia se dá em contrariedade ao que visa a própria garantia constitucional da inviolabilidade preservar: *a liberdade*. Ora, se dado é ao Estado reconhecer que pode o indivíduo pôr-se fora de sua submissão, em sua casa, como expressão máxima do direito de liberdade e que este possui pelo simples fato de se constituir como seu cidadão, não há como, pois, obrigá-lo *sempre* o Estado a ali se submeter ao seu poder; a se sentir ali vigiado, ao menos, na parte do dia em que expressamente a Constituição o proíbe e, consequentemente, em que o liberta de tal incumbência.

Daí, a previsão no texto constitucional do cumprimento da pena em estabelecimento prisional adequado, na forma do seu art. 5º, inciso XLVIII, pois este não é o espaço físico que se destina ao exercício da liberdade de ninguém, senão onde se subsome ao poder estatal, sendo que a liberdade, ainda que provisória, é garantia constitucional contra tal poder, *ex vi* do art. 5º, LXVI da CRFB/88, mesmo mediante fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, a teor do art. 321 do CPP, não havendo, destarte, sentido colocar-se como substituta da prisão cautelar uma *outra prisão*, agora, na residência do próprio preso, para que fique aí exposto, inclusive, a toda sorte de ameaça, eis que sob os olhares de todos, com o ingresso a todo momento de policiais, porém, que ali não permanecem para dar-lhe a proteção e vigiá-lo, ante o que a sua situação prisional exige, ficando, pois, submetido às neuras, psicoses e paranoias de estar posto sob a vigília de si mesmo por ordem do Estado. É isto um contrassenso, na medida em que, como visto, nem ao menos garante com integralidade interesses que se querem ter como prevalentes, como o de adolescentes e crianças, conforme acima abordado.

Portanto, não exige a Constituição apenas uma ordem judicial para que se permita o ingresso na casa de alguém, senão que tal ordem possa cumprir-se, nas condições estabelecidas na própria norma constitucional[23], observado o limite temporal para tanto.

11. A jurisprudência

Como se pode ver da jurisprudência recente no país, está sendo acolhida, principalmente como substituta da prisão cautelar, a prisão domiciliar em larga escala, notadamente, quando a postulante encontra-se grávida ou possui prole de até a idade de doze anos, não se verificando o mesmo vigor quando se trata de homem, na qualidade de pai, embora a estes se estenda o benefício em análogas e díspares situações, como na forma do art. 117 da LEP e do art. 318, III e VI do CPP.

[23] Muito a propósito, veja-se o entendimento acerca da reserva jurisdicional prevista em nossa Constituição, trecho de artigo de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, *op.cit.* pág. 06/07.

Quando assim concedida, verifica-se que, *em relação à mulher*, se a defere fazendo, muitas das vezes, alusão às *regras de Bangkok*, principalmente, em face da sua condição de mãe, além, para tanto, do que prevê a legislação interna.

Contudo, mister se faz uma análise mais aprofundada das regras contidas em tal documento, eis que muitas das vezes vinculam a atuação dos magistrados, principalmente, dos tribunais superiores como se imperativo fosse para a concessão da medida sob exame.

11.1 Da Carta de Bangkok

Logo no início dos considerandos, constata-se que um dos objetivos da referida Carta de Bangkok é a adoção de *medida alternativa* à prisão em situações que nela se especificam. Pois, tais *medidas alternativas à prisão* vêm especificadas ao final, da Regra 57 à Regra 65.

Ou seja, claro está como a água que em nenhum momento autorizam as regras de Bangkok a adoção, como *alternativa* à pena de prisão ou à prisão provisória, de *outra prisão*, ainda que em casa do detento, *senão medidas penais alternativas àquelas*. Alternância pressupõe possibilidade de mudança, de escolha de outra coisa ao que se alterna, de substituição. Substituir prisão em presídio ou cadeia por prisão em casa *continua sendo medida privativa de liberdade*, desta vez, de duvidosa constitucionalidade, como até aqui colocado.

Ora, se a ideia é a substituição da medida privativa de liberdade como forma alternativa à adoção da prisão, parece não se ter como determinar, com base em tal documento, a prisão na casa de ninguém.

Inclusive, veja-se que as tais medidas penais alternativas preconizadas pela dita convenção internacional devem ser preferencialmente executadas em estabelecimentos como *casas de albergado* e *organizações não governamentais ou de interesse comunitário*, como se vê do insculpido na Regra 59. Em nenhum momento, se menciona a prisão domiciliar como alternativa à prisão-pena ou à prisão cautelar.

Se necessário é que se mantenha presa a mulher, que o seja no estabelecimento prisional adequado, cabendo ao Estado a sua fiscalização, cumprindo com o dever que lhe compete como tal, o que também é previsto na Regra 59.

Aliás, ainda concernente à Regra 59 da Carta de Bangkok, atente-se para que, mesmo quando ali se reconhece a necessidade de se manter presa a mulher, o é temporariamente, não sendo mais admissível o cárcere contra a sua vontade, como se vê *in fine* daquela disposição convencional, porém, aqui não se trata da vontade relativa ao estabelecimento de domicílio, já que se está a regular na aludida Regra 59 uma medida temporária privativa de liberdade e que não deve prevalecer contra a sua vontade e, não, como uma medida alternativa a tal privação, porém, de análoga consequência prática.

Portanto, em geral, conforme consignado na dita regra, dever-se-á adotar medida alternativa, diversa, pois, da prisão, salvo quando temporária, em favor da proteção feminina e não contrária à vontade da mulher, mas que, neste último caso, deve, a princípio, se cumprir em estabelecimento prisional adequado.

Mas, insistindo no tema, neste caso, estaríamos diante de manifestação de vontade que justificaria, por si só, a prisão domiciliar, ainda que temporária, eis que prevista a regra acima citada, em se tratando de presa, com todo o consectário que uma medida de tal natureza implica, conforme acima já assinalado?

Primeiramente, em razão do já analisado até aqui, chega a ser uma *contraditio in terminis* a regra do art. 319, V, do CPP, como será mais adiante tratado, eis que prevê como alternativa à prisão o recolhimento noturno do preso em prisão domiciliar, pois em nada se mostra alternativo, senão, pela temporariedade do estado prisional, eis que substancialmente continua a ser medida de privação da liberdade, ainda que restrita à parte escura do dia, parte esta em que a própria Constituição Federal veda o cumprimento na casa de quem quer que seja de qualquer decisão judicial. Contudo, ainda que se queira, diante da norma da Regra 59 da Carta de Bangkok, se justificar a medida em comento, deve a manifestação de vontade da presa prevalecer para que se dê o cumprimento de sua prisão em casa, mesmo quando esta se coloca como seu abrigo inviolável, a teor do art. 5º, XI, da CRFB/88?

O problema que se coloca em admitir-se como suficiente a vontade, em especial, da mulher para que se recolha em sua própria casa para cumprimento de uma medida privativa de liberdade é que tal medida decorre de um ato prolatado pelo Estado, ao que se opõe a própria garantia constitucional em referência, haja vista que abrirá oportunidade à infringência de tantas outras garantias constitucionais, como acima mencionado.

O próprio § 2º do art. 5º da CRFB/88 determina que os direitos e garantias nela expressas não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados em que seja parte o Estado brasileiro. Ainda que assim disponha, tem-se que a recíproca não é verdadeira, qual seja, de que possa haver diminuição do conteúdo normativo de quaisquer garantias constitucionais em razão dos tratados que o Brasil firma. A relação, pois, em razão do mencionado dispositivo constitucional é sempre de soma e, não, de subtração.

Ainda que se preveja que 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, reputam-se equivalentes às emendas constitucionais, na forma do § 3º do art. 5º da CRFB/88[24], temos que, como tais, devam obedecer às limitações próprias do poder geral de reforma, impostas pela Carta Magna

[24] *"Art. 5º (...)*
§ 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) *(Atos aprovados na forma deste parágrafo:* DLG nº 186, de 2008 , DEC 6.949, de 2009 , DLG 261, de 2015 , DEC 9.522, de 2018) (Vide ADI 3392)"

ao poder constituinte derivado. E, sendo a garantia da inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável uma garantia individual do cidadão, não se submete esta à deliberação tendente a aboli-la, na forma do disciplinado no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

Neste contexto, podemos dizer que, mesmo que haja o consentimento do morador como exceção expressa à inviolabilidade da casa, na forma do art. 5º, XI, da CRFB/88, *tal exceção visa à garantia do direito de liberdade do indivíduo*, sendo um contrassenso utilizá-la justamente para justificar ato estatal que visa ao contrário de tal interesse jurídico, *o cárcere*, quando a própria Constituição proíbe qualquer reforma que vise a abolir tal garantia como quando só preveja que tais garantias sejam ampliadas e não diminuídas por meio dos tratados internacionais que firme o Brasil.

Remanesce, pois, a pergunta: seria suficiente a manifestação de vontade do indivíduo para se ter como justificada, ao nível constitucional, a prisão domiciliar, com todas as consequências jurídicas advindas da custódia que encerra? Ao menos de uma perspectiva generalista, conforme se extrai da Regra 59 acima, parece-nos que não, em face da visão garantista que nos fornece a cláusula constitucional ora em comento e que ainda informa o Direito interno.

Convém, agora, fazermos uma análise do caso paradigmático - *HABEAS CORPUS* 134.734 SÃO PAULO - que, julgado no STF, optou pelo reconhecimento da aplicação da Carta de Bangkok.

Apesar de ser expressa a convenção de Bangkok acerca do compromisso de adoção pelos Estados signatários de *medida alternativa à prisão*, o voto condutor do acórdão acima citado, da lavra do ilustre Min. Celso de Mello, reputa de acordo com tal documento a previsão da prisão domiciliar em solo pátrio.

A crítica, portanto, a nosso ver pertinente se fazer aqui reside justamente no fato de que a legislação interna, a despeito do voto paradigmático considerar que se adequou o Brasil ao compromisso internacional por ele firmado, ao prever como alternativa à prisão cautelar a prisão domiciliar *data venia,* não se adéqua à tal convenção internacional, pois não se pode ter como alternativo a algo que se procura substituir o que lhe é ontologicamente análogo, pois prisão é da mesma forma, com a agravante de que agora estará o preso por sua conta e risco, cumprindo um decreto prisional em sua própria casa, de forma contrária ao que estabelece a própria ordem constitucional, eis que o Estado não estará mais custodiando o detento, na forma como estabelece a Magna Carta e a própria convenção em comento que, em sua Regra 59, estabelece que *"serão aplicadas* medidas temporárias de privação da liberdade para proteger a uma mulher *unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada,* sempre sob controle judicial ou outras autoridades competentes" (grifos nossos), pois não há como a todo tempo fazer-lhe vigilância em sua própria casa, haja vista o limite temporal para que se cumpra nesta qualquer ordem judicial, a teor da regra do art. 5º, XI, da CRFB/88, não podendo tal dispositivo constitucional ser derrogado por emenda constitucional ou pelo que lhe equivale, como um tratado que verse sobre direitos humanos.

Apesar de citadas expressamente as normas das Regras 57 e 58 da dita convenção no voto em exame, não se vê ali justificada a adoção de prisão domiciliar como sendo a medida alternativa que preconiza.

Ora, está ali com todas as letras disposto que devem ser dadas opções de *medidas alternativas à prisão*, seja ela preventiva ou prisão-pena, não se diferenciando a domiciliar das que sejam cumpridas em estabelecimento prisional, senão pelo local em que se cumprem.

Mas, se vai mais além. Malgrado toda a dificuldade acima posta em face da afetação dos interesses de crianças e adolescentes, para se ver como legítima a prisão domiciliar, conforme já abordado linhas acima, veja-se, na esteira do voto referido, o que neste se consigna, acerca da prevalência dos direitos constitucionais de crianças e adolescentes.

Apesar das conclusões em que vem vazado o voto condutor do eminente relator, não se têm como superados os principais obstáculos para se verem cumpridos como prioridade absoluta os direitos e interesses de crianças e adolescentes quando da concessão de prisão domiciliar a seus pais e/ou responsáveis, notadamente, quando se exige a concretização destes direitos pelo Estado brasileiro, como bem disse o ilustre ministro, pois o encarceramento "domiciliar" de quem por eles deve velar não se mostra, por si só, suficiente ao alcance e consecução de tal desiderato.

E a uma contradição, se nos permite, parece se ter chegado no voto acima, quanto a não se constituir a prisão domiciliar como direito subjetivo do preso. Apesar de não ser a prisão domiciliar direito subjetivo daquele, senão mera faculdade judicial, eis que deverão ser sopesadas condições pessoais suas, como sua personalidade e sua conduta social, simultaneamente se reconhece ser de *absoluta prioridade* os interesses de crianças e adolescentes, na forma do que estatui o art. 227 da CRFB/88.

Concluiu S. Exa., que *"é necessário que seja abolida esta discriminação* e que todo 'menor' seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais" (grifos nossos). Ora, menor, ao rigor da lei civil brasileira, o é toda pessoa até os 17 anos, 11 meses e 29 dias.

Em sendo assim, por epítrope, seguindo-se na linha de raciocínio até então desenvolvida, se todo menor deve ser considerado criança para que se dê a devida proteção do Estado, cabendo a este, para o alcance de tal desiderato, conceder prisão domiciliar a seus pais, não há porque se limitar à idade de 12 anos incompletos dos filhos para que se conceda o gozo da referida "benesse" como o faz a legislação interna.

Se tais direitos para serem reconhecidos como de absoluta prioridade implicam um "*facere*" do Estado, como descrito no texto acima, consistente em colocar-se a pessoa presa em prisão domiciliar, como negar-se a tanto quando isto não recomenda a sua personalidade e/ou a sua conduta social? Nega-se, então, o Estado a reconhecer o direito a crianças e adolescentes que igualmente carecem do amparo de seus pais em razão de uma condição pessoal destes últimos, quando nem ao menos partes são

aqueles na relação jurídico-processual-penal, nada lhes dizendo respeito a conduta social ou a personalidade de seus pais, ao mesmo tempo em que reconhece o Estado-juiz serem aqueles direitos menoristas absolutamente prioritários? Relativiza o Estado aquilo que ele mesmo considera absoluto e prioritário?

Independentemente de como se caracterize a personalidade e a conduta social do agente, salvo quando tal conduta ou personalidade se mostra perniciosa aos interesses dos próprios menores, direito de crianças e adolescentes de terem juntos de si seus pais se materializam perante o ordenamento jurídico constitucional pelo simples fato de possuírem tal condição: *serem crianças e adolescentes*. Daí, porque se mostra, a princípio, a incompatibilidade da prisão domiciliar, principalmente, como benefício ou medida alternativa à prisão cautelar, inda mais em face não só do que a própria Constituição Federal determina, mas também ao que a tão decantada convenção internacional estabelece. E nesta também está prevista a necessidade de se manter presa a mãe, como se vê de sua Regra 61.

Ainda que aqui se mencione condenar, cremos que a Regra deva, por interpretação extensiva, ser observada também, e com muito maior razão, quando se tratar de prisão cautelar, haja vista o fundamento para a adoção de toda medida cautelar residir num risco ou perigo que se pretende evitado, o que, inclusive, já é reconhecido pela jurisprudência em virtude de levar em consideração a personalidade e a conduta do agente para a concessão da medida de prisão domiciliar como substituta da prisão preventiva.

Ora, a orientação que se extrai da regra acima se dá a *contrario sensu*, eis que se o histórico criminal ou a gravidade relativa à conduta criminal, bem como os antecedentes, não recomendam a adoção de medida alternativa à prisão, da mesma forma não poderá justificar a prisão domiciliar, que alternativa nem ao menos é, devendo-se encarcerar a mulher da forma tradicional, eis que é o próprio Estado que reconhece a necessidade de mantê-la presa, pelos motivos e considerações até então levantadas, ainda que em sua própria casa, como hoje se vem duvidosa e constitucionalmente adotando, concluindo-se, então, que continua, tanto no Direito Penal como no Processual Penal, a haver uma preocupação em se dar a devida resposta prisional quando do cometimento de um ilícito criminal ou durante o trâmite processual ou inquisitorial que visa a apurá-lo.

De outro giro, em acórdão, desta feita, oriundo do STJ, prolatado no *HABEAS CORPUS* Nº 368.510-TO (2016/0222355-3), estabeleceu-se a concessão da prisão domiciliar com a previsão de uma série de condições que nos parece contrária ao texto constitucional. Como se vê do respectivo acórdão, somente é reconhecida a realização de medidas fiscalizatórias da cautelar em comento no período compreendido entre as 06:00h e as 18:00h, ou seja, durante a parte clara do dia, como não poderia deixar de ser, pois em sua casa o detido. Porém, a referida decisão o permite fazer a própria Polícia Judiciária, ainda que sem mandado judicial para tanto, o que remonta aos questionamentos acima feitos, notadamente, em face da norma constitucional expressa do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Contudo, pela série de outras medidas impostas, como não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada, determinando-se o desligamento e retirada de todos os aparelhos de telefone existentes até o início do cumprimento, sendo proibido à ré, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, tais acessos, sendo, ainda, vedado a qualquer pessoa que ingresse no imóvel, sejam empregados, conviventes ou visitas, adentrar com algum dispositivo que permita acesso à telefonia ou internet, além do simples recolhimento à prisão em domicílio, como se vê do trecho do acórdão acima citado, como se ter por seguro o seu real cúmprimento, eis que para sua verificação somente podem os agentes do Estado *legitimamente* ingressarem na residência do preso *de dia*, ainda que sem mandado, conforme o acima determinado e ao arrepio da norma constitucional em comento? À noite, o que fará o preso não será do conhecimento do Estado, revelando-se, assim, absolutamente ineficaz a adoção da medida cautelar suscitada, qual seja, a própria prisão, pois não estará o preso sob a constante vigilância estatal, sendo ainda de se assinalar, conforme já acima mencionado, que se dá ao decreto prisional a possibilidade de limitar direitos de terceiros, conviventes do preso e que tenham a necessidade de ingressar na residência, eis que ali também residem, pondo-se séria dúvida quanto à constitucionalidade e eficácia de tal medida por todo o acima já suscitado.

E, se assim se verifica, voltando-se à Regra 59 da dita convenção de Bangkok, ainda que se deva dar o aprisionamento da mulher por força de pedido seu e necessário à sua própria segurança, lá está descrito que deva *sempre* o Estado por esta velar. Como fazê-lo *sempre* se limitado à parte do dia o ingresso de agentes na casa da presa? Para que, então, a decretação da prisão domiciliar? Melhor seria a concessão de liberdade provisória, como previsto no art. 5º, LXVI, da CRFB/88, onde se poderão, inclusive, impor outras medidas cautelares, diversas da prisão, na forma do art. 321 do CPP. Ou que se reconheça a necessidade de manter-se preso, da forma tradicional, quem por sua personalidade e conduta social revela-se perigoso, haja vista os prevalentes interesses decorrentes da situação processual em que se encontra, notadamente, em se tratando de prisão de modalidade cautelar, em face do risco que a justifica.

11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP

11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida

Confere, também, tratamento especial à mulher grávida presa tanto o que dispõe o art. 117, IV, da LEP (prisão-pena), como o art. 318, IV, do CPP (prisão cautelar).

O STJ no *HABEAS CORPUS* Nº 362.700 - SP (2016/0183957-6) concedeu à paciente de *habeas corpus*, grávida e mãe de filhos menores, seguindo a sua jurisprudência, prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva.

Fácil é verificar quão difícil do ponto de vista lógico-racional é justificar a concessão da prisão domiciliar, em certos casos, em razão das circunstâncias em que vêm envoltos.

Como se verifica do acórdão citado, não deixa de reconhecer o Egrégio Tribunal que a regra é a liberdade, sendo imperioso que se decrete a prisão preventiva da agente durante o trâmite processual acaso presente o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, atentando para a gravidade da conduta em face da quantidade de drogas em poder da detenta no momento de sua prisão em flagrante, além de petrechos para a sua confecção e balança de precisão, prisão esta, inclusive, que se deu em sua residência. E, como se não bastasse, ainda possui como companheiro justamente pessoa presa por tráfico de drogas, além de sua própria mãe ser usuária de entorpecentes.

Aqui, pois, apesar do desfecho da decisão citada, a absoluta impropriedade, a nosso ver, da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Outra nota de destaque refere-se ao fato de que se reconhece no dito acórdão ser dever do juiz conceder a prisão domiciliar em caso de mulher grávida e com filho menor, não sendo mera faculdade do juiz, em face do estabelecido em leis de proteção da infância e adolescência, porém, sem deixar de observar a gravidade do delito praticado, como se vê do seguinte trecho:

> *Embora, ao final, tenha o Ministro Rogério Schietti afirmado que o suposto "dever" do juiz em determinar o cumprimento da prisão em regime domiciliar se previstas as condições objetivas em lei "acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão", e que "importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa ", certo é que, feita a ressalva, estamos diante de caso em que a substituição da prisão preventiva se justifica.* (grifos nossos)

Conforme visto em acórdão acima citado, de prolação do STF, de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, pôs-se ressalva à concessão do substitutivo domiciliar em razão da personalidade e conduta do agente, malgrado dar grau de absolutismo à prisão domiciliar em face das normas protetivas da infância e adolescência.

Ademais, é de se ver que não se deixa de reconhecer no dito acórdão do STJ que o instituto da prisão domiciliar possui natureza de prisão provisória, o que também, em referência à crítica acima feita quando do comentário às regras de Bangkok, não pode ser encarado como verdadeira *alternativa* à medida prisional, como verdadeiramente pretende a dita convenção.

Há regras outras, de envergadura constitucional, que devem ser acatadas e que devem pôr a salvo, inclusive, o direito de crianças e adolescentes, como a que prevê

o direito ao aleitamento materno e que as presas têm como garantia decorrente do inciso L do art. 5º da CRFB/88.

De se citar trecho interessante de voto e debate havido no julgamento do HC 130152/SP, impetrado junto ao STF, em que se concedeu igual benefício[25].

Digna, pois, de nota a preocupação levantada pela Exma. Min. Cármen Lúcia em relação ao cumprimento de prisão domiciliar em casos de constatada gravidade do delito praticado, como tráfico de drogas, ainda mais quando presentes normas de envergadura constitucional de proteção à infância e à maternidade, eis que não devem ser indiscriminadamente considerados os casos que ensejam a concessão daquela modalidade prisional, fazendo, inclusive, alusão a I. Ministra ao ambiente familiar da detenta, submetida várias vezes ao jugo de seus companheiros, muitas das vezes também delinquentes, e à necessidade de cumprir-se a pena em local adequado, como deveria ser garantido pelo Estado, valendo, aqui, a advertência para que não se transforme em rotina a concessão do benefício, salvo toda a crítica até então feita em razão do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Assim, inclinada a citada ministra para a adoção de medidas alternativas outras, como o recolhimento da presa a estabelecimento adequado, onde se presta a devida assistência à criança, com a participação da sociedade civil, com atividades laborais para as presas, mais adequado à consecução dos fins estabelecidos na Carta de Bangkok, citando, em suas observações, o Centro de Referência para mulheres grávidas existente em Belo Horizonte.

---

[25] *In verbis*:
"HC 130152 / SP - SÃO PAULO
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016
Parte(s)
PACTE.(S): ORQUÍDEA PEDRO DE OLIVEIRA
IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 332498 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Ementa
Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Paciente lactante. Pleito de revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Segregação cautelar mantida com base na gravidade abstrata do crime. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 7. Ordem concedida de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva domiciliar.

11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente

Quanto à situação de condenada com filho menor de seis anos ou deficiente físico ou mental, somos de citar, a princípio, a jurisprudência do STJ a respeito, tanto por aplicação do art. 117, III, da LEP quanto por aplicação do art. 318, III, do CPP, como se vê do *HABEAS CORPUS* Nº 168.551 - RS (2010/0063559-7).

Deste modo, temos mais uma vez que o STJ leva em consideração *situação excepcional* em que o Estado não fornece meios necessários ao cumprimento do benefício a que faria jus o condenado, velando, neste caso, por suposto interesse do menor, que, como visto, tem necessidade de ter sua genitora por perto. Análogo entendimento se tem quando da concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no *HABEAS CORPUS* Nº 381.655 - AC (2016/0322419-0).

Aqui, o que se vê é que, da mesma forma que em outras decisões acima, não se reconhece a prisão domiciliar como um direito subjetivo da presa. Apesar de se reconhecer a gravidade do delito para efeitos de concessão da prisão domiciliar, para substancial corrente jurisprudencial, dada a excepcionalidade da situação que a justifica, coloca-se a proteção integral da criança e do adolescente como prioritária.

Em outra decisão a respeito, não se concede a prisão domiciliar, desta feita, à mãe lactante em razão de possuir o estabelecimento prisional acomodações adequadas para quem se encontra em tal situação - HC nº 365.633 - SP (2016/0205246-5).

Conforme se pode ver da fundamentação dada ao acórdão citado, forte corrente jurisprudencial existe que nega, em toda e qualquer situação, que se conceda o benefício da prisão domiciliar em razão tão somente de ser a mulher mãe de menor de seis anos de idade, dependente de seus cuidados, inda que se trate este de lactente, quando imperioso se faz o cárcere daquela em razão de fatos que demonstrem haver risco nesta concessão para a instrução criminal, à ordem pública ou econômica ou à aplicação da lei penal, atentando-se para a gravidade do delito praticado, a conduta e a personalidade da agente, pelo que corroborada a crítica acima por nós tecida acerca do cunho absolutista que se quer ver, em certos julgados, reconhecido aos direitos menoristas.

Observe-se que afirmado foi, inclusive, que não há direito subjetivo do preso em permanecer em prisão domiciliar, notadamente, quando cessadas as causas excepcionais para a sua concessão.

No que pertine à crítica até então feita do instituto da prisão domiciliar à luz da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ao se reconhecer, em grau excepcionalíssimo, ser, em hipóteses como a ora tratada, de mãe com filho menor de seis anos de idade ou deficiente físico ou mental que careça de seus cuidados, *direito subjetivo do menor* a necessidade de ser socorrido, reconhece o Judiciário, de fato, que carece, nestes casos excepcionais, de que sua genitora se ponha em "liberdade" para que lhe preste os devidos cuidados em casa.

Desde que, pois, comprovado que não há outro meio de o Estado garantir a consecução da proteção a ser dada à criança ou ao adolescente, como a previsão em seu sistema prisional de dependências apropriadas à amamentação de lactentes, *v.g.*, ou a adoção de eficaz sistema de assistência social a menores, a prisão domiciliar se coloca como o remédio necessário ao alcance do que o Estado deveria dispor como garantidor, ao mesmo tempo, que deve velar pela aplicação da lei penal e pelo bom andamento processual penal.

Esta percepção é importante, a nosso ver, se ter, haja vista colocar o Poder Judiciário a prisão domiciliar como destinada à preservação, antes de tudo, de interesses menoristas dos filhos das presas que, contudo, não deveriam ser abrangidos pelos efeitos do decreto prisional destas. Não é a situação jurídica do menor constituída aqui em virtude do direito penal ou processual penal, eis que não é ele quem estará em regime de cumprimento de medida privativa de liberdade ou respondendo a qualquer delito, porém, na linha do decidido, quem deveria ser o maior beneficiário de tal regime prisional, devendo, igualmente, ter preservadas as demais garantias constitucionais como expressão dos direitos nelas consignados, como o direito de liberdade, intimidade, vida e saúde.

Portanto, o reconhecimento pelo STJ de que a prisão domiciliar não é predominantemente um direito subjetivo do preso é de importância maior que a simples distinção que aquela nos induz a princípio fazer entre cumprimento de prisão em presídio e cumprimento de prisão em casa. Quando menciona que tal direito não se coloca como indutor de uma situação prisional permanente, ainda quando duradoura a situação fática que a justifica, como a debilidade física ou mental de um filho, reacende-se em nós a centelha que inicialmente nos iluminou quanto às implicações que tal medida acarretaria, relacionadas às garantias constitucionais visadas, como da inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da inviolabilidade de comunicações telefônicas, de dados, de correspondência, da moradia, da vida, da saúde etc. de terceiros.

A prioridade da proteção integral da criança e do adolescente não está, ou não deve estar, pois, a direcionar sempre e sempre a concessão de prisões desta natureza, como se pairasse soberana sobre todo e qualquer outro interesse jurídico-penal ou processual-penal, já que à situação prisional dos pais agregam-se outras tantas relações jurídicas que não podem ser desprezadas. O Estado encontra-se juridicamente vinculado a cada indivíduo que custodia em razão da prática delitiva e da consequente aplicação da pena a que este reste condenado, seja a prisão provisória, seja definitiva, sendo que a estas se prendem situações jurídicas definidas e que, de início, as justificam, exigindo a manutenção da ordem social a efetivação das medidas repressivas correlatas.

A prisão domiciliar, assim, ora considerada, se coloca num limbo, numa espécie de tentativa de conciliação que se pretende entre a reivindicada resposta repressiva ou cautelar, que exige o Direito Penal e o Processual Penal em dado momento e sob certas circunstâncias, e a necessidade de preservação de interesses jurídicos outros

afetos à proteção à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, à maternidade, à proteção à infância e à juventude, à solidariedade e à assistência social, dependentes, em última análise, da própria situação prisional do detento. Deste modo, não há como se ter como permanente situação que se coloca, acima de tudo, como *excepcional*.

Assim, muito mais que se impor a concessão da prisão domiciliar, mesmo no caso de mães com filhos menores de 06 anos ou com deficiência física ou mental, cujos cuidados daquelas necessitem, deve-se ter critérios bastante específicos que, no caso a caso, se devem observar, sob pena de restar vulgarizada a atividade jurisdicional correlata.

11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso

A prisão domiciliar, em se tratando de pessoa idosa, além de prevista no art. 318, I, do CPP, já era concedida com base no art. 117 da LEP.

Em verdade, o art. 117 da LEP prevê o benefício de cumprimento da pena em residência particular para maiores de 70 anos de idade, em gozo do regime aberto que, conforme estabelecido na legislação penal, deveria ser cumprido em casa de albergado, qual seja, estabelecimento penal diverso de penitenciárias ou presídios, no qual o preso apenas se recolhe à noite, sendo que a LEP menciona residência particular de forma genérica.

Contudo, o Estado nunca foi capaz de fornecer adequada e genericamente em todo o território nacional o estabelecimento penal acima mencionado, seja por questões orçamentárias, seja por incompetência político-administrativa de seus governantes, seja por descaso mesmo com a condução da política penitenciária.

Deste modo, fixou a jurisprudência pátria o entendimento de que, na ausência de tais estabelecimentos, atingida a idade de 70 anos e demandando o preso atendimento especial em razão de sua saúde e que não pode ser prestado no estabelecimento prisional onde se encontra recolhido, concedida lhe deve ser a prisão domiciliar, por interpretação do art. 117 da LEP, embora ali não se mencione expressamente a prisão domiciliar na forma como disciplinado no art. 317 do CPP ou dos artigos 146-B, IV e 146-C da própria lei de execução penal, apenas lá se referindo à residência de forma genérica.

Agora, se faz presente o art. 318, I, do CPP, colocando-se o maior de 80 anos como beneficiário da prisão domiciliar, substituta da prisão preventiva, portanto, de cunho cautelar, à semelhança dos outros casos acima tratados.

Além do critério da idade, cita a norma processual referida o preso debilitado, *ex vi* do art. 318, II, do CPP, como beneficiário também da prisão domiciliar, porém, não conjuntamente com o inciso I do mesmo artigo, onde se disciplina apenas a prisão domiciliar do idoso maior de 80 anos. Assim, cremos que as normas aqui devam ser interpretadas separadamente e sopesadas em razão de a prisão domiciliar, como visto até agora, sofrer severa crítica em face da norma do art. 5º, XI da CRFB/88 e a outras garantias constitucionais.

Todavia, a jurisprudência vem tratando tais situações, havendo acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 40.272 - MS (2004/0176236-0) – em que foi denegado o benefício, porém, o admitindo, em tese, para os que em regime semiaberto ou fechado, por ser medida excepcional. De outra volta, se verifica outro acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 17.429 - PR (2001/0083615-8) - desta feita, negando igual pedido de prisão domiciliar a réu idoso, por se entender restringir-se o benefício somente a quem esteja no gozo de regime aberto. Tem-se, pois, que a jurisprudência do STJ é claudicante.

O que sobreleva no presente estudo é considerar as limitações constitucionais para se dar o cumprimento da prisão na casa do preso, seja lá a que título for. Deste modo, mister observar, dentro do próprio ordenamento jurídico constitucional, o que excepcione o rigor da regra até então analisada, ou, até mesmo o que ela permite para que se possa, nestes casos, dar-se a medida prisional em comento.

Vem, pois, de se citar o disposto no art. 230, *caput*, e §1º da CRFB/88. Diante da norma em comento, haveria compatibilidade entre a jurisprudência dominante, que concede aos idosos de certa idade o direito à prisão domiciliar, e as limitações por nós até aqui expostas à concessão da mesma, se é o próprio texto constitucional que estatui a obrigação de amparo daqueles em seus próprios lares?

Situação, pois, bastante peculiar, na medida em que é a mesma Constituição que simultaneamente estabelece que as penas devem ser cumpridas em estabelecimento prisional adequado à idade e a obrigação de amparo que o Estado deve observar em relação aos idosos em seus próprios lares, preferencialmente.

Veja-se que a obrigação de amparo aos idosos, na forma como disposta no art. 230 da CRFB/88, não se apresenta como consectário do direito de liberdade, como a inviolabilidade da casa, na forma do estabelecido no art. 5º, XI, porém, como decorrente de verdadeiro direito social, que se concentra na pessoa de cada indivíduo que se enquadre naquele dispositivo constitucional. E, a prisão domiciliar, como forma de execução da pena, na forma do disposto no art. 117 da LEP, e, como substituta da prisão preventiva, na forma do art. 318, I do CPP, tem-se, respectivamente, para as idades de 70 e 80 anos.

Portanto, em se tratando de pessoa idosa, temos que o disposto especificamente no art. 230 da CRFB/88 aponta para que a prisão domiciliar, quando se verificarem todas as condições até agora consideradas, seja deferida como forma de se materializar a garantia ali disposta.

Retornando ao conceito de casa, até aqui desenvolvido, essencialmente como asilo, local de proteção, de abrigo, muito mais se caracteriza como tal nesta específica situação do preso idoso, eis que se está aqui a revelar um momento de fragilidade pessoal que se tem por insuperável, em face das circunstâncias em que se encontre o presídio em que foi recolhido, dado por um Estado mal gerido e mal administrado, que não consegue prover neste último os meios e recursos materiais e humanos para dar cumprimento ao que as leis e a própria Constituição Federal lhe obrigam fazer para as pessoas desta idade.

Curioso, aqui, que por mais que se tenha a prisão domiciliar em oposição ao direito de liberdade, eis que cárcere, o que se visa, antes de mais nada, a garantir, neste caso, é a assistência à saúde e vida de quem, pelas condições precárias em que se apresente, encontra-se numa posição de risco iminente, provocada pelo próprio Estado, na medida em que não garante condições de tratamento e amparo no estabelecimento carcerário pertinente.

Ademais, o próprio dispositivo constitucional inicialmente em comento (o art. 5º, XI, da CRFB/88) parece excetuar a hipótese quando ressalva ao princípio constitucional da inviolabilidade da casa a prestação de socorro. Cite-se, ainda, que a Constituição Federal veda a adoção de penas cruéis, entre outras, a teor do seu art. 5º, XLVII, alínea "e". Na mesma linha principiológica do STJ, parece ir o STF.[26]

Destarte, em se tratando de preso idoso, sua condição se sobreleva a ponto de determinar que cumpra em casa a prisão a que esteja submetido (vamos, por ora, chamar tal benefício de prisão), independentemente do regime jurídico de cumprimento de sua pena, acaso se encontre de tal forma debilitado e que o tratamento exigido não possa ser ministrado no estabelecimento prisional em que se encontre, pelo que impõe o princípio maior da dignidade da pessoa humana, situação, porém, que deve estar caracterizada como excepcionalíssima, na forma do já pacificado jurisprudencialmente.

Diga-se, assim, que como medida excepcional que é deva o benefício legitimar-se apenas e tão somente para permitir seja dado tratamento mais adequado ao idoso que se encontre acometido de mal que não tenha tratamento no local onde se veja inicialmente preso e seja imprescindível à preservação da sua vida ou não agravamento de suas condições de saúde, não bastando o acometimento por doença grave ou crônica, já que vários quadros patológicos não importam necessariamente em situação debilitante do paciente, pois controláveis por medicação ou mesmo por tratamento médico-ambulatorial passível de ser prestado em hospital penitenciário.

Cremos, também, seja importante verificar-se a personalidade do agente e sua conduta social, notadamente, em se tratando de prisão cautelar. Se, apesar de idoso, representar seu recolhimento em casa risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, dada a sua conduta, independentemente do agravamento de sua doença ou do mal de que é portador, melhor que reste recolhido a estabelecimento prisional adequado, ficando, porém, o Estado responsável pela prestação neste ou em qualquer outro estabelecimento de saúde dos meios e recursos médicos necessários ao adequado tratamento do preso, *ex vi* do art. 5º, XLIX, da CRFB/88.

Esperemos, também, que tal concessão não sirva a governantes relapsos e administradores incompetentes para continuarem a não cumprir com os deveres e obrigações que a legislação exige para com o sistema prisional de nosso país.

---

[26] *"EP 1 PrisDom-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO PENA; "HC 109745 / RJ - RIO DE JANEIRO; RHC 94358 / SC - SANTA CATARINA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS; HC 83358 / SP - SÃO PAULO.*

11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo

O mesmo se diga de demais destinatários da norma do art. 117 da LEP, ainda que não idosos, como os gravemente enfermos, na forma de seu inciso II. Acaso o Estado também não proveja os meios adequados de tratamento e assistência a quem se encontre em tal delicada situação pessoal, justo que, pelas mesmas razões acima vistas, em caráter excepcionalíssimo, diga-se sempre, se conceda o benefício da prisão domiciliar, sob pena de se criar *discrimen* odioso por critérios que o próprio princípio da dignidade humana não comporta.

Aqui, justamente pela peculiaridade da condição de saúde de cada qual, se exige se compatibilize sua situação prisional com as exceções previstas na norma constitucional até então analisada (art. 5º, XI, da CRFB/88), se observado que se faz presente uma situação de risco social por que o preso passa nos presídios e cadeias públicas por conta de sua condição de enfermo e por uma realidade posta, a que cabe o Estado não apenas se opor, por representar violação à norma do art. 5º, XLVII, alínea "e", da CRFB/88, como por lhe impor a ordem jurídica o dever de materializar princípios e direitos constitucionais como o do respeito à integridade física e psicológica do preso (art. 5º, XLIX), dando-se, repita-se, bem mais a prisão domiciliar, nestes casos, em decorrência do dever de assistência social que pelo poder de império.

O que se põe, contudo, como limitador à adoção da prisão domiciliar é a banalidade de sua concessão. Neste caso, cabe dizer que ao Estado resta *garantir segurança à população em geral*. Tanto que, na forma do art. 5º da CRFB/88, em seu *caput*, entre outros direitos ali assegurados, prevista é *a segurança*, assim como no art. 6º da Magna Carta[27], enquanto direito social, sendo, muito a propósito, a jurisprudência do STJ acerca do tema em questão[28], fazendo-se necessária a comprovação da gravidade da doença ou do estado de saúde que apresente o detento para a concessão da prisão domiciliar.

12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP

O art. 319, V, do CPP prevê como medida cautelar diversa da prisão preventiva e da prisão domiciliar o recolhimento domiciliar apenas no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Há outras medidas cautelares consignadas no art. 319 do CPP, nos seus incisos I, II, III, IV, VI, VII, VIII e IX, além do art. 320.

Portanto, não sendo o caso de determinar-se a prisão do acusado ou indiciado, possibilita-se à autoridade judiciária a decretação de outras medidas cautelares, o que pressupõe que haja riscos ao bom andamento do processo ou à aplicação da lei penal.

---

[27] Em obra já citada, veja-se o que vem disposto à pág. 187 pelo autor José Afonso da Silva acerca da segurança como direito social.

[28] *"AgInt no HABEAS CORPUS Nº 307.737 - MS (2014/0277588-9)*

A medida, porém, que aqui nos interessa analisar é a descrita no inciso V do art. 319 do CPP. À semelhança da prisão domiciliar, tem-se que a cautelar ora tratada será medida restritiva ao direito ambulatório. Neste caso, não se mostra presente qualquer condição especial para que se dê a sua concessão, como ser mãe ou pai, enfermo ou idoso, podendo qualquer um ser atingido pela medida em exame.

Em primeiro lugar, ainda que se chame a medida de outra cautelar, diversa da prisão, em verdade, não o é, pois reclusa restará, ainda que não todo tempo, a pessoa à noite. Além de todas as implicações que tal medida encerra, em face da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, cremos ser de difícil fiscalização o seu cumprimento pelo aparelho estatal, a começar pela própria definição de período de folga. Parece dever ser considerada esta parte do tempo em contraposição com o período destinado a atividades laborais ou estudantis. Portanto, a dificuldade de fiscalização decorre tanto da possibilidade de prestação excepcional de serviço noturno, como em face das horas *in itinere* e que podem avançar pelo horário da noite, assim como em face dos imprevistos, como tráfego lento, chuvas ou interrupções de toda ordem que possam se dar.

Afora tais inesperados acontecimentos, tem-se que a medida nem ao menos é respaldada por exceções que justifiquem o ingresso na casa das pessoas, a teor do que dispõe o art. 5º, XI, da CRFB/88.

Neste caso, vale o até aqui já declinado no início do presente artigo, sendo que nada há que justifique pôr-se a medida prisional em exame como excepcional à garantia constitucional até agora vista. Nem ao menos a autoridade judiciária poderá, sob pena de violação do texto constitucional, obrigar que se lhe abram as portas para que verifique se de fato recolhido se encontra em sua própria casa o recluso à noite.

Mesmo o monitoramento eletrônico, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, ante o seu caráter invasivo. Não nos parece, pois, que o tempo destinado a que se cumpra a medida em comento lhe garante legitimidade perante ordenamento constitucional tão restritivo como o nosso, eis que o cumprimento da ordem judicial é restrito à parte do dia.

Contudo, recentemente, temos que a medida tem sido até mesmo deferida à revelia de qualquer pedido feito pela defesa, inclusive, para se contornar a impossibilidade da adoção da própria prisão preventiva de determinadas autoridades, como parlamentares, que possuem regramento próprio na Constituição Federal que impede o deferimento desta última, malgrado recente decisão prolatada pela 1ª turma do STF[29] em sentido contrário.

[29] AC 43327 do STF.

13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória

Pelo até então analisado, em face do que preconiza a jurisprudência adotada pelos Tribunais Superiores para a prisão domiciliar, o entendimento adotado para a concessão desta última enseja críticas tanto favoráveis, como desfavoráveis, notadamente, em razão das inúmeras garantias constitucionais afetadas.

Como vimos, há outras garantias constitucionais que, dadas as situações jurídicas consideradas e os fatos urgentes e emergenciais que as determinam, colidem muitas vezes com a necessidade de se deferir a prisão domiciliar pleiteada.

Assim, sempre que houver sério risco à violação a direitos de terceiros, em face do convívio na mesma casa de pessoas outras cuja situação pessoal não esteja a demandar urgência na concessão da medida, deve-se evitar o seu deferimento.

Mesmo quando se trate de crianças ou adolescentes com alguma enfermidade ou deficiência, estando devidamente assistidos por pessoas idôneas e com capacidade para ministrar-lhes os meios e cuidados necessários, não há porque se deferir a medida.

Todavia, ainda que se faça absolutamente necessária a sua concessão, como forma de preservação de interesses prevalentes de menores, por não haver outros que por eles velem, assim como para garantir ao próprio preso a sua integridade física e psicológica, como no caso dos idosos e gravemente enfermos que não se possam tratar nos presídios em que se encontrem recolhidos, dado o seu caráter excepcional, a prisão domiciliar, mesmo nas causas que especificamente se mostre medida jurídica cabível, não se apresenta como adequada à execução da pretensão punitiva correlata.

A garantia constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 subsiste mesmo quando o ingresso em casa alheia se dá por conta do consentimento de seu possuidor ou habitante, já que expressão máxima do direito de liberdade a que visa tal garantia constitucional resguardar.

Reconhecida a legitimidade do Estado para a atividade jurisdicional imprescindível à imposição de pena ou medida cautelar, não há mais que se dizer em regime de liberdade plena o cidadão que consente com a prisão em sua casa em substituição às prisões que lhe foram inicialmente impostas. Dessarte, parece que tal detenção *se caracteriza bem mais como verdadeira causa de suspensão da respectiva pretensão jurídica executória*, já que estabelecido pela Constituição Federal dever se fazer cumprir tal pretensão em estabelecimento prisional próprio, de acordo com o sexo, a idade e a gravidade do delito, sendo única exceção relativa à ordem de prisão a qualquer tempo na casa do detento, na forma da CRFB/88, a prisão em flagrante, pois até a ordem judicial somente se cumpre *na parte clara do dia*.

Assim, não há como o tempo do recolhimento domiciliar se caracterizar como detração penal, vez que não se pode ter a dita prisão domiciliar como decorrente do exercício da pretensão jurídica penal executória, senão como sua suspensão por

causa excepcional. Cessada a causa que a justificou, de retorno o condenado à sua situação prisional original.

Daí o limbo a que nos referimos linhas acima, em razão da tentativa de conciliação entre a necessidade de se fazer cumprir o ordenamento penal repressivo e processual instrumental e a inevitável prestação de assistência ao beneficiário da medida, sejam estes os próprios presos, sejam os seus filhos menores, a princípio, de até doze anos de idade, na forma do previsto na legislação em comento e o considerado pela jurisprudência.

Nesta ordem de ideias, em parte, já parece estar se firmando a posição jurisprudencial, ante o enunciado nº 43 do FONAJUC - Fórum Nacional de Juízes Criminais - conforme recentemente divulgado[30].

O reconhecimento da inadequação da prisão domiciliar para efeito de detração penal reforça o entendimento de que a medida não visa à satisfação da pretensão jurídico-penal executória correlata, o que vai ao encontro da crítica feita até então em nossa análise do instituto ora em comento, ante a impossibilidade de seu cumprimento em contrariedade às garantias constitucionais antes tratadas.

Portanto, o que melhor se compatibiliza com o recolhimento do condenado à sua própria residência, em face dos interesses prevalentes que se procura proteger e conciliar com a limitação ao seu direito ambulatorial, não é considerá-lo forma de exercício da execução da pretensão jurídica penal, mas mera *condição à suspensão de tal pretensão*, seja afeta à medida cautelar ou à pena.

A reforçar o entendimento de que não se presta tal recolhimento domiciliar à satisfação de tal pretensão, façamos uma análise do art. 42 do CP[31]

Ora, o art. 42 do CP é claro ao dispor que se computa na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo da prisão provisória, no Brasil e no estrangeiro, o tempo da prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. O artigo 41 mencionado no art. 42 refere-se apenas ao hospital de custódia ou outro estabelecimento adequado, nada se referindo à casa do condenado.

Em sendo assim, ao rigor do que trata o nosso ordenamento jurídico penal material, não há como o recolhimento à casa do preso ou do apenado se prestar ao exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que com o consentimento deste último, haja vista que o art. 5º, XI, da CRFB/88 é bastante claro ao estabelecer que tal consentimento tem por base garantir o direito de liberdade, em consonância com o que dispõe o *caput* do art. 5º mencionado, não sendo ali, sua casa, pois, o local próprio para se cumprir qualquer medida restritiva de tal liberdade, por não ser o estabelecimento

[30] ENUNCIADO 43 DO FONAJUC - Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC):
"As medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, assim como o regime de prisão domiciliar, não atendem à previsão do art. 42 do Código Penal para efeito de detração. VOTO: APROVADO POR MAIORIA"

[31] *"Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"*

adequado descrito no art. 41 do CP e nem o estabelecimento descrito no art. 5º, XLVIII, da CRFB/88. Subverter-se tal ordem jurídica não nos parece possível através de norma infraconstitucional, bem como passível de ser abolida por norma constitucional ou outra de equivalente envergadura, ainda que decorrente dos tratados que firme o Brasil, na forma do já acima abordado, bem como por norma infraconstitucional, ante o princípio de hierarquia vertical das normas jurídicas em geral.

Porém, ainda que o recolhimento do preso à sua casa se veja como necessário nas situações em que especifica a legislação infraconstitucional, para não se ter como infrator o Brasil do *ius cogens* oriundo de qualquer norma supraconstitucional a que tenha acordado aderir, melhor se adequaria ao direito interno passar a adotar o Judiciário, nas hipóteses em que se mostra a possibilidade de recolher-se o preso à sua residência, o entendimento de não se pôr o recolhimento domiciliar como alternativa ou modalidade de medida prisional, seja como pena privativa de liberdade imposta, seja como medida cautelar deferida, porém, como simples *condição à suspensão da própria pretensão jurídica executória* de uma ou outra, nas ditas situações legais para a sua concessão, compatibilizando-se a necessária observância dos direitos que se querem como prevalentes, como o de crianças e adolescentes ou os decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, com o também necessário cumprimento das próprias penas que vierem a ser impostas, pelo tempo que delas restar, ou das medidas cautelares de prisão preventiva, inclusive, para efeitos de não detração penal futura, sob pena de se ter aí uma porta aberta à impunidade, pelo descumprimento de outro direito constitucional de tão importante envergadura, inclusive, social, que é o *direito à segurança*.

A sociedade não pode, ainda que meritório resguardarem-se os interesses acima considerados, de terceiros ou dos próprios presos, se ver órfã, de uma hora para outra, de uma resposta estatal efetiva ao direito de segurança, tanto como expressão de direito e garantia fundamental do cidadão, como de direito social, a teor do art. 5º e 6º da CRFB/88.

Destarte, a vingar futuramente tal entendimento, demonstrado até agora jurisprudencialmente que o recolhimento domiciliar é reversível, isto é, que cessada a sua causa poderá o preso restabelecer a sua situação prisional anterior, mister que a suspensão da execução da pretensão penal executória decorrente das situações especificadas legalmente seja estabelecida apenas por um prazo razoável, antes da consecução do decurso do prazo prescricional, devendo, de qualquer modo, antes do implemento deste, retornar o preso ao regime prisional anterior, ainda que subsistente a situação fática que, a princípio, justificou a dita suspensão, tendo, neste caso, o Estado, através de seus serviços públicos assistenciais, que providenciar os meios necessários ao suprimento da demanda oriunda do atendimento especial devido aos filhos dos detentos e presas que não o tenham como prover, assim como dos próprios presos que necessitem dos cuidados especiais ditados por sua condição pessoal.

De se ressaltar, mais uma vez, que somente em relação aos idosos é que existe norma constitucional expressa no sentido de dar-lhes preferência de assistência *em*

seus lares, na forma do art. 230, § 1º da CRFB/88. Assim, verificando-se a necessidade de ser recolhido à sua casa para que se trate de mal que o acometa e que não pode ser tratado no estabelecimento prisional adequado é que se pode dizer que haja constitucionalmente exceção expressa que permite possa o Estado aí prestar-lhe a assistência necessária, sem infringência ao disposto no art. 5º, XI, referido. Porém, ainda aqui, cremos que a entrada em sua casa deve-se dar pelas autoridades para preservar-lhe apenas a própria integridade física e/ou psicológica, resguardando-se, no mais, o que visa a norma do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger, havendo exceção apenas em razão do socorro, mencionado no dispositivo constitucional, a depender do estado de saúde do detento idoso.

Neste passo, por tudo o que se disse até aqui, cremos que a crítica que ora caiba se fazer quanto à forma pela qual a concessão do recolhimento domiciliar de presos está se procedendo, diz respeito à sua falta de regulamentação. Assim, ao se pôr o recolhimento domiciliar como forma de condição à suspensão da pretensão jurídico-penal executória, ideal que venha regulamentação mais amiúde para sua concessão, principalmente, quanto ao respeito ao direito de outras pessoas diversas do apenado ou em razão da qual se determina a ordem judicial respectiva, eis que alheio às relações jurídico-penais-processuais havidas entre o Estado e o recolhido. Enquanto, porém, tratada a medida como mera forma de execução prisional, acaba-se por afetar direitos que não guardam a mínima relação com a pretensão jurídica que lhe é correlata, correndo-se o risco, inclusive, de se submeterem pessoas diversas dos apenados às consequências das penas que foram somente a estes últimos impostas, em afronta ao art. 5º, XLV, da CRFB/88 (princípio da pessoalidade das penas).

Finalizando, a simples previsão da prisão domiciliar, da forma como estabelecida na Lei de Execução Penal ou no Código de Processo Penal, apenas com referência às situações que nelas se especificam para a sua concessão, não se mostra suficiente a dar a devida proteção que os direitos e interesses jurídicos de terceiros requerem, podendo haver na execução da medida, como já se disse insistentemente linhas acima, malferimento de direitos constitucionais de várias pessoas não afetadas pela situação criminal dos recolhidos, bem como não se mostrar adequada à satisfação da pretensão jurídica penal, seja ela cautelar, seja ela punitiva definitiva.

Bibliografia

ENUNCIADO 43 DO FONAJUC – FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS FONTE: http://www.tjrj.jus.br > fonajuc-of-circular.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 2012.

GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda; BERTOTTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. *In:* artigo intitulado O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DE UM DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 8/2015 | p. 597 - 614 | Ago. / 2015 DTR\2015\11488, colhido em Revista dos Tribunais *on line*, de pág. 04/06.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *In:* artigo intitulado ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. Fórum da Cidadania, em 24/11/1994, Revista dos Tribunais *on line*, reproduzida da Revista de Direito Constitucional e Internacional [vol. 11/1995] p. 5-15, Acr – jun./1995 DRT/195/152.

HC 1345.734-SP, HC 362.700-SP (2016/0183957-6), HC 168.551-RS (2010/0063559-7), HC 381.655-AC (2016/0322419-0), HC 40.272-MS (2001/017623-0) HC 17.429-PR, HC 365.633-SP (2016/0205246-0) AgInt no *HABEAS CORPUS* Nº 307.737. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

HC 130.152-SP, PrisDom – AgR/DF Ag. REg. HC 109.745/RJ Na Prisão Domiciliar na Execução Penal, RHC 94.358/SC, HC 83.358-SP, AC 43327. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991.

RESP 1.558.004-RS (2015/0249614-2) FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, segunda turma, DJ de 18/05/2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, 5ª edição.

TORNAGHI, Hélio. Prisão e liberdade. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1963, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 03.



Direitos Fundamentais – Sigilo dos dados


DIREITO
ROMANO

A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR ATO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*

WALBERTO FERNANDES DE LIMA**

"...todo dever tem sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. A noção de dever do silêncio é tudo quanto há de menos absoluto."

NELSON HUNGRIA (1)

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais. 3. A normatização do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64). 4. O sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988. 5. O artigo 26 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 6. Sigilo Bancário e a Lei Orgânica do Ministério Público da União. 7. A responsabilidade pelo membro do Ministério Público na quebra do sigilo bancário por ato próprio. 8. Conclusão. 9. Conclusões submetidas à discussão e votação pela Comissão de Trabalho e Plenário do XIV Encontro Estadual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

O que nos levou a refletir acerca desde tema foi, sem dúvida, a dificuldade outrora imposta ao membro do Ministério Público, atuante principalmente na área criminal, em coletar o mínimo de provas para a formação de sua *opinio delicti* e assim dar início a uma ação penal em delitos cuja criação da mente humana sempre exigiu do Promotor de Justiça uma maior mobilidade, consistente esta, muitas das vezes, numa pesquisa aprofundada de dados bancários ou financeiros, fonte de prova em que sempre resvalou, e aí se viu forçado a estagnar, sendo então obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de ditas informações, carente que era de uma autorização legal para caminhar na busca de elementos de convicção por força própria.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, tornou-se difícil a convivência com uma normatização infraconstitucional, neste particular ultrapassada, que não

(*) Tese aprovada por unanimidade no XIV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e premiada em 1º lugar como a melhor da área penal.
(1) RT, vol. 99, p. 297.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 01 (3ª Fase), jan./jun. 1995, p. 167-183.

acompanhou a magnanimidade da evolução do Ministério Público, hoje erigido constitucionalmente como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem se incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que por tais razões não poderia ter a sua atividade embaraçada por uma legislação que foi fruto de um período de autoritarismo.

Como apropriadamente acentuou Marcio Luis Chila Freveslebem[2]: "... Se toda prova colhida no inquérito se destina ao Ministério Público, pois que detém a palavra final sobre a propositura ou não da ação penal pública, torna-se imprescindível um maior comprometimento do Promotor de Justiça com a investigação criminal."

Neste contexto, o necessário comprometimento do Promotor de Justiça com a investigação criminal, apto a definir o ajuizamento ou não de uma ação penal, somente seria viável mediante o acesso às informações tidas como sigilosas.

2. Aspectos gerais

Acerca das raízes do sigilo bancário, merece realce o magistério de ESTEBÀN COTTELY, citado por Álvaro Mello Filho [3], onde em sua preleção destaca que a primeira instituição bancária no sentido moderno foi o Banco de São Jorge, que teve sua origem nos anos de 1147-1148, e que impunha o dever de segredo a seus empregados, os quais deviam jurar e conservar em sigilo tudo o que soubessem a respeito dos atos e documentos da instituição e de seus clientes.

Com a transformação progressiva das normas jurídicas chegou-se à idéia de que a proteção das informações bancárias do cidadão, traduzida no sigilo, importaria, em verdade, na tutela de um direito subjetivo constitucional consolidado no direito à intimidade.

Neste sentido, somos partidários do pensamento de que o legítimo direito do cidadão não repousa no sigilo como um ato isolado e insuperável, e sim na privacidade como conseqüência de condutas lícitas, as quais, se revestidas de legalidade, gozarão da proteção constitucional inserta no inciso X, do artigo 5º da vigente Carta Magna.

Assim entendido, não há como negar-se que a Constituição Federal de 1988 procurou garantir a intimidade do cidadão, inserindo-a no capítulo destinado à preservação dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Todavia, é necessário frisar-se que este direito à intimidade, no que se refere ao dever do sigilo bancário, não é, nem poderia ser absoluto, posto que sempre lhe será exigível curvar-se a um interesse maior quando este disser respeito à coletividade. É o secular princípio de que o interesse público sempre se sobrepõe ao interesse particular.

3. A normatização do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64)

Com lastro neste raciocínio, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que traçou a coluna vertebral do sigilo bancário, se preocupou em criar-lhe freios, delineando para aquela época uma forma para sua existência, onde as ressalvas à

---

[2] "O Ministério Público e a Polícia Judiciária", *Controle Externo da Atividade Policial*, Editora Del Rey, p. 82.
[3] "Dimensões jurídicas do sigilo bancário", "Revista Forense", vol. 287, p. 467.

regra do segredo evidenciavam desde logo que este não tinha sua origem para ocultar fatos, cuidando de deixar evidente que a publicização destes fatos é que recobria tais revelações de um caráter de excepcionalidade.

Com efeito, reza o artigo 38 da Lei nº 4.595/64:

> "Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
>
> § 1º - As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.
>
> § 3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (artigo 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.
>
> § 5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente."

Destarte, as instituições financeiras se viram obrigadas a conservar o sigilo em suas operações, somente lhes sendo lícito prestar informações acerca das contas e dados de seus clientes nas hipóteses previstas no citado dispositivo legal.

Como bem pode notar-se, o legislador da época não incluiu o Ministério Público dentre aqueles entes que, por exceção, estavam autorizados a promover a quebra do sigilo bancário.

Contudo, na legislatura seguinte, através do § 2º do artigo 4º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplinou o mercado de capitais, restou determinado que os referidos dados seriam encaminhados ao *Parquet* quando através dos mesmos o Banco Central tomasse conhecimento de crime a ser perseguido por ação penal pública.

> "Art. 4º .....
>
> § 2º - Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para instalação de inquérito policial."

Contraditoriamente, não desejou o legislador incluir o *Parquet* dentre aqueles entes investidos de autoridade para quebra do sigilo bancário, porém, logo a seguir, admitiu por lei que esta Instituição se constituía no repositório das provas coligidas, a quem as mesmas seriam entregues para a propositura de uma ação penal, revelando, assim, ao órgão ministerial, informações que até então lhe eram sigilosas.

Fazia-se então presente a seguinte situação:

a) num primeiro momento, a possibilidade de quebra de sigilo pelo Poder Judiciário, função que na raiz lhe seria atípica, visto que pelo princípio da imparcialidade, tal órgão, que é constitucionalmente inerte, participaria da fase pré-processual e investigatória;

b) em segundo plano, tinha-se a autorização de quebra do sigilo pelo Poder Legislativo, através das Comissões Parlamentares de Inquérito onde, uma vez concluído o procedimento, o mesmo seria remetido ao Ministério Público para as providências cabíveis;

c) por fim, seria ainda possível o rompimento do sigilo por agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, ou seja, agentes administrativos, quando existisse processo instaurado, o que equivale dizer, órgãos auxiliares de um processo, cuja deflagração, via de regra, pertencia ao Ministério Público.

Delineado este quadro, nele somente não se inseriu o órgão do Ministério Público (Estado-Administração), o qual, justamente, se erigia como elo de ligação entre os fatos formadores do conjunto probatório - por ser parte legítima para propositura de uma ação penal - e a prestação da tutela jurisdicional (Estado-Juiz).

Com o advento da Lei Complementar nº 40/81[4], conferiu o legislador ao Ministério Público o poder de requisição de diligências e documentos, subtraindo-lhe, todavia, de forma expressa, a prerrogativa de exercer tal poder nos casos em que a lei resguardasse o direito ao sigilo.

Eis o que registrava o referido dispositivo do texto legal:

> "Art. 15 - São atribuições dos membros do Ministério Público:
>
> I - promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, *ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade."* (grifamos)

Nada obstante, com o crescimento acelarado da macrocriminalidade e do crime organizado, o legislador teve que mitigar o dever do sigilo, pelo que, ao editar a Lei 7.492/86 (que definiu os Crimes contra o Sistema Financeiro - reafirmando aquelas prerrogativas insertas na Lei Complementar nº 40/81 de requisitar diligências, informações e documentos) inovou no sentido de que, nos crimes previstos no referido texto legal, seria cabível ao Ministério Público Federal a quebra do sigilo bancário por ato próprio, independentemente de qualquer requerimento ao Poder Judiciário.

---

[4] Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, publicada no D.O.U. de 15.12.81. Estabeleceu normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual (revogadas pela Lei nº 8.625/93).

Dispõe o texto:

> "Art. 29 - O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar a qualquer autoridade informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.
>
> Parágrafo único - O sigilo dos serviços e operações financeiras não podem ser invocados como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo."

4. O sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988

Promulgada a Carta Constitucional de 1988, o Ministério Público se afigurou, sem que possa contestar-se, como a Instituição que mais se modernizou, vindo a se apresentar à sociedade como seu legítimo defensor.

Sendo assim, a Carta Constitucional insculpiu em seu artigo 129, inciso VI:

> "Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
>
> .....
>
> VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva."

Instada a se manifestar, já que oficiada pela 1ª Central de Inquéritos, em razão de uma instituição bancária ter se negado a fornecer extratos de Caderneta de Poupança para instruir um inquérito policial, a Assessoria de Direito Público da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou sua posição acerca da interpretação do mencionado dispositivo constitucional.

Na oportunidade, sustentou-se em parecer [5] que a Carta Magna entregou à lei a criação das normas regentes da requisição de documentos, e sendo a atual restritiva (Lei Complementar nº 40/81, artigo 15, inciso I), esta se constituiria no balizamento de atuação do *Parquet*, até que nova legislação viesse a ser editada.

Desta maneira, restou redigido o seguinte:

> "...Verifica-se *in casu* a incidência do fenômeno da *recepção*. A nova Constituição atribuiu à Lei o estabelecimento das normas disciplinadoras da requisição de documentos. Ora, a norma vigente é restritiva, averbe-se, *inconvenientemente restritiva,* porém é o parâmetro de atuação do *Parquet* que deve ser respeitado. Se há proibição de requisição de documentos que violem o sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, somente lhe resta, até que a nova Lei venha a ser editada, proceder de tal forma."

[5] Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Assessoria de Direito Público, Processo E - 15/5186/92, de 27 de julho de 1992.

Em síntese, entenderam os ilustres pareceristas que o citado dispositivo da Constituição Federal se configurava numa norma constitucional de eficácia contida, quer dizer, regra de aplicação direta e imediata, cuja eficácia poderia ser reduzida ou restringida nos casos e na forma que a lei assim estabelecesse.

Neste caso, a norma reguladora do aludido comando constitucional seria aquela de caráter restritivo inserta no artigo 15, inciso I da Lei Complementar nº 40/81, frise-se, como muito bem acentuado no parecer, "inconvenientemente restritiva", porém aplicável, visto que a nova Carta Magna recepcionou os instrumentos normativos anteriores até que nova lei tivesse a sua edição.

Admitida esta regra de hermenêutica, ainda assim fazia-se presente uma situação incoerente, posto que era mantido ao *Parquet* o limite do segredo quando a Lei Maior, através do § 3º do artigo 58, incumbiu às Comissões Parlamentares de Inquérito de lhe remeterem as suas conclusões para que, se assim fosse do seu entendimento, promovesse a responsabilidade civil ou criminal dos infratores, dispositivo que, *mutatis mutandis*, foi repetido na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (artigo 109, § 3º, CF).

Estabeleceu a Constituição Federal:

> "Art. 58 .....
>
> § 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."

Ora, se anteriormente à propositura da ação penal não existia para o *Parquet* a barreira do sigilo, em razão de receber do Legislativo todas as informações objeto de segredo, pareceu-nos claro que não poderia perdurar uma situação legal em que se mantivesse ao Ministério Público, como regra geral, o obstáculo do sigilo bancário por ter sido do desejo do Constituinte permitir à Instituição o contato com estes dados antes da instauração de um processo.

Destarte, entendíamos que uma nova legislação, ainda que no âmbito institucional, deveria ser logo elaborada no sentido de ampliar ao *Parquet* estadual o acesso por ato próprio aos dados bancários ou financeiros, de modo que assim pudesse exercer plenamente, e com a celeridade exigível, a grandeza de seu *munus*, sendo que a futura legislação infraconstitucional consagraria a interpretação do sistema como um todo, na exata forma em que foi positivado na Carta Magna, findando por enfatizar os princípios valorizados pelo Constituinte em relação ao Ministério Público, em especial, a liberdade de atuação na obtenção da prova principalmente na fase pré-processual (artigo 129, inc. VI, VII e VIII, da CF/88).

Afirmamos no parágrafo anterior que uma nova legislação deveria vir para ampliar o acesso do *Parquet* aos dados financeiros ou bancários, porque a nível de Ministério Público Estadual a quebra do sigilo já era permitida a este pela avançada legislação menorista.

Conforme o disposto no artigo 201, inciso VI, alíneas *b* e *c* da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - passou a ser função do Promotor de Justiça, com atribuição junto à Justiça da Infância e da Juventude, requisitar informações e documentos às entidades públicas ou privadas, mesmo nas hipóteses de sigilo, tendo ainda o § 4º estabelecido a responsabilização do órgão ministerial pelo uso indevido destes dados sigilosos.

> "Art. 201 - Compete ao Ministério Público:
>
> .....
>
> VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:
>
> .....
>
> b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
>
> c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;
>
> .....
>
> § 4º - O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo;"

Cumpre salientar que esta possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo membro do *Parquet* Estadual ficou limitada aos casos em que tais dados dissessem respeito exclusivamente a menores, exatamente por vir prevista no seio de uma legislação específica que textualmente condicionou a sua aplicação às hipóteses relacionadas à criança e ao adolescente.

> "Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente."

5. O artigo 26 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993

Com a edição da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que dispôs sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados [6], encontra-se superada qualquer controvérsia acerca do poder de requisição por membro do Ministério Público dos Estados que importe na quebra de qualquer sigilo como regra geral, ante o que ficou consagrado no artigo 26 do aludido texto legal.

---

[6] Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, publicada no D.O. da União, de 15.02.93, Seção I, pp. 1997/2004.

"CAPÍTULO IV

DAS FUNÇÕES DOS ÓRGÃOS
DE EXECUÇÃO

SEÇÃO I

DAS FUNÇÕES GERAIS

.....

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

.....

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

.....

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir os procedimentos ou processo em que oficie;

.....

§ 2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, *inclusive nas hipóteses legais de sigilo*." (grifamos)

Conforme consta do inciso II do artigo 26 da LONMP, qualquer membro do Ministério Público, vale dizer, qualquer Promotor de Justiça no âmbito de suas atribuições, poderá requisitar diretamente informações ou documentos às entidades privadas, bancárias ou financeiras, para instruir procedimento ou processo em que esteja trabalhando.

Com este dispositivo, logrou-se aparelhar legalmente o Ministério Público para requisitar extratos ou saldos bancários, contratos de abertura de contas, financiamentos, empréstimos ou qualquer outra operação bancária ou financeira, até mesmo um simples cartão de autógrafos, que muita das vezes requisitado pelo *Parquet* no curso de um inquérito policial para realização do exame grafotécnico era recusado pelas instituições bancárias, as quais se escudavam na alegação da quebra do sigilo bancário.

Vale ressaltar que esta possibilidade de quebra do sigilo veio registrada na parte final do § 2º do artigo 26, pois, a exemplo da legislação menorista, se a lei admitiu a responsabilização do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações ou documentos obtidos, inclusive nas hipóteses legais de sigilo, é porque

este, naturalmente, adquiriu o poder de requisitar tais dados tornando-se assim responsável pelo seu uso inadequado.

Apesar do novel texto legal ser de uma clareza indiscutível, não tardou a surgir uma instituição bancária preocupada em interpretar o dito comando normativo na forma de seu peculiar interesse.

Desta sorte, em razão de ter sido instaurado inquérito policial para apurar possível fato-crime de corrupção passiva por parte de policiais civis, o Promotor de Justiça em exercício junto à 17ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requisitou a determinado banco extrato completo e detalhado da conta corrente do então indiciado, sendo que a referida instituição bancária se negou a prestar as informações exigidas.

Com o fim de amparar judicialmente a sua descabida pretensão, a renitente instituição impetrou uma ordem de *HABEAS-CORPUS* PREVENTIVO junto à 3ª Câmara Criminal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujos argumentos, em síntese, situaram-se na interpretação de que, face o artigo 192 da Constituição Federal exigir lei complementar para organizar o Sistema Financeiro Nacional, a Lei nº 4.595/64, que abordou anteriormente a matéria, foi recepcionada como lei complementar pelo ordenamento constitucional vigente.

Sendo assim, concluiu o Impetrante que o comando normativo infraconstitucional em tela, por vir corporificado no bojo de uma legislação ordinária (Lei nº 8.625/93) seria hierarquicamente inferior, portanto, inepto a derrogar o artigo 38 da Lei 4.595/64, hoje com foro de lei complementar.

Prestadas as informações pelo Ministériro Público do Estado do Rio de Janeiro através da Coordenadoria das Centrais de Inquéritos, tratou o *Parquet* Fluminense de espancar esta teratólogica interpretação ao colocar, com êxito, que a problemática do sigilo bancário, suas dimensões e limitações, nada tinha a ver com a organização do Sistema Financeiro, sendo, sim, matéria atinente à privacidade, à vida privada dos indivíduos, com a respectiva garantia constitucional dentre os direitos e garantias individuais fundamentais (como por nós salientado no início deste trabalho).

Sustentou por fim a Coordenadoria, com não rara acuidade que o artigo 38 da Lei 4.595/64, embora topograficamente inserido neste diploma legal, não constituía dispositivo atinente à organização do Sistema Financeiro e por esta razão poderia ser modificado por lei ordinária, visto não existir hierarquia formal entre lei complementar e ordinária, mas apenas campos materiais diversos, pelo que, não estando o sigilo bancário abrangido em dito campo material reservado à lei complementar, poderia ser, como efetivamente o foi, disciplinado em lei ordinária.

Em pioneiro acórdão acerca do tema, visto que tratou exclusivamente da aplicação do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, os Exmºs. Srs. Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [7] decidiram de forma unânime, ao apreciarem o mérito da mencionada ordem de *Habeas-Corpus*, não ser correta a alegação de que a Lei nº 4.595/64 teria se convertido em complementar com o advento da Constituição Federal.

---

[7] *Habeas - Corpus* nº 324/93, 3ª Câmara Criminal/TJRJ - Rel. Des. Luciano Belém.

Reconheceu ainda a Corte Superior Fluminense que o Ministério Público Estadual tem por si o artigo 26, inciso II, e § 2º, da Lei nº 8.625, de 12.2.93, que lhe permite a requisição de informações e documentos a entidades privadas para instruir procedimentos ou processos em que oficie, inclusive nas hipóteses legais de sigilo, ficando responsável pelo uso indevido do material recebido, inexistindo, portanto, qualquer ofensa à Carta Magna.

Conforme destacado por Márcio Luis Chila Freyesleben[8], em decisão semelhante do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, também ficou reconhecido ao Ministério Público dos Estados o poder de requisitar informações que antes não lhe eram acessíveis diante da barreira do sigilo bancário.

> "A Constituição Federal alterou a Lei nº 4.595/64, ampliando as funções do Ministério Público, derrogados os dispositivos que o impediam de agir com liberdade na defesa dos interesses sociais.
>
> É defeso às instituições financeiras negar informações ao Ministério Público sob a alegação de sigilo bancário, respondendo o promotor em havendo uso indevido do material requisitado."

Vale a reprodução de parte do voto do relator, Exmº Juiz Francisco Brito:

> "Estas atribuições - as do inciso VIII, artigo 129 CF - conferidas aos membros do MP devem ser entendidas de maneira ampla, sem o que estariam impedidos de exercer suas funções com toda a amplitude, a pretexto de que haveria o sigilo bancário (é o caso em apreço) a obstaculize que informações consideradas indispensáveis à instrução do processo criminal sejam fornecidas, e, assim nada poderia fazer.
>
> É de se ressaltar que a Lei nº 4.595 é de 1964, e a carta Magna de 1988 ampliou as funções do MP, revogando tudo o que antes impedia o membro do *Parquet* de agir com liberdade na defesa dos interesses da sociedade que representa."

Já estando assentado nos Tribunais este entendimento acerca da quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público dos Estados, nem se diga, caso alguém possa imaginar ao interpretar o inciso II do artigo 26 da LONMP, que tal poder de requisição de informações e documentos limitou-se às entidades privadas, isto porque, em relação às entidades públicas, semelhante previsão normativa restou consignada na alínea *b*, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Pela simples leitura do determinativo legal em destaque, poderá notar-se que o legislador, lançando mão dos mesmos princípios norteadores, adotou para o inciso I idêntico poder de requisição conferido ao *Parquet* no inciso II do artigo 26 da LONMP, quando tratou das entidades privadas, pelo que assim cuidou de preservar ao Ministério Público o poder de exigir legalmente informações, exames

---

[8] Acórdão prolatado no *Habeas-Corpus* nº 110.164-4, RJTAMG 44/306, *ob. cit*, p. 101.

periciais e documentos, também às autoridades federais, estaduais ou municipais, bem como aos órgãos e entidades públicas, sejam elas da administração direta, indireta ou fundacional e até mesmo aos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda em referência ao artigo 26, I, da LONMP, cumpre ressaltar que, para se ter o referido dispositivo em sintonia com todo o artigo torna-se necessário ao intéprete buscar socorro em duas regras de hermenêutica a fim de possibilitar que a norma tenha a sua perfeita aplicação.

Quando o legislador usou a expressão "... **e outras medidas**" no inciso I da Lei 8.625/93, em verdade referiu-se a todas as demais providências relativas ao inquérito civil e, por assim agir, ofertou ao hermeneuta a oportunidade de recorrer ao uso da interpretação analógica, posto que a uma fórmula casuística fez com que se seguisse outra de caráter genérico.

Na singular doutrina de CARLOS MAXIMILIANO [9] temos que aqui "... O legislador declara apenas um caso especial; porém a idéia básica deve ser aplicada na íntegra em todas as hipóteses que na mesma cabem. Para alcançar este objetivo, dilata-se o sentido ordinário dos termos adotados pelo legislador; também se induz de disposições particulares um princípio amplo."

Sendo assim, a lei inicialmente se preocupou com o inquérito civil, tratando de afirmar logo em seguida as prerrogativas ministeriais para todas as "outras medidas" atinentes àquele.

Todavia, no mesmo inciso, houve referência por parte do legislador aos "**procedimentos administrativos pertinentes**".

Ora, quando a lei se reportou aos *procedimentos administrativos pertinentes*, obviamente o fez em alusão a todos os outros que não se referissem ao inquérito civil, e, dentre estes outros, as peças de informação penal preparatória no âmbito do próprio Ministério Público, isto porque, em relação àquele, ou seja, o inquérito civil, já havia utilizado-se da fórmula genérica *outras medidas* para expressar os seus desdobramentos e aplicações múltiplas, uma vez que não poderia inserir na norma a totalidade dos casos que lhe fossem suscetíveis.

Neste particular, cabe destacar, que a referência feita a "outras medidas" diz respeito a qualquer procedimento administrativo inerente ao inquérito civil, já que toda providência ministerial neste sentido será sempre de natureza administrativa, à exceção de quando tiver que propor uma medida judicial.

Entendido isto, não se pode aceitar que a expressão procedimento administrativo toca direta e exclusivamente ao inquérito civil, sendo então de melhor doutrina admiti-la como alusão a toda e qualquer atividade administrativa afeta às funções ministeriais.

Desta maneira, para alcançar a intenção do legislador acerca da mencionada expressão "procedimentos administrativos pertinentes", cumprirá ao hermeneuta se

---

[9] *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Editora Freitas Bastos, 3ª edição, 1941, p. 242.

valer da interpretação estrita, com o que disporá de meios a adequá-la ao restante do texto.

Somente assim poderá ser compreendida a aludida "pertinência", vale dizer, para que a mesma seja admitida, deverá corresponder, não ao inquérito civil, porém, como dito, às demais funções do Ministério Público, visto que delas tratou o *caput* do artigo 26 e o Capítulo IV, ambos da Lei nº 8.625/93.

Neste último caso, o legislador foi além do que seria necessário para exprimir a sua vontade, uma vez que poderia ter consignado naquela oportunidade tão-somente o termo "**procedimentos administrativos**" (como feito no Estatuto da Criança e do Adolescente), pelo que agora competirá ao intérprete se abster de aplicar o sentido literal da norma, com a finalidade de que a precisão reclamada venha com o emprego dos elementos lógicos considerando-se, assim, os fatores jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva, relacionada esta com as novas funções institucionais e prerrogativas do Ministério Público.

No dizer do preclaro CARLOS MAXIMILIANO [10]: "... Optava-se pela exegese restritiva, quando a fórmula era ampla em excesso, uma linguagem imprecisa fazia compreender no texto mais do que planejaram incluir no mesmo: *potius dixit quam voluit* - disse mais do que pretendeu exprimir".

Acresce ainda o citado autor [11] que "... Nem tudo o que está escrito prevalece como Direito; nem o que não está escrito, deixa de constituir matéria jurídica. Anterior e superior à palavra é a idéia de quem preceitua".

Outra não poderia ser a forma de interpretar-se a referida regra legal, pois, do contrário, teríamos a incongruência de ver as entidades privadas sob o poder de requisição do Ministério Público e deste poder desviarem-se justamente as entidades públicas, as quais, sublinhe-se, deveriam se interessar pela transparência de suas operações, jungidas que estão aos princípios básicos da administração pública como os da legalidade, moralidade e finalidade.

Consectário natural da adoção deste comportamento de exceção em relação às entidades públicas, seria o fato de que as mesmas iriam por terminar abrigando aqueles agentes empenhados em ocultar as suas atividades ilícitas.

Como derradeira argumentação a demonstrar a quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público dos Estados em relação as referidas entidades públicas, temos o fato de que se tornaria impossível a cisão do artigo 26 da LONMP para dele separar-se o parágrafo segundo, o qual trata da possibilidade do rompimento do sigilo pelo *Parquet*.

É inegável que o aludido parágrafo segundo se referiu a toda e qualquer hipótese de requisição de documentos ou informações previstas no artigo 26, inclusive aquela inserta na alínea *b* do inciso I.

Logo, se a responsabilização firmada no § 2º do artigo 26 da Lei nº 8.625/93 é aplicável ao inciso I, letra *b*, do mesmo dispositivo legal, é porque admitiu-se a possibilidade da quebra do sigilo também em relação às entidades públicas.

---

[10] *Ob. cit.*, p. 240.
[11] CARLOS MAXIMILIANO, *ob. cit.*, p. 243.

Finalmente, lapidar síntese de CARLOS MAXIMILIANO[12] serve para demonstrar que o preceito aplicado às entidades privadas, relativo ao rompimento do sigilo, admite as interpretações acima apregoadas relacionadas às entidades públicas:

> "... Quando a lei, ou ato, estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente."

6. Sigilo bancário e a Lei Orgânica do Ministério Público da União[13]

Editado o novo estatuto do Ministério Público da União, não se teve mais como questionar a outorga ao *Parquet* do poder de vencer a redoma do sigilo bancário.

Consignou o texto:

> **"CAPÍTULO II**
>
> **DOS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO**
>
> .....
>
> Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
>
> .....
>
> II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
>
> .....
>
> IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas.
>
> .....
>
> § 2º - Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção do sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.
>
> .....
>
> § 5º - As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada."

---

[12] *Ob. cit.*, p. 247.

[13] Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União - publicado no D.O. da União, Seção I, em 21.03.93).

Como registrado anteriormente, ao Ministério Público da União já era permitido imiscuir-se nas confidências bancárias (Lei nº 7.492/86 - artigo 29); o que deve restar destacado é que, com o advento desta nova lei orgânica, afastou-se por derradeiro qualquer discussão acerca da abrangência da norma, visto que a mesma buscou logo ditar que se faria incidir tanto em relação às entidades públicas quanto às privadas.

Consolidado este posicionamento, a tudo aquilo que antes defendemos por variadas razões, vale dizer, que ao *Parquet* estadual era cabível conhecer de informações bancárias nos procedimentos em que oficiasse, deve agora ser acrescido que, em sendo realizada a conjugação do texto legal que rege o Ministério Público da União, com a regra inserta no artigo 80 da Lei nº 8.625/93, sepultam-se de vez todas as controvérsias, para que se torne definitiva a autorização ao Ministério Público dos Estados o acesso àqueles dados bancários ou financeiros, o que até então lhe era proibido.

> "Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União."

Aliás, em sendo aplicável subsidiariamente o estatuto do Ministério Público da União, o membro do Ministério Público Estadual, ao requisitar documentos ou informações às entidades bancárias ou financeiras, deverá valer-se do disposto no § 5º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 e fixar o prazo para o respectivo atendimento, que poderá ser até dez dias, o qual admitirá ainda uma prorrogação desde que a solicitação seja feita justificadamente.

Constituindo-se a requisição numa ordem legal para o cumprimento de uma providência emanada de quem dispõe de autoridade para determinar a medida, neste caso, o órgão de execução do Ministério Público dos Estados, o não-atendimento à mesma pela entidade bancária (que deverá estar ciente inequivocamente através do destinatário encarregado de cumprir a determinação) irá caracterizar o delito de desobediência, posto que agora o ordenamento jurídico impõe àquele o dever de acatar o conteúdo da referida ordem ministerial.

7. A responsabilidade pelo membro do Ministério Público na quebra do sigilo bancário por ato próprio

Como dito em oportunidade anterior, o § 2º do artigo 26 da LONMP previu expressamente a responsabilização do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e documentos que lhe chegassem ao conhecimento através de sua requisição, inclusive nos casos de sigilo.

Com a edição deste preceito legal, buscou o legislador repetir uma forma de controle ao poder de requisição ministerial, como feito no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem que tenha se preocupado em traçar o alcance para a aludida responsabilização.

Ao nosso ver, dada a relevância deste poder ministerial, sempre que um membro do *Parquet* pretender efetuar uma requisição que importe na quebra de um sigilo, por

tratar-se de interferência num direito subjetivo constitucional, deverá ter fundadas razões para a prática da mesma cuidando de verificar, pelo menos, da presença do *fumus boni iuris* num juízo prelibatório, para ao final instrumentalizar seu ato através de uma promoção fundamentada.

Por estes motivos, defendemos que cada membro do Ministério Público deve pautar a sua conduta no sentido de velar pela manutenção do caráter sigiloso do fato, tomando as providências necessárias para que tais informações ou documentos sejam utilizados exclusivamente nos limites de sua atribuição, e a eles somente tenham acesso as partes legítimas na causa, em típico exemplo de segredo de justiça, sendo que, assim agindo, afastará a possibilidade de sua responsabilização.

Aliás, em nada se inova, uma vez que dito procedimento tem semelhante previsão no § 1º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64.

O que importa é que, em se tratando da obtenção de documentos ou informações consideradas pela lei como confidenciais, procure o Ministério Público na fase pré-processual preservar o sigilo acerca destes, zelando pelo seu segredo até que venha a deflagrar uma ação penal ou requerer o arquivamento do procedimento, quando então os referidos dados passarão à vigilância imediata do Poder Judiciário.

8. Conclusão

Sem dúvida, a Lei nº 8.625/93 veio consolidar uma posição institucional de há muito reclamada pelos membros do *Parquet* no que verse acerca da quebra do sigilo bancário, pois, apesar de ser o destinatário do inquérito policial, muita das vezes se via compelido a recorrer ao Poder Judiciário para conclusão deste, quando na verdade lhe cabia dirigir e zelar pelas investigações até o encerramento do procedimento.

Com a vigência da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, o sigilo bancário não se apresenta mais como um limite à atuação do órgão ministerial estadual em sua atividade persecutória relativa à prova, devendo hoje conjugar-se as exceções previstas nos §§ 1º, 3º e 5º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, p. único do artigo 29 da Lei nº 7.492/86, alíneas *b* e *c* do inciso VI do artigo 201 da Lei nº 8.069/90, e incisos II e IV e § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, com aquelas insertas nos incisos I e II, e § 2º do artigo 26, e artigo 80 ambos da Lei nº 8.625/93, sendo que o não-atendimento à requisição do *Parquet* importará na prática de crime de desobediência.

Por fim, resta a cada Promotor de Justiça, daqui para adiante, com a sobriedade e a responsabilidade que é peculiar ao cargo, fazer valer o texto legal, utilizando, se necessário, de todos instrumentos jurídicos para imperatividade deste preeminente poder ministerial, sem nunca perder de vista que a sua conduta deverá estar sempre voltada para um interesse único, qual seja, a defesa dos interesses da sociedade.

9. Conclusões submetidas à discussão e votação pela Comissão de Trabalho e pelo Plenário do XIV ENCONTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

I - Na esfera estadual, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 201, inciso IV, alíneas *b* e *c,* da Lei nº 8.069/90, permitiu pioneiramente aos membros do Ministério Público dos Estados, com atribuição junto à Justiça da Infância e da Juventude, promoverem a quebra do sigilo bancário, autorizando-lhes a requisitar informações e documentos às entidades públicas e privadas nos casos relacionados especificamente a criança e ao adolescente;

II - O artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.625/93 (LONMP), aparelhou legalmente o Ministério Público dos Estados a requisitar às entidades privadas, bancárias ou financeiras, documentos ou informações, em procedimentos ou processos em que oficie, inclusive nas hipóteses legais de sigilo;

III - Ao editar o artigo 26, inciso I, alínea *b*, da Lei nº 8.625/90, o legislador lançou mão dos mesmos princípios norteadores adotados em relação às entidades privadas, autorizando, de igual forma, aos membros do Ministério Público dos Estados a promoverem a quebra do sigilo bancário em relação às entidades públicas;

IV - A expressão "...**procedimentos administrativos pertinentes**...", inserta no inciso I do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, deve ser entendida como alusão a qualquer atividade administrativa afeta às funções ministeriais, posto que é destas funções que trata o Capítulo IV e o artigo 26, *caput*, do referido texto legal. Conseqüentemente, o poder de requisição do Ministério Público Estadual, inclusive nos casos de quebra de sigilo, não se limitou às hipóteses atinentes ao inquérito civil, estendendo-se, pois, a toda atividade de persecução que o *Parquet* instaure ou participe;

V - O § 2º do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, a exemplo do disposto no § 4º do artigo 201 da Lei nº 8.069/90 - ECA-, estabeleceu a responsabilização do membro do Ministério Público Estadual pelo uso indevido, das informações recebidas e que eram sigilosas, razão pela qual, ao requisitá-las, deverá fazê-lo de forma fundamentada, zelando pelo seu segredo até que venha a deflagrar uma ação ou requerer o arquivamento do procedimento;

VI - O artigo 80 da Lei nº 8.625/93 ao estabelecer a aplicação subsidiária das normas da Lei Orgânica do Ministério Público Federal ao Ministério Público dos Estados, afastou qualquer questionamento acerca da possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo *Parquet* Estadual, visto que o dito rompimento do segredo teve sua previsão no artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º da referida lei complementar, tanto em relação às entidades privadas quanto às públicas;

VII - Em sendo aplicável subsidiariamente o Estatuto do Ministério Público da União, deverá o Promotor de Justiça, com fundamento no § 5º do artigo 8º do mencionado texto legal, estabelecer o prazo, de até no máximo 10 (dez) dias, o qual poderá comportar uma prorrogação, para o cumprimento de sua requisição, sendo que, se esta não for atendida pelo requisitado no termo fixado, incidirá o mesmo na prática do crime de desobediência;

VIII - As exceções relativas à autorização da quebra do sigilo bancário, previstas nos §§ 1º, 3º e 5º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64; parágrafo único do artigo 29 da Lei nº 7.492/86; alíneas *b* e *c* do inciso VI, do artigo 201 da Lei nº 8.069/90; e incisos II e IV, e § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, hoje devem ser conjugadas com os dispositivos legais previstos na Lei nº 8.625/93 - artigo 26, incisos I e II, § 2º, e artigo 80 - que trata da organização do Ministério Público dos Estados, e assim não pode ser oposta a exceção do sigilo bancário ao *Parquet* Estadual por entidades públicas ou privadas. (14)

(14) Conclusão aprovada, por unanimidade, como síntese de todas as outras insertas no item 09 deste trabalho.

** Walberto Fernandes de Lima é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro - Titular da 12ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos - Comarca da Capital.



Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais fundamentais (Devido processo legal)



Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional

LUÍS ROBERTO BARROSO *

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana.(1) A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.(2)

Antes de procurar delimitar com precisão os contornos do princípio da razoabilidade e suas potencialidades no Direito brasileiro, é de proveito percorrer brevemente sua trajetória no Direito norte-americano. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da

(1) As dez primeiras emendas, conhecidas como ***Bill of Rigths***, foram aprovadas em 15 de dezembro de 1791. A 5ª emenda estabeleceu que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21 de julho de 1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal."

(2) O tema é versado em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, **Corwin**, *The Constitution and What it Means Today*, 1978; **Tribe**, *American Constitutional Law*, 1988; **Noak**, **Rotunda** e **Young**, *Constitutional Law*, 1986; **Gunther**, *Constitutional Law*, 1985; **Stone**, **Seidman**, **Sunstein** e **Tushnet**, *Constitutional Law*, 1986; **Brest** e **Levinson**, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, 1983. De autores americanos, em tradução portuguesa, vejam-se **Thomas Cooley**, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, 1982; **Bernard Schwartz**, *Direito Constitucional Americano*, 1966. Entre os autores nacionais, vejam-se: **San Tiago Dantas**, *Igualdade perante a lei e "due process of law" (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo)*, *in* RF CXVI/357 (1948); **José Alfredo de Oliveira Baracho**, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, s. d.; **Carlos Roberto de Siqueira Castro**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 1989 e **Ada Pellegrini Grinover**, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, 1973.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 04 (3ª Fase), jul./dez. 1996, p. 160-175.

igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. [3]

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. [4]

Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, [5] incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos. [6]

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com ***Marbury v. Madison***. É que através deste fundamento — o do devido processo legal — abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o *Justice* **Harlan**, da Suprema Corte:

> " '*Devido processo' não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída*

---

[3] **Castro, Carlos Roberto de Siqueira**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 3.

[4] Representativo desta fase é o conjunto de casos conhecidos como *Slaugtherhouse cases*, 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que conferia monopólio de uma atividade a uma determinada companhia, impedindo todas as demais pessoas e empresas de explorarem a atividade. A decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso.

[5] *V. Vitek v. Jones*, 445 U.S. 480 (1980): "*Due process requires written notice, a hearing at which evidence is heard, including a rigth of presentation, confrontation and cross-examination, an independent decisionmaker, a written statement by the fact-finder, effective and timely notice of rigths, and qualified and independent assistance of legal counsel*". *v.* Barron e Dienes, *Constitutional Law*, 1991, p. 175.

[6] Vejam-se, *e. g.*, *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971) e *Little v. Streater, 452 U.S. 1* (1981).

sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada." [7]

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.

O reconhecimento desta dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (**a**) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (**b**) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (**c**) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de **Earl Warren**. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* — isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas — que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez-faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado. [8] A decisão que melhor simbolizou este período, todavia, foi proferida em *Lochner v. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de N. York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. [9] Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. [10] Este período ficou conhecido como a era *Lochner*.

Sua superação se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Eleito presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que esta legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica.

---

[7] Voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
[8] *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).
[9] 198 U.S. 45 (1905).
[10] *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

Neste ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. v. United States,* [11] a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele Colegiado. Conhecida como *court-packing plan,* [12] a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis. [13] Foi o declínio do devido processo legal substantivo.

A terceira fase do devido processo legal substantivo teve como antecedente importante a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas, cujo marco mais célebre foi a nota de rodapé nº 4, integrante do voto do *Justice* ***Stone*** ao julgar o caso *United States v. Carolene Products.* [14] No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável. Estes direitos e liberdades não-econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade racial, como *Brown v. Board of Education,*[15] dos direitos políticos, como *Reynolds v. Sims* [16] e de processo penal, como *Miranda v. Arizona,* [17] fizeram deste período um dos mais "portentosos e tumultuados" da história da Corte. [18]

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold v. Connecti-*

---

[11] 295 U.S. 495 (1935).

[12] A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. Sobre este tema, *v.* Gerald Gunther, *ob.* cit., p. 121 e ss. *v.* também William H. Rehnquist, *The Supreme Court: How it was, How it is*, 1989, p. 215 e ss.

[13] Um dos marcos da superação da era *Lochner* foi o julgamento de *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), onde a corte, revertendo decisão anterior em *Adkins v. Children's Hospital* (*v. supra*), considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

[14] 304 U.S. 144 (1938).

[15] 347 U.S. 873 (1954).

[16] 377 U.S. 533 (1964).

[17] 384 U.S. 436 (1966).

[18] Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sustein, Cass R.; Tushnet, Mark V.; *Constitucional Law*, Little Brown and Company, Boston, 1986, p. LXX.

cut [19] e *Roe v. Wade,* [20] onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe,* a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz **Blackmun**:

> "Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14ª emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9ª emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.
>
> *(...) A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante, e o limita a uma única hipótese, que é a de 'salvar' a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente ataque...*" [21]

Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte *Warren* e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, esta decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*). [22]

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o Direito nos Países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibili-

[19] 391 U.S. 479 (1965).
[20] 410 U.S. 113 (1973).
[21] *Idem.*
[22] Um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto externando divergência quanto à decisão em *Roe*, questionou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. *V.* Morton J. Horwitz, *"Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism"*, *in* "*Harvard Law Review*", 107/30 (1993).

dade com o princípio da razoabilidade.[23] Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; [24] o que não seja arbitrário ou caprichoso; [25] o que corresponda ao senso comum, [26] aos valores vigentes em dado momento ou lugar. [27] Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, [28] embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica. [29] Sobre este ponto em particular, veja-se a passagem inspirada de **San Tiago Dantas:**

> *"Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de 'lei injusta.'*
>
> ....." [30]

---

[23] Embora não faça esta assemelhação e refira-se sempre ao princípio da proporcionalidade, **Willis Santiago Guerra Filho** lembra "a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos 'razão' (lat. *ratio*) e 'proporção' (lat. *proportio*)" (*Sobre o Princípio da Proporcionalidade*, **mimeo**, pp. 13-14).

[24] Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo,* 1950, t. 1, p. 485.

[25] *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

[26] Quintana, Segundo V. Linares, *Reglas para la Interpretación Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 122.

[27] Pound, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, p. 90.

[28] Bidart Campos, *Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdición Constitucional*, 1987, p. 92. Aliás, na sua origem norte-americana a cláusula do devido processo legal foi influenciada por concepções jusnaturalistas, sendo interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça, conforme noticia Ada Pellegrini Grinover (*As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, p. 33 - 34), onde esclarece: " Mas, sob a influência de magistrados como Holmes, Cardozo, Frankfurter, percebe-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são a expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental com relação à normatividade positiva: trata-se, pelo contrário, da enunciação de valores históricos e relativos, que podem impor-se à razão em determinado contexto histórico". *V.* também, Grey, *"Do We Haven an Unwritten Constitutions"?*, 27 "*Stantford Law Review*" 703, 715-716 (1975).

[29] Siqueira Castro, *ob.* cit., p. 53.

[30] Dantas, San Tiago, *"Igualdade perante a lei e* Due process of law*," in* "Revista Forense" CXVI/357, 1948, p. 362.

Em seguida, após referência ao sistema americano e ao *due process of law*, arrematou:

> *"A lei que não pode ser considerada '**law of the land**' é a lei contrária ao Direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa."* [31]

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo. Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos. [32]

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexiste qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente. Suponha-se, por exemplo, que diante da impossibilidade

---

[31] *Idem.*

[32] Veja-se, a propósito, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, 1984, p. 461.

de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade da Constituição por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros, etc. [33]

Esta exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores distanciados geograficamente. A este propósito, averbou **Linares Quintana:**

> *"(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos... Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deven alcanzarse".* [34] .....

Na mesma linha, **J. J. Gomes Canotilho:**

> *"Entre o fim da autorização constitucional para uma emanação de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins."* [35]

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 1971, pronunciou-se em igual sentido:

> *"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental."* [36]

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida. Conhecido, também, como "princípio da me-

---

[33] Esta interessante distinção entre razoabilidade interna e externa encontra-se em Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 462 e ss.
[34] Linares Quintana, *ob.* cit., p. 128.
[35] Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 1986, p. 488.
[36] BVerfGE 30, 292, (316). *V.* Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, 1989, p. 87.

nor ingerência possível", consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, "se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas." [37]

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como *proporcionalidade em sentido estrito*. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de **Canotilho**, trata-se "de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim." [38]

A doutrina — tanto lusitana quanto brasileira [39] — que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa esta tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (**a**) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (**b**) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (**c**) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de **Willis Santiago Guerra Filho:**

> *"Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens."* [40]

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada. [41]

---

[37] BVerfGE 39, 210 (230-1). *V.* Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 44.

[38] J. J. Gomes Canotilho, *ob.* cit., p. 387-8.

[39] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1991, p. 386-388; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 1993, p. 318-9; Gilmar Ferreira Mendes, *ob.* cit., p. 38 e 43; e Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, cit., p. 75.

[40] Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, cit., p. 75.

[41] *V.* Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1991, p. 66-7: "Este princípio enuncia a idéia singela aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados". *V.* Também Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 1991, p. 93.

Versando o tema assinalou o ilustre professor argentino **Agustin Gordillo:**

> *"A decisão 'discricionária' do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:* ***a****) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou* ***b****) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos e provas inexistentes; ou* ***c****) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar."* [42]

Também no domínio do Poder Judiciário, o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares. [43] Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em Países como Alemanha [44] e Itália, [45] é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes.

De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. [46] Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o Juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é

---

[42] Agustin Gordillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, 1977, p. 183-4.

[43] *V.* Egas Moniz de Aragão, *Poder Cautelar do juiz. Medidas provisórias*, *in* RPGERJ 42/37 (1990), e Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, *"A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio cautelar da proporcionalidade"*, *in* RF 318/101 (1992).

[44] O *Bundesverfassungsgericht* assentou, em decisão de 1951, que sua competência se limitava à apreciação da legitimidade da norma, e não de sua conveniência. Mas acrescentou, significativamente: "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial" (BVerfGE 1, 15). *V.* Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 41.

[45] Na Itália, o art. 28 da Lei nº 87, que organiza a Corte Constitucional, exclui expressamente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Todavia, como assinala Pierandrei, será sempre possível examinar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (Enciclopedia del Diritto, vol. 10, 1962, p. 907).

[46] Traduzindo esta crença, que subsistiu inquestionada por longo tempo, escreveu Canotilho (*ob.* cit., 1986, p. 739): "A *discricionariedade do legislador* ou, como hoje se diz, o *âmbito de liberdade de conformação legislativa*, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei."

ou não arbitrária, o Juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável. [47]

A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada *liberdade de conformação legislativa*. O controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos "teleologicamente relevantes" do ato legislativo, que **Gomes Canotilho** assim identifica e comenta:

> "(I) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos **fins** estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a **lei** é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser **contraditória, irrazoável, incongruente** consigo mesma.
>
> *Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da* ***não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.***" [48]

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o Juiz hesitar. [49]

O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitu-

---

[47] *V.* Siqueira Castro, *ob.* cit., p. 216, fundado em texto de Edward Corwin (*Court over Constitution - A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, 1938, p. 108): "*What the Court says is that legislation must not be unreasonable, but what this means inevitably, an all that it means in that legislation must be unreasonable to the Court's way of thinking.*"

[48] J. J. Gomes Canotilho, *ob.* cit., 1986, p. 740.

[49] Escrevendo sobre o tema no direito alemão, admitiu Krebs a possibilidade de superposição de competências, concluindo, no entanto, que isto não afetava a imprescindibilidade do princípio. É que, afirma ele, eventual "escorregão" (*Gratwanderung*) entre o Direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista (*v. Freiheitsschutz durch Grundrechte*, JURA, 1988, p. 617 (623) *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *"A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro"*, *in* RDA 191/40, 49 (1993).

cional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar. [50]

Como se demonstrou até aqui, a razoabilidade dos atos do Poder Público — inclusive dos atos legislativos — como parâmetro aferidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em inúmeros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de nºs. 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem o seu exercício. [51]

No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de direito. [52] Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição do excesso. [53]

No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, *discricionária*, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. Exemplo da visão clássica do tema foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 13.11.70, na qual assentou:

> *"Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilida-*

---

[50] Nos Estados Unidos, por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: **a)** a 11ª Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 419 (1793); **b)** a criação de uma cidadania nacional pela 14ª Emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857); **c)** a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª Emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U. S. 429 (1895); **d)** a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem com dezoito anos, introduzida pela 26ª Emenda foi motivada pelo caso *Oregon v. Mitchell*, 400 U. S. 112 (1970). *V.* Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e ss.

[51] A este propósito, assim manifestou-se Linares Quintana (*ob.* cit., p. 123): *"Este precepto básico es propio de nuestra Constitución, no teniendo equivalente ni en términos siquiera aproximados, en la Ley Suprema de los Estados Unidos."*

[52] *V.* Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 43.

[53] Dispõe o art. 18, 2, da Constituição Portuguesa: " lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." Além dele, o art. 266, 2, impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2, que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário.

de de apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Jucidiário. Recurso conhecido e provido." [54]

É certo, porém, que ao longo da vigência da Constituição de 1967-69, ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente*, [55] e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores reverenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande vetor de decisões como: **a)** a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões; [56] **b)** a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais; [57] **c)** a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado "julgamento de consciência", em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada. [58]

Todos estes precedentes se referem a atos administrativos. A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. Convencionalmente aplicada no controle dos atos administrativos, o conceito teve seu alcance estendido para abrigar certos casos envolvendo atos legislativos. Há um interessante precedente na matéria, em decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro **Orozimbo Nonato** firmou a tese de que:

"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ***détournement de pouvoir****. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado."* [59]

---

[54] RTJ 56/811 (1971), RE nº 70278-GB, Rel Min. Adaucto Cardoso.
[55] Siqueira Castro, *ob.* cit., p. 192.
[56] Remessa *ex officio* nº 110.873-DF, TFR, Rel.Min. **Washington Bolivar**, *in* DJU de 26.02.87.
[57] MS nº 101.898-DF, TFR, Rel. Min. Leitão Krieger, *in* DJU de 22.05.86.
[58] RTJ 122/1.130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ, Rel. Min. **Carlos Madeira**.
[59] RF 145/164 (1953), RE 18331, Rel. Min. **Orozimbo Nonato**.

Já no regime da Carta de 1967-69, outra decisão da Suprema Corte, em linguagem ainda mais explícita, aplicou o princípio da razoabilidade como critério limitador das restrições de direitos. Na apreciação de questão relativa à liberdade de exercício profissional, deixou-se assentado:

> *"Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não."* [60]

Em decisões posteriores, embora esporádicas, voltou-se a aplicar, ainda que sem maior desenvolvimento teórico, o princípio da razoabilidade. Foi o que se passou quando a Suprema Corte: **a)** considerou inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade; [61] **b)** considerou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava despropositadamente os valores da taxa judiciária. [62]

Um dos poucos autores nacionais a dedicar alguma atenção ao tema do desvio de poder legislativo, **Caio Tácito** menciona decisões do Supremo Tribunal Federal que mantiveram a anulação de leis que consubstanciavam os chamados *testamentos políticos*. É que, na pior tradição nacional, não é incomum a edição de leis estaduais ao término de governos derrotados nas urnas, criando cargos públicos em número excessivo ou concedendo benefícios remuneratórios, comprometendo as finanças públicas e inviabilizando o novo governo.O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, *pelo exame dos motivos,* configura vício especial de inconstitucionalidade. Analisando o caso concreto, afirmou o ilustre publicista, em passagem lapidar:

> "A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.
>
> *Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder* (**détournement de pou-**

[60] Rp. 930-DF, Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**, *in* DJU de 2.09.77.
[61] RTJ 110/937 (1984), Rep. 1.054, Rel. Min. **Moreira Alves**.
[62] RTJ 112/34 (1985), Rep. 1.077, Rel. Min. **Moreira Alves**.

voir), *colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público.*" (63)

Como se constata singelamente, a despeito de não haver merecido qualquer referência expressa nos textos constitucionais de 1946 e 1967-69, o princípio da razoabilidade foi utilizado, de forma explícita ou implícita, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público, tanto administrativos quanto legislativos. Durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Ali se lia, no *caput* do art. 44:

> "*A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e,* ***como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade***."

A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção ao princípio da razoabilidade. É certo, todavia, que se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of law*, com a dicção seguinte:

> "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

Diante disto, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, a vigência de lei do Estado do Paraná que determinava a pesagem dos bujões de gás, à vista do consumidor, no ato da venda. A imensa dificuldade material, quando não impossibilidade, de cumprimento da exigência, fez com que o Tribunal se pronun-

---

(63) **Caio Tácito**, *"O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais"*, *in* RDA 188/1 (1992). Sobre o tema, veja-se, também, *Gilmar Ferreira Mendes*, *Controle de Constitucionalidade*, cit., onde se abre um tópico específico para o *excesso de poder legislativo* (p. 38 e ss).

ciasse, em medida cautelar, pela irrazoabilidade ou falta de proporcionalidade do ato legislativo. [64]

É bem de ver que o princípio da razoabilidade tem um campo de incidência bem mais vasto nos Países de Constituição sintética, onde sua aplicação criativa serve como mecanismo flexível para determinar a Constituição material de cada época. Nos Países de Constituição analítica, sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um País como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.

[64] RDA 194/299 (1993), ADin nº 855-PR, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**. O acórdão é assim ementado: "Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §, 25, § 2º e 238, *além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos*: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida."

* **Luís Roberto Barroso** é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *Master of Laws* pela *Yale Law School* e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais

VERÔNICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN (*)

1 - O Papel Desempenhado pelos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais apresentam papel de destaque no mundo moderno, sendo a sua efetividade e respeito perseguidos pela humanidade, além de consubstanciarem medida para aferição da legitimidade do Estado.

Neste contexto, cabe evidenciar a íntima relação existente entre estes direitos e o Estado Democrático de Direito, abraçado com veemência pelo constituinte de 1988.

O Estado Democrático de Direito surge em contraposição ao denominado Estado de Polícia, que apresentava faceta autoritária e arbitrária [1]. O Estado Democrático de Direito é, assim, sinônimo de respeito irrestrito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de governo justo, transparente e controlado pela soberania popular, de consagração do princípio representativo e, de todos os princípios e valores derivados da nova ordem constitucional instaurada em 1988. A idéia do "Estado Democrático de Direito" reúne, pois, uma série de princípios e valores considerados indispensáveis ao alcance de uma ordem estatal capaz de assegurar os direitos inalienáveis do homem [2].

---

[1] Em sintética explanação histórica, DALMO DE ABREU DALLARI ensina que a "idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a idéia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea". DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 123.

[2] WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO enfatiza que a fórmula do Estado Democrático de Direito sintetiza uma série de princípios, "os quais se promovem mutuamente *in abstracto*, mas, necessariamente, irão muitas vezes conflitar-se *in concreto*". Em complemento, esclarece que "aquela fórmula representa, antes de mais nada, a intenção de conciliar da melhor forma possível, no presente e cada vez mais no futuro, aqueles princípios e valores que, ao serem reunidos para sua aplicação

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 23 (3ª Fase), jan./jun. 2006, p. 231-244.

Como ensina Uadi Lammêgo Bulos:

> "Ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto. Em realidade, a expressão Estado de Direito, sem o qualificativo democrático, é tradução literal do vocábulo alemão *Rechtsstaat*, empregada desde o começo do século XIX. Com o tempo, o termo incorporou-se ao vocábulo jurídico e político, significando o oposto de *Polizeistaat* – Estado de Polícia, o Estado da época do Absolutismo" [3].

Paulo Gustavo Gonet Branco enfatiza o significado dos direitos fundamentais como "princípios básicos da ordem constitucional", realçando que tais direitos operam como limite do poder e como diretriz para a sua ação, pois revelam e positivam um sistema de valores. Possuem, pois, uma "eficácia radiante" [4].

Pode-se constatar que a efetividade e plena realização prática dos direitos fundamentais é indispensável ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito [5], já que este busca garantir e realizar um sistema autêntico destes direitos aos cidadãos. O Estado de Direito exige e implica a garantia dos direitos

---

conjuntamente, aumentam o seu alcance e potencializam-se, ao mesmo tempo em que impõem limites, uns aos outros, para impedir que a ênfase exagerada em um ou alguns deles perverta-os". Guerra Filho, Willis Santiago. "Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional". *Revista de Processo*, ano 16, N. 62, Abril-Junho de 1991, pp. 122/140.

[3] Bulos, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 3ª. ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45. Nesta mesma linha de entendimento, ressalta Norberto Bobbio que "a antítese do estado absoluto é o estado democrático, ou mais exatamente o estado representativo, que através do progressivo alargamento dos direitos políticos até o sufrágio universal se transforma pouco a pouco em estado democrático". Bobbio, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 121.

[4] Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 153 e 155.

[5] A título de ilustração, ainda sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, valemo-nos da valiosa lição de Canotilho e Vital Moreira, citados por Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 156), *in verbis*: "Este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de direito. Esta ligação

fundamentais, enquanto estes exigem e implicam, para a sua realização, o Estado de Direito [6]. Há, pois, uma relação incindível entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

JORGE MIRANDA adverte, acertadamente, que não basta, para que haja ou para que sejam garantidos os direitos fundamentais, que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda [7].

Modernamente, como bem assinala EDILSOM PEREIRA DE FARIAS, os direitos fundamentais cumprem uma função primordial no panorama jurídico-político e consubstanciam-se em paradigma de legitimação de regimes políticos [8]. Com efeito, o grau de consagração, proteção e efetividade conferidos a tais direitos por determinado Estado conferem ao mesmo maior ou menor prestígio na comunidade internacional. Os direitos fundamentais – sua efetividade e plena garantia – constituem elementos essenciais à democracia e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Em complemento ao acima aduzido, podemos citar a observação de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, para quem a legitimidade de determinado sistema político encontra-se condicionada à tutela e efetividade dos princípios e direitos fundamentais [9]. Pode-se dizer que o Estado de Direito volta-se para a exigência

---

material das duas componentes não impede a consideração especifica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido da outra".

[6] Observação de ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *apud* MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, no Artigo "Eficácia Constitucional: Uma Questão Hermenêutica", publicado na obra *Hermenêutica Plural: Possibilidades Jusfilosóficas em Contextos Imperfeitos*, Organizadores: Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 373.

[7] Em complemento, transcrevemos trecho da lição do consagrado jurista português, *in verbis*: "Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre os sistemas de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro e fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle. Mais ainda: pode asseverar-se sem receio que, neste momento, somente a democracia – a democracia representativa e pluralista, com Estado de Direito – propicia um sistema completo e autêntico de direitos fundamentais; nenhum outro regime atual o consagra.(...). Não vou ao ponto de sustentar que a Declaração Universal imponha a democracia. No entanto, ela estabelece no preâmbulo, que é essencial a proteção dos direitos do homem, através de um regime de direito; e no art. 21, que toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do pais, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, e que a vontade do povo deve exprimir-se através de eleições honestas a realizarem-se periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto". MIRANDA, JORGE. "O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia". Artigo publicado na *Revista Interesse Público*. São Paulo: Notadez, Ano I, n. 01, Janeiro/Março 1999, p. 80.

[8] FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade,a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*, 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 82.

[9] Observação extraída do Prólogo à obra *Derechos y Garantias – La Ley del Más Débil*, de LUIGI FERRAJOLI. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi, Coleção *"Estructuras Y Procesos"*, 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 11.

da legalidade, enquanto o princípio democrático encerra caráter de legitimidade. Ambos, um em complemento ao outro, formam o denominado Estado Democrático de Direito.

Concluímos assim que, no atual estágio do Estado de Direito, não se tem mais o primado absoluto da vontade do legislador. Hoje, o princípio da legalidade se submete ao princípio da constitucionalidade, sendo certo que os direitos fundamentais impõem limites à atuação do legislador. LUIGI FERRAJOLI assinala a existência de uma "segunda revolução" na natureza do direito, influenciando na formação de um novo paradigma ao positivismo clássico. A "primeira revolução", segundo o jurista italiano, se deu com a afirmação da onipotência do legislador, ou seja, com a afirmação do princípio da legalidade formal como norma de reconhecimento da existência das normas. Já a "segunda revolução" se verifica na afirmação do princípio da legalidade substancial, o que significa dizer que a lei não deve estar unicamente adstrita a vínculos formais. A lei deve estar subordinada também a vínculos substanciais, impostos pelos princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição. FERRAJOLI observa, ainda, que a afirmação do princípio da legalidade substancial rompe com a presunção apriorística de validade do direito vigente. Para que a norma seja válida, não basta que a mesma tenha sido emanada segundo as formas pré-estabelecidas para a sua produção; é necessário que o seu conteúdo respeite os princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição [10].

De certo, o Estado Moderno, democrático e social, deve buscar o primado do Direito sobre a política, limitando e restringindo o poder estatal em favor da realização do direito material, em sua essência constitucional, tal como assevera ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE [11]. BÖCKENFÖRDE acentua a necessidade de se buscar limitar e restringir o domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e da realização do direito.

Sobre a realização do direito, defendida por BÖCKENFÖRDE, oportuno trazer à baila o conceito de efetividade, extraído da esclarecedora lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, *in verbis*:

> "A efetividade significa, ..., a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social" [12].

[10] Obra citada, p. 66.

[11] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Tradução de Rafael de Agapito Serrano, Coleção "*Estructuras Y Procesos*", 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 44. O jurista alemão enfatiza que, apesar dos variantes significados do Estado de Direito, existe um conteúdo sempre presente, referente à garantia da liberdade pessoal e à limitação do poder estatal.

[12] Confira a obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

Do conceito acima referido, verifica-se que a efetividade de um direito se vincula à sua aplicação e reconhecimento (concretização) no mundo dos fatos sociais. É o que muitos doutrinadores denominam de "eficácia social" [13] da norma, em distinção à denominada "eficácia jurídica".

Sem efetividade, os direitos fundamentais são reduzidos a mera explicitações políticas e morais, esvaziados de qualquer utilidade, sendo a Constituição que os abriga desprovida de realidade, inserindo-se em um plano meramente utópico.

Margarida Maria Lacombe Camargo, em significativa observação, afirma admitir o direito como concretização, esclarecendo que a norma só ganha significado quando assume uma posição concreta, ou melhor, quando se revela realmente. Destaca a autora:

> "O direito, como elemento ético da vida social – teoria da vida reta –, pretende realizar o bem. Daí concordamos com Gadamer quando mostra que a 'interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito'" [14].

Sem dúvida, neste plano de concretização, desafio maior do Estado Democrático moderno é fornecer aos direitos fundamentais garantias eficazes e proteção real, assegurando a sua aplicação de forma tendente ao aproveitamento máximo de seu conteúdo. Gilmar Ferreira Mendes observa que a Constituição deve lograr concretizar sua "pretensão de eficácia" e complementa advertindo

---

[13] Konrad Hesse apregoa que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Para o pensador alemão, a essência da norma constitucional "reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas". Em outra passagem de sua obra, Konrad Hesse observa que "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) Se os direitos e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente". Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 14/15; 22/23.

[14] Camargo, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45.

que a falta de mecanismos de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição [15].

Sobre tal problemática, NORBERTO BOBBIO adverte que:

> "Uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva" [16].

Os direitos e liberdades fundamentais não são resguardados apenas por sua declaração e reconhecimento formal pela ordem interna do Estado [17]. É necessário a sua efetiva proteção e concretização, através de mecanismos que possibilitem a existência harmônica de todos os direitos consagrados no texto constitucional, viabilizando o seu pleno exercício pelo indivíduo.

2 – A Proporcionalidade como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais. O Problema da Colisão entre Direitos Fundamentais.

Como dito, os direitos fundamentais são aqueles direitos especificados no texto constitucional e que encerram valores supremos, considerados imprescindíveis dentro de determinada ordem nacional, recebendo proteção máxima da própria Constituição. Tais direitos são fundamentais à realização da pessoa humana e propiciam as condições indispensáveis à uma sobrevivência digna. Como observa WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, os direitos fundamentais são dotados de uma 'força especial', caracterizada pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundantes, com a sua aplicabilidade imediata.[18]

O Estado Democrático de Direito, como já ressaltado, através do primado dos direitos fundamentais, busca promover a segurança, igualdade, justiça,

---

[15] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 32/33.

[16] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 12ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 63.

[17] CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA lembra, com propriedade, que "não é novo, nem mesmo raro, que Constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmos os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos. Hoje, mais que antes, as opções econômicas lançam novas sombras (...) sobre os direitos que se conquistaram com tão terríveis dificuldades". ROCHA, Carmem Lucia Antunes. "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social", *Revista Interesse Público*, São Paulo: Notadez, Ano I, n. 04, outubro/dezembro 1999.

[18] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 57.

liberdade, entre outros valores fundantes, enfatizando a dignidade da pessoa humana.

Este complexo de valores, que na prática pode entrar em conflito, demanda um mecanismo que permita equilíbrio em caso de colisão. Lembre-se que o equilíbrio é o núcleo fundamental do Direito e do conceito de Justiça, representada, simbolicamente, pela balança, que proporciona equilíbrio entre seus lados (pratos).

A máxima da proporcionalidade surge, então, nesta nova fase do Direito Constitucional, como instrumento para garantir a aplicação de princípios conflitantes, através do balanceamento entre valores. Assim, entende-se a essência e finalidade do princípio da proporcionalidade voltadas à preservação dos direitos fundamentais e do papel que estes desempenham na estrutura legitimadora do Estado Democrático de Direito.

Frise-se que a possibilidade de colisão, acima destacada, é inerente à própria estrutura da sociedade democrática, que admite e assume os conflitos criados em seu âmago, buscando o convívio de posições antagônicas e privilegiando o pluralismo. Preserva-se, assim, a composição de interesses; a proteção e convívio concomitantes de direitos em uma ordem democrática.

Em um Estado Democrático, o administrador, o legislador e o aplicador da norma devem pautar a sua atuação na busca pela realização do Direito, pelo desempenho concreto dos valores inseridos nas normas jurídicas. Rudolf Von Ihering, em passagem da conhecida obra *A Luta pelo Direito*, já alertava que "a essência do Direito é a realização prática. Uma regra do Direito que jamais foi realizada ou que deixou de o ser não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação" [19].

Com efeito, como aponta Willis Santiago Guerra Filho:

> "A simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse

[19] Ihering, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*, 12ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 43.

> processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação" [20].

Neste aspecto, deve o Poder Judiciário, na função de intérprete e aplicador das normas que traduzem direitos fundamentais, desempenhar papel de destaque, com atuação combativa na salvaguarda destes direitos, reconhecendo sua aplicabilidade e velando pela máxima utilização dos denominados "remédios constitucionais" [21]. Também neste contexto, assume o Ministério Público função de grande relevância ante a missão constitucional que lhe foi confiada (art. 127/129 – CF/88), cabendo ao *Parquet*, enquanto guardião da sociedade, lutar pela plena realização dos direitos fundamentais, em todas as esferas de sua vasta atuação e atribuição.

O momento atual, de grande turbulência e insegurança ante os violentos acontecimentos que marcaram este início de século, impõe a valorização de instrumentos que permitam certa flexibilização ao Direito, que, necessariamente, deve mostrar-se capaz de acompanhar as rápidas mudanças impulsionadas pela globalização [22]. Impõe-se, também, a valorização de mecanismos de ponderação, capazes de garantir o pluralismo e a própria democracia, que se apóia na existência e respeito a idéias e posições muitas vezes conflitantes.

Neste contexto, a Constituição deve ser interpretada e aplicada de forma a permitir a coexistência pacífica e harmônica de seus princípios, garantindo-se, ao máximo, os valores que ela encerra.

Com inteira razão, Norberto Bobbio afirma que:

> "o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para

---

[20] Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 20/21.

[21] Sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito contemporâneo, Willis Santiago Guerra Filho observa que hoje, o centro de decisões politicamente relevantes sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. Complementa o referido autor, aduzindo que "o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *etc.* – torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania" (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 26).

[22] Neste ponto, interessante citar a observação de Paulo Bonavides sobre a problemática de efetivação prática de alguns direitos sociais no contexto contemporâneo: "Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização". Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 552.

impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" [23].

A preocupação externada pelo grande pensador italiano bem retrata a crise vivenciada pela sociedade moderna, que assiste, atônita, flagrantes violações aos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da teoria da efetividade das normas constitucionais é decisiva para a afirmação prática dos direitos fundamentais, da democracia e de todo o sistema de valores corporificado na Carta Constitucional.

O Poder Público e a sociedade em geral devem empreender esforços decisivos para que o rol de direitos declarados na Carta Magna ultrapassem o texto constitucional e se verifiquem na prática social, nos fatos da vida nacional, em toda a sua plenitude.

Resta, agora, após a positivação e o destaque alcançado pelos direitos fundamentais, fazer com que o ser humano, na prática, seja considerado e respeitado como tal, em suas necessidades, anseios e diferenças.

Esta é uma luta que ainda está longe do final, mas a sociedade moderna deve perseguir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, transformando a literalidade das declarações de direito em realidade social [24].

Neste cenário, a aplicação do princípio da proporcionalidade é de grande valia, pois o mesmo permite o balanceamento entre valores fundantes do Estado de Direito, como a igualdade, a justiça, a segurança, a dignidade da pessoa humana, entre outros, evitando interferência no "núcleo essencial" dos direitos que encerram tais valores [25]. O "núcleo essencial" pode ser entendido como a essência do direito, o cerne de seu conteúdo. Representa um núcleo instransponível e protegido contra qualquer espécie de interferência [26]. Como bem observa GILMAR FERREIRA MENDES, "o princípio da proteção do núcleo essencial

---

[23] Obra citada, *A Era dos Direitos*, p. 25.

[24] LUIGI FERRAJOLI fala em um "constitucionalismo mundial" que constitui o horizonte axiológico que hoje se impõe aos juristas, que devem assumir como tarefa científica a crítica jurídica às dimensões de invalidez e falta de plenitude do direito vigente, bem como a formulação de garantias do direito futuro. O autor adverte, com preocupação, ser difícil prever se a progressiva extensão dos direitos fundamentais e de suas garantias à totalidade do gênero humano chegará a tempo de prevenir e desativar os violentos conflitos que a sua violação produz (Obra citada, p. 157).

[25] JAVIER JIMÉNEZ CAMPO explicita que a garantia do "conteúdo essencial" do direito não é o único condicionamento material (limitador) que pesa sobre o legislador em matéria de direitos fundamentais. Para o autor espanhol, o cânone da proporcionalidade, em conjunto com a garantia do "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, protege estes direitos frente a atuação do legislador. CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales – Concepto Y Garantías*, Coleção "*Estructuras Y Procesos*", Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 67.

[26] DANIEL SARMENTO informa que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, consubstanciadas nas teorias absoluta e relativa. O autor nos dá conta de que a teoria dita absoluta "preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese,

(*Wesensgehaltsgarantie*) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais" [27].

A máxima da proporcionalidade surge como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, aplicado, sobretudo, para impedir que determinado ato estatal, emanado para promover a realização de um direito fundamental, implique em restrição desproporcional a outro direito, ferindo o núcleo essencial deste último. Defende-se, aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da atuação estatal; como controle de excessos do poder estatal, assumindo natureza de restrição às restrições impostas.

O princípio da proporcionalidade representa ferramenta importante neste panorama correspondendo, efetivamente, à uma garantia fundamental e permitindo a coexistência compatível e harmônica dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política [28].

Com efeito, em virtude da essência e carga axiológica das normas que encerram direitos fundamentais, certo é que às mesmas deve ser atribuído o caráter de princípio [29]. Nesta perspectiva, como assinala WILSON ANTONIO

---

nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia". Anota SARMENTO que a teoria absoluta é acolhida por autores como CANOTILHO e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. Já a teoria relativa, por sua vez, sustenta que o núcleo fundamental só pode ser delineado à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos interesses em jogo. Segundo DANIEL SARMENTO, a teoria relativa acaba reconduzindo a proteção ao núcleo essencial ao próprio princípio da proporcionalidade. Ao final de sua exposição, o autor se mostra adepto da teoria relativa, por entender que a mesma é a que "mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas". SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2002, pp. 112/113.

[27] Obra citada, p. 39. Neste ponto, interessante observar que já se levantam vozes no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento contra a omissão estatal ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. LUIS VIRGILIO AFONSO DA SILVA adverte que antes se falava apenas em *proibição de excesso*, e hoje, em debate ainda embrionário, já se fala em *proibição de insuficiência*. DA SILVA, Luis Virgilio Afonso. Artigo "O Proporcional e o Razoável", publicado na *Revista dos Tribunais*, Ano 91, Volume 798, Abril /2002, Editora Revista dos Tribunais, pp. 23/50.

[28] Sob a noção de garantia LUIGI FERRAJOLI nos ensina que: "Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividade y efectividade, y, por tanto, para posibilitar la maxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. (...). En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos" (Obra citada, p. 25).

[29] Sobre o tema, SUZANA DE TOLEDO BARROS assevera que os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, em vista do valor ou bem jurídico que visam proteger. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 157. Note-se que a importância dos princípios foi apreendida pela moderna teoria constitucional e, também, pelas Constituições mais recentes, em que os princípios integram o seu âmago. UADI LAMMÊGO BULOS assinala que, modernamente, busca-se construir um Direito Constitucional "principialista", com ênfase em concepções sistêmicas, estruturantes, funcionais e institucionais dos princípios (Obra citada, p. 37). Também PAULO BONAVIDES, com entusiasmo, afirma que a normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas

Steinmetz, é tão correto dizer "direito fundamental da liberdade" quanto "princípio da liberdade"; ou, "direito fundamental de igualdade" quanto "princípio da igualdade" [30].

A aplicação do caráter principial às normas de direito fundamental é bastante proveitosa na medida em que evita o esvaziamento destes direitos, principalmente em caso de conflito, legitimando eventual restrição ao seu conteúdo através da realização de um processo escalonado de ponderação, que resguarda a força normativa do direito [31]. Este caráter principial implica dizer que os direitos fundamentais encerram razões *prima facie* que se sujeitam à ponderação em caso de colisão, além de ser decisivo na determinação do método a ser utilizado na solução desta colisão.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade verificar o nível de restrição promovido em certo direito fundamental, por determinado ato normativo, seja de natureza legislativa ou judicial, encerrando um verdadeiro limite às intervenções contrárias à Constituição ou não amparadas pela mesma. O Poder Público, em sentido lato, aí compreendidos todos os Poderes do Estado, está vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais de forma permanente. O princípio da proporcionalidade funciona como um "mediador" entre as restrições aos direitos fundamentais e o poder estatal, justificando tais interferências a partir de um processo de ponderação [32].

---

no constitucionalismo contemporâneo corroboram a irresistível tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico (Obra citada, p. 257). Finalmente, nesta mesma linha, Willis Santiago Guerra Filho ressalta que uma característica marcante do pensamento jurídico contemporâneo repousa na ênfase dada à aplicação dos princípios no tratamento dos problemas jurídicos, princípios positivados no ordenamento, explicita ou implicitamente. Continua Guerra Filho aduzindo que com tal postura dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 76)

[30] Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

[31] A conveniência da aplicação da Teoria dos Princípios à colisão de direitos fundamentais foi ressaltada e defendida por Robert Alexy em Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em dezembro de 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

[32] Gilmar Ferreira Mendes anota que a doutrina constitucional mais moderna não se preocupa apenas com a indagação sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. O autor observa que esta nova orientação permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que "pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichheit*)". Obra citada, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 43. Em passagem de outra obra, Gilmar Mendes ressalta que a discricionariedade do legislador traduz, ao mesmo tempo, idéia de liberdade e de limitação. Ao legislador reconhece-se o "poder de conformação" apenas dentro de limites estabelecidos pela Constituição, e, dentro desse limite, diversas condutas podem ser consideradas legítimas, vedando-se o excesso de poder (Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada, p. 247).

A colisão entre normas que encerram direitos fundamentais é bastante peculiar, pois as mesmas apresentam a mesma hierarquia constitucional e força vinculante e, por tal razão, devem ser compatibilizadas sem a imposição de sacrifício desmedido aos direitos em jogo.

Segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS, não seria estranho derivar-se o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais. Para a autora, a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz embutida a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.

Neste contexto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, em sua faceta instrumental, como mecanismo de garantia da força normativa dos direitos fundamentais em caso de colisão e, também, de garantia do direito à igualdade em situações que demandam ponderação para se fazer valer a verdadeira isonomia no caso concreto.

Importante realçar que o princípio em tela encerra um procedimento racional para a ponderação de valores, apresentando método e disciplina de aplicação, já que o mesmo encontra-se estruturado em subprincípios.[33]

---

[33] A análise dos subprincípios integrantes da proporcionalidade rende ensejo a um novo estudo. Porém, com o fim de possibilitar uma melhor compreensão sobre a temática tratada neste trabalho, de forma sintética, podemos dizer que, visando à sistematização e aplicação objetiva do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Alemão apresentou, no bojo de suas decisões, a decomposição do princípio em três subprincípios ou postulados, que vêm sendo estudados pela doutrina. O princípio da proporcionalidade, na valiosa lição de ROBERT ALEXY, envolve três subprincípios ou postulados que integram um processo escalonado, quais sejam: **(i)** adequação, **(ii)** necessidade e **(iii)** ponderação ou proporcionalidade propriamente dita (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Na primeira etapa do processo de ponderação (primeiro postulado – adequação), deve-se verificar a relação de causa e efeito entre o meio utilizado para o alcance do fim desejado; ou seja, deve-se averiguar a existência de adequação entre o meio escolhido e a consecução do fim almejado. Pergunta-se: **o meio eleito é adequado para a obtenção do resultado desejado?** Trata-se de investigar se a medida é apta (útil, idônea) para atingir o fim desejado. Vale dizer: deve-se indagar se o meio escolhido se presta a atingir o fim estabelecido.

Ultrapassado o exame da presença do primeiro subprincípio, passa-se ao segundo postulado (necessidade). Nesta etapa do processo, deve-se analisar a efetiva necessidade de utilização do meio escolhido. Indaga-se: **é realmente necessária a utilização do meio escolhido? Existe outro meio igualmente eficaz e menos gravoso para obtenção do fim desejado?** Nesta segunda fase da ponderação, verifica-se se a medida restritiva é realmente indispensável, ou seja, se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, porém, menos gravosa. Ou seja, nesta etapa faz-se uma análise sobre o nível de eficácia do meio eleito e a "menor ingerência" possível aos direitos em questão. O ato estatal que limita determinado direito fundamental só será necessário se o alcance do objetivo pretendido não for atingido por outro meio que limite em menor escala o direito envolvido. Isto é, a medida restritiva adotada deve ser indispensável ao alcance da finalidade pretendida, não podendo haver outro meio igualmente eficaz e menos gravoso que possa substituí-la.

Pode-se dizer que a restrição a direito fundamental só é legítima se passar, com êxito, pelos testes inerentes a cada postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A aplicação do princípio da proporcionalidade promove, assim, um autêntico exame sobre a legitimidade da restrição imposta ao direito fundamental, implicando, conseqüentemente, em mecanismo de proteção ao direito atingido.

Neste ponto, podemos trazer a observação de Willis Santiago Guerra Filho ao afirmar que o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento, configura exigência inafastável da fórmula política adotada através do Estado Democrático de Direito [34]. O autor denomina o princípio da proporcionalidade como o "princípio dos princípios", que determina a busca de uma "solução de compromisso", na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar ao mínimo o outro, sem jamais ferir o seu "núcleo essencial". Assim, surge a necessidade lógica, até axiológica, de se postular um princípio da proporcionalidade para que se possibilite a existência harmônica entre as normas de direitos fundamentais elencadas no texto constitucional [35].

Frise-se que a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais é bastante significativa, sendo inerente à sua própria natureza e à extensa capitulação existente na Carta Federal. Sem grande esforço, pode-se imaginar, rapidamente, possibilidade de colisão entre os direitos à liberdade de expressão e à honra ou entre o direito à intimidade e o direito à informação, por exemplo.

Finalmente, após a verificação dos dois primeiros postulados, havendo adequação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como restando comprovada a necessidade de utilização de tal meio, passa-se ao processo de ponderação propriamente dito (terceiro subprincípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito). Nesta última etapa, realiza-se a efetiva ponderação, o sopesamento (*balancing*) entre os valores em colisão, visando a escolha daquele que deve prevalecer na hipótese, em virtude das circunstâncias jurídicas analisadas. Neste momento, busca-se o equilíbrio entre os valores e bens envolvidos na situação em análise. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito se utiliza da ponderação com respeito às possibilidades *jurídicas*, enquanto as máximas da necessidade e da adequação se valem dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades *fáticas*. Nas etapas da necessidade e da adequação trabalha-se com probabilidades, dados estatísticos, pesquisas empíricas, vale dizer, utiliza-se argumentos de ordem fática. Já nesta etapa do processo, no momento da análise da proporcionalidade em sentido estrito, o discurso é jurídico, e não de base empírica.O exame da proporcionalidade em sentido estrito encerra o sopesamento entre o nível de interferência no direito fundamental atingido e a importância da concretização do direito fundamental que com aquele colide, para perceber o grau de resistência da limitação de determinado direito em benefício de outro. Então, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentem não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao outro direito fundamental atingido. Ou seja, no estágio da terceira máxima da proporcionalidade, o intérprete realiza a verdadeira ponderação, verificando se a medida produz vantagens superiores aos prejuízos gerados com a sua aplicação. A solução do conflito passa pela justificação racional da precedência de um direito sobre o outro.

[34] Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 61.

[35] Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

Ademais, como já sinalizado, a sociedade democrática e pluralista assume a existência de diversos conflitos de interesses e busca resolvê-los de forma equilibrada e equânime, com respeito simultâneo aos valores em oposição. Pode-se dizer que a proporcionalidade encerra o cerne do Estado Democrático que pode ser traduzido na idéia do equilíbrio; na existência equilibrada e pacífica de valores em conflito.

Assim, certo é que a existência simultânea de diversos direitos fundamentais, que ostentam o mesmo *status* e proteção constitucional, demanda um mecanismo que permita flexibilidade em situações de conflito, evitando que se recorra à estipulação de hierarquia entre estes direitos. A estipulação de hierarquia entre tais direitos afigura-se-nos inadmissível, já que todos os direitos encerram valores máximos, considerados fundamentais para a existência e sobrevivência digna do homem.

Desta forma, defendemos a aplicação – de forma racional e sistematizada – do princípio da proporcionalidade como mecanismo de ponderação de valores e instrumento de proteção aos direitos fundamentais, em situações de conflito entre estes direitos, tendo sempre, como balizador desta ponderação, o princípio da dignidade humana, que agrega a essência de todos os direitos considerados fundamentais. Nesta perspectiva, dada a complexidade das questões que se colocam nos dias atuais, a utilização do princípio deve ser estimulada e cada vez mais apoiada em bases transparentes e objetivas.

Lembre-se que a ponderação de valores, a adoção de soluções equilibradas e a busca pela convivência harmônica são anseios prementes nas sociedades democráticas contemporâneas, além de serem indispensáveis ao alcance do pluralismo.

Sem dúvida, no momento atual, o equilíbrio e a ponderação encontram-se intrinsecamente vinculados ao êxito do regime democrático e do pluralismo e todo mecanismo fundado nestas premissas deve ser valorizado e aplicado, sobretudo na seara dos direitos fundamentais, em busca da promoção de uma ordem social mais equânime e justa, pautada na garantia de um tratamento isonômico eficaz a todos os cidadãos, com respeito às suas diferenças e peculiaridades.

(*) Veronica C. R. Antunes Zylberman é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.





Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais fundamentais (Inadmissibilidade de provas ilícitas)



A Constituição e as provas ilicitamente obtidas *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA **

1. No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca extensa série de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição.(1) Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do Juiz na investigação da verdade,(2) inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa - que, em regra, costuma predominar - no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além dos documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas

---

* Conferência pronunciada em Belo Horizonte, em 10.10.1996, e em Salvador, em 18.10.1996. O texto (acrescido das notas) resulta da tradução, revista, ampliada e atualizada, de artigo escrito em castelhano, sob o título *"Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña"*, para integrar o volume de estudos, a ser editado no México, em memória de **Ignacio Medina Lima**, e nessa forma originária publicado na *"Revista de Derecho Procesal"* (espanhola), nº 3/95, e na *"Revista Uruguaya de Derecho Procesal"*, nº 1/96.

(1) Lê-se em moderna e prestigiosa obra de teoria geral do processo: "A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz" (**Antonio Carlos de Araujo Cintra**, **Ada Pellegrini Grinover** e **Candido Dinamarco**, *Teoria geral do processo*, 12ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 256).

(2) Desse ponto de vista, não é possível deixar de enxergar surpreendente e melancólico retrocesso no *Codice di procedura penale* italiano de 1988, cujo art. 190.1 restringe a iniciativa oficial às hipóteses expressamente contempladas: *"La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio."*

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 04 (3ª Fase), jul./dez. 1996, p. 101-114.

eventualmente idôneos para ministrar ao Juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas "atípicas").[3]

2. Por outro lado, convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar até as últimas conseqüências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

Ademais, com muita freqüência hão de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.

A disciplina da atividade probatória não constitui aqui exceção. Facilmente se entende que o afã de tornar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes. Por exemplo, o ordenamento protege - e hoje não se conceberia que deixasse de fazê-lo - o interesse que tem toda pessoa na preservação de sua intimidade. Daí certas limitações à liberdade de investigar e à exigibilidade da cooperação de terceiros: *v.g.*, a autorização dada à testemunha para negar-se a responder a perguntas relativas a fatos cuja divulgação poderia causar-lhe grave dano, inclusive de natureza moral.[4]

3. Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.[5] Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal

---

[3] Por exemplo, art. 332 do Código de Processo Civil: *"Todos os meios legais , bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para demonstrar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."* A disposição inspirou-se no art. 87 do Código vaticano, cuja redação, cabe observar, é mais clara; para uma comparação entre o modelo e a cópia, *vide* **Barbosa Moreira**, *"Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano", in Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, pág. 9, ou *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, S. Paulo, 1994, pág. 194-5.

[4] Assim o art. 406, nº I, do Código de Processo Civil: "A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I. que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau."

[5] Dadas as vastas proporções já atingidas pela literatura, não é simples a escolha de indicações bibliográficas. Para um claro resumo das várias posições doutrinárias, *vide* **Ada Pellegrini Grinover**, "Provas ilícitas", **in** *O Processo em sua unidade*, II, Rio de Janeiro, 1994, págs. 172-4.

respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira,[6] deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do Juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Entre esses extremos, tem-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demostrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade.[7] Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.

4. As vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do Juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de "bons costu-

---

(6) Dominante, registre-se, não apenas em países de regime autoritário, como os que formavam o antigo bloco socialista, mas também noutros de tradições inquestionavelmente liberais (no sentido mais nobre da palavra), *v.g.* Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça: *vide* **Ada Pellegrini Grinover**, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1982, págs. 116 e segs., 129 e segs.

(7) Preconizava a adoção desse princípio, sob o regime anterior, **Moniz de Aragão**, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-I, Rio de Janeiro, sem data, págs. 82-3. Cf., já na vigência da atual Carta Política, **Nelson Nery Junior**, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, págs. 141-2. *Vide* sobre o tema, na Espanha, **Asencio Melado**, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madri, 1989, págs. 96 e segs., e sobretudo **Gonzalez-Cuellar Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madri, 1990, *passim*. Na Alemanha faz tempo que se invoca, na jurisprudência e na doutrina do processo penal (*v. g.* **Henkel**, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart - Berlim - Colônia - Mainz, 1968, pág. 270; **Kern-Roxin**, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 10), o *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (ou *Verhältnismässigkeitsprinzip*).

mes", o de "mulher honesta" ou o de "interesse público". A subjetividade do Juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...

Chegou-se a expressar o receio de que a aplicação do princípio de proporcionalidade conduza a "aberrações". [8] É o caso de perguntar se porventura nunca se poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal.

Suponhamos, por exemplo, que em processo civil, onde se pleiteia a condenação do réu a cumprir certa obrigação, o autor alegue que o adversário lhe furtara o documento oferecido como prova de já se haver extinguido a obrigação. O Juiz civil tem de examinar a alegação e resolver a questão suscitada, para saber se pode ou não basear a decisão nesse documento. Por hipótese, ele reconhece a ocorrência de furto, rejeita o documento como prova ilícita e, na ausência de outras favoráveis ao réu, condena-o a satisfazer a pretensão do autor. É óbvio que a solução adotada pelo Juiz civil, ainda que transite em julgado a sentença, não produzirá efeitos fora do pleito que lhe tocava julgar, e de maneira alguma impedirá que, em subseqüente processo penal, o órgão competente para decidir *principaliter* a matéria venha a absolver o suposto infrator, negando a existência do fato delituoso e afirmando que fora absolutamente regular o comportamento do réu. *Quid iuris*? No feito civil desprezou-se uma prova que, afinal de contas, *não* era ilícita. O litigante que apresentara o documento terá sofrido manifesta e injusta lesão no direito de provar suas alegações - lesão que se cristalizará em definitivo, caso não exista no ordenamento remédio idôneo para ensejar, em tal hipótese, a revisão do julgamento civil. Porventura não se há de ver nisso uma aberração?

5. A Constituição de 1988 distingue-se das antecessoras, entre outras coisas, pelo maior relevo que deu aos temas processuais, e - ao contrário do que antes quase sempre sucedia - não só no campo penal. É natural que se haja ocupado de nosso problema. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte exerceu grande influência um grupo de juristas, que prestou excelentes serviços de assessoria aos congressistas. Deve-se principalmente a eles a inclusão de várias disposições importantes no texto constitucional, sobretudo no que tange às garantias processuais dos direitos individuais e coletivos.

Predominava nesse grupo a corrente hostil à admissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal. Não surpreende que a Constituição haja adota-

[8] A expressão é de **Ada Pellegrini Grinover**, *ob.* cit. (nota 5), pág. 177. Mas a posição da autora parece atenuada em trabalho mais recente: "As provas ilícitas na Constituição", *in O processo em evolução*, S. Paulo, 1996, pág. 49.

do a tese proibitiva, em termos literalmente categóricos. Reza, com efeito, o art. 5º, nº LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Com a ressalva que em breve se mencionará (nº 9), ante regra de semelhante teor não parece haver lugar para exceções, e nem sequer para atenuações.

6. Apesar disso, é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Para não ir mais longe: como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum Juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contravir à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? Essa questão já preocupa a doutrina , que nega em tal emergência a aplicabilidade do art. 5º, nº LVI, da Constituição. Invocando jurisprudência norte-americana, argumenta-se que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, e acrescenta-se que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado. [9]

Todavia, se a defesa - à diferença da acusação - fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que, atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que

---

[9]. Assim, na mais recente literatura, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *Sobre o direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1995, pág. 107. À mesma conclusão, invocando a garantia constitucional da "ampla defesa", chega **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**, *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, 1992, págs. 25-6. Para ela também parece inclinar-se, embora em termos menos categóricos, **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, 4ª ed., S. Paulo, 1995, pág. 260. Consoante informa **Luiz Francisco Torquato Avolio**, *Provas ilícitas*, S. Paulo, 1995, pág. 77, as "Mesas de Processo Penal", ligadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, consagraram em *Súmula* (nº 50) a seguinte proposição: "Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa."

algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o "poderoso chefão" local.

7. Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.[10] Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que tome na devida conta as variáveis necessidades sociais.

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos de seu engenho e arte.

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, nº XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor *sempre*, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

8. Têm-se notados sinais de reação, aqui e ali, aos exageros a que leva uma consideração unilateral do problema. Em decisão recente e unânime, de 5.3.1996, no *Habeas corpus* nº 4.138 - e na qual se indica precedente análogo - esposou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta poli-

[10] No dizer de **Celso Ribeiro Bastos**, *in* **Celso Ribeiro Bastos - Ives Gandra Martins**, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., S. Paulo, 1989, pág. 273, "o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação."

cial supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o Relator, Ministro Adhemar Maciel, a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao "substrato ético" que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis.

Independentemente do juízo que cada um faça sobre a solução dada à espécie, não sofre dúvida a relevância de argumentos contidos na motivação do acórdão. Com razão sublinha o Ministro Relator quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: "pode haver", adverte, "do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido."

9. Retomemos o fio da meada. Em linha de princípio, a violação do art. 5º, nº LVI, da Constituição acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.[11] Esta última conseqüência, porém, não se produz senão quando se trata do único fundamento, ou pelo menos do fundamento principal da decisão. Se o Juiz, ao motivá-la, invoca outras razões suficientes de *per si* - quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível -, então não há porque invalidar o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez nesse sentido. Ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.079, em 17.3.1992, considerou despicienda a irregularidade na obtenção da confissão do réu, desde que fundada a condenação noutras provas.[12] Em acórdão de 31.3.1992, no *Habeas corpus* nº 69.209, decidiu que, em iguais circunstâncias, não se deve anular a sentença unicamente por figurar, entre os elementos submetidos à apreciação do julgador, fita magnética que se alegava ter sido ilegalmente gravada.[13]

Idêntica posição, num primeiro momento, havia tomado a Corte em 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912, também a propósito de caso em que outras provas existiam além da transcrição de fitas gravadas mediante interceptação telefônica ilícita.[14] Tal decisão, porém, foi depois anulada e substituída por outra, de 16.12.1993, em que veio o Tribunal a conceder a ordem de *habeas corpus* antes denegada. Ao fazê-lo, adotou o entendimento de que, como só fora possível ter acesso às outras provas pelo uso de informações contidas nas fitas magnéticas, aquelas tinham ficado "contaminadas" pela ilicitude destas e deveriam reputar-se igualmente inadmis-

---

(11) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 1992, págs. 116-7; **Luiz Fancisco Torquato Avolio**, *ob.* cit. (nota 9), pág. 89.

(12) "Rev. Trim. de Jurisprudência", vol. 141, pág. 1.

(13) *Ibid.*, pág. 924.

(14) "Rev. Forense", vol. 332, pág. 353.

síveis. Acolheu-se, assim, uma doutrina de procedência norte-americana, segundo a qual o vício de origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os "frutos da árvore venenosa" (*fruits of the poisonous tree*).[15]

10. Para determinar o exato alcance da norma constitucional atinente às provas ilícitas impende confrontar duas disposições do art. 5º: o supramencionado inciso LVI e o inciso XII, em que se lê: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Do confronto podem-se extrair algumas referências seguras: *a)* não é ilícita, nem por conseguinte inadmissível, uma prova obtida nos termos da ressalva constante da parte final do nº XII; *b)* a ressalva não abrange o segredo da correspondência, nem o das comunicações telegráficas ou de dados, mas exclusivamente o das comunicações telefônicas (*verbis* "no último caso"); *c)* cinge-se a ressalva à esfera criminal, não alcança o processo cível.

Acerca da primeira inferência (*a*), é oportuno assinalar a existência de autorizada opinião consoante a qual, para ser aplicável, teria a ressalva ficado dependente do advento de lei definidora das hipóteses e da forma exigíveis para que se tornasse lícito ao Juiz autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Em semelhante perspectiva, enquanto perdurasse o silêncio do legislador - somente quebrado, como se sabe, pela Lei nº 9.296, de 24.7.1996 - seria inconstitucional toda e qualquer violação do sigilo e, portanto, inadmissível toda e qualquer prova adquirida por tal meio.[16]

Merece alusão aqui um julgamento de grande repercussão, mesmo fora dos meios jurídicos, realizado em 7.12.1994: o da Ação Penal nº 307, em que foram réus, entre outros, o ex-Presidente **Fernando Collor de Melo** e **Paulo César Farias**.[17] A defesa deste argüíra em preliminar a inadmissibilidade de duas provas: a gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conheci-

---

[15] *Ibid.*, pág. 381. Não tem sido constante, porém, a adesão a tal doutrina: *vide* a nota 17, *infra*.

[16] Nesse sentido, *v.g.*, **Tourinho Filho**, *Processo Penal*, 3º vol., 12ª ed., S. Paulo, 1990, pág. 213; **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob.* cit. (nota 11), pág. 147, com indicações de jurisprudência, às quais é oportuno acrescentar o mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912. O mesmo argumento, entre outros, foi utilizado no julgamento da Ação Penal nº 307, a que nos referimos no parágrafo subseqüente do texto. Diversamente, ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.204 (26.5.1992), a Corte Suprema havia admitido a eficácia de autorização judicial para gravação de conversa telefônica entre uma das vítimas de concussão e seu advogado ("Rev. Trim. de Jurisprudência", vol. 144, pág. 213).

[17] "Rev. For.", vol. 335, págs. 183 e segs. Registre-se que, nesse julgamento, por maioria de votos, foi rejeitada (págs. 185, 437) a tese de que a ilicitude na obtenção de uma prova repercutiria sobre as adquiridas em conseqüência, tornando-as igualmente inadmissíveis; isto é, o Tribunal não aplicou a doutrina dos "frutos da árvore venenosa" (cf. o voto de Ministro Celso de Mello, que expressamente a aplicava: pág. 367).

mento dos outros interlocutores, entre eles **Paulo César**; e os registros extraídos da memória de computador da empresa Verax, objeto de apreensão no respectivo escritório. Embora com divergências, foi a argüição acolhida em ambos os casos pelo Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro **Ilmar Galvão**, sustentou em seu voto que, inexistindo lei definidora das hipóteses e da forma da interceptação, não seria possível a Juiz algum, mesmo que se houvesse requerido - o que não ocorrera -, conceder autorização para gravar sub-repticiamente a conversa. Quanto aos registros do computador, tampouco assistiria à polícia o direito de apreender o aparelho sem ordem judicial, nem o de extrair dele dados particulares da empresa, ali armazenados.

Quanto à segunda inferência (*b*), não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação. [18] Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo... O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo. [19]

11. Tampouco parece razoável - e o tema, ao nosso ver, faz jus a consideração especial - a diferença que se estabeleceu (*c*) entre o campo penal e o civil. [20] Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais "grave" dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões

---

[18] Cf. **Alcino Pinto Falcão**, *in* **Whitaker da Cunha** e outros, *Comentários à Constituição*, 1º vol., Rio de Janeiro, 1990, pág. 190: "o inciso [nº XI I] contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, pondo de lado a parêmia milenar *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, de boa aceitação para a exegese do direito constitucional". Também criticam a disposição **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob.* cit. (nota 11), págs. 116-7. **Julio Fabbrini Mirabete**, *ob.* e lug. cit. (nota 9), chega a admitir, "apesar da má redação do dispositivo constitucional", a possibilidade de "regulamentação de ordem judicial para violação do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e de dados, com fins probatórios na área penal."

[19] Observa **Alcino Pinto Falcão**, *ob.* e lug. cit. (nota 12), a incoerência entre o texto do art. 5º, nº XII, e as disposições dos arts. 136, nº I, *b* e *c*, e 139, nº III, nos quais, ao enumerar as restrições imponíveis aos direitos fundamentais por ocasião do "estado de defesa" e do "estado de sítio", respectivamente, a Constituição se refere indiscriminadamente à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das outras modalidades de comunicação.

[20] De acordo: **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob.* cit. (nota 11), pág. 146.

que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com freqüência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa.

No direito brasileiro - e não só nele - a expressão "processo civil" compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e - *last but not least* - constitucional...), em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.

Dizer que o processo penal persegue a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada "verdade formal", é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar - na área civil *e na penal* - à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade. [21]

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius*: qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5º, nº LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". De maneira alguma se justifica a adoção de diretriz diversa no tópico aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de haver ilustre constitucionalista afirmado que o texto "não distingue entre a instrução processual penal e a civil". [22] O autor terá suposto ler na Constituição aquilo que gostaria de ver nela escrito...

12. À disposição que estamos criticando corresponde o art. 15 da Constituição italiana de 1947/8. Lá, entretanto, não se incidiu no mesmo erro. O texto peninsular absteve-se de consagrar diferenças arbitrárias como a da parte final de nosso art. 5º, nº XII: *"La libertá e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma de comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge"* (art. 14).

---

[21] *V. g.*, a credibilidade do sigilo profissional: *vide* o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406, nº II, do Código de Processo Civil.

[22] **Celso Ribeiro Bastos**, *ob.* e vol. cit. (nota 10), pág. 72.

Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, salta aos olhos que a cópia saiu desgraçadamente pior que o original. A conclusão análoga levará o cotejo entre o nosso dispositivo e o art. 18.3 da Constituição espanhola de 1978, que reza com maior simplicidade: *"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefônicas, salvo resolución judicial."*

Sempre no plano comparatístico, é expressivo o confronto entre o direito brasileiro e o norte-americano. Conforme bem se sabe, os Estados Unidos são o grande baluarte da resistência à admissão de provas irregularmente obtidas - resistência para a qual se tem buscado fundamento na 4ª Emenda à Constituição Federal.[23] Pois bem: naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno *penal*: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave.[24] O legislador constituinte brasileiro timbrou em ser mais realista que o próprio rei ...

13. A injustificável distinção feita no art. 5º, nº XII, *fine*, entre o processo civil e o penal suscita questões interessantes no plano teórico e importantes no prático. Uma delas se refere à eventualidade de que, em pleito civil, alguém invoque, como elemento de convicção para o Juiz, prova produzida em anterior processo penal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias, à prova "emprestada", isto é, transferida de um para outro processo - contanto que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produzira. Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não teria sido possível autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la à guisa de "prova emprestada" perante o Juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização.[25] A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela ...

---

[23] Questão controvertida: *vide*, por exemplo, **Mc Cormick**, *On Evidence*, 4ª ed., por **John William Strong**, St. Paul, 1992, pág. 284; **Del Carmen**, *Criminal Procedure*, Belmont, 1995, pág. 60.

[24] *Vide* **La Fave - Israel**, *Criminal procedure*, 2ª ed., St. Paul, 1992, págs. 116 e segs.; **Mc Cormick**, *ob.* cit., (nota 23), págs. 301 e segs. (em ambas as obras, copiosa ilustração da jurisprudência da *Supreme Court*).

[25] **Nelson Nery Junior**, *ob.* cit. (nota 7), págs. 145-6.

Outra questão deriva do peculiar mecanismo consagrado nos arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, nº II do Código de Processo Civil, que atribuem à sentença penal irrecorrível a eficácia de título executivo *civil*, para fins de ressarcimento do dano causado pelo crime. Significa isso que, se o Juiz penal condenou o réu, por sentença trânsita em julgado, a vítima não precisa intentar ação civil para pleitear a reparação do prejuízo sofrido em seu patrimônio: bastará que requeira ao Juiz civil, com esse objetivo, a execução da sentença penal.

Claro está que, nessa execução, já não será necessário provar a ocorrência da infração, nem a culpabilidade do infrator: são questões que a coisa julgada penal cobriu com o manto da preclusão. É concebível, porém, que no juízo criminal se haja logrado demonstrar algum pressuposto da condenação mercê de interceptação telefônica, judicialmente autorizada, sem a qual o réu teria sido com toda a certeza absolvido. Caso o interessado requeira a execução civil, poderá o devedor opor-se eficazmente a ela, alegando que a prova na qual repousara sua condenação era inadmissível na esfera civil?

A essa indagação é fácil dar resposta cabal. A coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido). [26] Desde que a sentença transita em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o Juiz, com ressalva das hipóteses, por sinal excepcionais, em que a lei permite a destruição da coisa julgada; tampouco, *a fortiori*, se essas provas são idôneas para fundamentar uma condenação *civil*. Diante da condenação penal, tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução.

14. O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução - ao menos à primeira vista - radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do Juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico.

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recente-

mente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao "grampeamento" de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

É certo que outros países tiveram sorte diferente no particular. Já se mencionaram os exemplos da Itália e da Espanha, que igualmente saíam de regimes autoritários, mas souberam abster-se de determinados exageros. Não escandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer "obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter por outro modo". [27] Ninguém se animará a tirar daí motivo para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com circunspecção igual. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica - segundo não raro acontece - a doutrina dos "frutos da árvore venenosa", ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem? [28] Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais - sobretudo na área, constantemente em expansão, da "criminalidade organizada" - a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generali-

---

[26] Cf. o art. 474 do Código de Processo Civil. Acerca do tema, *vide* **Barbosa Moreira**, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material, in Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pág. 295, ou *Temas de Direito Processual, Primeira Série*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, pág. 97.

[27] *Apud* **Asencio Mellado**, *ob.* cit. (nota 7), pág. 96.

[28] A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições: *vide*, a respeito, **La Fave - Israel**, *ob.* cit. (nota 24), págs. 471 e segs.; **Del Carmen**, *ob.* cit. (nota 23), págs. 65 e segs. Boa informação no artigo de Danilo Knijnik, *"A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.93"*, *in Ajuris*, nº 66, págs. 76 e segs. Alguns dados em **Costa Andrade**, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, págs. 171/2. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repelido a tese da ilicitude "derivada" ou "por contaminação" quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria "inevitavelmente", nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

zado clamor contra a impunidade,[29] vista por tantos, com razões ponderáveis (e descontados alguns excessos de paranóia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal[30]), em dar combate eficiente à praga do tráfico - combate que, diga-se de passagem, *é também um valor constitucional*, conforme ressalta da inclusão do "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia" (art. 5º, nº XLIII).

Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.

[29] A crer-se em ensinamento conspícuo, mais importa, no combate à criminalidade, evitar que os delinqüentes fiquem impunes do que exasperar as penas. *Vide*, entre muitas outras, a obra clássica de **Carrara**, *Programa do curso de direito criminal*, trad. de **José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra**, S. Paulo, 1957, § 642, vol. II, pág. 88: "A força moral objetiva da pena se encontra mais em razão de sua *certeza* que da sua *severidade*, ou seja: esta sem aquela é ilusória" (grifado no original).

[30] Atente-se no que consta do preâmbulo da Convenção de Viena, de 20.12.1988, assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional em 14.6.1990 e promulgada pelo Dec. nº 154, de 26.6.1991: "As Partes nesta Convenção, (...) Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente *e a mais alta prioridade*,..." (sem grifo no original).

** **José Carlos Barbosa Moreira** é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.





Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais penais fundamentais (Tribunal do Júri)



A NOVA CONSTITUIÇÃO E O JÚRI

Gevan de Carvalho Almeida

O inciso XXXVIII, do artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, dispõe sobre a instituição do júri da seguinte maneira:

> *"É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*
>
> *a) a plenitude de defesa;*
> *b) o sigilo das votações;*
> *c) a soberania dos veredictos;*
> *d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida."*

Há quem entenda ter a nossa Lei Maior introduzido grandes inovações com relação a essa tradicional instituição, razão por que propomo-nos tecer alguns comentários acerca do assunto.

I) *Plenitude de defesa*

No que concerne à plenitude de defesa, no júri, mais do que em qualquer outro procedimento, a defesa desempenha papel relevante, porquanto, tratando-se de juízes leigos, a sorte do réu em muito dependerá da capacidade técnica do defensor, que, além dos conhecimentos jurídicos indispensáveis, exercerá com maior eficácia sua nobre missão, se dotado de certo grau de eloqüência e capacidade de persuasão. Certamente por isso, o nosso Código de Processo Penal, tratando do júri, inseriu entre as atribuições do seu presidente "nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor" (art. 497, n.º V, CPP).

No entanto, como o princípio da ampla defesa (art. 5.º, inciso LV, CF) é uma garantia constitucional, o mencionado preceito tem sido aplicado, a nosso ver com acerto, a outros procedimentos, além daquele referente ao tribunal popular.

O eminente José Frederico Marques, em sua preciosa obra *Elementos de Direito Processual Penal* (vol. II, p. 423, Forense, 1961), dissertando a respeito dos atos processuais essenciais, assim leciona:

> *"(...) se estiver evidente a inércia e desídia do defensor nomeado, o réu deve ser tido por indefeso e anulado o processo, desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no juízo penal."*

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 28 (2ª Fase), jul./dez. 1988, p. 32-36.

E o insigne Heleno Fragoso bem sintetizou a questão, com as seguintes palavras:

> *"A defesa efetiva do cidadão submetido a processo penal constitui interesse público. Como dizia* Carrara, *não tem o Estado mais interesse na condenação dos culpados do que na absolvição dos inocentes. A defesa, no processo penal moderno, constitui valor que transcende as conveniências do acusado para projetar-se na perspectiva da reta administração da Justiça" (Jurispr. Crim., vol. I, p. 388, Ed. José Bushatsky, 3.ª ed.).*

II) *O sigilo das votações*

O sigilo das votações, também assegurado pela Constituição Federal, visa permitir a livre formação do convencimento dos jurados, que deverão expressar sua decisão sem receio de qualquer censura quando contrária à maioria. Incomunicabilidade e sigilo estão intimamente ligados. Os jurados, uma vez sorteados, "não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo" (art. 458, § 1.º, do CPP), evitando-se, destarte, que um jurado exerça influência sobre os outros.

Embora a Constituição tenha procurado garantir a publicidade dos atos processuais, inadmitindo os julgamentos secretos (art. 5.º, n.º LX), abriu exceção expressa quanto à votação dos quesitos pelos membros do conselho de sentença, que, como se sabe, julgam de acordo com suas consciências, não fundamentando suas decisões. É um resquício do sistema da íntima convicção, como afirmam Frederico Marques *(obra cit.,* III, p. 249) e Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo Penal,* Saraiva, 1986, vol. III, p. 218), o que, talvez, por si só, justifique a manutenção do júri, que pode fazer um julgamento livre da camisa-de-força da lei e de acordo com os sentimentos e padrões culturais preponderantes em determinada comunidade.

III) *A soberania dos veredictos*

É a soberania dos veredictos, agora consagrada de forma clara na Lei Fundamental, que poderá dar margem à polêmica. Temos ouvido comentários, no meio forense, de que, sendo o júri soberano, não mais caberá apelação concernente ao mérito de suas decisões e nem mesmo a revisão criminal.

Parece-nos que nada mudará a respeito do assunto, salvo se houver uma reviravolta na jurisprudência ou se surgir uma nova lei ordinária, disciplinando de maneira diferente a apelação e a revisão de sentenças condenatórias relativas ao júri, pois não devemos esquecer que a matéria já foi amplamente debatida pelos nossos tri-

bunais, até mesmo pelo Supremo, bem como pela doutrina durante os dezoito anos de vigência da Constituição de 1946, que igualmente assegurava a soberania dos veredictos, no seu artigo 141, § 28.

O mestre Frederico Marques, de cujos ensinamentos nos valemos mais uma vez, enfrentou a questão com estas candentes palavras:

> *"Consistirá, porém, essa soberania, na impossibilidade de um controle sobre o julgamento, que, sem subtrair ao júri o poder exclusivo de julgar a causa, examine se não houve grosseiro* error in judicando*?" "De forma alguma, sob pena de confundir-se essa soberania com a onipotência insensata e sem freios" (obra cit., vol. III, p. 261), concluindo mais adiante: "Ao demais, a lei não fala em soberania do veredicto, nem em soberania de cada veredicto (se assim fosse, até o protesto por novo júri seria inconstitucional), e sim do conjunto dos veredictos, quer isto dizer que mais de um veredicto pode haver, embora o último, predominando sobre o primeiro, forçosamente o revogue" (obra cit., p. 263).*

Eis a resposta do renomado jurista àqueles que tachavam de inconstitucional o artigo 8.º, da Lei n.º 263, de 1948, que deu nova redação ao artigo 593, do CPP, lei essa promulgada sob a égide de uma Constituição que talqualmente a atual assegurava a soberania dos veredictos. Cumpre observar que o referido artigo do CPP continua com a mesma redação até a presente data, ou seja, há quarenta anos. No mesmo sentido, citamos Tourinho (*obra cit.*, vol. IV, Saraiva, 1987, p. 42) e Hermínio Marques Porto (*Júri*, 4.ª ed., RT, p. 34).

O aspecto mais complexo do tema em análise é a revisão criminal, pois, enquanto que não é permitido ao tribunal *ad quem* reformar o mérito da decisão dos jurados *(error in judicando)* no julgamento de apelação, sendo-lhe permitido apenas determinar seja o réu submetido a novo julgamento, não se admitindo pelo mesmo motivo segunda apelação (art. 593, § 3.º, CPP), é possível, valendo-se da revisão criminal, consiga o réu condenado até mesmo a absolvição. A questão é tão pacífica atualmente na jurisprudência que se torna difícil encontrar acórdãos recentes a respeito. Recomendamos a leitura dos acórdãos que se acham transcritos no livro *Júri — teoria e prática*, de Adriano Marrey, RT, p. 464, 1.ª ed.

A opinião dominante na doutrina também é favorável à revisão, conforme se depreende da seguinte lição do professor Tourinho:

> *"(...) se o pedido revisional tiver por objeto a rescisão de uma sentença condenatória proferida contra a evidência dos autos, ou contra texto expresso da lei, pode o Tri-*

> *bunal absolver o réu, alterar a classificação da infração ou modificar a pena, não só pelas razões expostas por Frederico Marques como também por expressa determinação do artigo 626, que não sofreu nenhuma alteração com o advento da Lei n.º 263, de fevereiro de 1948" (obra cit., IV, p. 475, ed. 1987). Comunga da mesma opinião o excelente monografista Hermínio M. Porto (Júri, p. 41).*

Não obstante, à primeira vista, possam parecer inconciliáveis a soberania do tribunal popular e a revisão criminal, cabendo não apenas o *judicium rescindens*, mas também o *judicium rescisorium* pela instância revisora, acreditamos ser possível chegar-se a uma conclusão satisfatória, partindo da premissa de que a revisão é uma garantia constitucional compreendida no princípio da ampla defesa.

Se todas as condenações podem ser revistas, até mesmo aquelas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, seria profundamente antidemocrático e contra o espírito que inspira a própria instituição do júri, que a sua soberania se colocasse como obstáculo intransponível à revisão. Se assim fosse, o Júri deixaria de ser garantia individual para representar uma séria ameaça às pessoas submetidas a seu julgamento.

IV) *A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*

Aí está a grande inovação introduzida pela Carta Magna promulgada em 5 de outubro de 1988.

Na vigência da Constituição de 1967, passou a prevalecer na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a competência do Tribunal do Júri era exclusivamente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tolerando-se, no entanto, o julgamento de crimes de outras espécies, desde que conexos àqueles, conforme a regra constante do artigo 78, n.º I, do CPP, contra a qual se insurgia Tourinho Filho, que a tinha como inconstitucional (*Processo Penal*, IV, 1987, p. 157).

A Constituição atual permite o entendimento de que a competência mínima do Tribunal do Júri é para os crimes dolosos contra a vida, nada impedindo que o legislador ordinário amplie aquela competência para o julgamento de outros crimes, tais como aqueles contra a economia popular e os chamados crimes de imprensa. É fácil chegar-se a essa conclusão se compararmos a redação dos dispositivos relativos ao júri nas Constituições de 1946, 1967 (Emenda n.º 1/69) e a de 1988:

> *"(...) será obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (art. 141, § 28, CF, 1946).*

"É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (art. 153, § 18, EC 1/69).

"É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

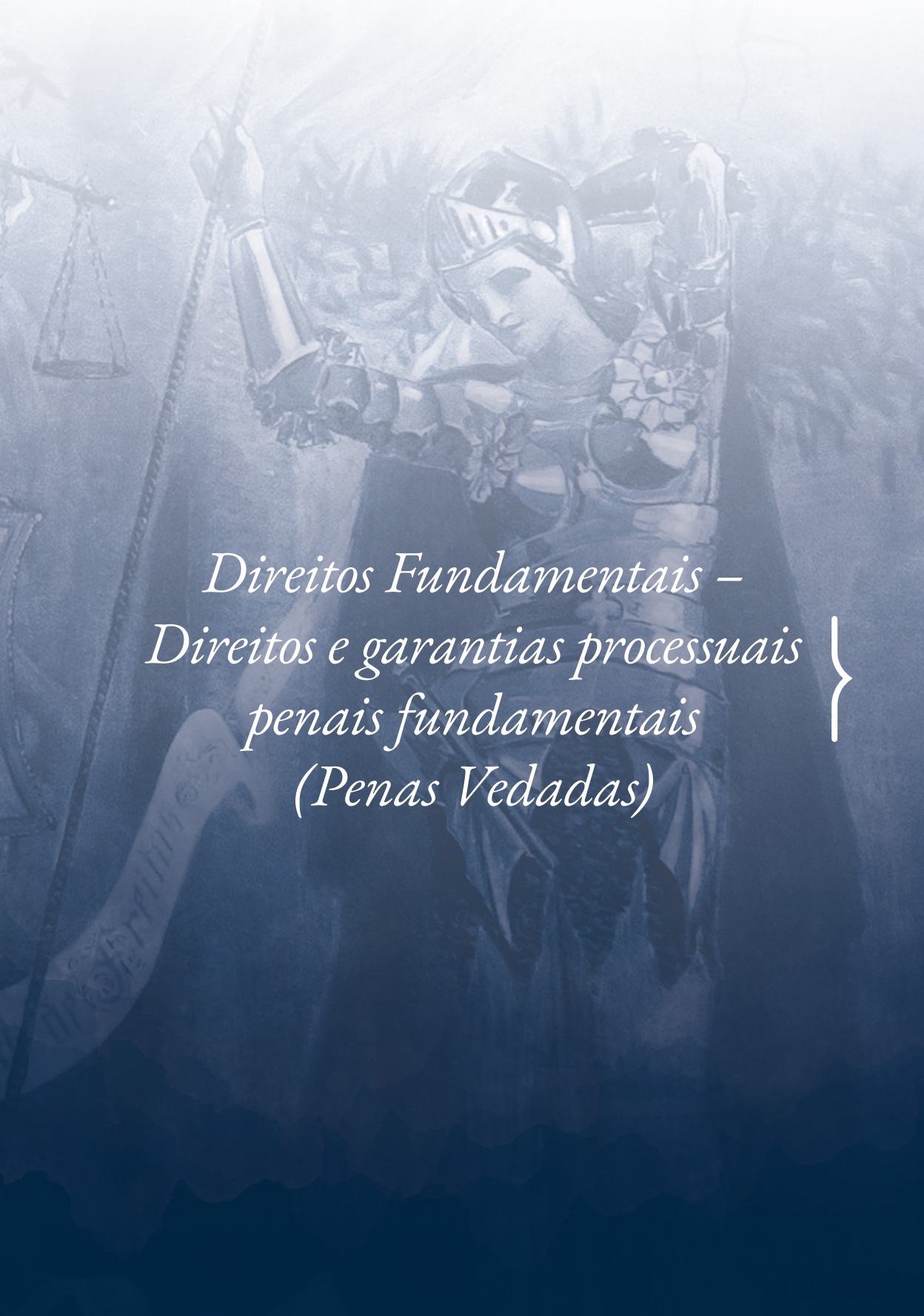
(...)

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (CF, 1988, art. 5.º, n.º XXXVIII).

Observe-se que na vigência da Constituição Federal de 1946 surgiu a Lei n.º 1.521/51 (Economia Popular), dando competência ao júri de economia popular para o julgamento dos crimes definidos no seu artigo 2.º, pois a Lei Maior considerava obrigatória a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não querendo com isso impedir que o legislador ordinário atribuísse ao referido tribunal o julgamento de outros crimes.

Com o surgimento da Carta de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n.º 1/69, e como foi abolida a palavra *obrigatoriamente,* os tribunais e a doutrina dominante passaram a limitar a competência do júri exclusivamente para os crimes dolosos contra a vida. Foi o fim do júri de economia popular e do júri de imprensa. O eminente Pontes de Miranda, nos seus *Comentários à Constituição de 1967* (com a EC n.º 1/69) não concorda com esse entendimento, pois não consta que o tribunal popular *somente* teria competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. "Se o somente lá estivesse, seria de interpretar-se a regra jurídica como limitativa da competência" (*obra cit.*, Forense, 1987, vol. V, 268).

E a Constituição atual? Esta *assegura* a competência do júri para os crimes dolosos contra a vida, ou seja, estabelece a sua competência mínima, talqualmente se entendia na vigência da Carta de 1946, ficando assim superada a discussão quanto à competência para julgamento de crimes conexos àqueles, conforme o disposto no artigo 78, n.º I, do CPP.



Direitos Fundamentais – Direitos e garantias processuais penais fundamentais (Penas Vedadas)



NOTAS SOBRE O BANIMENTO E SEUS EFEITOS

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI

SUMÁRIO: 1. O banimento em tese. 2. No Código Criminal do Império e no de 1.890. 3. Nos Atos Institucionais e na Constituição. 4. O aspecto da nacionalidade. Situação jurídica. Conceito jurídico-internacional diferente de cidadania. Estatalidade. 5. A exigência de nacionalidade no Direito Internacional Público. Os refugiados. 6. Os casos de perda de nacionalidade. 7. O banimento da família imperial. 8. O domicílio. Os atos de Registro Civil e notariais. O art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil. 9. O art. 40 do Código Civil aplicado por analogia. 10. A cidadania. O servidor público banido. 11. Os direitos civis. 12. Os efeitos do banimento no direito privado.

1. O banimento constitui restrição da liberdade, impondo ao banido a expulsão do território nacional, a conseqüente residência no exterior e a proibição de voltar ao país, enquanto durar a medida, que pode ter caráter permanente. Reflete interesse do Estado em afastar do seu território quem se torne nocivo à convivência nacional. Será judicial, se resultar de pena cominada por sentença, ou apenas providência política.

2. A medida existia à época do Império, cujo Código Criminal dispunha:

"Art. 50. A pena de banimento privará para sempre os réus dos direitos de cidadãos brasileiros e os inibirá perpetuamente de habitarem território do Império.

Os banidos que voltarem ao território do Império serão condenados à prisão perpétua".

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 03 (2ª Fase), jan./jun. 1976, p. 56/63.

Aquele diploma não cominou tal sanção a crime definido na parte especial, explicando-se sua referência na parte geral pelo disposto no art. 7.°, § 3.° da Constituição Política do Império (cf. TOMÁS ALVES JÚNIOR — **Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal**, I vol., págs. 548 e seguintes, R.J. 1864):

"Art. 7.°. Perde os direitos de cidadão brasileiro:

§ 1.° .....

§ 2.° .....

§ 3.° — O que for banido por sentença".

O Código Penal de 11 de outubro de 1890 (Dec. n.° 847), já na República, disciplinava diferentemente a matéria, retirando a perpetuidade da pena:

"Art. 46. O banimento privará o condenado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o território nacional, enquanto durarem os efeitos da pena.

O banido, que voltar ao país, será condenado à reclusão até trinta anos, se antes não readquirir os direitos de cidadão".

3. O banimento inexistia em nosso direito, desde a Constituição Republicana de 1891, que o aboliu (cf. art. 72, § 20):

"Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1.° a 19.° .....

§ 20.° — Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial".

Foi, agora, reintroduzido pelos Atos Institucionais n.°s 13 e 14, de 5 de setembro de 1968, permanecendo a possibilidade de sua aplicação, nos termos que a lei determinar, por força do § 11, do art. 153 da Carta Magna. As causas de sua existência são a guerra psicológica adversa revolucionária ou subversiva, bem como a possibilidade de guerra externa. Foram, todavia, fatos determinados e específicos que novamente o ensejaram no ordenamento positivo brasileiro. De fato, o seqüestro de um diplomata estrangeiro e a conseqüente exigência dos seqüestradores acabaram por precipitar os citados atos institucionais. O Governo do Brasil, fiel às tradições humanitárias do povo, salvou a vida do diplomata, sem abrir mão da soberania do Estado. Aplicou aos presos uma sanção, banindo-os do território nacional, ao invés de libertá-los, conforme exigiam os seqüestradores.

A medida, nos termos do ato institucional, aplica-se pelo Poder Executivo ao brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional. O texto do ato institucional omitiu os efeitos do banimento na vida civil do banido,

embora tenha resolvido questões imediatas, quais sejam a determinação da suspensão do processo ou da execução da pena a que, porventura, estivesse respondendo, como a interrupção da contagem de todo e qualquer prazo de prescrição penal a seu favor.

Por outro lado, o banimento do texto constitucional, introduzido primeiramente pelo Ato Institucional n.° 14, e depois mantido na Emenda Constitucional n.° 1, depende de lei que poderá dispor sobre seus efeitos jurídicos.

No tocante ao banimento previsto no ato institucional, temos como evidente ser ele medida do Poder Executivo, portanto não judicial ou, pelo menos, não exercitável por órgão do Poder Judiciário. Além disso, a sanção no banimento consubstanciada não é definitiva, nem perpétua, porque seus efeitos são "enquanto perdurar" (cf. art. 1.°, AI n.° 13); sendo assim, é temporário, suscetível de reexame e de revogação, naturalmente pelo próprio Poder banidor.

Essas conclusões referentes ao banimento do Ato Institucional não se aplicam ao da Constituição, pois, quanto a este, nada se permite concluir com segurança. De fato, ele (o da Constituição) está a depender de lei disciplinadora do instituto.

4. Dois aspectos são fundamentais para o desenvolvimento da questão: o da nacionalidade e o do domicílio dos banidos.

Quanto à nacionalidade, observemos de início que ela é uma situação jurídica e não um direito, malgrado a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamar que todo homem tem direito a uma nacionalidade e que ninguém dela será arbitrariamente privado (cf. art. XV).

A nacionalidade representa tema nada pacífico na doutrina. Do ponto de vista sociológico, constitui um conceito fático e afastado de conotações jurídicas. No entanto, ela é vínculo de natureza política entre o homem e o Estado. Por isso, na sua idéia predomina o aspecto jurídico-internacional e não se confunde com os critérios do direito interno. Assim, nacionalidade difere de cidadania, que é noção eminentemente jurídica e interna. Há, naturalmente, quem pense o contrário (cf., a respeito da sinonímia entre nacionalidade e cidadania e acerca de todo o tema, PONTES DE MIRANDA, **Nacionalidade de Origem e Naturalização no Direito Brasileiro,** págs. 12/13, 2.ª ed., 1936, RJ; A. BARDEAU DE CARVALHO, **Nacionalidade e Cidadania,** pág. 9, 1956, S.P.; RAUL PEDERNEIRAS, **Direito Internacional Compendiado,** 13.ª ed., pág. 306, 1965, S.P.). Mas muitos argumentos persuadem-me da outra tese (cf. OLIVEIROS LITRENTO, **Manual de Direito Internacional Público,** págs. 313 e seguintes, FORENSE, s/d, RJ; HAROLDO VALADÃO, **Direito Internacional Privado,** 2.ª ed., 1970, RJ).

A expressão **nacionalidade,** que muitos, para desvinculá-la do mencionado prisma fático, substituem por **estatalidade,** é situação jurídica, não confundível com os direitos, uma vez que é antes con-

dição e pressuposto para a exigência destes. Ela terá influência na criação e no desenvolvimento dos direitos subjetivos, mas não é um deles (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, pág. 58, **Teoria Geral** do Direito Civil, 4.ª ed., 1972). Será fácil verificar esta natureza de **situação jurídica** da nacionalidade, se a visualizarmos como um estado da pessoa, porque, sem dúvida, ela realiza modo de existir do ponto de vista político, isto é, as pessoas são nacionais ou estrangeiras. Ora, sem dúvida, **estado** é, por excelência, situação jurídica.

5. Duas afirmações parecem-me importantes para uma conclusão sobre o efeito do banimento na nacionalidade do banido.

A primeira consiste em haver o Direito Internacional, através dos órgãos que o aprimoram e defendem, feito grande esforço pelo desaparecimento do apátrida, porque é do interesse das pessoas e dos Estados que todos tenham a proteção de algum país (cf. RAUL PEDERNEIRAS, op. cit., pág. 312, ref. Conferência para a Codificação do Direito Internacional, 1930, Haia, onde se fez voto pelo esforço de todos para reduzir casos de **apolitia** ou apatrídia). Este problema vem muito discutido no Direito Internacional Público, a respeito dos refugiados, que, certamente, não se confundem com os banidos aqui tratados. Foi por causa dos refugiados que se elaborou, no Direitos das Gentes, a doutrina da exigência da nacionalidade (cf. EGÍDIO REALE, **in Recueil des Cours,** vol. 63, págs. 473 e seguintes; G. VAN HEUUEN GOEDHART, **The Problem of Refugees, ibidem,** 1953, I, v. 82, págs. 259 e seguintes; F. SCHNYDER, **Les Aspects Juridiques Actuels du Probléme des Refugiés, ibidem,** 1965, I, pág. 374).

Especulou-se que o refugiado pode perder, ou não, a nacionalidade, admitindo-se, portanto, a possibilidade de mantê-la. O indiscutível, no entanto, é haver o refugiado, por vontade, ou não, rompido os laços com o governo de seu país, o qual não mais lhe presta proteção. A rigor, o que o refugiado, indubitavelmente, perde são seus direitos políticos, portanto, a sua cidadania, não obrigatoriamente sua nacionalidade.

6. A segunda está em que os casos de perda de nacionalidade são apenas os previstos na Constituição (cf. HAROLDO VALADÃO, op. cit., pág. 314):

"Art. 146. Perderá a nacionalidade o brasileiro que:

I — por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade;

II — sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro; ou

III — em virtude de sentença judicial, tiver cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interesse nacional.

Parágrafo único. Será anulada por decreto do Presidente da República a aquisição de nacionalidade obtida em fraude contra a lei".

Ora, se isto é assim, e silenciando o Ato Institucional n.º 13, conclui-se, necessariamente, e ainda com base no interesse do Direito das Gentes, que os brasileiros banidos não perderam a sua nacionalidade de origem.

7. Ainda, sobre a nacionalidade, nos já citados Códigos do século passado, a medida era judicial e o banido ficava privado, por sentença, dos seus direitos de cidadão brasileiro. Façam-se, aqui, parênteses, a fim de registrar questão de interesse, do ponto de vista histórico. RUI, ao comentar o já transcrito § 20 do art. 72 da Constituição de 91, afirma que ali,

"... e mui explicitamente, por uma declaração formal e dupla, só se trata do banimento enquanto pena e do banimento judicial.

Não se cogita, pois, da hipótese criada pelo decreto ditatório de 21 de dezembro de 1889, que baniu do território brasileiro D. PEDRO e sua família.

Na Constituição que o Governo Provisório promulgou aos 22 de junho e 23 de outubro de 1890 não se continha a cláusula relativa ao banimento.

E o Código Penal, por ele decretado em 11 de outubro do mesmo ano, cominava o banimento como penalidade a vários crimes.

Ao elaborar, portanto, a Constituinte Republicana a sua obra, o banimento existia, na legislação do país, em duas entidades distintas: como providência de Estado, no decreto que banira a família destronizada e, como meio de repressão, no Código Penal.

Encarando essas duas figuras jurídicas, absolutamente distintas, se a Constituinte as quisesse tratar segundo o mesmo critério, extinguindo juntamente uma e outra, ou havia de abolir, por uma fórmula geral, o banimento, sem distinção entre as duas espécies, ou, procedendo por especificação, teria que acrescentar ao banimento judicial o banimento político.

Mas de nenhum desses dois métodos usou, antes individuou expressamente o banimento judicial. E por quê? Porque tivesse em mente reservar aos poderes políticos do regime, no exercício constitucional de suas funções, o direito de banir? Não; porque nenhum desses poderes tem atribuição alguma, além das que o texto constitucional lhes confere declaradamente ou das que nessas implicitamente se contém, e não cabe sob qualquer delas o arbítrio de fulminar o banimento.

Por que então particularizar-se, como se particularizou, no § 20 do art. 72, o banimento judicial?

Porque existia uma situação singular de banimento político, instituída pelos órgãos legislativos da revolução, que a Constituinte entendia necessário respeitar: a da família imperial. E, para não envolver na abolição do banimento o dos membros da família deposta, o meio era restringir a fórmula constitucional, que o extinguia, ao banimento

judicial, isto é, ao imposto por sentença dos Tribunais. "(COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, vol. V, págs. 485 e seguintes, Saraiva, SP, 1934).

A prevalecer este raciocínio, aplicando-o ao caso contemporâneo, concluir-se-á que o Estado dispõe da providência do banimento político independente do texto constitucional que vedasse o banimento, porque apenas estaria proibida a sanção emanada de sentença judicial. Ainda que a Lei Maior não restringisse a expressão pela sua judicialidade, é claro que as razões de Estado permaneceriam na sua forma extra-constitucional. Para não aplicar esta conclusão à hipótese semelhante, basta, argumentando, formular circunstância igual, isto é, se a família imperial, agora, representasse ameaça à República, poderia ser banida, ainda que a Constituição houvesse abolido a medida, que estaria fora da Lei Magna, mas não seria contra ela. Aliás, a imprevisibilidade política veio, historicamente, proporcionar novas razões de Estado para o novel banimento do Ato Institucional n.º 13.

Aproveitemos, porém, o exemplo da História para as nossas conclusões. Não seria lógico imaginar que o Imperador e seus familiares houvessem, pelo banimento, perdido a nacionalidade, menos seus direitos civis, os quais foram reconhecidos plenamente, no decorrer do tempo.

8. A questão do domicílio, por sua vez, é sobremaneira importante para as nossas conclusões, inserindo-se, até, no núcleo da discussão, se considerarmos uma antiga norma da Lei de Introdução ao Código Civil.

Saber se o banido perdeu, ou não, o domicílio brasileiro, pode servir de subsídio para deslindar os efeitos do banimento, como, por exemplo, no tangente ao registro civil e aos atos notariais.

Segundo o artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil, na sua redação originária, era possível inferir que o domicílio no Brasil constituia requisito para a autoridade consular realizar os atos notariais e os de registro civil, de interesse de brasileiros.

Dizia o mencionado artigo do Decreto-lei n.º 4.657, de 4/9/42:

> "Art. 18. Tratando-se de brasileiros ausentes de seu domicílio no país, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento, assim como para exercer as funções de tabelião e de oficial do registro civil em atos a eles relativos no estrangeiro".

No entanto, o dispositivo foi modificado pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, que lhe deu nova redação e inseriu outro a respeito do assunto:

> "Art. 19. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiros ou brasileira nascidos no país da sede do consulado".

"Art. 20. Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência do Decreto-lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942, desde que satisfaçam todos os requisitos legais.

Parágrafo único. No caso em que a celebração desses atos tiver sido recusada pelas autoridades consulares, com fundamento no artigo 18 do mesmo Decreto-lei, ao interessado é facultado renovar o pedido dentro de 90 (noventa) dias contados da data da publicação desta lei".

Como é evidente, o requisito não só foi abolido, mas também se convalidaram os atos realizados sem a sua observância. O legislador agiu corretamente, pois a Lei de Introdução merecera críticas pela exagerada fidelidade ao sistema domiciliar, quando a tradição no direito privado interno e no direito internacional público, no caso, é do requisito da nacionalidade, como vinculação jurídico-política (cf. OSCAR TENÓRIO — **Direito Internacional Privado**, vol. II, pág. 71, 9.ª edição).

Os atos de Registro Civil constituem anotações em livros próprios dos fatos capitais da existência da pessoa natural, desde seu nascimento até sua morte. Por esses registros, conhecem-se e provam-se tais fatos. A razão de ser em perpetuar em registros públicos essas situações está no interesse do Estado e das pessoas. O primeiro vê facilitadas suas funções obtendo dados úteis para as medidas administrativas de toda ordem, enquanto os particulares adquirem um meio eficaz de provar seus estados, suas situações jurídicas, bem como de realizar com segurança seus negócios.

Em face disso, os banidos têm direito aos atos de Registro Civil e de tabelionato, inexistindo qualquer óbice a que as autoridades diplomáticas e Repartições Consulares brasileiras pratiquem aqueles cuja competência lhes pertença legalmente.

9. Quanto à questão, em si, da perda do domicílio, discute-se na especulação doutrinária, embora a lei brasileira tenha resolvido o problema. Há quem sustente que a prisão ou o desterro (forma de banimento) só importam mudança de domicílio se perpétuos, porque do contrário os condenados restam na esperança de voltar e, persistindo esta esperança, deve subsistir o domicílio (cf. CLÓVIS, op. cit., pág. 168). A lei brasileira, contudo, estabeleceu legalmente o domicílio do preso, ou do desterrado, no lugar onde cumpre a sentença ou o desterro (Código Civil, art. 40), dirimindo, portanto, qualquer dúvida quanto ao banimento, porque a este instituto a norma deve ser aplicada por analogia.

10. No que diz respeito à cidadania, conceito puramente jurídico, o banido a perde, porque, inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, foi impelido a deixar o país e proibido de nele residir. Parece fora de dúvida que, em conseqüência, se ache impedido de exercer

direitos políticos. Não se trata, propriamente, de suspensão dos mesmos, ou de sua perda definitiva, mas da impossibilidade de exercê-los, enquanto perdurar o banimento. Assim sendo, impedido o proscrito de exercer aqueles direitos, feriu-se-lhe a cidadania.

Isto é lógico, pois não se concebe que alguém, perdendo o domicílio no Brasil, em face dos motivos expressos no Ato Institucional n.° 13, exerça direitos políticos, como aqueles de eleger e ser eleito.

Daí, outras conseqüências necessárias. No caso do funcionário público, ele tem o domicílio legal no lugar onde exerce seu cargo. Se inexiste esta condição, por força do banimento, não pode exercer sua função. Assim, o banido perde a própria capacidade jurídica para ocupar cargo público. Isto, de resto, seria inviável materialmente, pois o banido não tem possibilidade de fazê-lo.

Aliás, este é o entendimento mais razoável, do contrário ele ficaria, por força do AI n.° 10 e AC n.° 78, em situação privilegiada, teoricamente, em relação a quem teve seus direitos políticos suspensos ou seu mandato cassado, com base na legislação revolucionária, até porque o proscrito não poderia ser demitido, já que seria impossível franquear-lhe a defesa exigida na investigação sumária, preconizadas as duas pelo Ato Complementar n.° 39 e seu decreto regulamentador.

No mais, a mera aposentadoria compulsória, cuja aplicação dispensa a defesa, representaria, sob certo aspecto, um prêmio, e resultaria numa situação mais benévola em relação a outros funcionários, que, menos perigosos ou nocivos, foram demitidos.

O servidor público banido perdeu implicitamente seu cargo ou sua função. É preciso, a título de esclarecimento, declará-lo. Tal declaração pode ser feita sem fundamento em lei, mas me parecem plenamente aplicáveis à espécie o Ato Institucional n.° 10, de 16/5/69, e o Ato Complementar n.° 78, de 15/01/70.

11. Os direitos civis constituem natural projeção da personalidade. Decorrem da própria existência da pessoa. Os banidos deles não podem ficar privados, embora possam ter restrições sobre a maneira de exercê-los, como conseqüência do domicílio legal e necessário.

12. O banimento não acarreta a perda da nacionalidade, mas impõe ao banido outro domicílio. Daí, a possibilidade de fazer, a título de exemplo, ilações que me parecem pertinentes:

a) o banido está sujeito à lei brasileira, obrigatória três meses depois de publicada oficialmente (cf. art. 1.°, § 1.°, da Lei de Introdução ao Código Civil);

b) todas as normas de Direito Internacional Privado, referentes à sucessão, lhe são aplicadas, considerando-se brasileira a nacionalidade do banido e seu domicílio no exterior;

c) sendo possível ao banido constituir mandatário por instrumento público lavrado nas repartições diplomáticas, não será possível cogitar da declaração de sua ausência, nem a designação de curador.

Pena de morte

DELPHIM SALUM DE OLIVEIRA

Sua inutilidade e sua ineficácia

Nas antigas legislações, durante muitos séculos, a "morte" constituiu uma das penas principais, da mesma forma que os castigos corporais, o exílio, os trabalhos forçados nas minas e galés, *etc.*

A pena de morte era imposta para a maioria dos crimes e, geralmente, precedida de tormentos e mutilações. A execução, sempre pública, se realizava através de bárbaras modalidades, como o esquartejamento, crucificação e decapitação.

Há de se distinguir a pena de morte da morte imposta pelos reis a seus súditos, em que havia um claro caráter pessoal, ordenada por qualquer razão que não lhes agradasse pessoalmente, pois eram dotados de poder absoluto. Os reis não tinham qualquer subordinação à lei. Exerciam um poder totalmente arbitrário. Reinavam por delegação divina, e somente a Deus tinham que dar satisfação.

O sucessor de *Gengis Khan* escolheu, para atender ao espírito de seu pai, 40 mulheres jovens, as vestiu com riquíssimas roupagens e as adornou com custosas jóias. Em seguida foram estranguladas e colocadas na tumba, para servirem à alma do grande rei.

Quando o primeiro imperador da dinastia *Ch'in* foi enterrado no ano 210 a.C., grande número de mulheres de seu harém se suicidaram para poder segui-lo na morte.

A eliminação intencionada de vidas humanas que perturbavam a subsistência do grupo não constituía uma pena de morte. Eram vidas desprovidas de valor, como a dos enfermos mentais incuráveis. Era uma medida de defesa social, executada a aprovada pelo grupo. Assim eles consideravam.

Os hermafroditas inspiravam profunda repugnância, sendo considerados verdadeiros monstros. SÊNECA não só falava de monstros, que em sua época

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 08 (3ª Fase), jul./dez. 1998, p. 93-136.

eram eliminados do mundo, como também de crianças que eram afogadas porque haviam nascido débeis ou com deformações.

Os nobres e senhores mandavam que, após sua morte, matassem seus escravos e cavalos, pois deles necessitariam no "outro mundo".

O homem é direcionado por um desejo brutal de vingança, de retribuição ao desafronto de um mal, cuja reação, muitas vezes, não visa apenas ao homem. No "Êxodo", por exemplo, determina que, se algum boi escornear homem ou mulher e estes morrerem, o boi será apedrejado e a sua carne não poderá ser comida. Em pleno século XVI, um juiz de *Chartres*, sentenciou contra um porco que matara uma criança, condenando-o a ser enforcado num poste.

Os antigos estatuíam a responsabilidade coletiva, puniam os mortos e os animais e até se "castigavam" os objetos inanimados, destruindo-os ou danificando-os. Havia uma ânsia inesgotável de castigar.

Na antiga China eram decapitados todos os parentes masculinos do culpado de alta traição: pai, avô, filhos, netos, tios e os filhos de todos eles.

Também os mortos eram castigados. Por vezes consistiam os castigos em uma agravação da condenação.

Em 1660, por ordem do Parlamento Britânico, foram desenterrados os cadáveres de *Cromwell*, *Bradshaw* e *Ireton*. Foram eles arrastados até *Tyburnm*, local onde eram justiçados os réus comuns. Tanto os seus cadáveres como os de suas mães, irmãs e netas foram golpeados durante longo tempo e depois enterrados em vala comum.

Também as efígies eram castigadas. Em *Mecheln*, cidade medieval, quando o delinqüente havia conseguido fugir, faziam imagens em seu tamanho natural e as levavam ao local do suplício, onde elas eram golpeadas, decapitadas, marcadas pelo fogo, *etc.*

Nem os animais escapavam aos castigos. Consta que entre 1120 e 1741 compareceram aos tribunais franceses 92 animais, condenados criminalmente, entre eles cavalos, cabras, galos, formigas, *etc.*

Se um homem era atingido por uma pedra ou um pedaço de madeira e por essa razão vinha a morrer e se desconhecia quem arremessou esse objeto, esse objeto que causou a morte era julgado e normalmente condenado à morte.

A pena a essas coisas inanimadas tinha uma razão de ser, pois, entre os babilônios, todas as coisas animadas ou inanimadas tinham um espírito, que eles denominavam *Zi*, cujo significado, segundo alguns autores, era "vida".

Na Austrália, a arma e a lança que causavam a morte eram queimadas pelos parentes do morto.

A morte de que aqui trataremos é a do "homicídio judicial".

É a pena de morte a mais severa de todas as medidas punitivas, tendo sido abundantemente cominada, durante vários séculos, a diversas violações penais.

É certo que um dia o homem morrerá, seja de morte natural, seja de morte violenta, mas a morte judicial é fundamentalmente contrária à lei moral e à ética do Universo. É pura vingança. É uma vingança que não é alicerçada na moral, nada a justifica, nem mesmo a própria vingança.

O legislador dá ao homicídio uma conotação legal, sob o manto da justiça. A morte do criminoso é programada, elaborando-se todo um ritual a ser observado, por vezes com refinada ação teatral e com os mais profundos requintes de perversidade.

A lei da pena de morte é uma lei assassina, imoral. Ela priva o delinqüente de se reabilitar.

De um modo geral o homem mata por ambição, por inveja, por estar sofrendo um processo patológico mental, mas o Estado mata exclusivamente por vingança, aplicando métodos bárbaros, brutais e selvagens, com profundo sadismo e, ainda, quando a execução é pública, é convidada uma multidão de assistentes que vibra com esse espetáculo mórbido. O povo acompanha o condenado, atuando como protagonista do horrendo espetáculo.

Punir um crime praticando um outro crime ainda maior nada mais é que uma sórdida vingança. Júlio Camargo afirma a respeito: "O bandido mata com o coração quente; o Estado executa com a cabeça fria."

Matar quem matou é um castigo incomparavelmente maior do que o próprio crime. O assassinato legal é incomparavelmente mais horrendo do que o assassinato criminoso.

A vida humana é o que existe de mais nobre, é a maior dádiva divina e somente Deus tem o direito de eliminá-la. A vida humana não pode ser comparada com a luz elétrica, em que basta apertar um interruptor para que acendamos ou apaguemos a luz, a nosso bel-prazer. Deus reservou a Si dar a vida ao homem, mas também reservou a Ele dar a morte.

Jamais devemos sanar um erro com um outro erro ainda maior.

Pode a justiça condenar quem matou se ela mesma mais tarde também irá matar?

A pena de morte é realmente útil? Está comprovada sua eficácia como meio intimidativo? Nos países que a adotam, a incidência de crimes sofreu fundamental redução?

Acham os conservadores que insistem na acolhida da pena de morte que, com a ação intimamente da punição extrema e a eliminação do criminoso, a

solução para a detenção da criminalidade estará resolvida. A experiência, no entanto, não confirma essa assertiva.

De qualquer modo, qualquer que seja o critério em que se baseiem, seja da necessidade, da segurança, da exemplaridade, da utilidade ou não, se é legítima ou ilegítima, se é justa ou não, se verdadeiramente sua aplicação tem efeito intimidativo ou não, se ela é legal ou ilegal, nada constitui justificativa, de modo algum, para a pena de morte, muito embora essas circunstâncias decorram da própria pena.

É puro engano acreditar que a pena de morte atemoriza e detém a criminalidade violenta. Se assim fosse, a pena de morte, existente há milênios como regra nas instituições penais de todo o mundo, já teria surtido seu efeito intimidante e não haveria mais delitos. Ainda mais, se verdadeiramente reduzisse a criminalidade, como alguns juristas afirmam, muitos carrascos não teriam praticado crimes que determinaram sua execução à morte, como nos informa o criminólogo alemão Ernst Seelig, em estudo por ele procedido.

Se a morte realmente atemorizasse, não teriam ocorrido 478 suicídios no Japão em 1996, segundo informações da polícia japonesa.

Alguns exemplos confirmam nossa assertiva. *Frank Maia*, condenado à câmara de morte em *Sing-Sing* em 1939, a ela se dirigiu com uma posição arrogante, mascava chicletes e fumava; *Michael Sclafoni*, seu companheiro de crimes, antes de ser eletrocutado solicitou um pano para tirar a poeira do assento e dos braços da cadeira, reclamando: "Ao menos podiam dar uma cadeira limpa a um homem que vai morrer"; *William Force* perguntou ao carrasco: "Por que estás tão nervoso? Fique calmo. Eu não tenho pressa"; *James Bolger*, antes de ser executado, declarou: "Morro como vivi, com um sorriso nos lábios". Um outro condenado à guilhotina indagou do carrasco: "Foi o senhor que cortou a cabeça do Conde de Sally? Fizeste mal o serviço. Capriche comigo". Dezenas e dezenas de outros exemplos poderiam ser citados, sendo a história rica de fatos dessa natureza, quando os condenados enfrentavam os carrascos com gestos cínicos ou burlescos.

Antonio Ermirio de Moraes Filho também julga ser inexistente esse efeito intimidativo propalado, afirmando que "A pena de morte é uma ilusão. Mesmo que sejam fuzilados com um tiro na cabeça todos os presos de qualquer penitenciária, pouco depois a cadeia estará repleta de novo. Porque a infância, a adolescência abandonada são fontes inesgotáveis de delinqüência."

Contrariamente aos que afirmam sua eficácia, por vezes ela é incentivadora do crime, pois o criminoso tem seu ego alimentado quando não descoberta a autoria, julgando-se mais inteligente e perspicaz que o Estado, que não conseguiu provas para incriminá-lo. E, assim, o seu prestígio cresce na comunidade criminosa, passando a ser mais respeitado e temido.

A maior gravidade da pena atua, ao nível da psicologia do agente, em alguns casos, como poderosa excitante de sua resolução para o crime.

Ser notícia, e quanto mais são notícias, mais se tornam perigosos. Dever-se-iam proibir as notícias que se relacionarem com crimes, não fazendo do sensacionalismo das façanhas criminosas, lançando-se um véu de silêncio sobre o fato. Acredito que, assim agindo, estaríamos contribuindo para a profilaxia do crime.

Também não se intimidam os que delinqüem por paixão ou fanatismo. O fanatismo leva ao terrorismo, os fanáticos não se amedrontam com a morte, ao contrário, a desafiam, na esperança de terem seus nomes gravados como mártires, defensores da causa que abraçaram. Tal fato ocorreu durante a Revolução Francesa, quando se comprovou posteriormente que algumas confissões eram falsas, cujo objetivo era uma morte gloriosa, como mártires do movimento, com o manto de heróis, testemunhada pelo povo que lotava a Praça da Concórdia, ávido por assistir às execuções sanguinárias.

Além disso, o criminoso grave é desprovido de auto-estima. Nunca deu nem recebeu amor de seus semelhantes. Jamais conheceu um sentimento de amor, de carinho, de ternura. Ninguém pode dar o que não possui. Se ele não se ama, não pode amar o próximo. Conviveu toda a sua vida com a violência.

E assim é. Abandonamos as crianças, não as protegemos, não lhes damos condições de alimentação, educação e segurança. No primeiro deslize, as confinamos numa FEBEM, onde elas são alvo de toda sorte de violência, seja moral, física e, sobretudo, sexual. Ao sair mais adestrados ao crime, cometem outros delitos, e, presos, são colocados em xadrezes das Delegacias Policiais, amontoados com outros detentos, criminosos de toda espécie, de elevada periculosidade, em celas superlotadas, com sua capacidade triplicada ou quadriplicada, com flagrante violação de sua dignidade humana, sem local para a satisfação de suas necessidades fisiológicas e nem acesso ao mínimo de higiene recomendável, alimentados deficientemente e obrigados a revezamento para dormirem, além da pressão psicológica entre os presos, prontos para matarem a fim de reduzirem a população carcerária e proporcionar, desse modo, melhores condições aos sobreviventes. A violência sexual é uma tônica permanente de que são vítimas os menos afortunados fisicamente. Não é dado ao preso nenhuma terapia ocupacional ou de lazer. Ao obterem a liberdade são obrigados a manter contato com traficantes que integram organizações criminosas com ramificações nos presídios, sob pena de sofrerem represálias, extensivas à sua família, caso desobedeçam as determinações recebidas de seus, agora, cúmplices de cela.

Tornam-se criminosos fabricados por uma sociedade fria, inescrupulosa, sem sentimentos de qualquer natureza, e o fazem para, posteriormente, ter a

satisfação de matá-los para satisfazer os instintos mórbidos de uma vingança covarde, sórdida e cruel.

Não é raro encontrar, de madrugada, crianças de 2 e 3 anos perambulando pelas ruas, sem terem onde dormir, sem terem colocado em sua boca um pedaço de alimento que seja. Ao massacrarmos de todas as formas nossas crianças, estamos conduzindo-as para o crime, ao invés de orientá-las para a virtude.

Precisamos protegê-las, ensiná-las a amar a vida e, assim fazendo, estamos neutralizando a violência. Dependendo da proteção que dediquemos às crianças, dependendo da justiça ou dá injustiça aplicada, teremos ou não um futuro de paz e tranqüilidade, de esperança ou de desânimo.

Ainda recentemente, *O GLOBO* do dia 19-06-1997 noticiou a prisão de um menino "avião" de traficante, que se achava drogado, de 9 anos de idade. Entrevistado, declarou que iniciou o consumo de drogas aos 7 anos, que vivia na rua e que sua mãe, a quem somente via uma vez por semana para lhe fazer entrega de dinheiro, não se preocupava com ele, não lhe dando a menor assistência moral, pouco importando a ela que ele dormisse ao relento ou passasse fome, sendo sua aspiração a de ser "Bombeiro, para salvar vidas". Se este aterrorizante quadro não for revertido, fatalmente no futuro teremos mais um criminoso grave. Se adotada a pena de morte, certamente a ela não escaparia. O Estado mataria um ser humano que, quando criança, aos 9 anos de idade, sonhava em salvar vidas.

É certo que nada pode substituir no coração de uma criança as carícias e o amor materno.

A ausência de ternura familiar torna a criança infeliz. O Prof. Elso Arruda, Professor de Psicologia e Psiquiatria da UFERJ, afirmou que "O homem que se considera infeliz é um psicopata e, por isso, constitui iminente perigo para a sociedade. É capaz de praticar os mais hediondos crimes impelido pelo mal psíquico que o envolveu".

O poeta Pierre François Lacenaire, guilhotinado em 08-01-1836, por ter cometido um homicídio, citado por Fernando Jorge, assim justificou seu crime: "As impressões da infância mudaram a minha primeira natureza, persuadindo-me de que, privado do carinho de minha família, exposto a seus maus tratos, não me restava, para não sucumbir, senão um recurso: armar-me de um coração duro e impiedoso, e de uma firmeza a toda prova. Convenci-me disso pelos freqüentes conflitos que tive de sustentar comigo mesmo, e pela contínua vigilância que exerci sobre minha alma. A esse respeito como a muitos outros, eu mesmo elaborei o que sou. A natureza nada fizera por "mim". Lacenaire, pouco antes de morrer, deixou esses versos: "Deus... o nada... nossa alma... a natureza... É um mistério... eu o desvendarei amanhã".

Diante desses quadros, pergunta-se: É a sociedade vítima dos criminosos ou são os criminosos vítimas da sociedade?

Nos Estados Unidos, em 1996, houve uma queda de 7% na criminalidade, tendo porém ocorrido um aumento de 22% nos crimes praticados por crianças e adolescentes.

Segundo ALÍPIO SILVEIRA, em seu artigo "Evolução da pena capital na Inglaterra", publicado na *Revista Forense*, nº 54, vol. 174, págs. 488/490, nov./dez. 1957, *apud* PAULO DAHER RODRIGUES, em sua obra citada, na Inglaterra, nos anos de 1814, três meninos, um de oito, outro de nove e outro de onze anos, foram condenados à morte por terem furtado um par de sapatos.

Ainda recentemente uma senhora, ao ser entrevistada para dar seu depoimento pelos excelentes resultados obtidos com menores infratores, televisados com sorrisos de felicidade em suas faces, na execução de trabalhos profissionais, resumiu o seu sucesso em apenas uma palavra: **afetuologia**.

O ambiente familiar é importante para a formação moral da criança e do adolescente. Situações de violência estão relacionadas com as relações familiares.

O que se verifica é que pais abastados, de boa cultura e elevado nível social e econômico, não têm tempo de cuidar de seus filhos. É importantíssima a conservação plena dos elos familiares.

Os pais, quando não separados, pois a separação em si já produz um profundo trauma na criança, buscam a realização profissional, permanecendo pouco tempo no lar, e o tempo disponível é consumido em contatos sociais, sem a presença dos filhos. É o que se verifica muitíssimas vezes, infelizmente.

JUDITH WALLENTEIN, em belo trabalho, conclui que, de um modo geral, os filhos do divórcio apelam para as drogas ou descarregam suas frustrações na violência gratuita.

Crianças precisam de grandes doses de tempo e atenção dos pais. A perda da auto-estima dos filhos é apontada como um dos mais graves problemas da atualidade.

A importância da família, sociedade fundamental, é inquestionavelmente verdadeira. Onde decresce sua força ocorre igual diminuição nos padrões gerais de comportamento social. Os membros de uma família bem constituída têm consciência de que não possuem apenas direitos ou privilégios, mas que também lhes competem correspondentes deveres e responsabilidades. Em torno dessa célula básica desenvolvem-se os trabalhos dos programas de promoção social, conscientes de que os males sociais são naturalmente freqüentes entre aqueles cujas famílias, espiritualmente em crise, não lhes dão o amparo requerido para a efetivação do primeiro nível do bem comum.

Um novo humanismo e as luzes para a humanidade da inteligência só serão possíveis quando todos nós compreendermos as categorias dos valores e nela acreditarmos verdadeiramente. É quando poderemos estabelecer as diferenças fundamentais entre o que é substancial e o que é acidental, evitando-se o erro tantas vezes cometido na substituição do fundamentalmente sério pelo menos importante. E, neste contexto, a criança é o fundamental.

A ausência de limites impostos pela família, até como forma de compensação pela falta de assistência aos filhos, contribui para que a criança ou o adolescente não tenha condições de avaliação dos verdadeiros valores humanos, tais como o amor, a compreensão, a solidariedade.

Carentes e desajustados, buscam na rua meios para suas realizações pessoais, desgraçadamente assessorados por companheiros de má índole, viciados e inadaptados ao meio social em que vivem.

São os pais também os responsáveis pelo futuro criminoso do filho, com lamentos posteriores pelo destino por ele escolhido, sem se aperceberem, ou se apercebendo tardiamente, que eles são os únicos responsáveis pelo fruto que apodreceu antes de amadurecer. De um modo geral, tarde demais.

Reduzir a idade da responsabilidade criminal não resolverá o problema. O que precisamos é reavaliar nossos valores.

A eficácia da pena de morte tem sido seriamente contestada, verificando-se que a incidência da criminalidade depende de fatores estranhos à existência ou inexistência da pena de morte.

Uma das mais fortes razões invocadas para a pena de morte é a de que, considerando os custos de manutenção de um prisioneiro, é mais barato matá-lo. Claro que, com uma administração prisional caótica, com a corrupção desenfreada, furtos de materiais e alimentos, *etc.*, que constitui uma tônica no sistema carcerário, sem uma terapia ocupacional que obrigue o preso a produzir para ressarcir o Estado das despesas decorrentes de seu confinamento, o custo de manutenção de um prisioneiro é elevadíssimo, sacrificando toda comunidade. Dêem condições e meios a um homem sério, decente e capaz e certamente não haverá necessidade de investimento do Estado para a manutenção do criminoso no cárcere.

Ademais, se a morte do criminoso elimina o crime, propõe DAHER RODRIGUES: "Vamos matar todos os pobres e assim acabaremos com a miséria". E continua: "Sou a favor da pena de morte. Pena de morte para a miséria, para o caos do sistema da saúde, para a fome, para o desemprego, para a inexistência de um programa sério e eficiente, para o salário mínimo hoje vigente no Brasil, *etc, etc.*"

Em todos os países onde a pena de morte foi abolida, não só não ocorreu qualquer aumento na criminalidade como, na maioria dos casos, a

criminalidade diminuiu desde que a pena de morte foi extinta. Assim ocorreu na Alemanha Ocidental, Inglaterra, Suíça, Holanda, Itália, Noruega, Bélgica, Dinamarca, *etc.*

De acordo com um estudo elaborado pela Comissão Real Inglesa durante os anos de 1948/1953, em alguns países ocorreu uma queda nos índices da criminalidade. O estudo constatou as seguintes observações: na Alemanha, a pena de morte foi suprimida em 1949. Um ano antes, em 1948, ocorreram 521 homicídios; dois anos depois, ou seja, em 1950, 301, e doze anos após, 355. No Canadá, país que punia o estupro com a pena de morte, a ocorrência deste delito diminuiu com a supressão desta pena.

Um trabalho elaborado pelos criminalistas norte-americanos Barnes e Teeters, publicado em sua obra *Novos Horizontes da Criminologia*, após uma pesquisa que envolveu um milhão de pessoas, concluiu que o número de homicídios em todos os estados americanos é aproximadamente o mesmo, quer naqueles que conservavam a pena de morte, quer naqueles que a suprimiram.

Silvio Dobrowolki, a respeito, nos dá vários exemplos, afirmando que na Alemanha Ocidental, após a abolição da pena de morte, em maio de 1949, as estatísticas demonstraram a diminuição dos índices de crimes; na Bélgica, deixou de ser aplicada desde 1863, e essa abolição não determinou qualquer aumento na criminalidade; na Dinamarca, a criminalidade tem diminuído desde que a pena de morte foi extinta, em 1930; na Holanda, abolida em 1870, não determinou o aumento ou a agravação da criminalidade; na Itália, a extinção, em 1944, não deteve a queda da média anual de crimes; na Noruega, abolida em 1905, não provocou qualquer aumento na criminalidade; na Suécia, a abolição, em 1921, não provocou qualquer aumento, e na Suíça, a partir de 1942, quando essa punição foi extinta, houve até mesmo uma queda nos percentuais do crime.

No Brasil estabeleceram-se penas mais severas para determinados crimes, considerados hediondos e, nem por isso se reduziu o número de seqüestros, estupros com morte, *etc.*

As considerações que determinam o legislador a optar pela pena de morte são sempre considerações estranhas ao direito.

Miguel Reale afirma que a questão da pena de morte não é filosófica e nem jurídica, é meramente política, porque somente pode ser decidida segundo critérios políticos.

Da mesma forma, Heleno Fragoso, ao ensinar que a questão da pena de morte é política e é, sobretudo, cultural.

A pena de morte em relação à Igreja e ao Estado

BÍBLIA

VELHO TESTAMENTO

Gênesis – 9:6: Se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu sangue.

Gênesis – 38:24: *Tamar*, tua nora fornicou... Então disse *Judah*: Tirai-a para fora e seja ela queimada.
20:13: Não matarás.

Êxodo – 12:15: ... todo o que comer pão levedado desde o primeiro dia até o sétimo, será cortada de Israel aquela alma.
21:12: Aquele que ferir a um homem, de modo que este morra, certamente será morto.
21:14: Se um homem vier premeditadamente contra o seu próximo, para o matar à traição, tira-lo-ás do meu altar para que morra.
21:15: Quem ferir a seu pai ou a sua mãe, certamente será morto.
21:16: Aquele que furtar um homem e o vender, ou mesmo se este for achado em seu poder, certamente será morto.
21:17: O que amaldiçoar a seu pai ou a sua mãe, certamente será morto.
21:22: Se homens brigarem e um deles ferir uma mulher já grávida e resultar dano, então darás vida por vida...
22:18: Não permitirás que viva uma feiticeira.
22:19: Quem tiver coito com uma besta, certamente será morto.
22:20: Aquele que sacrificar a qualquer deus, a não ser tão somente a *Jehovah*, sem falta será morto.
22:2: Não afligireis a viúva nem o órfão... se eles chamarem a mim ... meu furor se acenderá e vos matarei à espada.

Levítico – 20:2: Qualquer dos filhos de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinarem em Israel, que der de seus filhos a *Moloch* (um deus que tinha a cabeça de touro – nota do autor), certamente será morto; o povo o apedrejará.
20:9: Quem amaldiçoar a seu pai ou a sua mãe, certamente será morto.
20:10: Se um homem cometer adultério com mulher casa-

da, isto é, se cometer adultério com a mulher de seu próximo, certamente serão mortos o adúltero e a adúltera. Da mesma forma os versículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18, quando um homem se deitar com a mulher de seu pai; se um homem se deitar com sua nora; se um homem se deitar com outro homem; se um homem tomar uma mulher e a mãe dela serão queimados pelo fogo, tanto ele como elas; se um homem se ajuntar com um animal; se um homem tomar sua irmã; se um homem se deitar com uma mulher no tempo da enfermidade dela, todos serão mortos.

20:27: O homem (ou mulher) que for necromante ou feiticeiro, certamente será morto; apedrejá-lo-ão.

21:9: Se a filha de um sacerdote se profanar, tornando-se prostituta, profana a seu pai; será queimada com fogo.

24:16: Aquele que blasfemar o nome de *Jehovah*, certamente será morto; toda a congregação o apedrejará.

24:18: e quem matar um animal, por este fará restituição: vida por vida.

24:17: Quem matar a alguém, certamente será morto.

Números 15:32/36: cita ter sido encontrado um homem apanhando lenha no dia de sábado. *Jehovah* disse a *Moysés*: O homem certamente será morto; toda a congregação o apedrejará fora do arraial.

35:16: Se alguém ferir a outro com instrumento de ferro, de sorte que este venha a morrer, homicida é; certamente será morto o homicida.

35:17/21: trata de vários tipos de homicídio, praticados por pedra de mão, instrumento de pau, empurrar ou atirar sobre alguém alguma coisa com intento malévolo, por inimizade o ferir com a mão, aquele que o feriu homicida é. O vingador do sangue matará ao homicida, quando o encontrar.

35:30: Todo aquele que matar a alguém, será morto depois de ouvidas as testemunhas; mas uma só testemunha não dará testemunho contra alguém para fazê-lo morrer.

35:31: Não aceitareis resgate pela vida dum homicida, que merece a morte; porém ele certamente será morto.

Deuteronômio 13:6/10: ... não terás piedade dele, nem o pouparás, nem o esconderás, mas certamente o matarás. A tua mão será a primeira contra ele para o matar, e depois a mão de todo o povo. Tu o apedrejarás até que morra, porque procurou apartar-se de *Jehovah*, teu Deus...

21:21: Então todos os homens da cidade o apedrejarão até que morra...
21:22: Se um homem tiver cometido um pecado digno de morte, e for morto, o pendurarás num madeiro.
22:21: Se provado não ser a mulher virgem à época do casamento, tirarão a moça até a porta da casa de seu pai e os homens da cidade a apedrejarão, até que morra.
22:23: Se uma moça virgem que for desposada, um homem a achar na cidade e se deitar com ela, trareis ambos à porta daquela cidade, e os apedrejareis até que morram...

Samuel II 4:12: Deu *David* ordem aos seus mancebos; eles os mataram e lhes cortaram as mãos e os pés e os penduraram junto ao tanque em *Hebron*.

Reis II 14:6: Porém não fez morrer os filhos dos assassinos, segundo o que está escrito no livro da lei de *Moysés*, conforme *Jehovah* ordenou, dizendo: não se farão morrer os pais pelos filhos, nem os filhos pelos pais; mas cada um morrerá pelo seu próprio pecado.

Josué 10:19: Persegui os vossos inimigos e matai os que vão ficando para trás.
10:26: Depois *Josué* os feriu, lhes tirou a vida e os enforcou em cinco madeiros...

Esther cap. 6/7: Narra a denúncia da rainha *Esther* contra *Haman*, culminando com a sentença do rei determinando fosse o acusado pendurado na forca.
7:9: Eis que existe na casa de *Haman* a forca que tem cincoenta súbitos de altura, a qual *Haman* tinha preparado para *Mordecai*, que falou em defesa do rei. Disse o rei: Pendurai-o nela.

Psalmos 101:8: De manhã em manhã acabarei com todos os perversos da terra.

Jeremias 15:2: Assim diz *Jehovah*: o que é para a morte, para a morte... Porei sobre eles quatro formas de castigo: a espada para matar, e os cães para dilacerarem e as aves do céu e os animais para devorarem e destruírem. Farei que sejam um espetáculo horrendo.
Ezequiel 18:4: ... a alma que pecar, essa morrerá.

NOVO TESTAMENTO

São Matheus 26:51/52: Um dos que estavam com *Jesus*, estendeu a mão, puxou da espada e, dando um golpe no servo do sumo sacerdote, decepou-lhe uma orelha. Então *Jesus* lhe disse: Embainha a tua espada; pois todos os que tomam a espada, morrerão à espada.

S. Romanos 6:23: O salário do pecado é a morte...

S. Tiago 1:15: então a cobiça, havendo concebido, dá à luz ao pecado, e o pecado, sendo consumado, gera a morte.

Apocalypse 13:10: Se alguém matar à espada, é necessário que seja morto à espada.

Verificamos o quanto era abundante a cominação da pena de morte no Velho Testamento.

Para que compreendamos as penas de morte impostas por *Moisés*, temos de lembrar que ele, após libertar as tribos israelitas do jugo egípcio, vagou durante 40 anos pelo deserto, como nômade, até o encontro da terra prometida.

Eram penas severíssimas, que hoje nos chocam, mas acreditamos que, naquela época e tendo em vista as circunstâncias em que vivia o povo hebraico, eram necessárias e foram eficazes.

Era fundamental a preservação da ordem, dos costumes, da moral e da religião do povo hebraico. Acreditamos que a unidade do povo, a imposição de um só Deus e uma só religião só poderia ser conseguida com uma rigorosa ação repressora, com regras e condutas rígidas. Saíram da escravidão egípcia e ainda não sabiam conviver com a liberdade.

Os hebreus cometeram os maiores excessos sexuais em *Sitim* e renderam culto a *Baal-Fagor*, o deus da luxúria, provocando a ira de seu libertador.

Muito embora *Moisés* tenha recebido, no século XVIII a.C. a "Tábua das Leis de Deus", a qual continha o mandamento "Não Matarás", mandou, logo após tê-la recebido, matar todos os que adoravam o "bezerro de ouro", que renegaram a seu Deus *Jehovah*.

Como nos ensina HENRY SOBEL, embora a lei, nos termos em que foi estipulada na *Torá*, prescrevesse a pena capital para certos delitos, a legislação judaica evoluiu através dos tempos para o conceito, hoje predominante, de que a morte, como forma de castigo, é incompatível com a santidade da vida.

No Novo Testamento, *Jesus* pregou a Vida, dando-nos belos exemplos de caridade e de perdão, ao promover a ressurreição de *Lázaro* e a absolvição da adúltera condenada à morte por apedrejamento.

ALCORÃO

São vários os versículos que abordam a pena de morte. Dentre eles:

> 2:179: Na lei de Talião está a proteção de vossas vidas, ó homens sensatos. E possais temer a Deus.
> 4:15 Aquelas de vossas mulheres que forem suspeitas de adultério, chamai quatro testemunhas dos vossos contra elas. Se as testemunhas testemunharem, confinai-as então em vossas casas até que a morte as leve ou até que Deus lhes indique um caminho.
> 5:33: O castigo em relação àqueles que lutam contra Deus e seu apóstolo, e semeiam a corrupção na terra, consiste em que sejam mortos, crucificados...
> 5:45: Vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente, chaga por chaga...
> 17:33: E não mateis os seres que Deus proibiu matar, exceto com justo motivo. Quem for morto injustamente, damos poderes a seu parente mais próximo para vingá-lo; que não se exceda e será vitorioso.

O Alcorão data do século VI d.C. O livro sagrado dos muçulmanos é adotado por 40 dos 152 países do mundo. Prega e exalta a generosidade, a caridade, a hospitalidade, a gratidão, e condena a avareza, a mentira, a hipocrisia, a avidez, a cobiça, a deslealdade, o orgulho, a arrogância.

Deus é compassivo e misericordioso.

É uma obra-prima da literatura árabe. No entanto, ele não foi escrito por *Maomé*, que não sabia ler nem escrever. As palavras de *Maomé* ficaram retidas na memória de seus seguidores ou escritas em pergaminho ou outro material utilizado na época, tendo o Alcorão sido organizado após sua morte.

Prega ainda a pena de morte, para quem matar uma pessoa que não tivesse cometido homicídio, para quem tenha semeado a corrupção, *etc.*

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO

O Código de Direito Canônico de 1917 admite a pena de morte, ao prescrever em seu parágrafo primeiro: "Por isto não vemos inconveniente em

admitir que possa também impor a pena de morte, se algum caso a achar necessário".

Porém o Código promulgado em 1983 não faz qualquer alusão a esse respeito.

CÓDIGO DE HAMMURABI

Foi o rei *Hammurabi* (1728-1686 a.C) quem implantou o direito e a ordem em seu vasto império, conquistado nos campos de batalha.

O Código de Hammurabi previa a pena de morte, como se depreende de alguns de seus textos, abaixo transcritos:

> § 1° – Se um *awilum* [homem livre, o cidadão em pleno gozo de seus direitos – nota do autor] acusou um outro e lançou sobre ele suspeita de morte mas não pôde comprovar: o seu acusador será morto.
> § 2° – Se um *awilum* lançou contra *awilum* uma acusação de feitiçaria mas não pode comprovar; aquele contra quem foi lançada a acusação de feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio purificar aquele *awilum* e ele sair ileso, aquele que lançou sobre ele a acusação de feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador.
> § 3° – Se um *awilum* apresentou-se em um processo com um testemunho falso e não pode comprovar o que disse: se esse processo é um processo capital, esse *awilum* será morto.

Enfim, entre outros atos, o Código de Hammurabi punia com a pena de morte o ladrão de bens de um deus ou do palácio, bem como o receptador; o depositário infiel; o roubo do filho menor de outro *awilum*; a facilitação da fuga ou o abrigo a escravo do palácio ou de *muskênum*; o desertor; a provocação do aborto com agressão à gestante, produzindo sua morte (matarão a sua filha), *etc*.

O Código de Hammurabi adotou os institutos do talião e da composição e manteve o caráter teocrático e sacerdotal da justiça divina. Não é, no entanto, o corpo legal mais antigo do Oriente Antigo. Antes dele tivemos o "Código de Liput – *Istar de Tsin* (1875 – 1865 a.C), a Coleção de Leis do rei *Ur-Namu* (aprox. 2050 – 2032 a.C) e, ainda mais, o Código do rei *Bilalama de Ernunna*, que reinou no século XIX a.C.

CÓDIGO DE MANÚ

O Código de Manú data do século XI a.C.

Abandonou as regras do talião e da composição.

Impunha a todo delito um caráter de pecado, constituído de uma ofensa à divindade. Exigia a purificação do criminoso por meio de penas cruéis e exemplares, como queimar o adúltero em cama ardente, entregar a adúltera aos cachorros, *etc.*

É na China que vamos encontrar as primeiras regras do Direito Penal. Essas regras, segundo a lenda, foram entregues por Deus ao Imperador *Fou-Hi*, dentre as quais recomendava os mais tremendos castigos, inclusive o sepultamento do criminoso ainda vivo.

Outros códigos poderiam ser analisados, como o *Zend-Avesta*, o mais antigo livro da literatura persa, mas o preferimos fazer ao elaborar um livro versando sobre esse tema.

Opiniões de juristas e escritores sobre a pena de morte

Favoráveis

AGNELO ROSSI: o ex-arcebispo metropolitano de São Paulo afirmou que ao Estado cabe o direito de aplicação da pena de morte, "desde que o crime seja claramente comprovado e se verifique a necessidade de penalidade tão grave e também para infundir temor de castigo".

AMARAL NETO: "...o que pretendo, de fato, é uma pena de vida, pois ela impede, pela eliminação dos monstros, que sejam mortos os que têm o direito de viver".

BURNET (Juiz inglês): Te enforcamos não por teres roubado um cavalo, mas para que os cavalos não sejam mais roubados". Alguns autores afirmam ser este pronunciamento feito pelo *Lord Halifax*, político inglês.

CESARE LOMBROSO: Era a favor da pena de morte para os homicidas mais sanguinários, para aqueles que, a seu juízo, não ti-

nham possibilidade de regeneração.

CONFÚCIO: "Se dermos a bondade aos maus, o que teremos para oferecer aos bons?"

ENRICO FERRI: Célebre professor italiano, inicialmente contra, posteriormente apoiou a pena de morte considerando que ela servia como exemplo temível e como meio de eliminar "a raça dos criminosos", lamentando o seu uso moderado, o que prejudicava o seu efeito intimidativo. No entanto, convidado para assistir a uma execução, fugiu logo após os preparativos iniciais.

FRANK: "Só existe a inviolabilidade nos limites de nossos direitos; cessa desde que destes saiamos para atacarmos os de outrem. A liberdade, quando se torna instrumento de agressão, pode ser suspensa; a vida do delinqüente, quando vem a ser um perigo para a do inocente, pode ser sacrificada".

GABRIEL TARDE: "é melhor fazer morrer sem fazer sofrer, que fazer sofrer sem fazer morrer".

IMMANUEL KANT: Afirmava ele que quem mata deve morrer. Não há nenhum sucedâneo, nenhuma comutação de pena, que possa satisfazer a justiça. Não há nenhuma comparação possível entre uma vida, ainda que penosa, e a morte; e, por conseguinte, nenhuma outra compensação entre o delito e a punição, salvo a morte", dizia ele.

J. J. ROUSSEAU: Para o criador da teoria contratualista, a pena de morte para o homicida tem por finalidade a preservação do pacto firmado.

JOSEPH DE MAISTRE: Não via a pena de morte como um crime, mas como um direito divino. Afirmava ele que "A espada da Justiça não tem bainha. Ela deve sempre ameaçar ou ferir".

Monsenhor EMÍLIO SILVA: Meu ex-confrade na Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, em sua obra *Pena de Morte*,

declara: "A tradição cristã é praticamente unânime no reconhecimento da licitude da pena de morte". Para ele, a autorização divina para esse castigo constitui uma vingança preconizada por Deus.

Monge Dominicano TORQUEMADA: Confessor da rainha Isabel, a católica, e do rei Fernando Aragão, defendeu ardorosamente a pena de morte e, segundo historiadores, condenou 10.220 pessoas à fogueira.

NELSON HUNGRIA: "A pena de morte pode, excepcionalmente, apresentar-se tão necessária quanto o homicídio no campo de batalha. Não propriamente como castigo ou como pena, mas como um meio premente de defesa social, tornando-se, como tal, inquestionavelmente legítima".

Papa GREGÓRIO IX: Quem, nos meados do século XIII, instituiu a Santa Inquisição, o tribunal eclesiástico destinado a averiguar e castigar "os crimes contra a fé".

PLATÃO: Julgava que o criminoso irrecuperável é nocivo ao ordenamento social, podendo levar outras pessoas ao crime, não restando outro remédio senão a sua eliminação social.

Santo AGOSTINHO: em seu livro 1°, cap. 21 da *Civitas Dei* assim se pronunciou: "Não violam o preceito 'não matarás' os que, por ordem de Deus, declararem guerras ou, representando a autoridade pública e agindo segundo o império da justiça, castigarem os facínoras e perversos, tirando-lhes a vida". Apesar de ser favorável à pena de morte, em certa ocasião, quando uma seita de hereges assassinou um cristão, solicitou por carta, que não aplicasse a eles a pena de morte.

Santo TOMÁS DE AQUINO: em sua *Summa Teologica*, afirma: "Se algum homem é perigoso para a comunidade, e a corrupção é causa de algum pecado, é proveitoso e saudável privar-lhe a vida para conservar o bem comum". Em outra ocasião, declarou: "Ao encarregado de velar pela sociedade cabe aplicar a pena de morte, como é missão do médico amputar o membro gangrenado para salvar o resto do organismo". Ainda na *Sum-*

ma Teologica, declara: "Há homens irremediavelmente perigosos, a tal ponto que as suas vidas são um risco constante para os demais. É permitido suprimi-los, como se abate uma besta selvagem".

Contra

ALBERT CAMUS: "Ninguém pode privar uma pessoa de seu futuro, isto é a única chance de se transformar".

ANATOLE FRANCE: E já que visivelmente a pena de morte está morrendo, a sabedoria está em deixá-la morrer.

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO: O Estado suprimir a vida de um delinqüente, que ajudou a fabricar, seria o mesmo que um dos membros de uma parceria criminosa matar o co-partícipe, na esperança de eliminar um testemunho vivo de sua própria culpa. Verdadeira "queima de arquivo" oficializada.

ARTHUR KOESTLER: A irrevogabilidade da pena de morte transforma o erro humano em um erro desumano".

BERNARD SHAW: A execução de um criminoso no cadafalso é a forma mais execrável de assassinato. "Os criminosos não morrem nas mãos da lei, mas sim nas mãos de outro homem".

CARNELUTTI: "Os dias dos homens estão contados; são a prova de sua liberdade e com este fim por Deus dado às criaturas. A morte chega na hora marcada para que ele compareça diante de um Juiz. Ninguém tem o direito de abreviar o tempo de prova, de antecipar o julgamento".

DOSTOIEVSKI: Foi dito: "Não matarás". E, se alguém matou, por que se tem de matá-lo também? Matar quem matou é um castigo incomparavelmente maior que o próprio crime. O assassinato legal é incomparavelmente mais horrendo do que o assassinato criminoso".

EVANDRO LINS E SILVA: Que autoridade moral tem a Justiça para condenar quem matou aquele que ela, mais adiante, também iria matar? Se não se admite a vingança privada, com muito maior razão não se deve tolerar a vingança pública.

FRANCESCO CARRARA: "Eu sou abolicionista, porque sou crente".

HELENO FRAGOSO: A questão da pena de morte é política e é, sobretudo, cultural. A execução constitui espetáculo bárbaro e atinge a dignidade da pessoa humana.

GUERRA JUNQUEIRO: "Um grande crime exige um grande exemplo: Mas qual é, respondei, o exemplo? assassinos? / Muito bem; nesse caso o exemplo que ides dar / Já ele o deu primeiro, o criminoso; então / Ele é o original e vós a imitação".

HÉLIO PEREGRINO: A pena de morte implica, por parte daqueles que a defendem, uma usurpação do lugar e da divindade. Só Deus é senhor absoluto – e juiz supremo – da vida e da morte. E afirma ainda mais, "se Lázaro ressuscitou dos mortos, qualquer ser humano pode emergir das trevas da iniqüidade, do pecado e do crime, pela graça de Deus. A adoção da pena de morte é um ato de desespero social, que atenta contra a esperança e contra o mistério da Redenção, golpeando em seu cerne o mandamento supremo do amor ao próximo".

HENRY FORD: A pena de morte é tão fundamentalmente errada como cura para o crime quanto a caridade o é para a pobreza.

HOWARD FAST: Acho que não há causa nenhuma que exalte ou justifique a morte de nosso semelhante; quer seja o assassinato ilegal, que eles chamam de crime; quer seja o assassinato judicial, que chamam de execução; ou o assassinato social, chamado de miséria; ou ainda o assassinato político, eufemisticamente chamado de guerra e classificado sob o título de patriotismo".

JEREMIAS BENTHAM: Muito embora admita o efeito da pena como exemplaridade para os homens em geral, não encontra razões

para a aplicação da pena de morte para os grandes criminosos, alegando que a "prisão perpétua, e obrigada ao trabalho, faria uma impressão mais profunda sobre o seu espírito do que a morte".

JEROME FRANK: Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos: "Se os julgamentos humanos fossem infalíveis, ainda uma sentença de morte seria imoral porque nenhum homem pode pretender desempenhar o papel de Deus. Mas semelhante tese não precisa ser considerada, porquanto torna o impossível como verdade. A experiência demonstra a falibilidade das decisões judiciárias. Os tribunais consideraram culpadas pessoas inocentes. Como poderia essa sociedade arriscar-se a ordenar o homicídio judicial de um inocente?

JÚLIO FABBRINI MIRABETE: A difusão do pensamento humanista faz a opinião pública considerar a pena de morte como inútil e odiosa. O caráter inviolável da vida humana se opõe a ela.

LAMARTINE: "... Deus reservou a si o mistério da vida. Reservando a vida, Ele disse evidentemente ao homem: eu também reservo a mim a morte. Tu não matarás, pois não podes restituir a vida: matar é um atentado a mim mesmo, é uma usurpação do meu direito divino, é uma violência feita à minha criação...". Afirmou ainda o célebre poeta que a sociedade só sabe punir o crime se o cometer.

Foi o autor, em dezembro de 1830, da obra *Ode contra a pena de morte*.

LÉON TOLSTOI: Quando vi a cabeça separar-se do corpo, e aquela e aquele tombarem, cada qual do seu lado, com um ruído surdo numa caixa, eu compreendi, não pela razão, mas com todo o meu ser, que nenhuma doutrina racional do progresso poderia justificar este ato.

MIGUEL REALE: A vida, inseparável do conceito de morte, enquanto "fim" da existência humana singular, converte a questão da pena de morte em uma roda de aporias. Primeiro, porque se torna inexplicável a invasão do Estado na esfera do que

é mais íntimo e intocável na pessoa humana, que é a sua morte, como elemento essencial de sua vida e, mais ainda, de sua hora de morrer.

Miguel Torga: "A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco. É tensa bastante para dispensar um fim artificial, gizado por magarefes, megalômanos, potentados, racismos e ortodoxias. Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte".

Nietzsche: Afirma que, na luta contra o monstro, não se deve empregar os processos que com ele se equipararem.

Norberto Bobbio: Busquemos dar uma razão para a nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: "o mandamento de não matar".

Otto Lara Resende: O tiro que mata o criminoso não mata o crime... na forca só se dependura um cadáver... questão social e tudo o mais passa ao largo... a escalada do crime reclama solução, mas não é o caso de trazer de volta a pena capital.

Quintiliano Saldaña: Não é necessário matar o homem; deve-se matar o criminoso no homem.

Luciano Mendes de Almeida: Quando todos valorizam a vida, não há lugar para a pena de morte. Ninguém é tão mau que não possa se converter. *Paulo*, que perseguiu e matou muitos cristãos, tornou-se Apóstolo.

Sarah Bernhardt: Odeio a pena de morte! Ela não passa de um vestígio de covarde barbárie, e é uma vergonha para os países civilizados erguerem guilhotinas e forcas. A sociedade que se une para sustentar o gládio da justiça mostra-se mais covarde quanto mata do que aquele que rouba e assassina sozinho, enfrentando todos os riscos e perigos.

THOMAS MORUS: Chanceler da Inglaterra, hoje santificado pela igreja, autor da obra *Utopia*, reclamava para a sociedade ideal que imaginava a prisão com trabalhos, como preferível à pena de morte.

VOLTAIRE: Um homem enforcado não é bom para nada.

VICTOR HUGO: Em sua obra *O último dia de um condenado*, publicada em 1828, defendia a inviolabilidade da vida humana. Em discurso pronunciado na Assembléia Constituinte francesa, em 1848, afirmou: "A pena de morte é o sinal peculiar da barbárie."

ZAFFARONI: A carga de reprovação imposta a quem sofre de uma carência social deve ser da responsabilidade da sociedade que motiva essa carência e não ao carenciado, que não tem condições de superar essas carências.

A pena de morte no Brasil

Gostaríamos de iniciar o trabalho deste tópico analisando profunda e consubstancialmente sobre o direito dos indígenas. Infelizmente não temos dados a esse respeito que permitam um estudo de costumes de nossos índios face ao direito vigente por eles estabelecido consuetudinariamente.

GALDINO SIQUEIRA e RUY REBELLO PINHO não dão a menor importância ao direito existente naquela época, considerando, o primeiro, sua existência a partir de 1822 e, o segundo, após o Livro V das Ordenações do Reino.

VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA não apóia essa afirmação, declarando que um povo sempre tem a sua história penal.

Os elementos de investigação penal da comunidade indígena brasileira são extremamente deficientes, o que impede, a qualquer historiador ou penalista, a elaboração de um trabalho sistemático a respeito.

Nosso índio não era um bárbaro, um degradado ou um voraz comedor de carne humana, como afirmam certos historiadores. Eram de boa índole e tinham conceitos de família, de propriedade, de liberdade, de autoridade de governo e de organização de justiça.

Havia entre eles uma profunda coesão grupal, determinada pela própria condição de sua existência selvagem, sendo que a ofensa irrogada a um dos membros do grupo era tomada como ofensa a todo o grupo.

Entre os integrantes do mesmo grupo, o criminoso era entregue à própria vítima ou aos parentes desta. No entanto, se o que delinqüiu pertencia a outra tribo ou taba, o seu crime era considerado como verdadeiro crime de Estado e, dessa forma, era responsabilizado todo o grupo a que pertencia o autor e, em caso de morte, eles deveriam pagar, indistintamente, pelo derramamento de sangue. Era a vingança da tribo, a vingança de sangue.

A natureza da reação penal entre os indígenas é controvertida. Para KELSEN, o caráter da pena indígena era retributório, movendo-os o intuito de vingança e o princípio da retribuição. Para NILO BATISTA, a reação punitiva respondia à solidariedade grupal e a imposições religiosas, constituindo o exercício da vingança um ato indisponível, de conteúdo comunitário e místico.

Não podemos afirmar, com segurança, que a vingança era fundamentada na divindade. Parece-nos que na punição havia fatores de vingança privada (do ofendido) como também de vingança pública (grupal).

Em certo estágio os índios utilizaram a prática do talião, o que limitava a intensidade da ação penal, delimitando a reação e estabelecendo uma proporcionalidade com a ação.

Se ocorresse a morte, mesmo em decorrência de lutas, o castigo seria da eliminação da vida do provocador.

O rapto era punido com a morte, e no adultério, em algumas tribos, o marido enganado tinha o direito de matar a mulher infiel; em outras, o marido apenas espancava a mulher em caso de infidelidade.

O infanticídio não merecia uma consideração penal. Podemos afirmar, até, que consistia em prática comum.

ASSIS RIBEIRO aponta várias causas que levavam o índio a matar o recém-nascido, dentre elas, por ter nascido com deformidade física; em caso de prole aviltante; em caso de morte da parturiente; a fim de valorizar os filhos do casal, já existentes, para evitar grandes proles.

Realmente era reduzido o número de índios de uma tribo e não se notava, entre eles, que fossem portadores de deformidades físicas.

Em caso de gêmeos, algumas tribos os eliminavam por considerar prole aviltante, por serem produto de adultério; em outras, matavam um deles, para que o outro crescesse mais forte.

Na guerra, a fuga de algum deles constituía crime de alta traição. A deserção era punida com a morte.

Os prisioneiros eram castigados com a morte, cabendo ao índio que o capturasse a honra do sacrifício do prisioneiro.

Durante o Brasil colônia, três códigos portugueses imperaram em nossa terra.

As Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, tiveram vigência até 1521, aproximadamente; o Código Manuelino vigorou até 1603, e após, as Ordenações Filipinas.

Muito embora tenhamos sido regidos inicialmente pelas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, foram sem dúvida alguma as Ordenações Filipinas as que verdadeiramente tiveram influência em nossa vida jurídica, tendo vigorado até 1830, quando o Brasil teve o seu primeiro Código Criminal.

O Direito Penal, nas Ordenações Filipinas, estava contido no Livro V.

As Ordenações Filipinas não acolhiam o princípio da responsabilidade pessoal, pois as penas infamantes se estendiam aos descendentes do culpado.

Basileu Garcia assim se pronunciou a respeito das Ordenações Filipinas: "As Ordenações assinalavam-se pela exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por outros muitos vícios. Dentre as penas, a de morte era prodigalizada. As execuções se efetuavam na forca e na fogueira. Em alguns casos eram precedidas de suplícios, como a amputação dos braços ou das mãos dos condenados".

Previa a "morte natural para sempre, a morte natural cruel e a morte pelo fogo até ser feito o condenado em pó, para que nunca de seu corpo à sepultura possa haver memória."

Tão grande era o rigor das Ordenações, com tanta facilidade elas cominavam a pena de morte, que se conta haver Luiz XIV interpelado ironicamente o embaixador brasileiro em Paris, querendo saber se após o advento de tais leis alguém havia escapado com vida.

As penas encontradas no Livro V das Ordenações Filipinas variavam de acordo com a classe dos delinqüentes. Em alguns casos a pena era indeterminada, ficando a critério do rei ou dos julgadores o estabelecimento da natureza do castigo.

Em 1821, por Decreto de 10 de março, foram promulgadas as "Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa" que, entre outros princípios, acabaram com determinados privilégios, estenderam a igualdade da lei para todos, aboliram a tortura em suas várias modalidades, princípios que sofreram mais extensão com o Aviso de 23 de maio de 1821, decretado por D. Pedro I.

Concomitantemente ao domínio dos portugueses, aqui tivemos os holandeses, que chegaram em 1630 e permaneceram até 1654. Seu poderio foi exercido nas capitais de Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e em Itamaricá, em Pernambuco.

A administração da justiça estava precipuamente entregue ao arbítrio do Governador e do Conselho Político que organizaram, havendo magistrados inferiores com jurisdição no cível e no crime.

A pena de morte era constantemente utilizada, adotada, entre outros, aos crime de "escrever à Bahia, não declarar aos holandeses quais as pessoas que haviam recebido cartas da Bahia, reunir-se em grupo para roubar e matar", *etc.*

As penas estabelecidas para os crimes militares eram quase todas de morte.

A pena de morte era executada na forca, pelo arcabuz, pela fogueira, pela entrega do condenado aos índios, pelo esquartejamento ainda vivo.

A prova testemunhal tinha grande valor, ainda quando conseguida mediante tortura ou promessa da recompensa.

ANIBAL BRUNO não dá maior relevância ao domínio holandês sob o aspecto jurídico-penal, afirmando: "Essas leis holandesas, de curta vigência e logo repelidas e olvidadas... não deixaram traços de nenhuma particularidade na legislação definitiva do país. Foram um acidente histórico prontamente esquecido".

Não temos maiores elementos para o exame da vida colonial implantada no Brasil pelos holandeses, muito embora afirmem que a "coleção *Dagelijksche Notulen*" existente no arquivo nacional da Holanda seja rica em documentação a respeito.

Mesmo depois de proclamada a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, continuou o Livro V das Ordenações Filipinas a vigorar no Brasil, com toda sua ferocidade e barbaridade, vindo somente em 1830 a ser definitivamente substituído.

Nossa Constituição de 1824 procurou interromper as iniqüidades e as espoliações, antes mesmo do Código Criminal, nela já previsto, estabelecendo o artigo 179, item 19: "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis".

Exigia-se para a pena de morte: **a)** proibição de execução em véspera de dia santo, domingo ou feriado; **b)** a forca era construída exclusivamente para determinada execução, sendo demolida imediatamente após a execução; **c)** para a condenação à morte era exigida a unanimidade dos votos dos jurados e **d)** obrigatoriamente da sentença à morte cabia recurso para obtenção da graça do Imperador e, caso o condenado não se utilizasse diretamente desse benefício, o recurso era feito *ex-offício*.

O nosso primeiro código, sancionado por D. Pedro I em 16 de dezembro de 1830, não deixou de incluir a pena de morte pela forca, cominando-a nos artigos 38/43, muito embora limitando-a aos crimes de insurreição, pela reu-

nião de vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força (art. 113), homicídio agravado (art. 192) e latrocínio (art. 217).

Posteriormente, em 1835, a pena de morte foi estendida aos escravos que matassem, envenenassem ou ferissem gravemente o seu senhor, feitor ou familiares destes.

No dizer de NELSON HUNGRIA, os escravos eram quase que exclusivamente os pacientes da forca.

A Lei de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão no Brasil, suprimiu diversas figuras delituosas, principalmente em relação aos escravos.

Nosso Código Penal de 1890 previu a pena de morte, mas o Decreto 774, de 29/09/1890, a extinguiu.

A Constituição republicana de 1891 manteve a abolição da pena de morte, reservada tão-somente às disposições da legislação militar em tempo de guerra. Em vez da forca, a execução era por fuzilamento.

A Constituição de 1934 proibiu a pena de morte, exceto para as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Emenda Constitucional de 1935 equiparou ao estado de guerra a comoção intestina grave com objetivos subversivos das instituições políticas e sociais.

A Carta Constitucional de 1937 admitiu a pena de morte para os crimes: **a)** homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade; **b)** tentativa de desmembramento do território nacional por meio de movimento armado, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra; **c)** subversão por meios violentos da ordem econômica e social.

Com a "reconstitucionalização do Brasil", em 18 de outubro de 1946 foi promulgada uma nova Constituição, estabelecendo o seu parágrafo 31 do artigo 141 a proibição da pena de morte, banimento e confisco e qualquer uma de caráter perpétuo, ressalvada a legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro, no tocante à pena de morte.

Após vários Atos Institucionais e Emendas, em 24 de janeiro de 1967 o Brasil adotou uma nova Constituição, afirmando o seu § 11 do artigo 150: "Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte , fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa."

A pena de morte voltou a ser prevista pelo Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, dando nova redação à Constituição de 1967. Estabeleceu a pena de morte, de prisão perpétua, de banimento e de confisco para os casos de "guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar".

Em 29 de setembro de 1969, o Decreto-lei nº 898 definiu os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social e estabeleceu a pena de morte para diversas infrações políticas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve no § 11 do artigo 153, a redação dada pelo Ato Institucional nº 14.

A Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, entre outras medidas, restringiu a pena de morte aos casos de guerra externa.

A Lei de Segurança Nacional, promulgada em 17 de dezembro de 1978, não previu a pena de morte.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 consagrou o direito à vida, exceto em relação a legislação militar, para o tempo de guerra externa.

Principais meios e modos de execução da pena de morte – antigos e modernos

FOGO

Após ser flagelado, o condenado era queimado pelo fogo, numa fogueira. Era desnudado, elevado e atado a uma estaca, depois levantado; logo se punha fogo à lenha amontoada aos pés. O suplício era terrível.

DECAPITAÇÃO

A mecânica da decapitação é fruto de uma evolução histórica, que termina com a guilhotina.

A completa desnudez precedia à decapitação. Os olhos eram vendados, suas mãos eram atadas às suas espáduas e a morte era dada, em tempos mais antigos, com o machado e posteriormente com a espada, cortando-lhe a cabeça, depois de o ter estendido sobre a terra, de modo que fosse separada do corpo, de maneira que no espaço entre eles pudesse passar uma roda de carro.

Era usual, em alguns casos, após a decapitação, elevar a cabeça do condenado em uma haste de ferro ou de um pau e levantá-lo.

Por vezes, eram antes amarrados a um poste e açoitados.

Para os parricidas, a morte era precedida pela mutilação do punho.

RODA

A roda era a pena aplicada ao homicídio. O corpo do condenado, desnudado, era colocado na terra com estacas. Imediatamente rompiam os ossos

com uma pesada roda, ou então o carrasco colocava o condenado em um suporte em forma de roda e, com uma barra de ferro, partia seus ossos das extremidades inferiores, para que a morte fosse lenta.

Posteriormente, o morto ou moribundo, atado à roda, era levantado sobre um poste para que ali apodrecesse. No entanto, se ainda vivo, não morresse em três dias, se permitia auxiliar o desenlace final. A roda tinha de ser nova e ter de nove a dez raios.

Em uma sentença de 1525, se limitou a nove o número de golpes sobre as pernas por cima e por baixo dos joelhos, nos braços por cima e por baixo dos cotovelos e nas costas.

ASFIXIA POR IMERSÃO

A asfixia por imersão era essencialmente uma pena para as mulheres, pois os povos primitivos acreditavam que o sangue da mulher ocasionava desgraças.

Nas cidades alemãs medievais, as pontes de pedra serviam de "cadafalso" para o afogamento e elegiam para a execução o centro da ponte, onde a corrente era mais forte.

Às vezes, também era o condenado jogado de uma embarcação, como na Suíça. Em alguns casos as mãos e os pés eram atados e colocados pesos para que afundasse.

A pena de asfixia por imersão tinha características diversas de execução. No antigo direito frísio, por exemplo, a imersão do profanador do templo era precedida de ritos preparatórios: cortavam as orelhas do culpado e, além disso, o castravam. Também aqui o autor ou a autora do crime eram previamente desnudados.

Explicam alguns autores que era prática criminal colocar quatro animais em um saco de couro: cachorro, galo, serpente e macaco, que representavam os quatro elementos fundamentais da vida: água, fogo, ar e terra, respectivamente.

Os parricidas, aos quais se negava sepultamento, eram previamente açoitados, tinham a sua cabeça coberta com uma pele de lobo; depois de calçados com sapatos de madeira, eram encerrados em um saco de couro de vaca, juntamente com uma serpente e outros animais e lançados às águas.

SEPULTAMENTO EM VIDA

As coisas inquietantes e nocivas foram, em todos os tempos, enterradas e, assim, "eliminadas do mundo".

Era costume indochinês enterrar prisioneiros de guerra e criminosos debaixo das torres da cidade para obrigar as almas, reduzidas assim à escravidão, a defender o país, idéia aliás que, ao que nos parece, não foi completamente alheia aos gregos.

O procedimento consistia no seguinte: o culpado era despojado de suas roupas e levado ao sepulcro em um féretro. A sepultura consistia em uma passagem subterrânea, habitualmente coberta, que só se abria para a execução. Ali era montada uma tenda de campanha, onde se colocava um pedaço de pão e vasilhas d'água, leite e azeite. Entre pregações do pontífice, o condenado descia por uma escada à tumba. A abertura era fechada. Não existiam honras fúnebres. Quem perdia a virgindade fora do casamento, era enterrada viva. Em 1169 se construíram grutas de pedras para a sepultura em vida, conservando-se elas através da Idade Média, como pena para as classes superiores. Nessa época, esse procedimento começou a decair.

Em algumas cidades, eram os condenados emparedados vivos. A problemática do enterramento com vida era por vezes enriquecida por três ingredientes: atravessar o delinqüente com uma estaca, recobri-lo com espinhos e estabelecer uma comunicação da boca do pobre pecador como mundo exterior, através de um tubo.

Antes, o condenado era desnudado. Ao cobri-lo com terra, o verdugo devia começar pelos pés e prosseguir acima, até tapar a cabeça. Às vezes cortavam antes a mão direita com que havia cometido o crime para que o delinqüente fosse à vida futura sem mão e mutilado. Os adúlteros eram colocados um sobre o outro e nesta ocasião vestidos e assim enterrados. Uma estaca que atravessava a ambos os unia. Somente depois de haver-se efetuado oempalamento cerravam a fossa sobre os réus condenados.

À mulher que fosse violada autorizava-se dar os três primeiros golpes, antes do início do trabalho do carrasco.

PRECIPITAÇÃO

A precipitação estava ligada em Roma a dois tipos de delitos, ambos mencionados nas XII Tábuas. Um era o furto manifesto cometido por um escravo. A execução competia ao lesionado. Outro era o delito de falso testemunho, posto que o testemunho era considerado venerável, devendo ser prestado ao

céu livre e por *Jesus*, quem fazia descer rapidamente um relâmpago para destruir o perjuro, ainda antes que o perjúrio houvesse saído de sua boca.

Essa pena parece proceder da prática romana. O malfeitor era conduzido com os olhos vendados até uma prancha móvel que, com o seu pisar, se precipitava em um profundo abismo.

Em Áustria, os presos tinham alternativa de morrer de fome na plataforma rochosa ou arrojar-se nas profundas águas do Danúbio.

ESQUARTEJAMENTO

Na pena de esquartejamento, o corpo do delinqüente era aberto com machado e faca. Os seus órgãos internos eram arrancados, sobretudo o coração. O corpo era dividido em quatro partes. Em algumas operações a cabeça era exposta em separado e o restante colocado em postes muito distantes. Também era uso distribuir os quatro despojos segundo as quatro direções da rosa dos ventos, normalmente em quatro cidades fronteiriças ao reino. O coração era o primeiro órgão a ser extraído e às vezes era objeto de uma pena particular: era atravessado por uma faca, como se tivesse ele uma culpabilidade em separado, isto porque era considerado o órgão da alma.

Era uso, também, cortarem a língua do condenado e retirarem os órgãos genitais e os rins com um alicate, a sangue frio, queimando-os logo depois.

Era também o esquartejamento feito com a utilização de cavalos. No ritual de esquartejamento, o delinqüente não ia por seus próprios pés e nem era levado ao lugar da execução em algum veículo. Era arrastado sobre uma grade feita de madeira ou pele de vaca. Não se tem dúvida que já nesta fase sofria lesões dolorosas que o desfiguravam. Consistia, na verdade, em uma pena distinta.

No Brasil, *Tiradentes*, herói da Inconfidência Mineira, após o cumprimento da pena principal que foi o enforcamento, teve como pena acessória o esquartejamento.

Conta-se que o último esquartejamento na França se verificou em 1751 por ter *Damiens* tentado matar o rei *Luiz XV*. Foi atado a cavalos. Os animais arrancaram de seis a sete vezes, sem conseguir desgarrar o condenado, tendo sido ajudado com cortes de facas nas juntas superiores dos membros. Depois do despedaçamento foi ele esquartejado pelo método clássico e os seus restos foram queimados.

DESTRUIÇÃO POR ANIMAIS SELVAGENS

Reduzir o indivíduo a pedaços, usando animais selvagens, foi processo de uso incontestável na antigüidade.

O profeta *Daniel* foi assim morto, lançado numa furna de leões. Na arena romana, nos últimos tempos do Império, milhares de cristãos foram executados por este processo.

O condenado, se famoso por sua descendência, ou por seus feitos, era levado de sua Província para Roma, como uma atração.

O condenado dava uma volta pela arena e as feras eram soltas. Se não morria, era reservado para outro espetáculo ou era morto pela espada.

MORTE POR PANCADA

Era o método preferido por nossos selvagens, que arrebentavam o crânio do prisioneiro com um tacape.

Os assírios, conta-nos a história, possuíam um instrumento próprio para esmagar o crânio.

CRUCIFICAÇÃO

A crucificação é uma das formas mais antigas de execução da pena de morte. Esse meio de execução foi usado pelos assírios, egípcios, persas, gregos, cartagineses e romanos.

Os macedônios colocavam o condenado de cabeça para baixo e os romanos não retiravam o cadáver, deixando decompor-se durante o tempo. Os condenados, desnudados, conduziam a cruz por toda a cidade, submetidos a zombarias e açoites. O condenado era amarrado à cruz e esta levantada. Para abreviar a morte, era freqüente a ruptura das pernas.

Em alguns casos, cravavam as mãos dos condenados e também os pés, que eram de um modo geral juntados para serem cravados com um só cravo. Por vezes, os pés eram cravados separadamente.

Sêneca qualificou a crucificação como "o mais extremado dos crimes e o mais penoso de sofrer".

APEDREJAMENTO

Como pena de morte, foi o método mais usado pelos hebreus. Aplicava-se

ao adultério, à falta de castidade, à blasfêmia, à idolatria, à falsa profecia e à quebra do sábado. A primeira pedra deveria ser atirada pela testemunha do crime.

ÁGUA FERVENDO

Matar os criminosos cozinhando-os na água fervente foi o modo de execução muito em voga na época dos *Tudor*.

Os antigos tinham uma ânsia inesgotável de castigar.

Estatuía-se a responsabilidade coletiva, puniam-se os mortos e os animais e até "castigavam-se" os objetos inanimados, destruindo-os ou danificando-os.

Não havia limite para a crueldade. O importante não era matar, mas, sim, impor ao sentenciado o maior sofrimento possível.

No Egito dos faraós, estiletes pontiagudos perfuravam a barriga dos parricidas antes de serem incinerados em moitas de espinho.

GEBER MOREIRA, na obra *Pena de Morte*, organizada por B. Calheiros Bomfim, relata-nos a execução de *Juan de Cañamas*, executado em 1492, em Barcelona, por regicídio frustrado na pessoa do rei *Fernando, o Católico*. O suplício a ele impingido se iniciou com um pequeno número de açoites e, com o intervalo de um dia de descanso, evoluiu para torturas cada vez mais pesadas: beber água, vinagre e argamassa, arrancar tiras da pele das costas; caminhar descalço sobre grãos, ser colocado no poldro, arrancar um olho, cortar o nariz, cortar uma das mãos, cortar a outra mão, cortar um pé, cortar um testículo; cortar o outro, cortar o membro viril. No quadragésimo dia o condenado foi colocado na roda e feito em pedaços.

FERNANDO JORGE, em sua obra citada, narra que *Assurbanipal*, rei da Assíria, que governou de 668 a 626 a.C., em uma de suas vitórias, descreveu como matou seus prisioneiros. "Ergui um muro diante das grandes portas da cidade. Mandei esfolar os chefes da revolta e cobrir o muro com as suas peles. Uns foram enterrados vivos na construção, outros foram crucificados ou empalados ao longo do muro. De vários mandei arrancar as peles na minha presença e revestir este muro com elas. Mandei dispor as cabeças em forma de coroas, e os cadáveres trespassados em forma de grinaldas".

FORCA

Ainda na cela, o carrasco ata os braços dos condenados atrás das espáduas e os conduz ao patíbulo, colocando-os no local previamente marcado com

gesso. Em seguida suas pernas são atadas e é colocado um gorro em sua cabeça. O laço é ajustado ao redor do pescoço, de modo que o nó, preso por um anel corrediço, fique à esquerda sobre o maxilar ou sob a orelha, também esquerda. Em seguida a alavanca é acionada e o alçapão aberto.

O corpo fica suspenso por uma hora, para garantir a morte do condenado.

A morte se produz por deslocação das vértebras cervicais, produzindo a maceração ou ruptura da medula, que faz cessar o afluxo do sangue ao cérebro, permanecendo o coração batendo durante até 20 minutos.

Há necessidade de o carrasco calcular com precisão o peso do condenado e do saco de areia que servirá como pêndulo, bem como a segurança da corda. Se o peso do saco de areia for inferior ao devido, não ocorre o deslocamento das vértebras cervicais, a medula não é atingida e a morte sobrevém por asfixia; se porém o peso for superior, a cabeça do condenado pode ser arrancada.

Tiradentes foi morto por esse meio, tendo sido posteriormente seu corpo cortado e salgado.

O condenado perde a consciência em um minuto e meio, demorando de quatro a seis minutos o término do processo.

CADEIRA ELÉTRICA

Foi utilizada pela primeira vez no Estado americano de Nova Iorque, em 24 de junho de 1889.

À meia-noite, o condenado é retirado da cela e conduzido a uma outra cela mais próxima à câmara de eletrocução. Inicialmente ele é manietado e o seu cabelo é raspado, bem como o da parte posterior de uma das pernas, para permitir o perfeito contato dos eletrodos. Após a leitura da sentença que o condenou à morte, ele é introduzido na câmara de eletrocução. É colocado na cadeira e a ela amarrados sua cintura, pernas e punhos.

Em seguida é ligada a corrente elétrica por dois minutos, alternando-se as voltagens. Com a morte, o corpo do executado cai para diante da cadeira, exalando um cheiro de carne queimada, como de um assado, e, por vezes, o sangue sai pela boca e nariz.

Nem sempre o condenado morre na primeira tentativa. Havendo reanimação, o réu é conduzido à cadeira elétrica para nova descarga elétrica.

A execução é testemunhada através de uma grade ou de um cristal escuro, cuja visibilidade só é possível de fora para dentro.

A perda da consciência é instantânea, sendo a morte ocasionada dentro de trinta a sessenta segundos, após várias convulsões.

Na Flórida, no mês de maio de 1997, a cabeça do condenado *Pedro Medina* ficou em chamas devido a um defeito na cadeira elétrica, o que provocou a suspensão, pela Corte Suprema do Estado, das execuções em cadeira elétrica, até setembro, no sentido de se avaliar se a prática é cruel.

A cadeira elétrica é o meio de execução utilizado em 22 Estados americanos e nas Filipinas.

CÂMARA DE GÁS

A execução é realizada em uma câmara cerrada hermeticamente, para evitar o escapamento do gás. O condenado é fortemente amarrado em uma cadeira pelo pescoço, braços e pernas, sendo a cadeira vazada para facilitar a ascensão do gás, sendo seu rosto coberto com uma máscara de couro.

O gás usado é o cianídrico, resultado do ácido sulfúrico com algumas pastilhas de cianureto de potássio, colocadas num recipiente. A morte é declarada pelo médico através do estetoscópio colocado à altura do coração do condenado e conectado a um tubo que sai da câmara. A respiração do condenado fica convulsiva, espasmódica, a língua sai para fora, juntamente com uma baba.

Nos dois primeiros minutos o condenado perde a consciência, culminando com a morte em quatro minutos.

O gás foi o processo usado pelos nazistas para o cruel extermínio de milhões de judeus nos campos de concentração.

Esse processo de execução é utilizado em oito estados americanos.

FUZILAMENTO

É, de um modo geral, a forma de execução utilizada para os delitos militares.

Um pelotão, constituído de cinco a doze homens, faz disparos em direção à cabeça ou ao coração do condenado. Findos os disparos, o comandante dá o tiro de misericórdia. É necessário que os atiradores tenham boa pontaria, para evitar maior sofrimento ao condenado, com cenas horripilantes. Os projéteis não devem ser de alto calibre, pois, se o forem, e todos os atiradores acertarem o crânio, a massa encefálica pode cair sobre o rosto do condenado.

Uma das armas, que ninguém sabe quem a portará, é municiada com tiro de festim.

No Estado de Utah, permite-se ao condenado escolher entre o fuzilamento, a forca e a decapitação.

GARROTE VIL

O condenado é levado à câmara de execução e colocado preso numa cadeira. O garrote é constituído de duas argolas de ferro, uma fixa e outra móvel, com um torniquete que, acionado, faz com que a argola móvel caminhe para trás. Esse torniquete é ajustado ao seu pescoço. O torniquete é movido até que ocorra o deslocamento das vértebras cervicais e dilacere a medula, o que produz a asfixia.

Entre os preparativos para o início da execução e o seu término, a duração desse processo é de aproximadamente seis minutos, mas praticamente aos três, devido às alucinantes dores, o condenado perde a consciência.

GUILHOTINA

O condenado é colocado em posição horizontal e seu pescoço é imobilizado por um dispositivo de duas peças grossas de madeira. É acionada uma lâmina, bastante afiada, de aproximadamente quarenta quilos, que cai na direção do pescoço do condenado, determinando a decapitação. Para que não haja sérios inconvenientes, o condenado é imobilizado ou pelos cabelos ou pelas orelhas, por um ajudante do carrasco. Tal é a sangueira que esse processo acarreta, que o ajudante usa uma proteção para não ser colhido pelo sangue que jorra abundantemente. Se o pescoço do condenado for muito grosso e a peça de madeira sair da posição normal, há necessidade de sucessivas quedas, cada qual arrancando um pedaço da cabeça.

É um método sangrento e repulsivo.

Mesmo após a condenação, o rosto do condenado pode apresentar pequenas contrações nervosas.

A guilhotina, "navalha nacional", foi o símbolo da Revolução Francesa.

INJEÇÃO LETAL

A primeira execução por este processo verificou-se, segundo alguns autores, em 1977, no Estado americano de Oklahoma; segundo outros, no Estado do Texas, em 1982.

Este método foi denominado por um médico mineiro de "silencioso assassinato farmacológico".

São examinadas, por duas ou três pessoas, duas ou três veias do condenado para a inoculação intravenosa, por meio de duas ou três seringas, uma ou

duas com substâncias inócuas e a outra com cianeto ou cloreto de potássio – a droga letal –, que provoca a asfixia química.

A morte se verifica entre três a cinco minutos.

Há discussões de natureza fisiológica, no sentido de se determinar qual das penas inflige menos dor ao condenado.

Faço minhas as palavras de CARRARA, ao afirmar "nada digo acerca dessa polêmica, por não entender dessa ciência, e porque não desejo que haja condenados à morte."

A *Royal Comission on Capital Punishment*, em relatório sobre um estudo acerca da pena de morte realizado nos anos de 1949/1953, recomendou a adoção de três requisitos básicos: humanidade, certeza e decência. Isto significa uma morte sem aflição, sem dor, com métodos rápidos, respeito à dignidade do condenado, não o mutilando ou deformando.

Muito embora a abolição da pena de morte seja hoje objeto de um movimento internacional, ainda a mantêm, entre outros países: França, Espanha, Inglaterra, Irlanda, Polônia, Rússia, República Democrática Alemã, Romênia, Bulgária, Hungria, Grécia, Canadá, União Sul-Africana, Etiópia, Camarões, Transjordânia, Arábia Saudita, China Comunista e Nacionalista, Marrocos, Coréia, Argélia, Japão, Egito, Síria, Turquia, Iraque, Afeganistão, Irã, grande parte dos Estados Unidos, Malásia, Rodésia, Quênia, Nova Zelândia, Guatemala, México, Chile, Peru, Bolívia, Haiti, Nigéria, Zâmbia, Paquistão, Sri-Lanka, Grécia, Jordânia, Trinidad-Tobago, Nicarágua, Honduras, Austrália.

Ela foi extinta em parte dos Estados Unidos, na Suíça, Finlândia, Portugal, Holanda, República Federal Alemã, Itália, San Marino, Luxemburgo, Noruega, Porto Rico, Venezuela, El Salvador, Argentina, Colômbia, República Dominicana, Uruguai, Paraguai, Panamá, Groenlândia, Equador, Áustria, Brasil, *etc.*

Somente o Irã, China e Nigéria são os responsáveis por 65% das execuções em todo o mundo, segundo publicação da Anistia Internacional, em 1988.

Felizmente a maioria dos países suprimiram as execuções públicas, sendo atualmente as sentenças de morte executadas no interior das prisões. Alguns países, porém, ainda mantêm o ritual macabro com encenação teatral, como por exemplo a Bélgica, Honduras, Nicarágua, El Salvador, onde as execuções são públicas.

Erros judiciários

Uma de nossas maiores preocupações reside no erro judiciário.

Nos Estados Unidos, segundo levantamento realizado pela Anistia Inter-

nacional, houve 350 casos de pessoas comprovadamente inocentes condenadas à morte. Dessas, 24 foram executadas e as demais, felizmente, descobriu-se que eram inocentes antes da execução.

Na Inglaterra houve, só no século XIX, 17 erros judiciários em que a inocência do condenado foi posteriormente reconhecida.

O célebre GALILEU GALILEI, em 1632, se não tivesse renegado suas teorias que afirmavam não ser a Terra o centro do universo e que ela se movia, teria sido condenado à pena capital pela Santa Igreja Católica, que se opunha à sua concepção. O tempo mostrou serem verdadeiras suas teorias. De qualquer forma, amargou uma prisão perpétua. Trezentos e sessenta e quatro anos após, GALILEU foi inocentado e absolvido pela Igreja da acusação a ele feita de uma "maldita heresia".

GARRAUD e MANZINI, ao justificarem a pena de morte, informam que os erros médicos e cirúrgicos que levam o paciente à morte são muito mais numerosos que os decorrentes de erros judiciários, e ninguém propôs que fossem proibidas as intervenções cirúrgicas. Não têm razão os ilustres penalistas, pois o erro médico que eventualmente possa levar o paciente à morte não é premeditado, é decorrência de um risco natural, cujo objetivo precípuo é o de salvar a vida do paciente e não o de eliminá-la.

No Brasil, onde as provas indiciárias são falhas e forjadas muitas das vezes, onde a polícia judiciária é constantemente acusada de corrupção, omissa e inteiramente desaparelhada, não dispondo de elementos para uma completa investigação, onde os pobres não têm possibilidade de contar com renomados defensores, onde imperam a tortura e os maus tratos, *etc.*, *etc.*, o erro judiciário tem probabilidade de ser mais freqüente.

É de nossa lembrança o caso ocorrido no Brasil, conhecido como o dos "Irmãos Naves". O granjeiro *Benedito Caetano* vendeu, à vista, uma partida de arroz e nunca mais foi visto na região. Seus primos, *Joaquim* e *Sebastião Naves*, com os quais esteve pela última vez, segundo testemunhas, sob profunda tortura, confessaram o crime. Foram condenados a 26 anos de reclusão, reduzidos para 18 no segundo julgamento. Nove anos após, depois de já falecido *Joaquim Naves* no cárcere, surge, viva, a vítima do suposto latrocínio. Viajara clandestinamente para a Bolívia para fugir dos credores e ignorava o que estava ocorrendo com seus primos *Naves*.

O erro judiciário levou ao patíbulo, em 1855, o fazendeiro *Manuel Mota Coqueiro*, que foi acusado por sua mulher pela morte de um colono e sua família. Posteriormente foi constatado ter ela agido por pura vingança, sendo o acusado inocente. Tal fato levou D. Pedro II a não mais executar a pena de morte, tendo em vista o forte abalo produzido na opinião pública. A partir daí a pena de morte passou a ser comutada, aplicando-se a de galés, aprovei-

tando D. Pedro II, para isso, de qualquer circunstância favorável ao réu, por mais insignificante que fosse.

Silvio Dobrowolski cita o pronunciamento de Jerome Frank, Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, "... A experiência demonstra a falibilidade das decisões judiciárias. Os tribunais consideraram culpados pessoas inocentes. Como poderia uma sociedade arriscar-se a ordenar o homicídio judicial de um inocente?".

Como diz Boaventura de Sousa Santos, a pena de morte faz parte de uma justiça que sabe dar a morte, mas não sabe dar a vida.

Uma indagação que merece ser objeto de um estudo profundo, principalmente porque a solução poderá esclarecer o núcleo do crime, reside em saber se, no cometimento do crime o homem é levado pelo determinismo ou pelo livre-arbítrio.

Para os deterministas, a imposição da pena de morte é um puro ato de vingança, pois o homem é tão apenas o executor de um desígnio, é um robô, incapaz de alterar seu destino.

Para os que defendem o livre-arbítrio, julgam que o homem tem condições de decidir livremente, que depende dele, exclusivamente, escolher entre o bem e o mal.

Muito embora admitamos o livre-arbítrio, nossa opinião, no entanto, não é radical, pois julgamos existirem inúmeros fatores que por vezes influenciam e impelem o homem num sentido que não corresponde plenamente à sua vontade, sem contar os processos mentais mórbidos a que está sujeito.

Conclusão

Constatamos, pelo exposto, a ausência de exemplaridade da pena de morte, constituindo, pelo contrário, objeto de desafio de grande parte dos condenados.

Criminosos há que recusam o indulto, pedindo a execução de sua pena de morte. Não desperta, neles, um sentimento natural de horror à morte.

Nelson Hungria afirma, com muita categoria, que a pena de morte não é nem mais exemplar ou mais intimidativa que a longa privação da liberdade.

A pena de morte, está provado, talvez possa agradar a muitos, mas não faz diminuir os crimes de morte.

Beccaria afirma que o maior efeito sobre o espírito humano não é a severidade da pena, mas sim sua extensão.

Realmente, a imposição de elevadas e severas leis penais não solucionarão o problema. O que necessitamos é de uma política sócio-econômica-criminal séria e justa.

Diretores de presídios constataram que a longa privação da liberdade, apesar de ser mais humana, constitui uma intimidação maior que a pena de morte. O Diretor do estabelecimento carcerário inglês de *Maidstone*, no qual a maioria era de condenados à prisão perpétua, após a comutação da pena pelo homicídio praticado, declarou que tem convicção de que eles teriam preferido morrer do que serem conservados presos durante longos anos. Sem dúvida que perder a liberdade para sempre importa em um maior peso que perder a vida. Todas as forças do condenado acabam por ceder às penas longas.

Para lutar contra a escravidão, não é raro oferecer a própria vida como sacrifício.

Nos Estados Unidos, a criminalidade apresenta um índice aproximadamente dez vezes superior à do Brasil e lá existe a pena de morte na maioria dos Estados (35 sim e 16 não).

A pena de morte não dá possibilidade de regresso ou de arrependimento.

A prisão perpétua, sem regalias, com trabalhos forçados, constituiria um castigo maior que a morte.

Beccaria afirma, com justa razão, "que nossa alma resiste mais à violência das dores extremas, apenas passageiras, do que ao tempo e à continuidade do desgosto".

A pena de morte é incompatível com os sentimentos do povo brasileiro, merecendo a nossa condenação irremissível, por constituir uma agressão à dignidade da vida humana. A crueldade não se harmoniza com a caridade.

O que precisamos, fundamentalmente, é investir na criança, fortalecer o alicerce da vida familiar, reestruturar a justiça, precária e corporativista, reformular todo o sistema carcerário e policial.

Assistimos diariamente crianças de 2, 4, 8, 12 anos, perambulando de madrugada pelas ruas. O que fazemos por elas, para aliviar sua fome, suas angústias, amenizar suas dores? Absolutamente nada. Diante desse quadro de abandono e de violência, em seus corações habita tão-somente o ódio. Voltaire foi o autor, em "O fanatismo, ou Maomé, o profeta", da frase: "Como é penoso odiar aos que desejaríamos amar".

Ademais, não podemos ignorar que por vezes o criminoso é um doente mental, um desequilibrado, degenerescência orgânica e cerebral, possuidor de estigmas mórbidos, com um estado cerebral patológico irreversível, de uma anormalidade sádica ou eritismo nervoso, ocasionados, por vezes, pela falta de uma alimentação básica de proteínas, sais minerais e outros elemen-

tos necessários ao desenvolvimento físico e mental indispensável à formação da criança nos seis primeiros anos de vida.

AFRÂNIO PEIXOTO, em tese defendida em 1897 na Faculdade de Medicina da Bahia, sob o título "Epilepsia e Crime", declarou: "... O epilético ou qualquer outro enfermo da mente e que praticou ou é susceptível de praticar crimes só não deve ir para a prisão porque deve ir para o manicômio".

Peter Kurten, preso em 1929 porque matava, mutilava e violentava, declarou: "Lamento profundamente os meus crimes. Mas, sempre que matei, estava fora de mim, impulsionado por forças irresistíveis e misteriosas. É incompreensível".

Tem-se que admitir a recuperação do criminoso.

Cada detento apresenta particularidadesde caráter e de moral que precisam ser analisadas, estudadas, para que, feito o diagnóstico, se determine o método e a melhor forma aplicável ao caso.

QUINTILIANO SALDAÑA afirma que "O delinqüente não é uma pedra, mas um homem, e, portanto, pode mudar, é suscetível de se modificar".

Da mesma forma ROBERTO LYRA, ao declarar que "não há incorrigíveis, mas incorrigidos".

Não é por demais repetir a opinião de ROUSSEAU a esse respeito, milhares de vezes já citadas: "O homem nasce bom, a sociedade é que o corrompe".

NELSON HUNGRIA cita que, no Congresso Penal e Penitenciário de Praga, em 1930, dizia KELLERHARLS, com sua autoridade de experimentado diretor de penitenciária: "Devo declarar que jamais encontrei, no curso de minha experiência, um indivíduo verdadeiramente incorrigível. Nos casos em que não logrei a desejada influência sobre o prisioneiro, tive a impressão de que isso decorria de nossa própria culpa, pelo simples fato de não termos sabido encontrar o método adequado para conquistar o prisioneiro com êxito".

Também julgamos que o mais perverso e obstinado criminoso possa ser ressocializado, dependendo do processo utilizado para tal fim. Todo ser humano tem capacidade de superar o mal.

Sejamos menos rigorosos em nossos julgamentos, procuremos entender e perdoar nossos semelhantes. Não nos esqueçamos de que todos nós somos passíveis de erros.

ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS, em artigo publicado no jornal *O Globo* do dia 20 de junho de 1997, relata um fato ocorrido numa concentração da seleção de futebol brasileira, citado pela deputada *Lúcia Souto*, em decorrência de uma conversa ocorrida com o deputado *Roberto Dinamite*. O técnico *Coutinho*, que fazia uma preleção aos jogadores, era interrompido reiteradamente por um menino de 8 anos. *Zico*, percebendo o drama de *Coutinho*, procurou resolver o problema, dando ao menino um objeto que havia retirado de seu armá-

rio. Intrigado, *Roberto* indagou de *Zico* qual tinha sido o objeto dado ao menino, tendo ele esclarecido tratar-se de um brinquedo de montagem de um mapa do mundo, com os principais acidentes geográficos, nada fácil de montar, acreditando que o menino levaria, no mínimo, quatro horas para montar, intervalo de tempo muito suficiente para o término da preleção. Imediatamente após *Zico* ter prestado esclarecimento ao *Roberto Dinamite* quanto a natureza do brinquedo oferecido, eis que o menino retorna gritando: "Foi fácil, terminei. Você não sabe, *Zico*, mas do outro lado do mapa tinha apenas a figura de um homem. *Montei só o homem, virei o brinquedo e o mundo ficou arrumado*". Tire cada um desta história, verdadeira, a lição que desejar.

É imprescindível que os homens, responsáveis por nossas instituições públicas, não permaneçam tão-somente nos gabinetes, aguardando que os problemas lhes sejam submetidos à apreciação e solução. É fundamental avançar, partilhar com o povo de seus sofrimentos e de suas alegrias, para que, assim, possam conhecer a profundidade da condição humana e proteger a comunidade, principalmente nossa juventude, contra as mais variadas formas de abuso e violência.

Outro aspecto preocupante é que, na verdade, o que se verifica é que a pena de morte, de um modo geral, é destinada a setores marginais da sociedade. O negro, nos Estados Unidos, é discriminado. Os assassinos de pessoas brancas são condenados em número maior que os de pessoas negras.

Arquivemos, para sempre, todos os projetos estabelecendo a pena de morte no Brasil, existentes no Congresso Nacional.

Dobremos a bandeira da pena de morte e a sepultemos de vez. Não permitamos que políticos, ávidos de sensacionalismo, abracem esse tema como único recurso para uma possível reeleição, levando ao erro uma minoria da população.

Não temos propensão de sermos assassinos frios de crimes premeditados.

O povo brasileiro abomina a crueldade, a covardia, a insensatez. O povo brasileiro quer estar em paz consigo mesmo, com sua consciência, com sua alma, com seu coração e, sobretudo, com Deus.

Somos a favor da pena de morte para a pena de morte.

Gritemos, com todas nossas forças, do fundo de nosso ser: NÃO À PENA DE MORTE.

Bibliografia

ASSIS RIBEIRO, C.J. de – *História do Direito Penal Brasileiro*, vol. I, Ed. Livraria Zélio Valverde, RJ – 1943.

BALESTRA, Carlos Fontan – *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Parte General, 2ª reimpressão, 2ª edición – Ld. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
BATISTA, Nilo – *Revista de Direito Penal* nº 31, jan/julho 1981, Editora Forense, Rio de Janeiro.
BECCARIA, C. – *Dos Delitos e das Penas*, Trad. de Paulo M. Oliveira – Ed. Tecnoprint Gráfica, Rio de Janeiro.
BOUZON, E. – *O Código de Hammurabi* – Ed. Vozes, Petrópolis – 3ª edição – 1980.
BRUNO, Anibal – *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo 1º – Ed. Forense, Rio de Janeiro – 1967.
CALHEIROS, Bomfim B. – *Pena de Morte* (Conferências proferidas por: Antonio de Almeida Simões, Antonio Evaristo de Morais Filho, Boaventura de Sousa Santos, Carlos A. Dunshee de Abranches, Evandro Lins e Silva, Florestan Fernandes, Geber Moreira, Heleno Cláudio Fragoso, Hélio Pellegrino, Henry Sobel, José Manuel Merêa Pizarro Beleza, Luciano Mendes de Almeida, Manuel Lopes Rey, Michael Meltsner, Miguel Reale, Miguel Torga, Nelson Hungria, Nilo Batista, René Ariel Dotti, Silvio Dobrowolski e Vergílio Ferreira) – Ed. Destaque, Rio de Janeiro.
CARRARA, Francesco – *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, vol. II, – Ed. Temis, Bogotá – 1975.
CHALLITA, Mansour – *O Alcorão* – Ed. Associação Cultural Internacional Gibran, Rio de Janeiro.
DOTTI, René Ariel – *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas* – Ed. Saraiva, São Paulo – 1980.
FERRI, Enrico – *Sociologia Criminal*, Tomo I – Trad. Antonio Soto y Hernández – Ed. Centro Editorial de Gongora, Madrid.
FRAGOSO, Heleno Cláudio – *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal: Pena de Morte* – Ano V (nova fase) – nº 17 – abril/junho 1967.
GARRAUD, R. – *Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français* – 10ª édition – Ed. Ancienne Maison – L. Larose & Forcel, Paris – 1898.
HUNGRIA, Nelson – *Comentários ao Código Penal*, vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro – 1949.
JORGE, Fernando – *Pena de Morte, Sim ou Não?* – Ed. Mercury, São Paulo – 1993.
LYRA, Roberto – *Comentários ao Código Penal*, vol. II – Ed. Forense, Rio de Janeiro – 1942.
MIRABETE, Júlio Fabbrini – *Manual de Direito Penal* – Ed. Atlas, São Paulo – 1991.
NUÑEZ, Ricardo C. – *Manual de Derecho Penal* – Ed. Lerner, Buenos Aires – 1972.
REBELLO, Pinho Ruy – *História do Direito Penal Brasileiro, Período Colonial* – Ed. Universidade de São Paulo, e Ed. José Bushatsky, São Paulo – 1973.

RODRIGUES, Paulo Daher – *Pena de Morte* – Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte – 1996.
SIQUEIRA, Galdino – *Tratado de Direito Penal*, Tomo I – Ed. José Konfino, Rio de Janeiro – 1947.
SUEIRO, Daniel – *La pena de muerte* – Ed. Alianza Editorial, Madrid – 1974.
THOMPSON, Augusto F.C. – *Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro* – Ed. Liber Juris, Rio de Janeiro – 1982.
VAN HENTING, Hans – *La Pena*, Tomos I e II – Trad. José Maria Rodrigues Devesa – Ed. Espasa Calpe, Madrid – 1968.
———————————— *Bíblia Sagrada* (O Velho e o Novo Testamento) Tradução brasileira – Ed. American Bible Society, New York.

O direito de morrer a própria morte

MARIA ZELIA DE ALVARENGA (*)
OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES (**)

> *"Justo dá a cada coisa o lugar que lhe compete. Ordena na medida certa. Da mesma forma, responde à sua função criadora ou organizadora. O justo cumpre em si mesmo a função da balança, quando os dois pratos se equilibram perfeitamente, face a face. O justo se encontra, portanto, além das oposições e dos contrários, realiza em si a unidade e, por isso, pertence já, de certo modo, à eternidade; que é una e total, ignorando a fragmentação do tempo".* JEAN CHEVALIER e ALAIN GHEERBRANT.

INTRODUÇÃO

Em seu artigo "*Le Droit de Mort* ***(dikè thanontôn)*** *et les Droits de l'Homme*", STAMATIOS TZITZIS critica a decisão proferida pela Corte Européia dos Direitos do Homem (1/1989/161/217, de 07 de junho de 1989), que denegou extradição requerida pelos Estados Unidos à Inglaterra para processar e julgar naquele país o alemão Jens Soering por crime de homicídio, cometido no Estado de Virgínia.

Para evitar sua condenação à morte, com base na legislação de Virgínia, Soering utilizou o recurso da *petição individual* perante a Corte, previsto no artigo 25, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, sustentando, em suas razões, que seria submetido a uma pena desumana e degradante, em contradição com o previsto no artigo 3º da referida Convenção, o que foi deferido pela Corte. Isto porque sua permanência no corredor da morte iria expô-lo a um estresse extremo e a uma degradação psicológica, além de riscos de sevícias.

Numa perspectiva mítica e filosófica, STAMATIOS TZITZIS procura demonstrar que a decisão denegatória de extradição por parte da Corte, baseada nos Direitos do Homem e nos valores democráticos, se revelou incoerente com esses mesmos valores, protegidos pela própria Convenção. Entre seus argumentos, destacam-se os seguintes:

> **1)** Com a denegação do pedido de extradição pela Corte Européia de Direitos Humanos, ocorreu o triunfo do individualismo sobre

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 15 (3ª Fase), jan./jun. 2002, p. 187-203.

os direitos coletivos [1], em oposição à lei [2] e ao ideal democrático. [3] Foram sacrificados valores fundamentais de humanidade em benefício de um indivíduo determinado, além de violada a reciprocidade, fundamento da justiça moral, que exige a justa reparação. Segundo o autor, entre os gregos, a Justiça Penal, de cunho democrático, era retributiva por excelência, [4] como se constata nas *Suplicantes*, de EURÍPEDES, e em "*Ética a Nicômacos*", de ARISTÓTELES; [5]

2) Se fosse conveniente dar prioridade aos direitos individuais sobre os coletivos, seria necessário eliminar não só a pena de morte, como também as penas privativas de liberdade, pois ambas violam direitos individuais. [6] A pena de morte, contudo, não se apresenta contrária à humanidade, pois é em nome dessa humanidade que se devem suprimir os inimigos dos homens.

3) Na decisão da Corte, houve ausência de repartição igualitária entre o papel da vítima e do delinqüente, uma vez que os direitos da vítima sequer foram mencionados, enquanto os direitos humanos se apresentaram exclusivamente como direitos do delinqüente. Tal desigualdade de tratamento não existia na democracia grega, na qual os mortos tinham um lugar de honra na Cidade. [7] Como exemplo dessa assertiva, a interrupção das hostilidades durante a guerra do Peloponeso, a fim de que as partes envolvidas na contenda pudessem sepultar seus soldados mortos com todas as honras (*diké thanontôn*). [8]

4) Na Antigüidade Grega, o assassinato, além de profunda violação ao sagrado, representava um ato de contaminação de uma vila inteira e o homicida não podia permanecer no território. Por esse motivo, com a punição do criminoso, os helenos se purificavam (*Eumênides*, v. 64). [9]

5) No Estado de Virgínia, para onde seria extraditado Soering, "os condenados à morte têm direito aos mesmos serviços médicos

---

[1] STAMATIOS TZITZIS. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme*, pp. 518 e 519.
[2] *Ibid.*, p. 525.
[3] *Ibid.*, p. 523.
[4] *Ibid.*, p. 525.
[5] *Ibid.*, p. 523.
[6] *Ibid.*, p. 530.
[7] *Ibid.*, p. 522.
[8] *Ibid.*, p. 524.
[9] *Ibid.*, p. 532.

que outros detentos". Possuem atendimentos psicológicos e psiquiátricos, bem como direito de receber visitas. Além disso, os advogados têm acesso a seus clientes. Por esses motivos, não haveria violação ao disposto no artigo 3° da CEDH, no tocante ao tratamento imposto ao acusado no "corredor da morte";[10]

6) Se a pena de morte, nos países democráticos, não foi abolida *in referendum*, que exprime a vontade do povo, tudo que a afasta afigura-se autoritário, digno de um regime totalitário.[11] No processo de extradição examinado, a Corte pôs um obstáculo a um processo legal e democrático de um país que agiu em nome da soberania do direito de impor uma pena justa;

7) Finalmente, propõe a inserção, na lista dos direitos subjetivos, o da reciprocidade, em nome de uma justiça imparcial, de humanidade e democrática.[12]

O presente texto apresenta uma réplica a esses argumentos, na tentativa de demonstrar que a pena de morte não encontra arrimo na mítica grega, nem na democracia moderna. Para tanto, a primeira parte deste estudo, baseado em fundamentação mítico-histórico-simbólica, buscará demonstrar que a lei da reciprocidade existente na Grécia fazia parte de um tempo histórico qualificado como Idade Média Grega. Entretanto, a partir do final do século VII a.C., com a instauração da religiosidade apolínea, modificações significativas passaram a compor a civilização grega. A lei do Talião, de caráter vingativo, foi erradicada, com o ingresso de um tempo novo de respeito aos direitos do homem, no qual penas de exílio, de ritos de purificação e prestação de serviços à comunidade ganharam prioridade. Na Segunda parte, partindo de um estudo comparativo entre a democracia da Grécia Antiga e a democracia moderna, tentar-se-á mostrar que a pena de morte se apresenta incompatível com a concepção moderna de democracia, alicerçada na proteção dos direitos fundamentais do homem.

1. A Visão Mítico-Histórico-Simbólica da Civilização Grega Sobre o Direito à Vida.

Inicialmente, a fim de se comprovar como ocorreram as erradicações do Talião e do caráter vingativo das penalidades, com a instauração da religião apolínea, torna-se necessária uma digressão sumária do processo evolutivo mítico-histórico da civilização dos povos helênicos, bem como uma leitura simbólica dos elementos fenomênicos que povoaram essa cultura.

---

[10] *Ibid.*, p. 533.
[11] *Ibid.*, p. 535.
[12] *Ibid.*, p. 535.

A civilização grega é a expressão histórica de um povo que, como nenhum outro, colocou o acento tônico no homem. Suas tragédias contam seu próprio drama: a história de um povo que fez o homem avançar muito, mas na hora do desafio, parece não ter tido forças suficientes para manter o ritmo de seu desenvolvimento.

Essa civilização, também chamada de Helenismo, corresponde ao período da história dos povos que habitaram a região da Hélade entre o séc. XXV a.C e VII d.C. Ao longo dos tempos, a civilização helênica se forjou como a tradução da mais sincera e intransigente manifestação de culto ao homem. O helenismo liga o culto do homem com o seu crescimento e faz dele seu tesouro maior. Segundo TOYNBEE, "no século V a.C., o filósofo helênico PROTÁGORAS DE ABDERA deu forma a tal pensamento, na celebrada frase 'o homem é a medida de todas as coisas'". (13)

Povoando e fundamentando a civilização helênica, o Humanismo surge como forma de expressão mítico-filosófico-religiosa de o homem se relacionar com o mundo. O humanismo fascina o homem heleno "numa fase de seu desenvolvimento no qual já adquiriu consciência de ter certo domínio sobre a natureza não humana, mas, ainda não foi forçado a constatar, pela amargura da experiência, a dura realidade de que ainda não conseguiu seu autodomínio". (14)

Os helenos estabeleceram sua religiosidade criando deuses à imagem e semelhança dos homens. Eram deuses movidos por emoções tão humanas que não há como ignorar a correlação entre suas expressões religiosas e as manifestações da estruturação da psique desse povo. Segundo JUNITO DE SOUZA BRANDÃO, as manifestações mais primordiais da religiosidade de caráter sincrético vindas das várias correntes religiosas, vigentes na região da Hélade, convergiam fundamentalmente para três demandas: a *gnôsis*, a *kátharsis* e a *athanasía*. (15)

A demanda por conhecer, ou *gnôsis*, realidade presente e marca desse povo, se realizaria se houvesse uma contínua purificação da vontade e dos desejos do homem (demanda da *kátharsis*). Quando suficientemente purificados, os humanos poderiam receber o conhecimento emanado do próprio divino. Além disso, somente através do conhecimento poderiam alcançar a *athanasía*, ou seja, a libertação dessa vida, geradora de morte e vida.

A demanda para se alcançar a *athanasía*, ou imortalidade, estava associada aos mitos populares de Dioniso. Através dela, o discípulo, *Homo Dionysiacus*, via *ékstasis*, ou seja, aquilo que gera entusiasmo, sentia-se liberado dos condicionamentos e interditos de ordem ético-político-social trazidos pelo culto a Apolo. Os devotos de Dioniso participavam de ritos nos quais, através do ritmo do corpo, procuravam encontrar o centro, por onde o divino se manifestaria. A dança, muitas vezes frenética, os colocava em *ékstasis*, em possessão, estado esse

(13) ARNOLD J. TOYNBEE. *Helenismo, História de uma Civilização*, p. 20.
(14) *Ibid.*, p. 21.
(15) JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*, v. II, p. 125.

entendido como o de ser tomado pelo divino. Esse fenômeno representava a superação da condição meramente humana, fazendo com que o homem mortal, ou o *ánthropos*, se transformasse num herói (*anér*). O estado de possessão conferia ao indivíduo forças extraordinárias, sensação de plenitude, na qual recebia o conhecimento necessário para saber a razão de sua existência. O culto a Dioniso, contudo, representava uma ofensa à religião oficial da *Polis* e os Deuses Olímpicos ficavam ameaçados. Dioniso, segundo o poeta Hesíodo, não pertencia ao panteão dos olímpicos.

A partir do século VIII a.C., com a formação do Estado, começou a vigorar na *Polis* a religião apolínea, que passou a preconizar o respeito ao *métron*, à medida, ao comedimento. Com a nova religião, o conhecimento podia ser adquirido, mas não em excesso. Os sacerdotes de Apolo pregavam que o herói (*anér*) era um *hypocrithés*, ou seja, aquele que respondia em êxtase, com baixa crítica, e por expressar-se como se fosse um outro, tornava-se um ator (*alter*) que entrava no excesso, na *hýbris*, causando violência a si e aos deuses. Na religião apolínea, todo descomedimento despertava ciúmes na divindade, expressos pelas Nêmesis, acarretando a punição do herói (*anér*) com a perda da razão (*áte*). Esta, por sua vez, provocava a loucura (*ánoia*), ou seja, a possessão pelas mênades. O humano possuído pelas mênades cometia atrocidades, crimes contra a natureza. A tragédia representava, dessa forma, a ultrapassagem da medida, do *métron*.

Ao longo da História, o Estado tentou abolir a religião de Dioniso, entendida pelos governantes como a própria *hýbris*, fulcro de crimes ou descomedimentos, que deveriam ser eternamente vingados. Para tanto, apoderou-se da tragédia, instituindo concursos literários, através dos quais os autores seriam convidados a representar ou cantar o herói guerreiro pleno de *hýbris*, como era próprio de sua natureza. Somente ao herói era permitido ultrapassar a medida e somente ele suportaria o castigo dos deuses. Dessa forma, a tragédia deixa de ser o canto do Deus Bode Dioniso (*trago oidia*), para ser a exaltação do herói guerreiro.

A civilização da época da instauração da religião de Apolo passou a se alimentar de dois legados ancestrais: os poemas épicos de Homero, *Ilíada e Odisséia*, que cantam os deuses feitos à imagem e semelhança dos homens, e os poemas *Teogonia* e *Trabalhos e Dias*, de Hesíodo. Fundamentados nesses dois últimos, os helenos passaram a cultuar a força coletiva do grupo. Ninguém, individualmente, poderia se exceder.[16]

Já na religião dionisíaca, o corpo deveria voltar à Terra para a transformação e, como conseqüência, desenvolveu-se o culto aos túmulos. Com a diáspora grega para as costas do Oriente Médio, após a invasão dos Dórios, epopéias foram escritas para contar os feitos heróicos dos antepassados helênicos. O mito [17]

---

[16] Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. I, p. 161.

[17] O mito é uma forma de representar o coletivo e tenta explicar o homem, sua origem, seu mundo, ou seja, a complexidade do real. O mito traduz uma forma de pensar analógica, prestando-se a interpretações simbólicas que refletem de forma metafórica o funcionamento da psique humana. Dessa forma, decifrar o mito é decifrar-se a si mesmo.

passou a ser expressão desse mundo e desse tempo e que, ao ser relatado, coloca todos *"in illo tempore"* ou *"in media res"*.

Havia na Grécia antiga, na qual predominava a religião dionisíaca, o conceito de *míasma* (miasma), que significava nódoa, mancha provocada por um homicídio, que atingia não só o autor do crime, mas contaminava toda a tribo. O *míasma* atingia o homem inclusive na sua condição física, porquanto os defeitos físicos eram considerados maldições decorrentes de miasmas. [18]

A fase da religião dionisíaca correspondia à dinâmica da consciência dos primeiros tempos, também denominada matriarcal, regida pela grande Deusa Mãe, na qual "crime é tudo quanto configura ofensa à vida, ao corpo, à natureza, contra a Deusa que tudo rege e de onde tudo provém. A maior ofensa contra a vida é provocar a morte de um semelhante. O homicídio, na linha troncal, constitui o maior dos crimes dessa dinâmica, sendo considerado sagrado se cometido dentro do *guenos*, do núcleo tribal, contra pessoa do mesmo sangue (*personae sanguine coniunctae*). As maldições *hamártícas* decorrentes dos atos homicidas recaem sobre todos os membros.

Até a reforma jurídica de Dracon ou Solon (emergência da lei e da ordem estatal), famílias inteiras se exterminaram na Hélade, vingando ofensas contra seus familiares. Quando o crime ocorria na linha troncal, não havia como se fazer 'justiça', pois a função do vingador deveria ser exercida pelo parente mais próximo, promovendo a morte do assassino. Assim, se o irmão matasse o irmão, o vingador seria um terceiro irmão, ou o pai da vítima que, para vingar a ofensa, cometeria uma nova *hamartia*, que se somaria à primeira, configurando, dessa forma, uma sucessão de dolos transmitidos de gerações a gerações, criando um *guenos* maldito: os descendentes do criminoso, também considerados malditos, ficavam à mercê da vingança decorrente das interferências da própria divindade". [19]

Entretanto, a partir do século VIII a.C., Apolo passou a se constituir como a divindade mais importante cultuada nos mais de duzentos templos da Grécia e grandes modificações, de caráter social e político, emergiram na sociedade, trazendo mudanças de comportamento e instituição de novos valores. Apolo foi chamado de Deus *Kathársios* (purificador), o deus da purificação, por excelência.[20] Apolo, deus de caráter primordialmente oriental, adentrou na mítica grega, helenizando-se. Para tanto, nasceu como filho de Zeus, luminoso, solar, discriminador, e de Leto, deusa lunar oriental. De partida, nota-se que o deus do tempo novo nasceu da coalizão da noite com o dia, da lunaridade com

---

[18] Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. II, p. 94. Vale lembrar que esse conceito de miasma não é exclusivo da cultura grega, mas, de todos os povos da região, incluindo a Ásia Menor. Assim, na mítica judaica o maior de todos os mandamentos da lei de Deus é o quinto e que preconiza Não Matar.

[19] Maria Zelia de Alvarenga. *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, pp. 138 e 139.

[20] Cf. Junito de Souza Brandão. *Dicionário Mítico-Etimológico*, v. 1, pp. 87 e seguintes.

a solaridade, antecipando a possibilidade de transcender os opostos. Apolo assumiu a regência do oráculo de Delfos após matar a serpente oracular *Píton*; antes, porém, submeteu-se a ritos de purificação, em função do crime cometido.

Apolo, o novo senhor do oráculo, trouxe idéias e conceitos novos que haveriam de influenciar, pelos séculos seguintes, a vida política, religiosa e social de toda Hélade, bem como os fundamentos da cultura ocidental. Considerado um deus pacificador, contribuiu com sua autoridade, determinada pelos sacerdotes pertencente à classe dos eupátridas, para afastar a lei do Talião e erradicar a vingança de sangue, substituindo-a pela justiça dos tribunais. [21]

Após a instauração do júri popular, temática descrita na terceira peça da trilogia de Ésquilo: "*As Fúrias*" ou "*As Erínas*" ou "*As Eumênides*" (Ésquilo), Apolo substitui a morte do homicida pelo exílio ou outra penalidade, com longos ritos catárticos, contribuindo, dessa forma, para humanizar os hábitos antigos referentes às penas impostas para o crime de homicídio. Do ponto de vista histórico, essa humanização das penalidades antigas ocorreu inicialmente na cidade de Atenas, no século VI a.C, durante o governo de Dracon, e foram aprimoradas pelo governo de Sólon.[22]

O século VIII a.C. assistiu o nascer de um tempo novo, embora marcado pelo peso das mãos dos Eupátridas, os bem nascidos e detentores do poder econômico. Nessa época, Homero compôs suas epopéias que cantam as conquistas helênicas, relatando o culto aos mortos. O último canto *Ilíada* descreve os funerais de Heitor, enterrado com glórias de grande herói num interlúdio de contendas; as batalhas cessaram por doze dias para a realização de jogos fúnebres, celebrados em honra ao herói troiano morto.

Na seqüência histórica, no século VII a.C, Hesíodo, o grande poeta grego, compôs *Trabalhos e Dias e Teogonia*, surgindo como um perfeito legislador em nome das musas. Hesíodo é um ordenador do *Khaos*, da massa confusa: transformando-a, faz de Zeus a divindade maior que evolui das trevas para a luz. [23] Hesíodo relata os casamentos divinos do grande regente com divindades femininas e, num processo que reflete a própria transformação do inconsciente coletivo, o Deus emerge transformado desses *coniuctios*, dos quais incorporava atributos que lhe conferiam aspectos crescentes de maturidade. A transformação de Zeus refletia a transformação da cultura helênica.

Zeus casou-se com *Têmis*, deusa da justiça divina, e gerou as *Horas*, tidas como os frutos gloriosos da Terra. *Têmis* é considerada como a lei da natureza, da norma e da boa convivência, principalmente entre seres de sexos diferentes, sejam eles divinos ou humanos. *Têmis* é a que congrega os homens e os deuses em assembléias (*ekklsia - ekklésia*). As *Horas*, filhas divinas de Zeus e *Têmis*, assinalam o momento correto. As *Horas* não traem e não enganam nunca. São

---

[21] Cf. Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*, v. II, pp. 95 e 96; Ésquilo. *Orestéia, passim.*
[22] Cf. Arnold J. Toynbee. *Helenismo, História de uma Civilização, passim.*
[23] Junito de Souza Brandão. *Mitologia Grega*. Vol. I, p. 161.

havidas como criaturas verazes. As *Horas* se expressam segundo três configurações: *Eunomia*, representando a Ordem Legal; *Diké* (ou Dice) como a justa retribuição; Irene como a que representa a Paz. [24]

Diké e *Têmis* se confundem em suas representações e, algumas vezes, *Diké* emerge como a hipóstase mais representativa de *Têmis*. Quando *Têmis-Diké* é desrespeitada, surgem as *Nêmesis*, ou as deusas vestidas de branco, configurando a raiva justa contra os que violaram a ordem da natureza. As *Nêmesis* representavam a justiça retributiva e eram incumbidas do restabelecimento do equilíbrio violado pela prática do crime (*hýbris*). [25]

Quando *Têmis*, a do bom conselho, é desprezada, as *Nêmesis* surgem aladas, acompanhadas de *Edo*, a vergonha, para punir os homens. Segundo Hesíodo, as *Nêmesis* e *Edo*, *Temis* e *Diké* abandonariam a civilização no final dos tempos, em decorrência de comportamentos antiéticos por parte dos homens. E diz mais, que *Diké* já teria saído da Terra passando a integrar a constelação de *Virgo*.

Simbolicamente um Zeus psíquico e pleno de atributos emerge, e o divino progride em busca da *justiça-Diké*. Junito Brandão, citando Lesky, afirma que "existe um caminho ascendente para a ordem estabelecida por Zeus, que é o triunfo da justiça". [26]

Segundo Junito Brandão, no segundo poema *Trabalhos e Dias*, Hesíodo compõe o texto revestindo-o de caráter ético, ligando duas leis fundamentais: necessidade de trabalhar e dever de ser justo. Trabalho e Justiça jamais poderiam se separar, pois a falta do primeiro geraria violência e injustiça. [27] Hesíodo escreve *Trabalhos e Dias* na forma de uma história onde o interlocutor é seu próprio irmão *Perses*, que havia roubado Hesíodo quando da divisão da herança recebida do pai. *Perses* experimentou a miséria e buscou ajuda do irmão que, a par de acolhê-lo, incita-o a seguir o caminho do trabalho e assumir a responsabilidade de seus atos.

Os textos gregos surgidos a partir de Hesíodo denotam o início de um tempo novo da dinâmica da consciência, de cunho patriarcal, anunciada pela emergência do herói conquistador e da heroína acolhimento. Tal dinâmica, "regida pelo arquétipo do Pai, estabelece um código no qual a ordem, o dever e a honra são realidades incontestáveis e norteiam a relação entre os humanos. O código não aceita exceções nem pode ser alterado sem anuência do coletivo. A ordem determina que a vida é soberana dentro da tribo, estabelece discriminação dos limites, estipula a hierarquia dos cargos e declara a assimetria das relações; o dever estabelece a obrigatoriedade do cumprimento de tarefas como realidade imposta pela ordem vigente; a honra define a probidade dos homens que, reconhecidos pelos seus feitos e méritos, devem ser respeitados por todos sem contestação. Dessa forma, crime é tudo quanto ultrapassa a medida do que está

[24] *Ibid.*, p. 33.
[25] *Ibid.*, p. 232.
[26] *Ibid.*, p. 163.
[27] *Ibid.*, p. 163.

previsto pelo limite da lei ou do código, código esse estatuído por um conjunto de normas e regras decorrentes do *ethos* coletivo". [28]

As composições literárias de HOMERO e HESÍODO, que retratam a dinâmica do novo tempo da consciência, constituem, inegavelmente, fonte de expressão da sabedoria do coletivo. O poeta é o vate, que decodifica o símbolo para a consciência, concorrendo para a estruturação de tempos novos. Apesar da cultura grega cultuar o progredir do coletivo exortando o comedimento de todos, as obras literárias apontam também para a importância do acolhimento das regras, para o respeito ao *éthos* e falam da necessidade do indivíduo assumir a responsabilidade diante de seus atos. A individualidade com as características de reflexão, próprias da dinâmica apolínea, começa a se estruturar em definitivo.

Os descomedimentos, tão presentes nos cultos orgiásticos dionisíacos, foram progressivamente substituídos pelo culto à regra estabelecido na religião de Apolo. Encimando o oráculo de Delfos, a inscrição *Gnoth s'auton, meden agan*, "conhece-te a ti mesmo mas não em demasia", é a máxima apolínea. Conhecer-se a si mesmo é uma necessidade do homem, mas o deus Apolo adverte: não em demasia, ou seja, não queira ser deus, não ultrapasse o interdito, pois se o fizer estará sujeito às leis maiores do próprio divino. A *hýbris* ou a *demesure* ou o descomedimento está interditada ao homem. E cada vez mais a consciência coletiva estrutura a certeza de que as tragédias existem como decorrência de nossos próprios atos, ensinamento presente nas peças gregas, escritas no século V a.C, pelos três maiores trágicos da Antiguidade: ÉSQUILO, SÓFOCLES e EURÍPEDES.

ÉSQUILO, com sua trilogia *Orestéia*, deixa clara a condição do nascer de um tempo novo: Orestes, matricida, que cometeu o maior de todos os crimes para a antiguidade grega, é julgado pelo primeiro júri popular mítico instituído, regido por Apolo, com *Athená* aliada à defesa do herói, instituindo a máxima que se traduzirá como um dos fundamentos da Justiça: *in dubio pro reo*.

Athená (Minerva romana) declara seu voto, mesmo antes do julgamento, afirmando que se houver empate entre os jurados, decidirá em favor de Orestes. As *Fúrias*, presentes no julgamento, ensandecidas com o crime, pedem a condenação do herói, exigindo que seu sangue seja derramado para vingar a morte da mãe Clitemnestra. *Athená*, em sua apologia às *Erínias*, exorta-as a mudanças, alertando que os tempos são outros e que se elas não forem cultuadas deixarão de existir. As *Fúrias*, diante da ameaça de esquecimento, deixam de ser deusas da vingança, transformando-se em *Eumênides* ou em bem-aventuranças, protetoras da raça humana. Mesmo absolvido do crime de morte, Orestes precisará cumprir ritos purificatórios. ÉSQUILO, na estrutura literária de suas peças, mantém a argumentação de personagens submetidos ao destino prescrito pelos deuses, numa luta insana para fugir às tramas dos desatinos divinos.

---

[28] MARIA ZELIA DE ALVARENGA, *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, p. 139.

Sófocles surge no cenário público, após alguns anos, apresentando o homem com seus conflitos subjetivos, numa eterna busca pela verdade: *Édipo Rei* e *Antígona* são exemplos dessa assertiva. A mais elegante e criativa de todas as peças remanescentes de Sófocles, *Antígona*, foi escrita para exortar a heroína contestadora da lei imposta pelo Estado que a impedia de enterrar o irmão Polínice, morto como inimigo. A heroína invoca seu direito de dar ao irmão o ritual fúnebre sem o que sua alma, *eidola*, vagaria errante, sem encontrar o caminho dos Ínferos, região dos mortos. Antígona, inconformada com o que lhe é negado, joga terra sobre o corpo do irmão, ritualizando seu enterro. Assume a responsabilidade pelo ato e é condenada à morte por tal comportamento, sendo emparedada viva. O rei Creonte, que a julgou, arrepende-se quando questionado pelo próprio filho Hêmon, que irá se matar ao saber que a amada Antígona está morta. Creonte tenta reverter sua decisão, mas já não há mais tempo: o cadáver de Hêmon jaz ao lado do túmulo da amada Antígona. A heroína morreu por princípios e valores nos quais acreditava: os personagens da peça passam a exprimir a força da individualidade. O indivíduo emerge com nome próprio. [29]

Eurípides, o terceiro dos grandes trágicos, escreveu sobre as emoções que povoam a alma de todos nós, denunciando com clareza inconteste que os desatinos da vida são decorrentes de nossos próprios conflitos. Em sua peça *Medéia*, a protagonista clama no seu desespero: "compreendo o crime que tenho a audácia de praticar, mas a paixão é mais forte do que a razão e é ela que causa as maiores desgraças para os mortais". [30] Os seres humanos, hipostasiados pelos seus personagens míticos, clamam por vingança, e com esse comportamento intempestivo as tragédias se consumam. Em outras palavras: quando os homens são tomados pela emoção, objetivam a vingança e cometem desatinos que configuram tragédias.

Como se conclui pela evolução mítico-histórica da Grécia antiga, o Estado que permanecer preconizando a lei do Talião manterá a mesma propositura primitiva e sombria da Idade Média grega, contestada pela formulação apolínea dos tempos novos, na qual a pena de morte, como reflexo de uma justiça retributiva, não encontra espaço.

A morte do homicida não traz de volta a *areté*, ou seja, a excelência daquele que morreu, e a *timé*, o direito de ser honrado. Ambas as virtudes, *areté* e *timé* permanecem, sendo da competência dos que ficam cultuá-las como valores imortais. Hoje, mais que nunca, somos todos "irmãos" simbólicos da grande família que habita a mesma Terra Mãe. O homicida é um maldito porque infringiu a lei divina e não compete ao homem infringir a mesma lei decretando a morte do outro, num contexto de vingança.

A lei do Talião exorta à reciprocidade. A lei de Apolo exorta à reflexão. A reciprocidade da justiça, vingança pelo sangue derramado, invocada nas

[29] Sófocles. *Antígona*.
[30] Eurípedes. *Medeia*, p. 48.

Suplicantes ou em *Hécuba*, textos de EURÍPIDES, não aplaca a dor do luto dos que perderam entes queridos. O culto aos mortos, até os dias de hoje, é da competência dos que ficam: lembrá-los é rememorar seus feitos e manter sua glória.

2. A Contestação da Pena de Morte na Democracia Moderna.

Na democracia de Atenas, preconizada por Péricles, não havia o reconhecimento dos direitos individuais na formação filosófica e política, embora os governantes fossem escolhidos pelos cidadãos, excluídos dessa categoria os escravos e os estrangeiros. A liberdade política limitava-se à participação dos cidadãos nas funções públicas e nas assembléias populares. Não eram, contudo, reconhecidos como portadores de direitos subjetivos fundamentais. Não possuíam a liberdade individual nem a igualdade civil. A idéia de democracia restringia-se à participação política do cidadão na *Polis*, sem reconhecimento da qualidade individual, considerada desprovida de valor essencial.

Não havia liberdade dos cidadãos na esfera da vida privada. Como realçado nas *Leis* por PLATÃO: "aquele que tencione dar a uma Cidade leis que disponham sobre a conduta dos cidadãos no exercício das funções públicas e oficiais e julgue não ser preciso regular os atos privados; aquele que permita a cada um passar como entende seus dias, e, em vez de sujeitar tudo a uma regra, deixa os negócios privados seguirem o seu curso livres de qualquer lei... esse labora em erro". [31] Como conclui JOSÉ RENATO NALINI, "a esfera de autonomia individual era desconhecida dos antigos. Daí falar-se em liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, análise devida a BENJAMIM CONSTANT. No pensamento político grego, a personalidade humana só poderia se desenvolver na plenitude possível, quando integrada e subordinada ao Estado. A liberdade seria a participação na vida da *polis*. Tanto assim, que ARISTÓTELES e PLATÃO igualmente justificavam a existência de escravos. Já para os modernos, a liberdade é a realização na existência individual". [32]

Outra é a concepção da democracia moderna, na qual o conceito de cidadania ultrapassa a titularidade de direitos políticos, não se limitando à participação do povo na coisa pública, mas no completo desenvolvimento do Estado Democrático, consubstanciado na garantia geral dos direitos fundamentais do homem, como diz JOSÉ AFONSO DA SILVA. [33] Com base nesses direitos, erigidos a dogmas constitucionais, entre os quais o da inviolabilidade da vida humana, diversos países aboliram a pena de morte nas últimas décadas. Na Europa ocidental, nenhum país a possuí no direito comum.

---

[31] *apud* JEAN-JACQUES CHEVALLIER. *História do Pensamento Político*, t. 1, p. 71.
[32] JOSÉ RENATO NALINI. *Constituição e Estado Democrático*, p. 75.
[33] JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 121.

A transformação da concepção de democracia antiga em moderna ocorreu, de forma marcante, a partir do triunfo do individualismo preconizado pelo Iluminismo do século XVIII. A filosofia das luzes deu caráter universal ao reconhecimento da autonomia do homem e aos direitos naturais a ele inerentes dentre os quais, o direito à vida. Na lição de SÉRGIO PAULO ROUANET, "o Iluminismo visa a emancipação de todos os indivíduos, independentemente de raça, gênero e nacionalidade, na tríplice dimensão da economia, da política e da cultura. Noutras palavras, em sua busca de autonomia o Iluminismo é universalista em sua abrangência e individualizante em seu foco. Seu horizonte é a humanidade inteira. E, enquanto titulares de direitos, os seres humanos devem ser emancipados como indivíduos e não como membros de uma cultura ou de uma nação". (34)

Na visão de ROUANET, o ideal universalista do Iluminismo desemboca na concepção de uma democracia mundial, que "supõe uma comunidade mundial composta de cidadãos livres e iguais, titulares dos mesmos direitos, independentemente de sua nacionalidade e de sua etnia. Seguindo a lição de filósofos como ISAIAH BERLIN e NORBERTO BOBBIO, os defensores dessa concepção encaram com ceticismo a noção de direitos coletivos, na medida em que eles possam colidir com os direitos fundamentais do homem". (35)

A tendência da universalização concreta da defesa dos direitos fundamentais do homem se fez sentir a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional tomou ciência das atrocidades cometidas durante os conflitos, principalmente o holocausto. A comunidade internacional, então, percebeu a necessidade de serem elaborados vários tratados de proteção aos direitos humanos, com destaque para Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948. Os pactos e convenções elaborados na segunda metade do século XX reforçaram a exigência de prevalência da proteção dos direitos fundamentais individuais sobre os direitos fundamentais coletivos, em prol da própria humanidade.

Não é outra a lição de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, para quem "o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva". (36)

Embora a pena de morte ainda não tivesse sido abolida no Estado de Virgínia, não obstante já tivesse ocorrido em outros Estados Norte Americanos, acertada a denegação da extradição de Jens Soering por parte da Corte, amparada na Convenção Européia de Direitos Humanos, porquanto na interpretação dos

(34) SÉRGIO PAULO ROUANET. *A Morte e o Renascimento das Utopias*, p. 16.
(35) *Ibid.*, p. 16.
(36) ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, p. 4.

tratados e pactos internacionais, não se pode invocar o dogma da soberania de um Estado, mesmo democrático, quando se trata de questões afetas à proteção dos direitos fundamentais do homem. Esse o pensamento de Antonio Augusto Cançado Trindade: "No processo de interpretação dos instrumentos de proteção internacional, como dos tratados em geral, não tem havido – como não poderia haver – lugar para a invocação do dogma da soberania: também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no exercício pleno de sua soberania, e na livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida – como não o poderia ser – como um abandono da soberania". [37]

Além dos pactos e tratados de direitos humanos, o recém criado Tribunal Penal Internacional, em conferência realizada em Roma, em 1998, destinado ao processo e julgamento de crimes contra a humanidade, comprova a tendência da globalização da proteção dos direitos fundamentais. Esse tribunal ainda não se encontra em funcionamento, necessitando, para tanto, que um mínimo de sessenta países ratifiquem o tratado no qual foi criado. Entre as penas previstas, o Estatuto do Tribunal Internacional rejeitou a pena de morte. Segundo Sylvia Helena Figueiredo Steiner, "no Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que sem a possibilidade de haver essa pena o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena de morte, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos por seus Estados ratificadas, o que tornaria incompatível a ratificação do Estatuto". [38]

Com efeito, a pena de morte afigura-se incompatível com as disposições expressas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que reconhecem a inviolabilidade da vida humana e propõem medidas aptas a afastar a pena de morte dos ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais ainda não foi abolida.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) não impedia a aplicação da pena de morte, desde que houvesse previsão legal; no entanto, o Protocolo nº 6 à referida Convenção, de 28 de abril de 1983, considerando a tendência dos Estados membros em abolir a pena capital, estabeleceu: "**art. 1º** - A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena nem executado; **art. 2º** - Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para atos cometidos em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena só será aplicada nos casos previstos por essa legislação e em conformidade com as suas disposições. Esse Estado comunicará ao Secretário-Geral do Conselho da Europa as disposições pertinentes da legislação em causa". [39] A Convenção Americana sobre Direitos

---

[37] *Ibid.*, p. 5.
[38] Sylvia Helena Figueiredo Steiner. *O Tribunal Penal Internacional*, p. 105.
[39] Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, p. 451.

Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por sua vez, em seu item 4, que cuida do Direito à Vida, prescreve, em seu artigo 3°, que "não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido".

A pena de morte, sem dúvida, afigura-se ilegítima por atentar contra o princípio de direito fundamental relativo à inviolabilidade da vida, essencial à proteção da dignidade humana. Se o Estado protege a vida humana e considera como crime o homicídio, afigura-se incoerente a presença da pena de morte em seu ordenamento jurídico. Segundo José Rafael Mendoza Troconis, "*si el legislador prohibe matar, i luego establece como sanción del homicidio o de otros delitos, la muerte del homicida o del sujeto activo de los otros hechos punibles, esa contradicción con el principio contiene un vicio de inmoralidad*". [40]

Além de atentar contra a inviolabilidade do direito fundamental à vida, a pena de morte representa uma sanção revestida de crueldade, em desacordo com a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, cujo artigo 3°, no qual foi amparada a decisão denegatória de extradição de Jens Soering, estabelece que "ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Como sublinha Juarez Cirino dos Santos, «a pena de morte é a última modalidade de pena cruel, desumana e degradante da história do direito penal: cruel, pelo sofrimento físico e mental do condenado, sua família e amigos; desumana, pela ruptura de sentimentos mínimos de piedade e de solidariedade entre os homens; e degradante, pelo envilecimento moral e social de seus aplicadores e executores.» [41]

Como comentado em outro estudo, com base nas informações colhidas pela Anistia Internacional,"além da execução em si, a crueldade maior consiste na expectativa da morte infligida ao condenado, que pode durar meses ou anos. Mesmo após a sentença, a angústia provocada por cada etapa do processo de apelação pode deprimir certos prisioneiros a tal ponto que chegam a desistir do recurso e aceitar a execução, como uma forma de suicídio. O isolamento no '*corredor da morte*', às vezes, longo tempo antes da execução, causa a '*morte da personalidade*', com a perda do sentido da realidade, acompanhada de uma degradação física e mental". [42] Essa espécie de tortura psicológica foi descrita por um psiquiatra que se ocupou de prisioneiros do "*corredor da morte*" em Trinidá-e-Tobago. Em sua declaração perante a Suprema Corte daquele país, comentou que "uma prisão em tais condições acarreta alterações psicológicas do tipo eufórico e depressivo. A reclusão prolongada num espaço restrito provoca inevitavelmente uma reação de claustrofobia e conduz freqüentemente à ansiedade crônica e à depressão. Os prisioneiros têm tendência a tornar-se dóceis e, em certos casos, chegam a perder a vontade de viver. A prisão prolongada

---

[40] José Rafael Mendoza Troconis. "*La Denominada Pena de Muerte*", p. 390.
[41] Juarez Cirino dos Santos. "*A Morte da Pena*". In *Folha de São Paulo*, de 15.12.1991.
[42] Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 62. *Apud* Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 68.

numa pequena cela iluminada mesmo à noite pode ser considerada como uma forma de tortura psicológica".[43] Por tais motivos, a crueldade imposta pela condenação à morte não fica elidida nem minimizada com eventual bom tratamento ou boa assistência prisional dispensados aos condenados nas etapas que precedem a execução.

Stamatios Tzitzis sustenta que, se tivesse de priorizar os direitos individuais sobre os coletivos, ter-se-ia de eliminar não só a pena de morte, como a privativa de liberdade, pois ambas violam direitos individuais.[44] De fato, "poder-se-ia afirmar que a de prisão também viola o direito natural de liberdade e, apesar disso, é aceita na totalidade dos países; no entanto, a privação de liberdade só se justifica pela concepção moderna de prevenção específica, voltada para a reeducação do delinqüente, com possibilidades de sua reinscrição social, o que não ocorre com a sanção máxima, cuja única eficácia comprovada é a retributiva".[45] Como adverte Jesús-María Silva Sánchez, "*en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de liberdad – y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal –, no podrá renunciarse a la resocialización*".[46]

A pena de morte, ao contrário da pena privativa de liberdade, se acha em descompasso com o Direito Penal garantista, que encontra seus limites de atuação estatal nos princípios de proporcionalidade, de ressocialização e, principalmente, no de humanidade. A esse respeito, para concluir, as palavras de Miguel Torga por ocasião do centenário da abolição da pena de morte em Portugal: "A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco (...) Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte".[47]

---

[43] Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 63.
[44] Stamatios Tzitzis. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme*, p. 530.
[45] Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 69.
[46] Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 32.
[47] Miguel Torga. *Pena de Morte*, p. 5.

Bibliografia

Alvarenga, Maria Zelia de. "A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado". **In**: *Junguiana – Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica*, São Paulo, n. 18, 2000.

Amnesty International. *La Peine de Mort Dans le Monde*. Paris, Les Éditions d'Amnesty International, 1989.

Brandão, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis, Vozes, v. I e II, 1987.

_____*Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis, Vozes, v. 1, 1991.

Chevallier, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, t. 1, 1982.

Duek Marques, Oswaldo Henrique. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

Ésquilo. *Orestéia*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991.

Eurípedes. *Medeia*. Tradução de Maria da Eucaristia Daniellou. Rio de Janeiro, Universidade Santa Úrsula, 1980.

Nalini, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo, FTD, 1997.

Rouanet, Sérgio Paulo. "A Morte e o Renascimento das Utopias". **In**: *Folha de São Paulo, Caderno Mais!* 25 de junho de 2000.

Sanchez, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992.

Santos, Juarez Cirino dos. "A Morte da Pena". **In**: *Folha de São Paulo*, de 15 de dezembro de 1991.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

Sófocles. *Antígona*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991.

Steiner, Sylvia Helena Figueiredo. "O Tribunal Penal Internacional". **In**: *Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª Região* – nº 41 – janeiro/março de 2000.

Torga, Miguel. "Pena de Morte". **In**: *Pena de Morte – Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra, Gráfica de Coimbra, v. 1, 1967.

Toynbee, Arnold J. *Helenismo, História de uma Civilização*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1983.

TRINDADE, Antonio Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 1991.

TROCONIS, José Rafael Mendoza. *"La Denominada Pena de Muerte"*. In: *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra, Gráfica de Coimbra, v. II, 1967.

TZITZIS, Stamatios. *"Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme"*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, Giuffrè editore, n. 68, julho/Setembro de1991.

(*) MARIA ZELIA DE ALVARENGA é Médica Psiquiatra. Membro Analista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica.

(**) OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES é Procurador de Justiça. Livre-Docente em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



O Brasil e a transferência de pessoas condenadas

(Note: transfer of sentenced persons in Brazil)[1]

Rodrigo de Abreu Fudoli*

Sumário

1. Introdução. 2. Objetivos da transferência. 3. Parâmetros jurídicos aplicáveis à transferência de condenados no Brasil. 4. Requisitos legais. 4.1. Pedido baseado em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento. 4.2. Vínculo pessoal. 4.3. Trânsito em julgado da condenação. 4.4. Restante da pena a cumprir igual ou superior a um ano. 4.5. Dupla incriminação. 4.6. Manifestação expressa de interesse. 4.7. Concordância de ambos os Estados. 5. Tópicos variados abordados nos tratados. 5.1. Pagamento de multas, custas processuais e indenização. 5.2. Penas de morte e de prisão perpétua. 5.3. Revisão da sentença, anistia, perdão ou comutação. 5.4. Investigações e processos em andamento, adolescentes infratores, inimputáveis por doença mental. 5.5. Duplo risco e regra da especialidade. 6. Aspectos procedimentais. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo examina a base jurídica para a transferência de pessoas condenadas no Brasil, à luz da Lei de Migração (Lei Federal n. 13.445/2017), dos tratados celebrados pelo País, de informações fornecidas por agências governamentais, dos objetivos do instituto e de contribuições da doutrina especializada e organizações internacionais.

Abstract

This note addresses the legal basis for the transfer of sentenced persons in Brazil in the light of the Migration Law (Federal Statute n. 13.445/2017), the treaties signed by the State, data provided by governmental agencies, the purposes of the practice, and the contributions of the specialised literature and international organisations.

---

[1] Agradeço ao Prof. Neil Boister, ao Prof. Thiago Pierobom e ao *peer reviewer* pelos comentários e observações sobre o texto. Traduzido do artigo redigido em inglês, publicado originalmente sob o título "Note: transfer of sentenced persons in Brazil", na *Transnational Criminal Law Review*, 2022, *1*(1), 84-95. Disponível em: https://doi.org/10.22329/tclr.v1i1.7484). Adaptado para atender às regras editoriais desta Revista. Ampliado e atualizado à luz de novos tratados celebrados pelo Brasil sobre o tema e da adesão à Convenção de Estrasburgo de 1983.

* Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Aluno do curso de Doutorado da Universidade de Canterbury (Nova Zelândia). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional. Direito. Processo penal. Execução penal. Transferência de pessoas condenadas. Brasil.

Keywords: *Mutual Legal Assistance. Criminal matters. Transfer of sentenced persons. Brazil.*

1. Introdução

Este artigo examina as principais regras nacionais e tratados internacionais sobre a transferência de pessoas condenadas. As previsões de cada uma serão comparadas, à luz da doutrina e de informações fornecidas pelo Governo brasileiro (Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, Ministério da Justiça e da Segurança Pública e Ministério das Relações Exteriores), inclusive em resposta a requerimentos formulados pelo autor, com base na Lei de Acesso à Informação.

O principal argumento é o de que a prática sob enfoque poderia ser potencializada a partir de intensificação de contatos com brasileiros presos no exterior e padronização de cláusulas existentes em tratados celebrados pelo Brasil.

Inicialmente, o trabalho analisa os objetivos da transferência de pessoas condenadas para outro Estado, abordando algumas diferenças entre este e outros instrumentos de cooperação jurídica internacional e de remoção forçada de uma pessoa de um Estado. Na parte seguinte, descrevem-se os principais documentos jurídicos internacionais e nacionais, especialmente os requisitos da Lei de Migração brasileira e dos tratados. A próxima seção aponta as etapas processuais para a transferência. Na conclusão, apresentam-se sugestões para consideração em futuros tratados, com vistas à intensificação do instituto da transferência.

Um efeito colateral da globalização das relações humanas e do crime é o número considerável de pessoas presas por crimes em Estados estrangeiros. Em 2020, por exemplo, 13 países (Mônaco, Emirados Árabes Unidos, Catar, Luxemburgo, Suíça, Macau, Andorra, Gâmbia, Liechtenstein, Guiana Francesa, Samoa Americana, Grécia e Malta) tinham entre 50% e 100% de sua população prisional composta por estrangeiros. Estrangeiros representavam entre 30% e 50% da população na prisão em outros 17 Estados.[2] Em dezembro de 2019, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro registrava 4.982 nacionais sob custódia fora do País; em dezembro de 2020, o número era de 3.138; em dezembro de 2021, a quantidade saltou para 6.364 (mais do que o dobro do ano anterior). Aproximadamente metade deles estavam presos

[2] INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. World Prison Brief. *Highest to Lowest – Foreign prisoners (percentage of prison population)*, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

em quatro Países: nos Estados Unidos da América, na Espanha, no Paraguai e em Portugal.[3] Por outro lado, em 2021, havia 2.104 estrangeiros presos no Brasil.[4]

Embora a transferência tenha relevância prática e seja uma ferramenta importante de cooperação jurídica internacional, com literatura abundante em outros Países, os estudos sobre a transferência são escassos no Brasil, predominando textos anteriores à edição da Lei Federal n. 13.445/2017 – Lei de Migração.[5] De 1998 a 2021, o País implementou 404 transferências de condenados, das quais 176 foram transferências passivas (para outro País) e 228 ativas (para o Brasil). Os números mais altos foram detectados entre 2011 e 2016. A Espanha lidera, numericamente, tanto a origem como o destino dessas transferências.[6]

Justificam o estudo da transferência de pessoas condenadas: i) a constatação de que é significativo o número de brasileiros presos no exterior, se comparados ao baixo número de transferências implementadas ao longo dos anos; ii) a insuficiência de material acadêmico sobre o assunto.

2. Objetivos da transferência

A transferência de uma pessoa condenada do Estado da condenação (ou "remetente") para cumprimento da pena no Estado da execução (ou "recebedor" ou "da administração") é um mecanismo de cooperação jurídica internacional desenhado para auxiliar a reabilitação do condenado e satisfazer funções humanitárias.

Em primeiro lugar, a transferência de pessoas condenadas fortalece a cooperação jurídica internacional, contribuindo para a adequada administração da Justiça[7] e, permitindo ao Estado da execução o adequado planejamento da chegada e da vida do condenado depois do cumprimento da pena.[8] Além disso, há,

---

[3] De acordo com um relatório intitulado *Presos Brasileiros no Exterior – Ano 2020 – Compilação*, 1.817 pessoas estavam cumprindo suas penas. Os demais estavam em prisão preventiva (984) ou aguardando deportação (337). "E-mail" do Ministério das Relações Exteriores ao autor, datado de 1° de fevereiro de 2022. Vide ainda https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/brasileiros-presos-no-exterior-de-2010-a-2021/, Acesso em: 22 de dezembro de 2022.

[4] BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *População de Estrangeiros*, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzJjNWUzNDMtNTM1OC00ZWY5LThmNTItZjc4N2I1MjA3YmNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

[5] Vide as contribuições de SOUZA, Arthur de Brito Gueiros de. *Presos estrangeiros no Brasil*, 2007; LEÃO, André Carneiro. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana*, 2013; ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*, 2013; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Cooperação internacional na execução da pena*, 2008; GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado*, 2017 e CARNEIRO, Tácio Muzzi Carvalho e. *Os mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova lei de migração*, 2017.

[6] "E-mail" do Ministério da Justiça e da Segurança Pública ao autor, datado de 26 de janeiro de 2022. (Informação n. 2/2022/CETPC/DRCI/SENAJUS)

[7] FINKELSTEIN, David S. *Ever Been in a [Foreign] Prison?*, 1997, p. 127.

[8] Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, 2012, 13-14.

na transferência, um sentido prático: reduzem-se os custos administrativos adicionais decorrentes do encarceramento de muitos prisioneiros estrangeiros.[9]

Diferentemente do que ocorre com a deportação, a expulsão, a proibição de reingresso e a extradição, a prática da transferência também atende a metas de reabilitação e humanitárias. A retribuição proporcional à ofensa já terá sido alcançada por meio da sentença no processo de conhecimento, abrindo espaço para a reabilitação.[10] Nesse sentido, a transferência permite ao condenado buscar a reconstrução de sua vida após a execução da pena, em um local no qual possua laços sociais, culturais e familiares.

O procedimento ainda evita a detenção em um ambiente potencialmente hostil e discriminatório, onde é possível que o preso fique impedido de se beneficiar de direitos penitenciários e pós-penitenciários disponíveis aos condenados nacionais do Estado da execução.[11] Transferir uma pessoa condenada para o seu local de origem também viabiliza a sua empregabilidade futura – um potencial atalho para o livramento condicional ou a progressão de regime – e acesso a aconselhamento jurídico.[12]

Ademais, a reintegração social de um condenado estrangeiro (oriundo do Estado diverso daquele que o condenou) pode se revelar uma meta inatingível, já que, uma vez cumprida a pena, a pessoa provavelmente será deportada, cessando sua conexão com aquele ambiente social.[13] E o condenado estrangeiro pode ser duplamente estigmatizado: por ter sido condenado criminalmente e por ser considerado um indivíduo que desrespeitou as regras básicas da comunidade em que vivia, na qualidade de forasteiro. A reabilitação e a verificação das necessidades do condenado fora de seu próprio País podem se mostrar difíceis, em virtude do risco de as autoridades não analisarem os casos à luz das especificidades do caso concreto.[14]

Por isso, para além do objetivo de reintegração social, existem também fundamentos humanitários para a transferência de criminosos. Os considerandos do Acordo-Modelo das Nações Unidas sobre a Transferência de Presos Estrangeiros mencionam as "diferenças relacionadas à língua, à cultura, aos costumes e à religião" entre os fatores com potencial impacto no agravamento das condições de cumprimento da pena, amplificando as restrições deletérias decorrentes do encarceramento. Isso é especialmente verdadeiro: i) em prisões precárias e em regimes severos de cumprimento de pena; ii) sob condições como gravidez, doença ou higiene

[9] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 15; PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. *The United States treaties on transfer of prisoners*, 1986, p. 859.
[10] UNODC. *Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners*, 2006, p. 9-10. Veja ainda a Decisão-Quadro do Conselho da Europa 2008/909/JHA sobre a aplicação do princípio do mútuo reconhecimento de decisões em matéria criminal na União Europeia, preâmbulo, item 9. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806f3dfd>.
[11] GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 169; FARALDO-CABANA, Patricia. *Transferring non-consenting prisoners*, 2020, p. 62.
[12] FINKELSTEIN, David. Ob. cit., p. 127; ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 358.
[13] SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 256–258.
[14] MARTUFI, Adriano. *Assessing the resilience of "social rehabilitation" as a rationale for transfer*, 2018, p. 45.

inadequada nas instalações carcerárias e iii) nos casos em que o condenado sustentava financeiramente membros da família que permaneceram no País de origem.[15]

3. Parâmetros jurídicos aplicáveis à transferência de condenados no Brasil

A Constituição da República de 1988 lista a dignidade humana entre os fundamentos do Estado[16] e reputa os direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dois de seus princípios referentes às relações internacionais.[17] Instrumentos da Organização das Nações Unidas (ONU) que recomendam a transferência de pessoas condenadas foram incorporados à lei brasileira.[18] Entretanto, foi apenas em 2017 que a transferência de presos foi plenamente regulamentada em lei, com a edição da Lei de Migração,[19] à qual se seguiram o Decreto n. 9.199/2017[20] e a Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Antes de 2017, no entanto, a transferência já era possível, com base em tratados unilaterais ou multilaterais. O Brasil celebrou, desde a década de 1990 até o final de 2022, 19 tratados bilaterais (com Argentina, Bélgica, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Holanda, Índia, Japão, Marrocos, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Reino Unido/Irlanda do Norte, Suíça, Suriname, Turquia e Ucrânia).[21]

O primeiro desses tratados foi assinado em 1992 com o Canadá, sob forte controvérsia. Em 1989, dois canadenses e outros estrangeiros praticaram extorsão mediante sequestro contra Abílio Diniz, conhecido empresário brasileiro, e foram condenados criminalmente. Depois de pressões políticas e diplomáticas do Canadá, esse Estado concluiu com o Brasil tratado de transferência de sentenciados. A opinião pública brasileira enxergou na transferência uma forma de libertar prematuramente os condenados. O então Presidente da República, Itamar Franco, se recusou a confirmar a validade do tratado. Seu sucessor, Fernando Henrique Cardoso, assinou o documento,[22]

---

[15] UNODC. *Handbook*, ob. cit. p. 11-12. Vide também SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 256-258 e FARALDO-CABANA, ob. cit., p. 6.
[16] Art. 1º, § 3º.
[17] Art. 4º, § § 2º e 9º.
[18] Vide o § 1º da Resolução 13, Transferência de sentenciados, 6º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime Tratamento de Criminosos, 1980, A/CONF.87/14/Rev.1; o art. 6º, item 12, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – 1582 UNTS 95 (adotada em 20 de dezembro de 1988 e em vigor em 11 de novembro de 1990, sendo ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 154/1991); os arts. 57-60 do Acordo-Modelo das Nações Unidas sobre a Transferência de Presos Estrangeiros, de 1985 – A/CONF.121/22; o art. 17 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – 2225 UNTS 209 (adotada em 15 de novembro de 2000 e em vigor em 29 de setembro de 2003, ratificada pelo Brasil via Decreto n. 5.015/2004) e o art. 45 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – 2349 UNTS 41 (adotada em 31 de outubro de 2003, em vigor a partir de 14 de dezembro de 2005, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006).
[19] Lei Federal n. 13.445/2017, arts. 103-105.
[20] Vide arts. 285-299.
[21] Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 26 de abril de 2022. Outros tratados, anteriormente assinados com Portugal, Moçambique e Angola, foram substituídos pelo tratado multilateral com os países de língua portuguesa. (art. 19, I)
[22] ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 362; GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 199-204.

que foi incorporado ao Direito interno em 1998. Pode-se presumir que o que levou o Brasil a se opor inicialmente ao tratado foi a presunção de que as sanções criminais têm natureza retributiva.[23]

Além dos tratados já citados e vigentes, vários pactos bilaterais (com Equador, Benim, Itália, Alemanha, Emirados Árabes Unidos, China, Camarões, Cazaquistão, Irã, Venezuela e Síria) estão em diferentes estágios de negociação diplomática.[24] Outros (El Salvador e Lituânia)[25] aguardam aprovação do Congresso Nacional.

Acrescenta-se que, até 2022, o Brasil era signatário de quatro tratados multilaterais, vigorando sobre o tema: a Convenção Interamericana Sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, de 1993 (Convenção de Manágua);[26] a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, de 2005 (Convenção de Praia);[27] o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul, de 2004 (Acordo de Belo Horizonte) e o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul com a República da Bolívia e a República do Chile, de 2004 (Acordo de Belo Horizonte).[28]

A esses quatro tratados multilaterais somou-se um quinto. O Brasil recebeu convite do Conselho da Europa para aderir à Convenção de Estrasburgo sobre Transferência de Pessoas Condenadas (adotada em 28 de março de 1983 e em vigor desde 1° de julho de 1985). O convite foi aceito e, com a aprovação pelo Congresso Nacional, por meio da edição do Decreto Legislativo n. 134/2022, a Convenção de Estrasburgo entrará em vigor, no Brasil, no primeiro dia do mês seguinte ao termo final do prazo de três meses após a data do depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral do Conselho da Europa. É importante destacar que, no âmbito europeu, a Convenção de Estrasburgo foi substituída pela Decisão-Quadro 2008/909/

---

[23] FINKELSTEIN, David. Ob. cit., p. 159, nota que o argumento mais forte contra os tratados de transferência é a relevância dada ao papel retributivo da sanção penal. Nesse contexto, a transferência removeria a relevância do Estado da condenação na execução da punição aplicada, em detrimento dos interesses da população local, especialmente quando se trata de um criminoso eventual condenado por crimes hediondos. No entanto, o autor discorda dessa perspectiva, seja porque tais crimes muito graves são menos comuns, quer porque o órgão responsável pela decisão sobre a transferência pode indeferi-la sob o fundamento da necessidade de execução da pena na região da própria comunidade que sofreu o impacto do crime.

[24] Informações extraídas de Castilho, Ela Wiecko Volkmer de. Ob. cit., p. 239, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, disponíveis em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560776578.09>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022 e do Ministério das Relações Exteriores, dados disponíveis em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12516?tipoPesquisa=2&TituloAcordo=transfer%C3%AAncia&TipoAcordo=BL>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

[25] Informações disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecifica=true&q=transfer%C3%AAncia%20de%20pessoas%20condenadas&tipos=PDL>. Acesso em: 2 de janeiro de 2022.

[26] Celebrada em 9 de junho de 1993, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 293/2006, ratificada pelo Brasil em 2001, em vigor no País desde 26 de maio de 2001 e promulgada pelo Decreto n. 5.919/2006.

[27] Celebrada em 23 de novembro de 2005, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 174/2009, em vigor no Brasil desde 1° de agosto de 2009 e promulgada pelo Decreto n. 8.049/2013.

[28] Celebrados em 16 de dezembro de 2004, aprovados pelo Congresso Nacional pelos Decretos Legislativos n. 291/2007 e n. 148/2011 e promulgados pelos Decretos n. 8.315/2014 e n. 9.566/2018.

JHA, do Conselho da Europa,[29] que se aplica apenas aos cidadãos da União Europeia e a estrangeiros residindo nos Estados-Membros. Assim, conforme o art. 26, item 1, da referida Decisão-Quadro, a Convenção de Estrasburgo permanece aplicável nas relações entre os Estados-Membros da União Europeia e terceiros, caso do Brasil.

Esses tratados tipicamente obrigam cada Estado-parte à cooperação mútua, sob as condições pactuadas, para viabilizar a transferência da pessoa condenada. Como o Brasil integra múltiplos tratados, é possível que haja mais de um deles em vigor com o mesmo Estado, o que, no entanto, não é considerado problemático pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). Isso porque os Estados podem eleger a aplicação de um acordo em detrimento do outro, especialmente os tratados bilaterais (mais específicos) em prevalência sobre as convenções multilaterais (mais amplas e flexíveis).[30]

A análise técnica dos processos de negociação e de expansão da rede de tratados internacionais sobre a transferência de sentenciados é conduzida pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública e pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme o Decreto n. 9.199/2017 (art. 285, § 3°).

Para vigorar no Brasil, o tratado de transferência de condenados precisa ser assinado pelos Estados envolvidos, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado e promulgado pelo Presidente da República.[31] O Supremo Tribunal Federal entende que tratados internacionais sobre direitos humanos – é o caso dos tratados de transferência de sentenciados, na nossa concepção – ostentam "status" normativo supralegal,[32] hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais, caso aprovadas por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (art. 47 da Constituição da República). Os tratados atualmente em vigor no Brasil seguiram esse trâmite legislativo, razão pela qual têm o "status" supralegal. Portanto, prevalecerão em caso de aparente conflito de normas com a Lei de Migração.

4. Requisitos legais

4.1. Pedido baseado em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento

Este requisito consta do art. 103, *caput*, da Lei de Migração; dos arts. 285, *caput*, e 294, do Decreto n. 9.199/2017 e do art. 3°, da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

---

[29] EUROPEAN JUDICIAL NETWORK. *Handbook on the Transfer of Sentenced Persons and Custodial Sentences in the European Union*, 2019. Disponível em: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/3118>.

[30] Manual do UNODC, ob. cit., p. 21.

[31] Art. 84, VIII, da Constituição da República.

[32] Recurso Extraordinário n. 466.343, j. 03.12.2008. Rel. Min. Cezar Peluso.

O pedido de transferência pode se basear em um tratado ou em promessa de reciprocidade de tratamento. O Brasil já prometeu transferir condenados sob o regime de reciprocidade, sem tratado, com a Alemanha, Israel, Noruega, Hong Kong, Geórgia e Jordânia.[33] Nesses casos, o Ministro das Relações Exteriores requer a reciprocidade, a pedido do Ministro da Justiça.

De maneira similar, também são válidos os tratados formalizados antes da Lei de Migração (2017).[34]

4.2. Vínculo pessoal

O requisito aparece na Lei de Migração (art. 104, I; art. 293, I e art. 298, I); no Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, I e art. 298, I) e na Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8º, I e art. 16, I). A maioria dos tratados celebrados pelo Brasil exige que o sentenciado seja nacional do Estado que o receberá. No entanto, embora os arranjos para a transferência sejam idealizados, considerando o retorno do estrangeiro ao seu Estado,[35] o termo "nacional" tem sido estendido por instrumentos normativos do Direito Internacional para incluir não nacionais que possuam laços fortes ao Estado da execução da pena ou residência nesse Estado.

Por exemplo, o tratado com o Panamá, a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, os Acordos dos Países do Mercosul e desses com a Bolívia e o Chile e o Acordo-Modelo das Nações Unidas permitem que o sentenciado seja transferido a um País onde tenha residência permanente e habitual ou vínculos familiares.

Nesse mesmo sentido, a Lei de Migração não estabelece como requisito para a transferência que o condenado ostente a nacionalidade do Estado em cujo território ele pretenda cumprir a pena: basta a *residência habitual* ou *vínculo pessoal (...) que justifique a transferência*.

Ilustrando como o termo "nacional" pode ter distintos significados, no cenário europeu, alguns Estados, fazendo uso da prerrogativa prevista na Convenção de Estrasburgo,[36] optaram por adotar a definição de nacionalidade de seu Direito local; ou então alargaram a definição para incluir o cônjuge de cidadãos do Estado da administração da pena; ou com vínculos tidos com aceitáveis por aquele Estado; ou ainda que fossem nacionais ao tempo do cometimento do delito; ou com dupla nacionalidade – se uma delas é do Estado da execução da pena; ou que perderam a nacionalidade em decorrência de guerra; ou mesmo apátridas.[37]

---

[33] "E-mail" do Ministério da Justiça e da Segurança Pública ao autor, cit.
[34] CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Ob. cit., p. 242, argumenta que a falta de previsão do Código Penal não constitui obstáculo para a transferência de pessoas condenadas, já que a base formal para a adoção de tal prática é a existência de tratados internacionais (ou, acrescentamos, a promessa de reciprocidade).
[35] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 9.
[36] Art. 3º, item 4.
[37] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 29-30.

A Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa (que substituiu a Convenção de Estrasburgo), de forma similar, refere-se ao lugar ao qual o condenado é vinculado em razão de residência habitual, existência de laços familiares ou vínculos profissionais.[38]

O tratado entre Brasil e Japão também autoriza transferência sempre que a lei japonesa a permitir,[39] independentemente da nacionalidade do condenado.

Aderindo à posição externada por alguns autores, defende-se, aqui, para fins da transferência, a concepção alargada da nacionalidade, baseada na ligação afetiva do condenado com o país em que ele tem a intenção de cumprir a pena. Tal interpretação permite até mesmo que os apátridas se beneficiem da transferência.[40] Além disso, se o condenado estrangeiro tiver raízes em outro Estado com uma ocupação estável e uma família, a imposição do critério da nacionalidade seria discriminatória e contrária aos objetivos da realocação.[41] Consequentemente, nada deveria impedir o Estado de levar em conta a "nacionalidade sociológica" para fins de transferência de pessoas condenadas.

No procedimento administrativo que precede a transferência, é necessário apresentar documentos, demonstrando a nacionalidade ou, conforme o caso, a residência habitual ou outra forma de vínculo. O Ministério da Justiça poderá auxiliar o condenado a produzir tal prova.[42]

4.3. Trânsito em julgado da condenação

A exigência consta da Lei de Migração (art. 104, II; art. 293, II e art. 298, II), do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, II e art. 298, II) e da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8º, II e art. 16, II).

A imutabilidade da sentença condenatória como requisito para a transferência deriva da obediência ao princípio da presunção da não culpabilidade. Trata-se de princípio constitucional, no Brasil[43] e em outros países. Todos os tratados bilaterais a quase todos os multilaterais (exceto um) assinados pelo Brasil repetem a exigência, assim como o faz o art. 10, do Acordo-Modelo das Nações Unidas. Uma cópia da sentença e o certificado do trânsito em julgado devem ser apresentados para demonstrar que a sentença é irrecorrível. Se ainda não houve julgamento definitivo, o procedimento para a transferência será suspenso.[44]

No entanto, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior exige apenas que não haja pendência de recursos ordinários contra

[38] Art. 4º.1 e Considerando n. 17.
[39] Art. 3º, item 1.
[40] GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 258-62.
[41] MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, 2001, p. 37.
[42] Portaria n. 89/2018, arts. 7°, II, 15, II, e 16, I.
[43] Constituição da República, art. 5º, LVII.
[44] Decreto n. 9.199/2017, arts. 293, II, e 298, II.

a condenação.[45] Naqueles Estados que não observam os padrões internacionais do devido processo legal, impedir a transferência enquanto recursos extraordinários ainda não tiverem sido apreciados pode constituir uma armadilha para o condenado interessado na transferência,[46] porque o sentenciado poderia ser induzido a abrir mão do direito recursal para se beneficiar, desde logo, com a transferência. Além do mais, ao menos no Brasil, se apenas o condenado interpuser o recurso, a sentença condenatória não pode ser agravada (*non reformatio in pejus*).[47] Sendo assim, à luz dos propósitos de reabilitação da transferência de prisioneiros, propõe-se que a transferência não seja obstaculizada pela falta de trânsito em julgado final, porque ela não é capaz de ameaçar o "*status*" jurídico do condenado.[48]

4.4. Restante da pena a cumprir igual ou superior a um ano

Trata-se de exigência da Lei de Migração (art. 104, III); do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, III e art. 298, III) e da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública (art. 8°, III e art. 16, III).

Estipular um período mínimo para a transferência tem um duplo objetivo. Em primeiro lugar, permite-se a adoção de um programa prisional idôneo a induzir a reintegração social do ofensor da norma penal. Além disso, transferências para cumprimento de penas de pequena duração são operações economicamente custosas para os Estados envolvidos e, devido ao tempo gasto com a burocracia, não acarretam vantagens significativas.[49] O limiar de um ano, além de estar previsto na Lei de Migração, é adotado em vários dos tratados assinados pelo Brasil.

No entanto, alguns desses tratados autorizam a transferência, excepcionalmente, em relação a sentenças que tenham aplicado penas abaixo do patamar de 1 ano. Às vezes, exige-se pena residual de no mínimo seis meses (essa é a recomendação do Acordo-Modelo das Nações Unidas). Em um caso, autoriza-se até mesmo a transferência quando a pena é inferior a seis meses. (Convenção de Estrasburgo, art. 3°, item 1, "c", c/c item 2)

Quanto aos aspectos práticos, uma certidão que ateste a duração da pena remanescente para cumprimento deve ser apresentada para permitir a análise da elegibilidade para a transferência.[50]

[45] Arts. 1º, item 3, e 3º, item 1.
[46] Vide RUEBNER, Ralph; CARROLL, Lisa. *The finality of judgment and sentence requisite in the United States-Peru bilateral prisoner transfer treaty*, 2000, p. 1089. Os autores citados propõem a exclusão dos tratados, da exigência de trânsito em julgado da condenação, evitando-se que julgamentos excessivamente lentos e injustos minem os objetivos da transferência de pessoas condenadas.
[47] Código de Processo Penal, art. 617.
[48] Na mesma linha: GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 263 e LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 207.
[49] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 26.
[50] Arts. 7° e 15 da Portaria n. 89/2018 do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

4.5. Dupla incriminação

A Lei de Migração dispõe sobre esse requisito no art. 104, IV (vide ainda o Decreto n. 9.199/2017, art. 293, IV, e art. 298, IV, e a Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, art. 8°, IV, e art. 16, IV).

Embora com raízes na reciprocidade exigida na extradição (assegurando o equilíbrio jurídico entre os dois Estados que cooperam mutuamente),[51] a dupla incriminação é prevista para a transferência de sentenciados na lei brasileira e na maioria dos tratados de transferência de condenados. A exigência não aparece de forma expressa nos tratados celebrados com a Argentina e a Bolívia. Baseada no princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, a dupla incriminação significa que o crime ensejador da sanção no Estado que impôs a pena deve ser também crime no Estado que administrará a execução. Não há necessidade de correspondência exata da denominação dada aos delitos. É suficiente que os elementos básicos do crime sejam compatíveis em ambos os Estados,[52] permitindo-se flexibilidade na interpretação. Diferenças no *nomen iuris*, no fraseado ou na classificação jurídica não são relevantes.[53]

Discute-se, no entanto, se haveria exceções possíveis à aplicação da regra da dupla incriminação ao tema da transferência. Tem-se argumentado que tal exigência poderia ser abandonada, por exemplo, em se tratando de crimes ambientais ou sexuais praticados no Estado da sentença, mesmo se tais condutas forem permitidas no Estado em que se pretende executar a pena.[54] Mais amplamente, o Estado da execução – embora não considere crime o ato ilegal praticado – pode ter razões para considerar melhor deixar o seu nacional cumprir a pena ali, ao invés de fazê-lo no Estado da imposição da pena.[55]

Há fundamentos humanitários para que a garantia da dupla incriminação seja afastada, quando se trata da transferência de sentenciados.[56] Sabe-se que a garantia em questão é um componente importante da extradição (que é uma forma coercitiva de cooperação jurídica internacional que atende aos interesses dos Estados e não dos indivíduos). No entanto, a transferência de sentenciados em geral exige o

---

[51] PLACHTA, Michel. *The role of double criminality in international cooperation in penal matters* (1989), p. 106.
[52] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 27; PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 109.
[53] Vide art. 3°, item 3, do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados-Parte do Mercosul e do Acordo de tais Estados com a Bolívia e o Chile. No mesmo sentido, o art. III, item 3, da Convenção Interamericana, e o Art. 3º, item 1, "e", da Convenção de Estrasburgo.
[54] Exemplos apresentados por TRÄSKMAN, Per. *Should we take the condition of double criminality seriously?*, 1989, p. 136-137. O referido autor cita um intenso debate na Suécia na década de 1960, sobre se mulheres suecas que fizeram aborto na Polônia (e com respeito à lei polonesa, mas contra a lei sueca) deveriam ser punidas. Nessa situação específica do aborto, o Código Penal da Suécia foi alterado, introduzindo a dupla incriminação. Mas, como o autor salienta, há outros cenários em que seria no mínimo plausível admitir a execução de uma sanção criminal, mesmo na ausência de dupla incriminação. Nesse trecho do artigo é que o autor exemplifica com os casos de pessoas envolvidas, no estrangeiro, em caçada a espécies animais ameaçadas de extinção (ainda que a conduta seja permitida na lei doméstica), envolvidas em condutas sexuais consideradas crimes no estrangeiro (embora sejam atípicas, no País de origem) ou grupos de pessoas idosas ou com doenças incuráveis excursionando em certo Estado para fins de eutanásia.
[55] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 35.
[56] TRÄSKMAN, Per. Ob. cit., p. 154.

consentimento do condenado (salvo casos excepcionais, como é o caso do contexto europeu, após as alterações introduzidas pela Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa), tratando-se de prática que o beneficia; assim, a exigência da dupla incriminação pode ser anômala (ressalte-se que essa exigência é dispensada na extradição consentida). No limite, a exigência da dupla incriminação pode culminar na negativa de transferência de um condenado por um delito menos grave ou menos por um fato que não é crime no Brasil, ao passo que pode ser concedida a um brasileiro que tenha cometido um crime mais grave no Estado da sentença, desde que se trate de fato também criminoso no Brasil.[57] Pode também sabotar o objetivo de reabilitação social do condenado[58] e constituir um retrocesso na cooperação jurídica internacional.[59]

Por fim, a Lei de Migração e os tratados empregam a expressão "infração penal", limitação a crimes (que, de acordo com a legislação de alguns Estados, são meramente uma das espécies de infração penal). Assim, se um fato é considerado crime no Brasil, mas uma contravenção penal em outro País, ainda assim se viabiliza a transferência, pois não há violação à dupla incriminação.

4.6. Manifestação expressa de interesse

No Brasil, exige-se o consentimento do condenado (art. 103, § 1º, e art. 104, V, art. 293, V, e art. 298, V, da Lei de Migração; art. 285, § 1º, do Decreto n. 9.199/2017 e art. 8º, V, e art. 16, V, da Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública).

No Direito europeu, a Convenção de Estrasburgo, à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto Legislativo n. 134/2022, exigia o consentimento do condenado (Art. 3º, item 1, "d"). Em 1994, com o Protocolo Adicional à Convenção, e especialmente a partir de 2008 (conforme Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa), a transferência passou a não depender, salvo algumas exceções, desse consentimento.

A alteração para o sistema da transferência compulsória se justificou: i) pela importância que, naquele continente, é dada ao princípio do "reconhecimento mútuo", ou seja, a confiança que um Estado deposita no sistema jurídico dos outros Estados-Membros. O reconhecimento mútuo é um dos pilares da cooperação judicial na União Europeia;[60] ii) no entendimento de que o consentimento é inconveniente e prejudicial ao esquema de transferência de presos e ao funcionamento do sistema que rege a cooperação jurídica internacional[61] e iii) na falta de laços de muitos prisioneiros estrangeiros com o Estado em que eles estão detidos.[62] Daí em diante, se o Estado da condenação inicia o processo de transferência, o Estado requerido somente pode se recusar a executar a sentença com base em fundamentos limitados e específicos.

---

[57] PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 131.
[58] ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 363; TRÄSKMAN, Per. Ob. cit., p. 137-138.
[59] PLACHTA, Michel. Ob. cit., p. 130.
[60] UNODC. *Handbook*, ob. cit., Framework, Introduction and General Legal Context, 1, Considerando n. 5, art. 6º, item 2, e art. 9º, p. 20-21.
[61] FARALDO-CABANA, P. Ob. cit., p. 66, nota de rodapé 14.
[62] "UK government explanatory memorandum on the transfer of sentenced persons treaty with Uganda", citado por MUJUZI, Jamil Ddamulira. *Implementing Article 45 (Transfer of Sentenced Persons) of the UN Convention against Corruption in Africa*, 2013, p. 444.

No entanto, a lógica da reabilitação pode ser colocada em risco no caso de transferência involuntária, o que parece violar, entre outros, o direito do condenado de estar próximo à sua família. E, não obstante a tendência de se abolir a necessidade de consentimento, a lei brasileira ainda exige que o sentenciado concorde com a transferência, para que ela ocorra. Finalmente, mesmo com a adesão do Brasil à Convenção de Estrasburgo, a Decisão-Quadro do Conselho da Europa que a substituiu não se aplica aos Estados convidados, mas apenas aos 27 Estados da União Europeia.[63] De fato, a Convenção de Estrasburgo e seu Protocolo Adicional ainda se aplicam a estrangeiros não residentes na Europa.[64]

Voltando à realidade brasileira, a busca pela reabilitação e o direito do condenado de estar próximo da família seriam ameaçados se a transferência internacional fosse involuntária. A exigência de consentimento tem raízes humanitárias e se relaciona com a ressocialização do condenado. Evita-se o conflito com o melhor interesse do condenado, impedindo-se que a transferência se consubstancie em uma forma indireta de extradição ou deportação nos casos em que tais medidas são proibidas.[65] Minimiza-se ainda o risco de que a condenação seja executada em um Estado incapaz de garantir as condições básicas de humanidade na prisão. O princípio do *non-refoulement* (não retorno), pelo qual uma pessoa não será enviada a um Estado onde tem chances de submissão à tortura, é previsto no art. 3º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e em outros atos normativos internacionais.[66] No continente americano, o *non-refoulement* foi incluído na Convenção Interamericana para Prevenção e Punição à Tortura, de 1985 (art. 13, item 4), e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 22, item 8). Tal princípio se presta a frear a remoção de uma pessoa de um Estado para outro não apenas quando se trata de indivíduo que busca asilo ou refúgio, ou é ameaçada de expulsão, deportação ou extradição, mas também para fins de transferência de pessoas condenadas.[67]

A manifestação de interesse também é exigida pelo Acordo-Modelo das Nações Unidas e na maioria dos tratados de transferência celebrados pelo Brasil, embora em alguns casos apenas de forma implícita (permitindo-se que o condenado solicite o início dos procedimentos administrativos para transferência). O tratado entre o Brasil e o Canadá não exige a aquiescência do condenado em relação à transferência, mas permite que o sentenciado requeira a transferência e viabiliza que o Estado em que se pretende a execução da pena verifique, antes da transferência, a existência de consentimento do prisioneiro. Os arts. 6°, 7° e 15 da Portaria n. 89/2018 do Ministério da Justiça e da Segurança Pública listam, entre os documentos que devem instruir o pedido, o consentimento escrito do condenado, seu representante legal, advogado

[63] UNODC. *Handbook*, ob. cit., p. 20.
[64] European Judicial Network, *Handbook*, ob. cit., Introduction and General Legal Context.
[65] BASSIOUNI, M. Cherif. *United States Policies and Practices on Execution of Foreign Sentences*, 2008, p. 588.
[66] Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – 1465 UNTS 85 (adotada em 10 de dezembro de 1984, em vigor desde 26 de junho de 1987, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 40/1991).
[67] Vide, em geral, DROEGE, Cordula. *Transfers of Detainees*, 2008, p. 669.

ou familiar. Uma vez dado o consentimento, alguns tratados (Brasil/Chile e Brasil/Suriname) autorizam que a pessoa condenada volte atrás e o retire, mas apenas até o momento da transferência.

Algumas situações podem desencorajar o condenado de concordar com a transferência: i) a existência de concordância do condenado em apresentar informações sobre outros membros de uma associação criminosa, o que poderia colocá-lo em risco, caso transferido ao seu País de origem; ii) o temor de que uma transferência ao Estado de nacionalidade possa resultar na perda da primariedade, um "status" que tende a ser mantido no Estado da condenação, tendo em vista a falta de integração dos registros prisionais entre os Estados;[68] iii) o medo de perda de benefícios carcerários já obtidos ou submissão a regime prisional mais duro, em caso de transferência; iv) o risco de rompimento dos laços com a família, caso o condenado reside no Estado da condenação, aumentando a probabilidade de recidiva;[69] v) o vislumbre de dano potencial à empregabilidade do condenado ou aos seus direitos civis, a depender das leis do seu Estado de origem[70] e vi) as diferenças no sistema que será aplicado para a execução da pena (conversão da sentença ou execução continuada).[71]

Para garantir que o preso tome uma decisão baseada em informações concretas, é conveniente que as autoridades consulares intensifiquem os contatos com todos os nacionais custodiados no estrangeiro, informando-lhes sobre a possibilidade de transferência, à luz de tratados ou de promessa de reciprocidade.

4.7. Concordância de ambos os Estados

Dada a necessidade de concordância dos dois Estados envolvidos e do condenado, a transferência é um "ato trilateral".[72] Os tratados assinados pelo Brasil geralmente mencionam a (soberana) legitimidade dos Estados envolvidos no requerimento para início dos procedimentos administrativos que visam à transferência. Quanto a isso, vide exigências da Lei de Migração (art. 104, VI) e do Decreto n. 9.199/2017 (art. 293, VI, e art. 298, VI). A dupla autorização pode ser obtida após a análise da admissibilidade do pedido (Portaria n. 89/2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, art. 4º).

Diversos fatores influenciam a decisão dos Estados sobre a transferência. A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (art. V, item 6) cita a possível contribuição para a reabilitação; a gravidade do crime; o passado delituoso do condenado; os problemas de saúde que o condenado possa ter e os vínculos familiares e sociais que o sentenciado mantém nos Estados envolvidos.[73] O

[68] LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 167-168.
[69] MARTUFI, Adriano. Ob. cit., p. 52.
[70] PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. Ob. cit., p. 849.
[71] MUJUZI, Jamil Ddamulira. *Implementing Article 45 (Transfer of Sentenced Persons) of the UN Convention against Corruption in Africa*, 2013, p. 456.
[72] SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 33.
[73] Fatores similares são listados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Vide o documento "Guidelines for the Evaluation of Transfer Requests Submitted by Foreign Nationals", 2018.

tratado do Brasil com a Ucrânia acrescenta outros possíveis fundamentos: o potencial descumprimento de condições estipuladas em tratados e a insuscetibilidade de execução da pena no Estado que administrará a pena, em caso de transferência.[74]

Alguns dos tratados de transferência celebrados pelo Brasil exigem do Estado que recuse a transferência e a apresentação das razões para tanto.[75] Entretanto, o mais comum é uma mera recomendação de que o Estado requerido comunique sua decisão ao Estado requerente tão logo seja possível ou "sem nenhum atraso", independentemente de apresentação de justificativas.

5. Tópicos variados abordados nos tratados

5.1. Pagamento de multas, custas processuais e indenização

A lei brasileira e a maioria dos tratados assinados pelo Brasil não listam, entre os requisitos para o deferimento da transferência, a reparação do dano causado à vítima ou o pagamento de multas penais e custas processuais. Ocorre que os arts. 5° e 8° da Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Básicos para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, de 1985, protegem as vítimas de crimes e recomendam que não lhes sejam impostos procedimentos onerosos.[76] Sendo assim, sugere-se que os tratados de transferência de condenados que venham a ser futuramente celebrados, assegurem sempre o acesso das vítimas à adequada reparação por ocasião da transferência de prisioneiros, para se evitar que os ofendidos tenham que lidar com os obstáculos da distância e dos custos envolvidos em litigar em juízos estrangeiros.[77] Por sua vez, o pagamento prévio de custas processuais por parte do condenado deve ser evitado, pois poderia constituir uma discriminação injustificada contra os presos estrangeiros.[78]

Alguns tratados exigem a reparação civil ou uma garantia de que a reparação será feita.[79]

O art. 20 do Acordo-Modelo das Nações Unidas dispõe que, em regra, os custos da transferência e do transporte do condenado serão suportados pelo Estado da execução da pena, ao passo que a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior[80] e a Convenção sobre a Transferência de Pessoas

---

Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-oia/guidelines-evaluation-transfer-requests-submitted-foreign-nationals. Acesso em: 26 de maio de 2022.

74 Arts. 9º e 10, item 2.

75 Panamá, art. 7º, item 2; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 5º, item 2; Convenção Interamericana, art. VI; Acordo dos Países do Mercosul e Acordo de tais países com a Bolívia e o Chile, art. 8º, item 1.

76 29 de novembro de 1985, A/Res/40/34.

77 A adoção de tal cláusula é defendida também por ALDERETE LOBO, Ruben A. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, 2004, p. 283; MARCÓ DEL PONT, Luis. *Intercambio de presos*, 1982, p. 261-266 e SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 281.

78 PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. Ob. cit., p. 847.

79 Panamá (art. 3º), Argentina (art. 4º), Paraguai (art. 3º), Bolívia (art. IV), Ucrânia (art 5º, item 6), Acordo dos Países do Mercosul (art. 3º) e Marrocos (art. 5º, "a").

80 Art. V, itens 9 e 10.

Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa[81] preveem que o Estado da condenação arcará com os custos até que a transferência se concretize, após o que o Estado da execução se responsabilizará por tais expensas. O Relatório Explicativo do Conselho da Europa sobre a Convenção de Estrasburgo[82] e os tratados do Brasil com a Índia,[83] Polônia[84] e o Reino Unido permitem que o Estado da execução cobre do condenado o reembolso de tais gastos.[85]

5.2. Penas de morte e de prisão perpétua

Em geral, o Estado da condenação impõe formas alternativas de homologação da sentença no Estado da execução: execução continuada da pena ou conversão da pena.[86] A execução continuada se dá após uma decisão judicial ou administrativa. A pena aplicada pelo Estado da condenação é incorporada pelas regras jurídicas do Estado da execução da pena.[87] O Estado recebedor (da execução da pena) não faz modificações (ou as faz em grau mínimo) na natureza (qualidade) e duração (quantidade) da pena. A conversão, por sua vez, envolve a substituição da pena para viabilizar a sua execução. Uma nova sentença judicial ou decisão administrativa altera a natureza ou a duração da pena, embora o conteúdo da sentença adaptada deva ser preservado tanto quanto seja possível. Não pode haver agravamento da pena imposta pelo estado da condenação, mas o tempo de pena cumprido deve ser deduzido, via detração. A sentença não pode ser revisada nem a pena privativa de liberdade convertida em multa criminal.[88]

Se um condenado for transferido para o Brasil, a execução da pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, banimento ou de natureza cruel não será admitida, já que são proibidas pela Constituição da República – exceto em tempo de guerra, no caso específico da pena de morte.[89] As penas aplicadas por outros Estados só poderão ser executadas no Brasil até o limite de 40 anos, imposto pelo Código Penal.[90]

---

[81] Art. 15.
[82] Considerando n. 77 do *Council of Europe. Explanatory Report to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons*, Strasbourg, 1983. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800ca435>.
[83] Art. 9º, item 2.
[84] Art. 15, item 2.
[85] Art. 12.
[86] Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 14.
[87] Manual do UNODC, ob. cit., p. 6-7; MARTUFI, Adriano. Ob. cit., p. 47; LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 113. Apenas incidentalmente, salienta-se que, no contexto europeu, baseado na confiança mútua de um Estado-Membro em relação ao sistema jurídico dos demais e no dever de reconhecimento da sentença do Estado sentenciante, a execução continuada há de ser observada, a menos que exista incompatibilidade da pena (natureza e duração) com as leis do Estado que executará a sentença, caso em que a adaptação da sentença será permitida. (Decisão-Quadro 2008/909/JHA, art. 8º)
[88] Vide o Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 19 e LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 113-114.
[89] Art. 5º, XLVII.
[90] Art. 75, *caput*, cuja redação foi alterada pela Lei n. 13.964/2019 (o limite, na redação original do Código Penal, era de 30 anos).

Em termos práticos, o pedido de transferência precisa ser acompanhado de cópia do texto da lei aplicável ao crime, permitindo às autoridades do Estado da execução a análise da viabilidade jurídica da transferência.[91]

Se o Estado da sentença condenatória tiver aplicado uma das penas vedadas no Brasil, a solução será a adaptação da sanção criminal para se adequar à legislação brasileira. Os tratados com o Canadá,[92] a Espanha,[93] o Reino Unido[94] e a Turquia,[95] além da Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa,[96] exigem que a sentença condenatória seja exequível no Estado da administração da pena, autorizando, para tal, a sua conversão. Os tratados com o Chile, o Paraguai, o Japão, a Polônia, os Países Baixos e o Suriname não estabelecem restrições quanto à severidade ou ao tipo de pena imposta, mas fica implícito que, se o condenado for transferido para o Brasil, a sanção penal precisará ser adaptada para a execução. Essa adaptação é mencionada no tratado com a Bélgica e nos Acordos sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados do Mercosul[97] e entre tais Estados e a Bolívia e o Chile.[98]

Alguns tratados celebrados pelo Brasil somente permitem a transferência se a sentença não tiver imposto a pena de morte ou a pena de prisão perpétua (por exemplo, os Acordos dos Estados do Mercosul e com a Bolívia e o Chile[99] e a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior)[100] ou quando a sentença não supere a duração máxima prevista na lei do Estado da execução da pena (tratado com a Ucrânia).[101] Nessas situações, à primeira vista, a única solução seria o indeferimento do pedido de transferência para o Brasil. Entretanto, para que o condenado não seja impedido de se beneficiar com a transferência, propõe-se que as penas vedadas sejam adaptadas para adequação à legislação do Estado recebedor.[102] A adaptação é mais compatível com os propósitos humanitários da transferência. Resulta daí um sistema híbrido: a pena executada é aquela aplicada pelo Estado da condenação e a lei do Estado recebedor é aplicada para a execução da pena.[103]

5.3. Revisão da sentença, anistia, perdão ou comutação

A revisão das provas que embasaram a condenação fica reservada ao Estado sentenciante, de acordo com o Acordo-Modelo das Nações Unidas e todos os tratados

---

91 Portaria n. 89/2018, arts. 7° e 15.
92 Art. V, item 7.
93 Art. 7°.
94 Art. 8º, item 2.
95 Art. 10, item 1.
96 Art. 9°, item 1.
97 Art. 3°, item 2.
98 Art. 3°, item 5.
99 Art. 3°.
100 Art. III, item 5.
101 Arts. 9° e 10.
102 Vide o Acordo-Modelo do UNODC e GUERRERO, Hermes Vilchez. Ob. cit., p. 269-270.
103 SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Ob. cit., p. 292; ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 363-365.

celebrados pelo Brasil.[104] O Estado da condenação mantém sua autoridade sobre a existência e a duração da sentença condenatória. De acordo com a lei brasileira,[105] o Estado recebedor não pode agravar, de qualquer maneira, a sanção criminal imposta pelo Estado sentenciante, que se submete à lei de tal Estado. No entanto, tanto o Acordo-Modelo das Nações Unidas quanto à Lei de Migração brasileira dispõem que a execução continuada da pena deve ser governada pelas leis do Estado recebedor,[106] que delibera sobre incidentes de execução, tais quais progressão a regimes mais brandos, regressão a regimes mais gravosos e remição pelo trabalho.[107] Em geral, os tratados de transferência assinados pelo Brasil incluem uma cláusula, permitindo que, à luz de informações enviadas pelo Estado da condenação, o Estado da execução[108] autorize o livramento condicional, o que deve ser seguido de notificação ao Estado da condenação.

Embora o art. 22 do Acordo-Modelo da Organização das Nações Unidas e a Convenção de Estrasburgo (art. 12 – vide também a Decisão-Quadro 2008/909/JHA, do Conselho da Europa) assegurem a ambos os Estados o poder de perdoar ou conceder anistia, todos os tratados de transferência envolvendo o Brasil estipulam que apenas o Estado da condenação possa fazê-lo.[109] Mesmo nos casos em que tal regra não seja explícita, trata-se de conclusão a que se chega a partir da constatação de que o Estado da condenação deve ser informado pelo Estado da execução sobre qualquer decisão que represente a não incidência da sentença condenatória: fica implícito que apenas o Estado da condenação tem autoridade sobre tais matérias.[110] É também comum que o tratado permita ao Estado da execução da pena requerer ao Estado da condenação, fundamentadamente, autorização para conceder perdão ou comutação.[111]

5.4. Investigações e processos em andamento, adolescentes infratores, inimputáveis por doença mental

Os tratados com a Índia[112] e o Reino Unido[113] contêm a exigência de que não haja inquéritos ou processos pendentes envolvendo o condenado no Estado da condenação. Vários tratados, como a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior,[114] a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas

[104] Acordo-Modelo, art. 17, e, exemplificativamente, a Convenção Interamericana, art. VIII e a Convenção de Estrasburgo (art. 13).
[105] Decreto n. 9.199/2017, art. 289.
[106] Decreto n. 9.199/2017, arts. 286 e 288.
[107] Vide ainda LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 117.
[108] Por exemplo, vide a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 14.
[109] Vide a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. VIII.
[110] Um exemplo é a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 12.
[111] É o caso do Acordo dos Países do Mercosul e do Acordo de tais Países com a Bolívia e o Chile, art. 10.
[112] Art. 3°, item 1.
[113] Art. 3°.
[114] Art. IX.

entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa[115] e a Convenção de Estrasburgo[116] admitem a transferência de adolescentes infratores, que, no Brasil, são pessoas com menos de 18 anos de idade que praticaram atos infracionais, análogos a delitos,[117] e de pessoas a quem foram impostas medida de segurança após reconhecimento de inimputabilidade por doença mental.[118] Em ambos os casos, o consentimento do representante legal é normalmente exigido.

O tratado com a Índia prevê que a transferência não se dará se a condenação tiver natureza militar.[119]

5.5. Duplo risco e regra da especialidade

A Lei de Migração brasileira não regula os temas do *ne bis in idem* e da regra da especialidade quanto à transferência de sentenciados. No entanto, a regra que impede o duplo risco (*double jeopardy*) – protegendo a pessoa sob transferência de enfrentar uma nova persecução penal no Estado da execução por crime pelo qual já houve punição no Estado sentenciante e que serviu de base para a transferência – consta da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior e do Acordo-Modelo das Nações Unidas e é, assim, aplicável.[120-121] Os tratados assinados pelo Brasil albergam expressamente essa regra. Embora os tratados celebrados com o Peru e o Reino Unido sejam omissos quanto à aplicação do princípio, isso não exime o Brasil de seguir a regra do *ne bis in idem* prevista no art. 8°, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).[122]

Por sua vez, a regra da especialidade impede que a pessoa condenada seja presa ou alvo de persecução penal por um ato diverso daquele que motivou o pedido de transferência. Há uma lacuna na lei brasileira a esse respeito: a regra da especialidade encontra previsão legal quanto à extradição,[123] mas não quanto à transferência de pessoas condenadas.

6. Aspectos procedimentais

Alguns autores que escrevem sobre o tema argumentam que a transferência deve ser sujeita à chancela judicial, evitando-se a transferência para um Estado onde exista um risco real de violação de direitos ou transferência de pessoas condenadas por crimes políticos, assegurando-se ainda que a transferência possa ser contestada perante o Poder Judiciário.[124] Entretanto, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a

115 Art. 3°.
116 Art. 3º, item 1, "d".
117 Art. 228 da Constituição da República.
118 Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. IX.
119 Art. 3°.
120 Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, art. VII.
121 Acordo-Modelo das Nações Unidas, art. 13.
122 LEÃO, André Carneiro. Ob. cit., p. 131.
123 Lei de Migração, art. 96, I.
124 MUJUZI, Jamil Ddamulira. Ob. cit., p. 440-441.

intervenção judicial é desnecessária,[125] dada a importância da celeridade impressa na análise do pedido de transferência, o que se relaciona com o caráter humanitário do procedimento em questão.[126] Não obstante, quando o Brasil é o Estado da sentença condenatória (transferência passiva), antes da decisão administrativa, a Justiça Federal brasileira será ouvida sobre a matéria; da mesma forma, quando o Brasil é o Estado da execução (transferência ativa), o juízo federal, por razões práticas e logísticas, será provocado para a alocação do condenado em um estabelecimento penal adequado. Em consequência, não é inteiramente correto afirmar que o procedimento dispensa envolvimento judicial. O que é desnecessário, em realidade, é o *exequatur* (ou "cumpra-se", referente à homologação de uma sentença estrangeira).[127]

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, recebe, processa e instrui os pedidos.[128] O Departamento atua em colaboração com o Poder Judiciário, os estabelecimentos penais e autoridades diplomáticas e consulares para obter informações e documentos complementares, caso isso se mostre necessário. Entre esses documentos, podem ser mencionados: cópia da sentença condenatória; cópia dos textos legais aplicáveis; registros sobre comportamento carcerário e comprovação de tempo já cumprido de pena.

Após a análise dos requisitos de admissibilidade, a Secretaria Nacional de Justiça, também vinculada ao Ministério da Justiça, decidirá sobre os pedidos de autorização de transferência. Depois disso, obtém-se o consentimento do Estado receptor para a transferência, via diplomática ou por meio da autoridade central. Quando o pedido é rejeitado devido ao não cumprimento das exigências, o condenado e o Estado envolvido são notificados.[129]

Quando se tratar de transferência de pessoa condenada no Brasil para outro Estado (transferência passiva), o Departamento solicitará ao juízo brasileiro competente que viabilize a liberação para a transferência e buscará a concordância do Estado receptor. Em seguida, a Polícia Federal providencia junto à sua contraparte a remoção do condenado, comunicando a implementação da medida ao tribunal competente e ao Estado receptor. A partir daí, o Ministério da Justiça passa a manter contato com os Tribunais competentes, para monitorar periodicamente a continuidade da execução da sentença, até que esta tenha sido cumprida ou extinta por outros meios.[130]

---

[125] STJ. Homologação de Sentença Estrangeira, HDE n. 2.436, j. 17.12.2018. O texto do art. 105, III, da Lei de Migração, tal qual aprovado pelo Congresso Nacional dava ao Superior Tribunal de Justiça o poder de confirmar a sentença estrangeira nos casos de transferência. No entanto, o Presidente da República vetou essa previsão, alegando que a transferência é voluntária e benéfica ao condenado.

[126] ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 367.

[127] O art. 9° do Código Penal somente exige o *exequatur* para cumprimento de sentenças estrangeiras pelo Judiciário brasileiro para execução de reparação de danos causados pelo delito e para permitir a restituição de coisas apreendidas (efeitos secundários e civis da condenação).

[128] Detalhes para contato: <https://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-recuperacao-de-ativos-e-cooperacao-juridica-internacional>.

[129] Decreto n. 9.199/2017, arts. 293-298.

[130] Portaria n. 89/2018, arts. 10-12.

Quando o condenado é transferido para o Brasil (transferência ativa), o Ministério da Justiça e Segurança Pública solicitará ao juízo federal mais próximo de onde a pessoa tem raízes sociais e familiares que providencie vaga em um estabelecimento penal para execução da pena.[131] Uma vez que o local de execução da pena esteja definido, a Secretaria Nacional de Justiça se manifestará pelo Estado brasileiro, decidindo se autoriza a transferência.[132] A Polícia Federal, a pessoa condenada, o Estado da condenação e o juízo federal competente no Brasil serão notificados. A documentação comprobatória da nacionalidade brasileira, da residência habitual ou do vínculo pessoal do condenado no território nacional e os textos legais aplicáveis ao crime serão enviados ao Estado da condenação para a decisão final. Se o Estado remetente autorizar a transferência para o Brasil, o DRCI solicitará à Polícia Federal o início dos procedimentos operacionais da transferência com sua contraparte. Assim que a pessoa tiver sido enviada ao Brasil, o Ministério da Justiça notificará a Corte competente e o Estado remetente. Depois disso, o DRCI monitorará a execução da sentença e solicitará ao tribunal brasileiro competente que informe ao Ministério da Justiça sobre o fim da sentença ou a extinção da sanção penal, com posterior comunicação ao estado de sentença. A Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa também prevê esta comunicação.[133]

Depois da transferência, o Estado sentenciante deve cessar a execução da pena e não poderá retomar essa execução, ainda que o condenado volte ao seu território após cumprir integralmente a pena no Estado da execução.[134]

7. Conclusão

A transferência de pessoas condenadas ainda é incipiente no Brasil. O acompanhamento da prática apresenta dificuldades, dados os poucos casos registrados. Com base nas regras de tratados celebrados pelo Brasil e nos propósitos de reintegração social e humanitários que revestem a transferência, além de seu potencial para incrementar a cooperação jurídica internacional, sugere-se a adoção de certas medidas para consideração por parte das autoridades brasileiras.

Primeiramente, sugerem-se a intensificação das negociações sobre novos tratados e o empreendimento de esforços legislativos para incorporar tais tratados à lei local.

Algumas cláusulas de tratados deveriam ser padronizadas. Penas privativas de liberdade superiores a seis meses – e sentenças com pena mínima indeterminada – poderiam autorizar a transferência. Além dos nacionais, as condenações de estrangeiros com vínculos sociais ou residência habitual no Estado deveriam ser permitidas. Para

[131] Lei de Migração, art. 105, I; Decreto n. 9.199/2017, art. 298, I.
[132] Naturalmente, como salienta ABADE, Denise Neves. Ob. cit., p. 361-362, o condenado tem apenas o direito de ver seu pedido analisado, sem garantia de que será acatado pelos Estados envolvidos.
[133] Art. 12.
[134] Decreto n. 9.199/2017, art. 286; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, art. 8°.

proteger os interesses das vítimas, uma regra prevendo a reparação dos danos causados pelo crime poderia ser inserida nos acordos. A obrigação de pagar as custas processuais e a multa penal imposta também poderia ser incluída, mas com a observação "salvo em caso de demonstração de impossibilidade de fazê-lo". A dupla incriminação não deveria ser um requisito, mas o consentimento expresso do condenado deve sempre ser exigido, assim como a observância ao princípio *ne bis in idem*.

Por fim, propõe-se que as autoridades consulares brasileiras situadas em 194 cidades espalhadas pelo globo[135] se valham, de forma proativa, da prerrogativa da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963 (Organização das Nações Unidas),[136] notificando, de forma clara e rápida, todos os brasileiros presos no estrangeiro, a fim de que sejam informados sobre a possibilidade de transferência ao seu Estado de origem, com base nos tratados analisados ou em promessa de reciprocidade. Munidas de tais informações, tais pessoas teriam melhores condições de decidirem sobre sua situação jurídica.

A adoção dessas recomendações potencializaria, no Brasil, a aplicação dessa importante medida de cooperação jurídica internacional.

Referências

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGÊNCIA FIQUEM SABENDO. *Brasileiros presos no exterior de 2010 a 2021*. Disponível em: https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/brasileiros-presos-no-exterior-de-2010-a-2021. Acesso em: 22 de dezembro de 2022.

ALDERETE LOBO, Ruben A. La Transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 9, n. 17, 2004, p. 257-300.

BASSIOUNI, M. Cherif. United States policies and practices on execution of foreign sentences. Em: M. Cherif Bassiouni (Ed.). *International criminal law*: multilateral and bilateral enforcement mechanisms, vol. II, Nijhoff: 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições sobre transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecifica=true&q=transfer%C3%AAncia%20de%20pessoas%20condenadas&tipos=PDL>. Acesso em: 2 de janeiro de 2022.

[135] De acordo com o Ministério das Relações Exteriores. Informação atualizada em: 17.12.2021 e disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/reparticoes-consulares-do-brasil>. Acesso em: 07.05.2022.

[136] Arts. 5° e 36, item 1, disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf>. Acesso em: 7 de maio de 2022. O "Manual do Serviço Consular e Jurídico" do Ministério das Relações Exteriores, de 2010, dispõe que as autoridades consulares devem manter uma lista de brasileiros presos em cada jurisdição, além de organizar um plano de visitas às instalações carcerárias onde eles estiverem presos – Seção 10, subseções 3.10.2 e 3.10.3. Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Miami/pt-br/file/MSCJ%20completo-1.pdf>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Acordos de transferência de pessoas condenadas.* Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Brasil finaliza negociação de tratados de extradição e de transferência de pessoas condenadas com a Alemanha,* 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560776578.09>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *População de estrangeiros*, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzJjNWUzNDMtNTM1OC00ZWY5LThmNTItZj c4N2I1MjA3YmNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Informação n. 2/2022/CETPC/DRCI/SENAJUS*, 2022 ("E-mail" enviado ao autor, datado de 26 de janeiro de 2022).

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Concórdia:* acervo de atos internacionais do Brasil. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12516?tipoPesquisa=2&TituloAcordo=transfer%C3%AAncia&TipoAcordo=BL>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Presos brasileiros no exterior:* ano 2020 – compilação, 2022 ("E-mail" do Ministério das Relações Exteriores ao autor, datado de 1° de fevereiro de 2022).

CARNEIRO, Tácio Muzzi Carvalho e. Os Mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova Lei de Migração. *Cooperação em Pauta,* n. 30, 2017, p. 1-9.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Cooperação internacional na execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 16, n. 71, 2008, p. 233-249.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção relativa à transferência de pessoas condenadas*, 1983.

_____. *Decisão-Quadro 2008/909/JHA*, de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia.

DROEGE, Cordula. Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges. *International Review of the Red Cross,* vol. 90, n. 871, 2008, p. 669-701.

FARALDO-CABANA, Patricia. Transferring non-consenting prisoners. Em: Stefano Montaldo (Ed.). *The transfer of prisoners in the European Union.* Eleven/Giappichelli, 2020, p. 61-78.

FINKELSTEIN, David. Ever Been in a [Foreign] Prison? *Fordham Law Review*, vol. 66, n. 1, 1997, p. 125-163.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado.* Belo Horizonte: UFMG, 2017 (tese de Doutorado).

INSTITUTE FOR CRIME AND JUSTICE POLICE RESEARCH. World Prison Brief. *Highest to Lowest – Foreign prisoners (percentage of prison population)*, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

LEÃO, André Carneiro. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.* Recife: UFPE, 2013 (dissertação de Mestrado).

MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001.

MARCÓ DEL PONT, Luis. Intercambio de presos. *Revista de Informação Legislativa,* vol. 19, n. 73, 1982, p. 261-266.

MARTUFI, Adriano. Assessing the resilience of "social rehabilitation" as a rationale for transfer. *New Journal of European Criminal Law*, n. 9, 2018, p. 43-61.

MUJUZI, Jamil Ddamulira. Implementing article 45 (transfer of sentenced persons) of the UN convention against corruption in Africa. *Law and Politics in Africa, Asia, and Latin America*, n. 46, 2013, p. 430-464.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, 1984.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção,* 2003.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional,* 2000.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas*, 1988.

_____. *Convenção de Viena sobre relações consulares*, 1963.

_____. *Declaração sobre os princípios básicos para vítimas de crimes e abuso de poder,* 1985.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, 2012.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Model agreement on the transfer of foreign prisoners*, 1985.

_____. Sexto Congresso das Nações Unidas para a prevenção ao crime e tratamento de criminosos. *Resolução n. 13, sobre transferência de sentenciados*, 1980.

PISANI, Robert L.; SIMON, Theodore. The United States treaties on transfer of prisoners. *Pacific Law Journal*, vol. 17, n. 3, 1986, p. 823-862.

PLACHTA, Michel. The role of double criminality in international cooperation in penal matters. *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, vol. 76, n. 5, 1989, p. 84-134.

RUEBNER, Ralph; CARROLL, Lisa. The finality of judgment and sentence prerequisite in the United States-Peru bilateral prisoner transfer treaty. *American University International Law Review*, vol. 15, n. 5, 2000, p. 1071-1100.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TRÄSKMAN, Per Ole. Should we take the condition of double criminality seriously? *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, vol. 76, n. 5, 1989, p. 135-155.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Guidelines for the evaluation of transfer requests submitted by foreign nationals*, 2018.



Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Saúde)



TUTELA COLETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELA ATUAÇÃO INTEGRADORA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERADOS – UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO

CLÁUDIO TENÓRIO FIGUEIREDO AGUIAR*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A legitimidade ativa do Ministério Público na defesa coletiva da concretização do direito fundamental à saúde. 3. A legitimidade passiva solidária dos entes federados. 4. O direito social fundamental à saúde pública como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 5 As insustentáveis teses defensivas do entes federados e a sindicabilidade do direito à saúde junto ao Poder Judiciário. 6. A solução proposta. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do constitucionalismo desde a formação do Estado Liberal, passando pelo Estado Social até chegar ao Estado Democrático de Direito, significou em paralelo, respectivamente, a afirmação dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira[1] dimensões.

O Brasil se mantém na periferia do mundo, porém, teimando em alçar o vôo neoliberal sem ao menos ter garantido um mínimo de dignidade à sua população, não tendo sequer realizado o componente básico do *Welfare State*, composto pela distribuição eqüitativa de saúde, educação, segurança, previdência social e saneamento básico. Em nosso país, há o descumprimento reiterado dos deveres impostos pelo Poder Constituinte Originário através da violação constante aos termos dispostos na Constituição da República de 1988, que inaugurou um verdadeiro Estado Democrático e Social[2] de Direito, com a conseqüente criação de um extenso campo de batalha para a defesa dos interesses coletivos indisponíveis negados à maioria da população.

---

* CLÁUDIO TENÓRIO FIGUEIREDO AGUIAR é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[1] Segundo INGO WOLFGANG SARLET: "Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração" (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 3ª ed., Porto Alegre, 2003, p. 50).

[2] LENIO LUIZ STRECK nos informa: "Ora, não parece muito difícil entender que a Constituição de 1988 abraçou a idéia de Estado Social, que está alicerçado nos dispositivos que apontam para a sua realização (através de dispositivos que estabelecem a justiça social, a dignidade da pessoa humana,

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 26 (3ª Fase), jul./dez. 2007, p. 51-74.

É este Brasil, real, da maioria, que tem sede e fome de acesso a uma justiça transformadora, que justifica o presente ensaio. Um país miserável para o qual só se pode permitir a autofagia modernista, através da importação crítica dos institutos mais avançados que por ventura se desenvolvam alhures, desde que adaptados à nossa própria realidade para o qual não se pode aceitar a idéia de um Estado meramente subsidiário no defasado estágio de desenvolvimento atual.

Situados o tempo, o país, há que se situar o assunto: a Saúde. Em relação a este direito fundamental, realizar-se-á uma abordagem sob o prisma da tutela coletiva, mais especificamente sobre a precária prestação do serviço médico nos hospitais públicos, eis que a tutela individual, quando necessária, vem sendo constantemente deferida sem maiores dificuldades pelo Poder Judiciário, o que já não ocorre quando são postas em juízo as ações coletivas.

Para exemplificar o que se quer dizer, basta citar o caso das decisões liminares de antecipação de tutela proferidas diariamente nas Varas de Fazenda Pública da Capital do Estado do Rio de Janeiro condenando tanto ao Estado quanto ao Município, sem maiores dificuldades, quando se trata de ação individual, à entrega de medicamento, à prestação de atendimento médico ou, mesmo, para a realização de cirurgia.

Outra, porém, é a situação, quando se trata de ações coletivas, por mais que a questão jurídica seja, em si, a mesma.

As precárias condições estruturais e o atendimento deficiente prestado às populações locais pelos hospitais públicos federais, estaduais ou municipais, têm revelado a negação da prestação do direito fundamental à saúde à população que mais carece deste serviço público inadiável.

Quem não possui condições de manter plano médico ou de ser atendido em rede particular, quando procura a rede pública, em geral acaba sendo submetido a uma brutal violação em sua dignidade.

São as horas na fila, a falta de médicos, de medicamentos, além dos equipamentos obsoletos ou sem manutenção que impedem, diuturnamente, o próprio acesso ao direito fundamental à vida.

Diante das possibilidades que se abrem com a jurisdição constitucional, em especial, pela interpretação substancial e não meramente procedimental dos valores e princípios consagrados na Constituição da República de 1988, procurar-se-á evidenciar mecanismos legítimos de contornar as constantes alegações dos Poderes Públicos a justificarem o descumprimento de seus deveres.

---

a erradicação da pobreza, das desigualdades regionais, etc., assim como por outros mecanismos de sustentação desses objetivos, como os dispositivos que asseguram a busca dos recursos pelo Estado e que asseguram a intervenção na economia)" (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 554).

Não apenas no sentido de informar a sindicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, pretende-se indicar um dentre vários caminhos para não aguardar mais nenhum dia para atender aos que não podem esperar pelo atendimento de saúde.

Neste cenário, cumprindo sua missão constitucional de promover a defesa dos interesses coletivos indisponíveis, cabe ao Ministério Público papel preponderante a ser exercido através principalmente da ação civil pública, quando fracassadas as tentativas de composição extrajudicial, permitindo a um só tempo celeridade, qualidade e acesso à justiça, sem a multiplicação de demandas individuais, racionalizando a função judicial e oferecendo uma opção vigorosa para quem não tem tempo de procurar, individualmente, o Poder Judiciário.

2. A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA COLETIVA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Por força do art. 127 da Constituição da República, é dever do Ministério Público a proteção do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esta relevante missão constitucional é garantida através de uma série de prerrogativas que permitem que o Promotor de Justiça atue com independência e possa, de fato, em prol da sociedade, exercer seu papel de agente de transformação social.

Por tais razões é que não há qualquer interferência indevida na esfera de discricionariedade administrativa, quando o Ministério Público exige do Poder Público o desenvolvimento de políticas públicas minimamente capazes de implementar os direitos fundamentais trazidos pela "Constituição Cidadã", dentre os quais merece lugar de destaque o direito fundamental à Saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República, por razões óbvias, tratando-se de questão atinente ao bem jurídico de maior valor no ordenamento, qual seja, a vida. Este o entendimento defendido por Fabio Konder Comparato, destacado a seguir:

> "Ora, no Estado contemporâneo o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediente, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos.
>
> A conjugação de ambas essas atribuições, a impediente e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo,

> que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. (...)
>
> A própria denominação 'Ministério Público' é esclarecedora a esse respeito. Ministério significa incumbência, ofício ou função. A palavra, assim como o vocábulo cognato 'ministro', provém do étimo latino *minus*. O ministro situa-se, portanto, sempre abaixo de outrem: do maioral ou soberano. Ora, o soberano a quem o Ministério Público deve servir, como o adjetivo esclarece, é o povo, e ninguém mais. *Res publica, res populi* – diz o personagem de um diálogo de Cícero. Sacrificar o bem comum do povo ao interesse corporativo do órgão, ou preteri-lo, em razão do indevido compromisso de fidelidade a um governante ou a uma linha de conduta político-partidária, constitui a mais virulenta forma de criminalidade que possa ser praticada pelos integrantes do Ministério Público.
>
> Na verdade, o bem comum do povo consubstancia-se, precipuamente, no conjunto dos direitos fundamentais. E, embora formem eles um sistema solidário e indivisível, é manifesto que num país onde se instalou, desde os primórdios da colonização, a mais funda desigualdade social, a defesa da dignidade da pessoa humana passa, em primeiro lugar, pela realização dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural, dado que eles representam, de certa forma, a condição de possibilidade para a extensão, às camadas mais pobres, das liberdades individuais clássicas.
>
> Nessa linha de combate, o Ministério Público deve atuar não só no plano dos direitos subjetivos públicos expressamente garantidos pela Constituição – o direito de acesso ao ensino fundamental e o de percepção do benefício de assistência social de um salário mínimo, declarado no art. 203 – o que, aliás, vem fazendo com inegável zelo; mas deve também exigir judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área."[3]

A sindicabilidade judicial das políticas públicas também é encontrada em Rodolfo de Camargo Mancuso, pois, como assevera:

> "Outro campo importante por onde se vai estendendo o objeto da ação civil pública é o do controle das chamadas políticas públicas, em que se apresenta desde logo o problema da sindicabilidade judicial dos atos de governo, das políticas governamentais, searas em princípio propícias à atividade discricionária da Administração. De modo geral, o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados do contraste judicial os atos puramente discricionários ou exclusivamente políticos (que, a rigor, são raros ...)

[3] *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, Editora Malheiros, 2003, *O MP na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, p. 254/255.

(...)
Hoje se entende que a grande maioria dos atos administrativos, em sentido largo, é de algum modo vinculada, seja porque seu agente está no exercício de um múnus público, seja pela própria natureza desses atos de gestão, seja pela precípua indisponibilidade do interesse público.
No ponto, escreve LUÍZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN: 'Nesse sentido, a margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente'. Isso implica, prossegue, em que a atuação do MP 'não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implementação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988' – "Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal". *Jornal da Ajufesp*, set. 1998, p. 11."[4]

O que deve então fazer o Ministério Público quando recebe informações indicativas da falência dos hospitais públicos através de relatórios de inspeções realizadas pelas entidades médicas de classe, vigilância sanitária, além das próprias denúncias, muitas vezes anônimas, de médicos que trabalham nos referidos nosocômios, tudo a retratar a total falta de condições para a prestação do serviço de saúde pública adequado à população por conta da evidente omissão inconstitucional do Executivo?

Quedar-se inerte, jamais. Ao invés dessa postura omissiva, deve o Ministério Público, com arrimo no artigo 127 da Carta Constitucional, denunciar a política pública ineficiente, incapaz de dignamente fornecer saúde pública aos necessitados, pleiteando ao Poder Judiciário, destinatário último das esperanças de uma massa de pessoas pobres a quem foi concedida a função de dizer o direito, que determine ao Poder Executivo local a realização das prestações positivas a ele impostas pelo constituinte originário de 1988.

Por certo, em respeito ao disposto no artigo 129, III da Constituição da República, após a demonstração inequívoca da omissão relevante do Poder Executivo, só se abre a busca de uma solução judicial através da propositura da ação civil pública, sendo evidente a legitimidade do órgão de execução ministerial em sua atuação direcionada a obter a tutela do direito à Saúde, de cunho social, integrante da chamada segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, cuja concretização, vincula-se em regra, às prestações positivas estatais.

---

[4] *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, p. 42.

3. A LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS

A já tradicional defesa de um ente da federação acusando ao outro serve de resposta à opinião pública, mas não se justifica mais perante o Judiciário, devendo ser entendida como litigância de má-fé.

É comum assistirmos na mídia o Município dizendo que a culpa do caos da Saúde é do Estado que, por sua vez, informa que é o Município quem não atende à população local e sobrecarrega a rede Estadual, ou, ainda, que não recebe o repasse federal.

O certo é que para o usuário do SUS, em geral doente, cansado e sem recursos para uma vida digna, pouco importa se a culpa pela deficiência no atendimento médico é do Município, do Estado ou da União.

A Constituição da República assegura a defesa do mais frágil. Há solidariedade entre os entes da Federação, que, se sentindo prejudicados, devem exercer o direito de regresso contra a outra esfera de Poder, mas jamais podem negar atendimento ao usuário do SUS. Neste sentido:

> "A Constituição Federal de 1988 consagrou, no que diz respeito à saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (art. 23, inc. II). Tanto é que, em seu art. 198, previu o legislador a criação de um sistema único de saúde e, em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.
>
> (...)
>
> Essa questão é relevante porque o cidadão hipossuficiente tem o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer argüições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes."[5]

---

[5] *Revista de Direito*, vol. 55, p. 60/61. Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi, Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

4. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito à Saúde, por estar vinculado diretamente ao Direito à Vida, restou expressamente previsto na Constituição de 1988 como um direito de todos[6], devendo o Estado estabelecer as formas de garantia da fruição efetiva deste direito fundamental através da concretização do acesso universal e igualitário da população às ações e serviços vinculados com a sua realização.

Esta condição de direito fundamental que à Saúde foi reconhecido na Carta da República de 1988 acabou sendo uma decorrência da ausência do Poder Público neste setor ao longo do tempo. Através desta constatação o legislador originário decidiu criar um dever para o Estado, utilizando-se não meramente de conselhos, mas de normas jurídicas capazes de serem exigidas perante o Poder Judiciário ante a ausência de seu cumprimento, sendo a Constituição Dirigente do Brasil o porto seguro da esperança de promoção da saúde de modo igualitário.

A previsão da Saúde como direito social, portanto, direito fundamental de segunda dimensão, disposto no *caput* do artigo 6º e no artigo 196 e seguintes da Constituição, enseja a participação ativa do Estado através de prestações de cunho positivo, passando pelo desenvolvimento de políticas públicas orientadas à sua promoção, não ensejando a possibilidade de abstenção do Poder Público que, em sendo reconhecida, ensejará a violação direta à própria dignidade da pessoa humana, pois, sem saúde, não há vida e sem vida, não há dignidade.

Comentando o dispositivo Constitucional antes mencionado (art. 196 CF/88), estas são as palavras da Juíza Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi quando nos informa do dever que cabe ao Poder Público em fornecer meios idôneos para que a população tenha efetivado o acesso à saúde:

> "O direito à saúde não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes a direitos humanos, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.
>
> Demonstrada tal premissa maior, reservemo-nos a sintetizar as idéias que colhemos, ao longo dos capítulos deste trabalho, sobre postulação a esse bem maior junto aos entes governamentais e, na

[6] Art. 196 da CF/88: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

> sua falta, às instâncias judiciárias, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, na busca emergencial de atendimento médico, tratamentos clínicos, medicamentos, entre outros.
>
> Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios idôneos e eficazes para que tenha acesso a diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis."[7]

No mesmo sentido do que acima se dispôs, discorreu VICENTE DE PAULO BARRETO, em trecho que merece citação por evidenciar a obrigação que cabe ao Poder Público na concretização dos direitos fundamentais, senão vejamos:

> "Outra questão que necessita ser analisada é a de que no Estado Democrático de Direito contemporâneo, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais mínimas necessárias para a sua realização. Por exemplo, se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas diretamente no seu direito à vida e à integridade física. Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade."[8]

Em que pese o inteiro teor das disposições constitucionais, há uma clara divisão entre aqueles que efetivamente têm acesso à saúde, pagando para tanto, e aqueles outros a quem o referido direito é negado peremptoriamente em violação expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), vetor interpretativo de toda a ordem jurídica, por conta das omissões inconstitucionais do Poder Público.

---

[7] *Revista de Direito*, vol. 55, p. 60. MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI, Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

[8] *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador: INGO WOLFGANG SARLET, *Reflexões sobre os direitos sociais*, VICENTE DE PAULO BARRETO, p. 130.

5. AS INSUSTENTÁVEIS TESES DEFENSIVAS DOS ENTES FEDERADOS E A SINDICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO

Os entes federados, cada vez mais, vêm sendo demandados em Juízo pelo Ministério Público com o objetivo de serem obrigados a realizarem as prestações positivas necessárias à implementação dos direitos fundamentais de cunho social cuja vinculação é decorrência de imposição feita pelo Poder Constituinte Originário e que, por dizerem respeito às cláusulas pétreas, estão à margem da atuação devastadora do Poder Constituinte Derivado.

Desta litigância contínua com o Estado é possível compendiar as suas mais comuns teses defensivas, que, apesar do brilhantismo dos seus Procuradores, acaba sendo um discurso vazio, incapaz de seduzir qualquer pessoa que tenha algum respeito pela dignidade das pessoas que permanecem diuturnamente sem o atendimento médico mínimo. São discursos típicos daqueles que faziam os sofistas com a devida atualização à pós-modernidade, onde são apresentados os já tradicionais óbices à concretização dos direitos fundamentais de cunho prestacional, quais sejam: Separação de Poderes; Democracia; Discricionariedade Administrativa; Reserva do Possível; Orçamento.

Primeiramente, aduzem que uma decisão condenando o Município a prestar um serviço de saúde eficiente, com o mínimo necessário ao atendimento humano da população local, seria uma afronta à Separação de Poderes, com o que estaria um Poder que não foi eleito pelo povo invadindo a esfera de competência de outro, este sim, sufragado pelo procedimento constitucional adequado consistente no exercício do direito de voto.

Também sustentam que cabe ao governante, no exercício de sua discricionariedade, determinar qual o caminho a ser trilhado na consecução do bem comum, sendo qualquer imposição judicial um atentado à própria democracia.

Por fim, apresenta-se o não menos tradicional argumento da Reserva do Possível e das Escolhas Orçamentárias Trágicas, a ensejar a impossibilidade de deslocamento de uma verba orçamentária de uma determinada rubrica para outra, sob a afirmação de que existem ações políticas em curso capazes de atender a demanda social por saúde, no entanto, sem identificá-las.

Esta argumentação, por demais evasiva e totalmente abstrata, não tem sido capaz de realizar a justiça, tampouco distribuí-la, como deve fazer o Poder Judiciário neste e em outros casos concretos similares.

A Separação dos Poderes deve realizar-se através dos mecanismos de freios e contrapesos, sendo legítima a interferência do Poder Judiciário sempre que a Constituição da República esteja sendo desrespeitada. Neste sentido, indo inclusive além, veja-se a lição de Lenio Luiz Streck:

> "Em razão do que foi exposto, não há dúvidas em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar a assumir uma postura passiva diante da sociedade. Nessa perspectiva aqui sustentada, entendo que o Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição)."[9]

Quanto ao suposto atentado à democracia diante da interferência do Poder Judiciário na condução das políticas públicas, há que se ter em mente que a realização dos direitos fundamentais é pressuposto da verdadeira democracia, cabendo ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a proteção do mínimo existencial, onde se insere o acesso à saúde básica.

Onde não estiver garantida à sociedade a concretização do mínimo existencial, jamais existirá a liberdade, e, conseqüentemente, a democracia. Cláudio Pereira de Souza Neto, tecendo comentários sobre a forma de conciliar democracia e direitos fundamentais, nos informa:

> "os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, que se situa o consenso procedimental."[10]

De igual modo manifestou-se Dirley da Cunha Junior, Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, em sua recente obra, como se vê a seguir:

> "A positivação dos direitos fundamentais pela Constituição é uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo estes direitos ser considerados, nesse sentido, como condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que, com propriedade, já se averbou que 'o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo'. Desse modo, os direitos fundamentais integram

---

[9] *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Editora Renovar, 2003, *O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*, p. 201.

[10] *Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.* Editora Lumen Juris, 2003, p. 42.

a essência do Estado constitucional, conquanto funcionam como base da Constituição. E uma Constituição sem uma declaração de direitos fundamentais não é digna desse nome."[11]

Nesta seara, não há que se falar em discricionariedade administrativa, mas, ao revés, de atuação vinculada do Poder Público, cuja ausência de atuação deverá ser suprida pelo Poder Judiciário.

Sobre a dramaticidade da situação atual da Saúde no Brasil, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, fazendo menção ao Censo 2000, divulgado pelo IBGE em maio de 2002, nos informa em sua abrangente obra:

"No que concerne ao setor da saúde, a desarmonia entre a norma constitucional e os dados reais não é menos dramática. Se, de um lado, preceitua a Constituição, no artigo 196, inciso II, e parágrafo único, que – a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, acrescentando, no artigo 198, que – as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado, dentre outras diretrizes, para o atendimento integral ... – verifica-se no citado relatório governamental que a expectativa de vida entre nós é de 65,49 anos, contra, por exemplo, 70 anos, no Suriname, um dos países mais pobres da América do Sul; além disso, morrem no Brasil, por causa da desnutrição e desassistência médica, 56,1 crianças de cada mil que nascem, enquanto que na Espanha, país com economia do mesmo porte, morrem apenas 6 (...).

Percebe-se assim, com facilidade, que o Estado e a sociedade brasileira estão falhando quanto à garantia das condições mínimas de existência humana digna, sem o que inviabiliza-se a fruição dos direitos fundamentais do homem. Sem o mínimo existencial, que a doutrina alemã designa de *existenzminimum*, frustra-se o sistema supralegal de proteções essenciais, aprofundando-se o fosso do nominalismo e do semantismo constitucional, ou seja, frustra-se a efetividade da maioria das normas constitucionais. Melhor pensando, cinde-se a eficácia social da Constituição, que passa a operar seletivamente: efetiva-se para uma minoria em condições de desfrutar em plenitude os direitos básicos à dignidade humana, mas esmorece para aqueles destituídos de meios para viver no cotidiano o padrão existencial idealizado pela Lei Maior. É como se os fatos e as diferenças sociais discriminassem a Constituição, debilitando sua força normativa, para utilizar a expressão de KONRAD HESSE, ao expor: ´A norma constitucional

[11] *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Editora Saraiva, 2004, p. 218.

> não tem existência autônoma em face da realidade. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder mas também a vontade de Constituição´."[12]

Quanto à reserva do possível, não pode esta ser oposta à concretização dos direitos fundamentais em seu núcleo mínimo. Em uma eventual colisão de princípios ou regras constitucionais como os que conferem a imutabilidade ao orçamento e a concretização do direito social à saúde básica, há que se flexibilizar a destinação da verba orçamentária para o atendimento do mínimo existencial através de uma ponderação de valores em conflito.

Daniel Sarmento aborda justamente esta questão em sua mais recente obra, conforme trecho que se transcreve a seguir:

> "Diante disso, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculo em limites fáticos muitas vezes insuperáveis.
>
> (...)
>
> Em razão destas dificuldades, durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade de tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que os positivavam como de caráter meramente programático. Tal posição encontra-se teoricamente ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo existencial, vale dizer, à garantia daquelas prestações materiais indispensáveis para a vida humana, sem as quais, sequer o desfrute das liberdades faz-se possível."[13]

---

[12] *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Editora Forense, 2003, pp. 276, 281 e 282.
[13] *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lumen Juris, 2004, pp. 37/38.

Também são paradigmáticas as seguintes fundamentações em decisões judiciais sobre o direito à saúde e sua prevalência em relação às regras orçamentárias:

> "O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (Min. Marco Aurélio)".[14]

> "A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o Juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas o administrador que deve atender equilibradamente as necessidades de seus súditos, principalmente os mais necessitados e doentes (Min. Celso de Mello)".[15]

Assim, em respeito aos milhares de pessoas que vivem na exclusão social, há que se ter uma visão substancialista da Constituição, realizadora dos direitos materiais[16] previstos pelo constituinte originário e que sintetizam uma obrigação aos Poderes Constituídos, que devem conformar a sua atuação pautando-a pelo cumprimento prioritário dos direitos fundamentais em seu núcleo essencial, para os quais não cabe o exercício de uma suposta discricionariedade administrativa.

Sobre o posicionamento substancialista, Lenio Luiz Streck nos informa:

> "Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em cheque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.
> (...)
> Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e em especial, a jus-

[14] RE 195.192-3/RS 2ª T. STF, unânime; 22.02.2000.
[15] RE 273.834-RS.
[16] Segundo Paulo Bonavides: "Os elementos materiais que fazem, por sua vez, a legitimidade da Constituição nessa nova idade do constitucionalismo não são menos importantes que os formais. Pela sua maleabilidade, concretude e variedade não se exaurem em um *numerus clausus*. (...) São perante a realidade brasileira, na caminhada rumo ao Estado Social pleno, entre outros: (...), a saúde pública, (...) A crise constitucional da legitimidade se instaura exatamente quando ocorre uma perda ou déficit de capacidade do Estado para responder às demandas e expectativas econômicas, políticas e sociais dos governados e para promover reformas profundas na Sociedade, ou seja, quando o Estado corre o risco de descumprir o mandato que recebeu do povo para fazer e acelerar a evolução social" (*Teoria do Estado*, Editora Malheiros, 4ª ed., 2003, p. 283/284).

tiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional."[17]

A abalizada lição do magistrado INGO WOLFGANG SARLET, reconhecidamente um grande jurista, especialmente em relação à doutrina dos Direitos Fundamentais, afasta o dogma da impossibilidade da intervenção judicial para obrigar o Poder Executivo ao cumprimento de sua missão constitucional. Neste sentido:

> "Por mais que os Poderes Públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor (...) os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. (...) O que se pretende realçar (...) é que, principalmente, no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça"[18]

Consideração que segue a mesma linha nos é fornecida pelo já citado Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, em outra passagem de sua obra, qual seja:

> "O Poder Judiciário, como última trincheira de defesa dos direitos fundamentais, também está, evidentemente, vinculado à observância das posições jurídicas que esses direitos consagram. A vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais manifesta-se de forma especial, haja vista que ela não só impõe o respeito deste Poder aos direitos fundamentais, como dele exige uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação abusiva dos outros Poderes que afetam os direitos fundamentais, contrariando-os ou não os realizando total ou parcialmente. O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É neste contexto que se defende a postura ativa do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, notadamente na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provi-

---

[17] *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*, Livraria do Advogado, 2002, fl. 141.

[18] INGO WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª edição ver. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 302/303.

soriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional."[19]

No campo da filosofia contemporânea, é possível encontrar no pensamento de JOHN RAWLS[20] outra fonte de fundamentação para a concretização dos direitos fundamentais. Baseando-se nos princípios da garantia de liberdade e da distribuição igual para todos, procurou nas Instituições Coletivas legitimadas pelo moderno contrato social, e não nas ações éticas, morais e reiteradas dos indivíduos, a possibilidade da convivência harmônica em sociedade. Por esta visão coletiva que atribui ao corpo social a função primordial de providenciar liberdade com igualdade é que foi possível exigir ações afirmativas, modalidade de prestações positivas, do Estado.

Comentadas as já tradicionais teses defensivas estatais e as razões dogmáticas de não serem sustentáveis aos olhos de quem se sensibilize com o valor da Justiça, não há como negar que o quadro retratado é especialmente sério, reclamando a pronta e serena intervenção do Poder Judiciário. Nas demandas individuais, as decisões judiciais se encontram em quantidade[21] [22] [23] [24].

---

[19] *Controle Judicial das Omissões do Poder Público.* Editora Saraiva, 2004, p. 221.

[20] "Seguindo uma visão contratualista na esteira de HOBBES e ROUSSEAU, JOHN RAWLS desenvolveu a sua teoria da justiça a partir de um acordo entre todos os membros da sociedade em igualdade de condições. Tal acordo seria obtido em uma posição inicial, hipotética, abstraída de qualquer contexto histórico determinado, em que as pessoas racionais interessadas na promoção de seus interesses, sem conhecer sua posição na sociedade, optariam pela opção da justiça como eqüidade" (RICARDO LODI RIBEIRO, *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 15)

[21] "Nesse contexto, incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação – que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (...) Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que esta postulação (...) impediria, se aceita, que os pacientes, pessoas destituídas de qualquer capacidade financeira, merecessem o tratamento inadiável a que têm direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida" (RE 267.612-RS, relator Min. Celso de Mello).

[22] "[O] Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente" (RE n.º 195.192-3-RS, Min. Marco Aurélio).

[23] "A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades de seus súditos, principalmente os mais necessitados e doentes (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (...) ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção (...)" (Min. Celso de Mello, RE 273.834-RS).

[24] "Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no País. O Estado recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos

Diversa, porém, é a situação das ações coletivas, onde as demandas formuladas pelo Ministério Público, substituto processual, no interesse de um indeterminado número de pessoas cujo direito à vida e à saúde vem sendo sistematicamente negado pelos entes federados em virtude de suas omissões, não têm encontrado decisões favoráveis, inexplicavelmente.

6. A SOLUÇÃO PROPOSTA

As ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em face dos entes federados, na defesa dos interesses sociais indisponíveis dos cidadãos, quando em voga o assunto saúde, ou dizem respeito ao fornecimento de medicamentos gratuitos, ou ao atendimento em hospitais da rede pública.

Tratando mais especificamente do segundo tema, qual seja, as condições de atendimento dos hospitais públicos, os pedidos contidos nas mencionadas ações coletivas, em geral, buscam obter a condenação dos entes federados, inclusive em sede liminar, para a antecipação dos efeitos da tutela, para que supram: *a)* o déficit de profissionais; *b)* a falta de medicamentos; *c)* a falta de estrutura física; *d)* a manutenção dos equipamentos médicos.

Este tipo de pedido tem enfrentado resistência por parte do Poder Judiciário, ainda que haja provas cabais do estado de penúria de determinado nosocômio, por conta do chamado efeito interventivo de um Poder em outro, assunto já enfrentado acima. Além dos óbices mencionados anteriormente, há dificuldade em realização imediata de concurso público, de aquisição de maquinário, entre outras.

Assim, não sendo possível buscar uma solução antecipatória neste sentido, há que se trilhar outro caminho, pois não se pode deixar o usuário do SUS que vá procurar atendimento médico junto à rede pública, sem receber o que a Constituição da República lhe garante, ou seja, acesso gratuito ao direito fundamental social à prestação da saúde pública.

Portanto, em sede de antecipação dos efeitos da tutela judicial, o caminho passa a ser o do atendimento médico daquele usuário que não tenha sido atendido pela rede pública, através da iniciativa privada, custeando-o, o Poder Executivo.

---

autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do Estado de Direito, quebra orçamentária, anarquia dos poderes, falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito de sobrevivência.

A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. Na medida em que a autoridade se omite de tomar uma decisão ou de oferecer algum encaminhamento para a questão, dúvida não remanesce de que, sob tal prisma, está violando direito líquido e certo do impetrante.

A doutrina, de modo eloqüente, vem defendendo a prioridade do respeito à dignidade da pessoa humana na interpretação das disposições constitucionais atinentes aos preceitos maiores" (ROMS 11.183-PR, relator Min. José Delgado).

Neste sentido, merece destaque o vigoroso texto de DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, anteriormente citado:

> "O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição Brasileira dispôs que a Saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Aqui fica até mais fácil defender a imediata aplicabilidade desse direito social, com a possibilidade de sua efetivação judicial, uma vez que está em jogo a preservação do bem maior: a vida humana. Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor 'vida', o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde, uma vez que denegá-lo significaria o mesmo que admitir a aplicação da pena de morte, que é, como se sabe, vedada constitucionalmente (salvo em caso de guerra declarada) e, o que é pior, sem crime e sem qualquer processo.
>
> O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como para evitar que ele se torne doente. (...)
>
> A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.
>
> *Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a atuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o Município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde para a comunidade local, forçando que os munícipes se desloquem para outros Municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar.* A providência judicial não se distingue da acima apontada para a efetivação do direito à educação. *Assim, na falta de um posto médico ou unidade hospitalar necessária para assistência da comunidade local, a decisão poderá consistir na condenação do ente estatal a construí-la e fazê-la funcionar regularmente ou a cobrir os custos de um serviço prestado pela iniciativa privada*. Se não adotada nenhuma dessas providências, resta,

> lamentavelmente, a indenização dos parentes pela perda irreparável da vida humana, em conseqüência da falta do serviço público de saúde"[25] (destaques nossos).

Também é possível constatar a possibilidade de realizar a obrigação originariamente a cargo do Poder Executivo através de terceiros, nas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, abaixo transcritas:

> "Pode-se dizer que a ação civil pública, de natureza condenatória, tem por objeto uma pretensão visando cominar ao infrator uma obrigação de fazer ou de não fazer, que recomponha *in specie* a lesão ao interesse metaindividual violado, sob pena de execução por terceiro, às suas expensas, ou de cominação de multa diária pelo retardamento no cumprimento do julgado."[26]

Não é diferente o entendimento de Ana Paula Barcellos, na forma que se segue:

> "É bem de ver que o Ministério Público e os demais legitimados para a ação civil pública poderão agir em duas frentes. Na defesa de interesses coletivos, poderão pleitear o custeio pelo Poder Público do ensino fundamental em escolas privadas para um conjunto representativo de indivíduos, como, *e.g.*, de todas as crianças de determinada cidade em que não há escola pública."[27]

A referida modalidade de afastamento dos obstáculos à concretização dos direitos fundamentais também está presente na obra de Marcos Maselli Gouvea, nos seguintes termos:

> "A primeira espécie de execução a ser analisada diz respeito à tutela de remoção do ilícito através da atuação de terceiros, como ocorre, por exemplo, na hipótese de o juiz condenar o Estado a arcar com os custos da prestação, por particulares, do ensino diferenciado a que faz jus criança especial. Conforme assinala Marinoni, neste caso não há que se falar na execução como um procedimento autônomo; a sentença já possui, por si só, eficácia executiva, bastando que a parte simplesmente a exerça. Cuida-se, mais propriamente, de uma concretização da sentença, e não de sua execução."[28]

---

[25] *Controle Judicial das Omissões do Poder Público.* Dirley da Cunha Junior, Editora Saraiva, 2004, pp. 304/306.
[26] *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, p. 37.
[27] *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.* O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Renovar, 2002, p. 269.
[28] *O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, Editora Saraiva, 2003, p. 292.

Por outro lado, esta solução antecipatória[29] não pode perdurar indefinidamente, mas, tão-somente, enquanto que os hospitais públicos não estejam em condições de atender à demanda local com eficiência e qualidade, razão pela qual outros devem ser os pedidos principais[30] de condenação, submetidos à apreciação judicial, sendo certo que dizem respeito às necessidades que devem ser supridas pelo Poder Executivo de forma a permitir que o serviço público de saúde seja prestado regularmente em seus hospitais.

---

[29] Exemplo de tutela antecipada pleiteada recentemente em Ação Civil Pública de nossa lavra proposta contra o Hospital Municipal Cardoso Fontes na cidade do Rio de Janeiro, com indicação da tutela específica pretendida em caso de descumprimento:

"1) que o Município do Rio de Janeiro seja condenado a custear, no prazo máximo de 24h, através do procedimento abaixo descrito ou outro com eficácia semelhante de acordo com a discricionariedade da Administração, o atendimento médico prestado pela iniciativa privada ao usuário do SUS que tenha procurado o HMCF, mas que não tenha sido atendido naquele hospital, seja por déficit de pessoal, ou por deficiência de equipamentos, ou por falta de suprimentos médicos, ou por falta de condições na instalação física, ou ainda, por demora demasiada;

1.1) O HMCF deve fornecer um documento a cada usuário que não puder ser atendido indicando a razão e a Instituição Privada de encaminhamento, assinado pelo médico responsável com controle tais que permitam evitar possíveis fraudes;

1.2) Haverá rodízio no encaminhamento dos usuários às Instituições Privadas a serem cadastradas junto ao Poder Judiciário e ao HMCF após a iniciativa do Poder Executivo Municipal voltada a esta finalidade;

1.3) o usuário será atendido pela Instituição Privada que buscará junto ao Poder Executivo Municipal o ressarcimento através da apresentação do documento originariamente preenchido pelo HMCF e assinado pelo usuário, que deverá ser pago em até 24h;

1.4) o pagamento deve ser feito através da tabela de valores do SUS;

1.5) todos os pagamentos efetuados pelas Instituições Privadas devem formar processos para aferição da legalidade no órgão pagador do Poder Executivo Municipal;

2) caso não seja atendido pelo Município do Rio de Janeiro o pedido acima formulado, na sua totalidade, requer o Ministério Público, com base no princípio da efetividade da jurisdição insculpido no art. 461 do CPC, que seja determinada por V.Exa., consoante o seu prudente arbítrio e consoante a resposta ofertada pelo demandado, que estará sujeito à aferição de prática de ato de improbidade administrativa por omissão relevante, a adoção de providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento através da execução específica que pode ser obtida, por exemplo, através de algumas das seguintes medidas:

2.1) bloqueio judicial da verba orçamentária municipal destinada às políticas públicas sob o ponto de vista constitucional não prioritárias, especialmente, àquelas afetas aos Jogos Pan-Americanos de 2007, à realização de shows na orla litorânea, ao patrocínio de clubes de futebol e à publicidade;

2.2) empenho imediato da quantia necessária ao pagamento do particular pelo próprio Judiciário utilizando-se da própria rubrica destinada às ações de saúde, ou ainda, daquela que consta do item b1) *supra*, com a liberação imediata do valor à Instituição Privada;

2.3) não submissão ao regime de precatórios por se tratar de hipótese abrangida pela exceção do art. 100, § 1º-A da CF/88."

[30] Exemplo de pedido principal: "1) seja o réu condenado nas seguintes obrigações de fazer:

1.1) contratação da quantidade de profissionais constatada após a instrução probatória como sendo necessária para que seja prestado um serviço de saúde básica que realize o mínimo existencial, com qualidade e respeito à dignidade da pessoa humana, sem solução de continuidade;

1.2) colocação em perfeito estado de uso dos equipamentos que guarnecem o hospital e que tenham sido identificados como defeituosos ao cabo da instrução probatória;

1.3) realização das obras que tenham sido identificadas como necessárias ao final da instrução probatória;

1.4) fornecimento periódico e contínuo dos medicamentos identificados ao término da instrução probatória como existentes em quantidades insuficientes para a demanda;"

A solução aventada nesta sede inclui a participação de Instituições Privadas de modo voluntário, que deverão atender aos usuários do SUS que não tenham conseguido atendimento junto aos Hospitais Públicos, e, posteriormente, buscar junto ao Poder Público o valor correspondente.

O que não se poderia aceitar seria a exigência de que os usuários do SUS, normalmente pessoas sem recursos, pagassem o atendimento junto à rede privada e depois apresentassem o valor para ressarcimento perante o Poder Público ou em Juízo.

Desta forma, o Poder Executivo deverá buscar o acordo junto às Instituições Privadas para que venham a participar desta solução, cadastrando-as para encaminhamento dos usuários do SUS.

De qualquer forma, não havendo concordância por parte das Instituições Privadas, há a possibilidade de ingresso em Juízo, com base no princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para pleitear a condenação das referidas Instituições para que aceitem atender sob a tabela de preços do SUS e mediante pronto pagamento aos usuários que não tenham sido atendidos pela rede pública, por conta do princípio da solidariedade social.

Havendo negativa por parte do ente público federado em custear o atendimento na rede privada, por conta de suposta falta de verba pública, incumbiria ao Poder Judiciário, com base no princípio da efetividade da jurisdição, através da tutela específica da obrigação de fazer prevista no art. 461 do CPC, estender a necessária proteção ao direito ao qual se pretende garantir. Insta observar que o pagamento da multa diária não seria capaz de dar a solução que o usuário do SUS sem atendimento médico necessita. Em casos como tais é que se deve buscar a execução do próprio dever estatal por este ou através de terceiros. Neste sentido, mais uma vez o ensinamento de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> "Por outro lado, deve o operador do Direito estar atento para o fato de que, dependendo das peculiariedades da espécie, a imposição de multa diária pode não se revelar eficaz, como lembrado por Carlos Alberto de Salles: 'É o que sói ocorrer nas obrigações de entes públicos. Aí, o dispêndio provocado pelo descumprimento não afetará diretamente os agentes responsáveis, nos casos de urgência ou nos quais a sanção pecuniária tenha pouco significado para o obrigado. Nessas hipóteses o juízo poderá lançar mão daquelas medidas necessárias do parágrafo 5º do mencionado artigo 461.'"[31]

Esta tutela específica poderia ser obtida, por exemplo, através do bloqueio judicial de verba orçamentária destinada às políticas públicas sob o ponto de

[31] *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, fls. 266/267.

vista constitucional não prioritárias, especialmente, àquelas afetas à publicidade, à realização de shows, dentre outras, ou ainda, mediante empenho imediato da quantia necessária ao pagamento do particular pelo próprio Judiciário, utilizando-se da própria rubrica destinada às ações de saúde, com a liberação imediata do valor à Instituição Privada.

Quanto ao pronto pagamento, não há o óbice dos precatórios, eis que a disposição do art. 100, § 1º-A da CF/88 é expresso neste sentido, por tratar-se em última análise, de crédito de natureza alimentícia[32] que estaria sendo recebido pelo Hospital Particular em nome do paciente do SUS.

7. CONCLUSÃO

1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fundou um Estado Democrático e Social de Direito;

2. A consagração de extenso rol de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a sua não concretização na realidade evidenciam a necessidade de atuação do Poder Estatal através, principalmente, de prestações positivas, de modo a cumpri-las com o mínimo de dignidade sem a qual não há verdadeira liberdade;

3. Dentre os direitos fundamentais negados diuturnamente à maioria da população brasileira, encontra-se o acesso à Saúde, através da constatação de que a rede pública de atendimento médico encontra-se sucateada;

4. O fornecimento de saúde pública encerra um dever solidário de todos os entes da federação, até porque o que normalmente está em jogo é o bem de maior valor no ordenamento jurídico, qual seja, a vida;

5. Em que pese existir pronta resposta do Poder Judiciário quando instado a garantir o acesso aos medicamentos e ao atendimento médico em demandas individuais através da condena-

[32] "A exegese do que seja 'créditos de natureza alimentícia' deve ser ampliativa, precisamente para abarcar todos os bens imprescindíveis à sobrevivência física do ser humano, tais como moradia, instrução, saúde, vestimenta, lazer, etc. Por isso, devem ser pagos de uma só vez, independente de ordem cronológica, os créditos relativos a vencimentos de agentes públicos, aposentadorias, pensões, benefícios acidentários e previdenciários" (*RT*, 665:83).

ção do Estado, o mesmo não se verifica quando são postas em Juízo demandas coletivas, principalmente àquelas voltadas a garantir a melhoria nas condições de atendimento por parte dos hospitais da rede pública;

6. Nas demandas coletivas, cumpre importante papel ao Ministério Público na defesa dos interesses coletivos indisponíveis relacionados com a saúde;

7. A visão substancialista da Constituição, consagradora de valores e princípios com normatividade, é capaz de superar os óbices naturalmente opostos pelos entes federados para justificarem as suas omissões inconstitucionais, dentre os quais se incluem a limitação orçamentária, a reserva do possível, a separação de poderes e a discricionariedade administrativa;

8. A urgência que envolve as demandas coletivas que buscam a condenação dos entes federados à prestação do serviço público de saúde não pode aguardar o desfecho normal do processo, carecendo de uma solução antecipatória que não negue o acesso ao próprio direito fundamental à vida;

9. O atendimento imediato ao cidadão que não tenha sido atendido na rede pública, através da rede privada, mediante imediato pagamento do ente público responsável pelo descumprimento, é uma medida de urgência prevista no ordenamento jurídico que poderá salvar muitas vidas;

10. O pagamento deve ser feito com base na tabela de preços do SUS, não sendo possível que a Instituição Privada se negue a prestar o atendimento tomando por base a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade social;

11. O pronto pagamento é possível diante da existência de prestação de natureza alimentar não sujeita ao regime de precatórios, a ser suprida pela Instituição Privada, por dizer respeito à salvaguarda da própria vida do cidadão;

12. A tutela específica adequada para garantir o atendimento do cidadão na rede privada, em caso de não pagamento por parte do ente federado, está relacionada com a possibilidade de deslocamento de verbas orçamentárias não prioritárias para cumprir tal finalidade, ou, ainda, a utilização de verbas que já constem nas rubricas destinadas à Saúde;

13. O pedido principal nas ações civis públicas que visam a condenar os entes federados a que prestem um serviço público de saúde com qualidade em seus hospitais envolve obrigações de fazer, tais como contratação de pessoal, realização de obras de infra-estrutura, manutenção e aquisição de equipamentos médicos, além da aquisição e entrega de medicamentos;

14. O pedido principal acima mencionado, em sede de Ação Civil Pública, reitere-se, pode ser suprido pela atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático e Social de Direito, através de uma interpretação transformadora e substancialista dos valores e princípios estampados na Carta da República.

8. BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização*. Editora Renovar. Rio de Janeiro–São Paulo, 2001.

BONAVIDES, Paulo, *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª edição, 2003.

BULOS, Uadi Lâmego. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª ed., 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 3ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 6ª edição, 2001.

GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coordenadores), *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICI, Gilberto; FILHO, José Filomeno de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª edição. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

_____. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SLAIBI, Maria Cristina Barros. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 55. Editora Espaço Jurídico.

STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA AUTONOMIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE. A QUESTÃO DA PRESIDÊNCIA

Carla Carrubba,
Denise da Silva Vidal,
Leandro Navega e Vanessa Katz *

Resumo

O presente artigo se propõe a refletir a atuação do Ministério Público em prol da garantia do controle social e democrático do Sistema Único de Saúde, frente o papel que os Conselhos de Saúde, legitimados pela Constituição de 1988, desempenham como esfera autônoma de participação social, na produção nas políticas públicas, detectando preventivamente os problemas da rede de saúde e contribuindo, de forma independente e autônoma, na propositura de soluções que garantam a paz social, ao reunir o conjunto de forças sociais que influenciam nas decisões políticas. Importa, como instrumento de autonomia do Conselho, propondo-se como meta de atuação institucional, garantir a eleição de seu Presidente e recomendar o impedimento do exercício desta chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, ajuizando-se representações por inconstitucionalidade ou ações civis públicas, conforme o caso.

Palavras-chave: Conselho de Saúde; controle social; autonomia; impedimento de chefia pelo secretário de saúde; prevenção de solução dos problemas da rede de saúde.

Introdução

Os anos que se seguiram a 1980 foram marcados pela cena pública de movimentos sociais articulados, empreendendo, na transição democrática, lutas pela conquista de novos espaços de participação política. O marco institucional no qual essas lutas se inscreveram foi a Constituição de 1988

* Promotores de Justiça de Tutela Coletiva do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 40 (3ª Fase), abr./jun. 2011, p. 7-14.

que, entre outros mecanismos, determinou a criação de conselhos gestores com a participação social para elaboração e monitoramento de diversas políticas públicas. (Almeida, 2006, p.107).

Os Conselhos de Saúde foram regulamentados como espaços institucionalizados, para, além dos debates entre sociedade civil e política, efetuarem o controle social de políticas públicas na área de saúde.

O artigo propõe a atuação do Ministério Público, enquanto defensor da democracia participativa, em prol da autonomia dos Conselhos de Saúde e, assim, garantindo a manifestação efetiva de movimentos sociais que construam soluções equilibradas para efetivação do direito social à saúde e qualidade de vida.

Neste sentido, propõe-se o impedimento do exercício do cargo de Chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, como forma de garantir a independência na fiscalização exercida pelo Conselho das ações de saúde, para, ao final, se pensar em mecanismos que auxiliem no funcionamento dos Conselhos, em moldes adequados, permitindo que Instituições, como o Ministério Público, com atribuição para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, os defina de modo apropriado, inclusive como instrumento de vocalização das demandas sociais, podendo, em parceria com a sociedade civil representada nesses organismos, formular ajustes éticos e jurídicos extrajudicialmente ou judicialmente com os demais Poderes Políticos, através dos instrumentos processuais adequados.

1. Os Conselhos de Saúde na ordem social e jurídica brasileira: uma visão geral.

A previsão na Constituição Brasileira de 1988 da participação social no processo de decisões políticas e no controle social de políticas públicas inaugurou uma sistematização jurídica e constitucional de instâncias participativas e a edição de legislações nas esferas federal, estadual e municipal contemplando os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde com o fim de efetivar o conteúdo da democracia direta.

Se vasta teoria e regras jurídicas existem sobre o tema, restou pouco investigada sua operacionalidade, especialmente sua função enquanto entes independentes e autônomos. A atividade resolutiva dos Conselhos da Saúde, uma vez assegurada essa autonomia e eficiência, pode vir a conferir um novo sentido à democracia como aquele proposto por Held, *uma concepção privilegiada do bem político porque oferece, ao menos na teoria, uma forma de política e de vida em que há formas justas de negociar valores e disputas, na qual aos indivíduos é permitido desenvolver seus projetos, individuais e coletivos como agentes livres e iguais*. (HELD, 2007).

Asseguradas as relações em seu interior, gerando legitimidade das decisões políticas e a representatividade da sociedade usuária dos serviços, o embate produtivo nessas agências pode ser campo profícuo de soluções novas para demandas particularizadas e locais, a serem propostas aos mandatários eleitos e a outros agentes, como o Ministério Público, para a definição de interesses difusos e coletivos e a pacificação social.

Na ordem jurídica brasileira, os Conselhos de Saúde estão previstos como órgãos colegiados e permanentes do Sistema Único de Saúde (SUS) que possuem composição, organização e competências fixadas na Lei Federal 8.142/90.

A Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 regulamentou a participação popular na área de saúde já prevista na Constituição Federal de 1988 e com a aprovação da Lei 8.142/90, se definiu a participação da sociedade nas duas instâncias de pactuação do SUS: os Conselhos e Conferências de saúde. (Leitão, 2004, p.14)

Citando Correia (2000), Leitão (2004, p.14) trabalhou com o conceito de controle social como sendo o controle da sociedade sobre as ações do Estado e sobre o fundo público, o que está plenamente coerente com as atribuições fixadas na legislação para os conselhos que atuam na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros e monitoramento de sua eficácia.

Casuisticamente, compete ao Conselho Municipal de Saúde, dentre outras funções: deliberar, analisar, controlar e apreciar, no nível municipal, o funcionamento do Sistema Único de Saúde; aprovar, controlar, acompanhar e avaliar o Plano Municipal de Saúde; apreciar, previamente, emitindo parecer sobre o Plano e aplicação de recursos financeiros transferidos pelos Governos Federal, Estadual e do orçamento municipal consignados ao Sistema Único de Saúde; apreciar a movimentação de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde, no âmbito municipal e pronunciar-se conclusivamente sobre os relatórios de gestão do Sistema Único de Saúde apresentados pela Secretaria Municipal da Saúde; acompanhar e fiscalizar os procedimentos do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES, através de comissão de análise do FUMDES; apreciar a alocação de recursos econômicos financeiros, operacionais e humanos dos órgãos institucionais integrantes do Sistema Único de Saúde.

A Resolução 333 elaborada no ano de 2003, pelo Conselho Nacional de Saúde, implica na constatação de uma organização complexa, criando-se atribuições, comissões e necessidade de aparato técnico burocrático e previu ainda eleição para a Chefia do Conselho e na sua terceira diretriz que a ocupação de cargos de confiança ou de chefia que interfiram na autonomia representativa do conselheiro, deve ser avaliada como possível impedimento da representação do segmento e, a juízo da entidade, pode ser indicativo de substituição do conselheiro.

A realidade que tem sido apresentada na maioria dos Municípios é a previsão legal do exercício da Presidência dos Conselhos de Saúde pelos Secretários das respectivas pastas, sendo que o Secretário Municipal de Saúde é o principal ordenador das despesas do SUS, objeto de fiscalização pelo Conselho, bem como reúne as principais informações sobre o funcionamento do sistema de saúde, além de direcionar as reuniões plenárias e pautas a serem debatidas pelo Conselho, podendo vir a atuar maculando a autenticidade de manifestação dos movimentos sociais representados.

2. Da incompatibilidade entre as funções de Gestor e de Presidente do Conselho de Saúde.

Enquanto entes integrantes da estrutura básica do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com atribuição para exercer o controle social do SUS (Sistema Único de Saúde), sua função eminentemente fiscalizatória somente pode ser exercida se assegurada a efetiva autonomia do Conselho de Saúde. É fato que a autonomia real somente se torna possível, inicialmente, com a eleição de seu próprio Presidente pela Plenária.

Atenta à necessidade de efetividade na atuação dos Conselhos de Saúde, é que a Resolução CNS nº 333/03 estabelece como diretriz a eleição do Presidente do Conselho de Saúde (quarta diretriz, item VII). Esta é uma das diretrizes que encontra mais resistência em ser implementada nos Conselhos Municipais de Saúde, dada a dificuldade dos governos municipais de dividir o poder com outras lideranças sociais, ainda que legitimamente eleitas nas Conferências Municipais de Saúde.

A pesquisa *Monitoramento e Apoio à Gestão Participativa do SUS*, publicada no portal *ParticipanetSUS* (www.ensp.fiocruz.br/participanetsus) revelou que em 2007, apenas 70,91% dos Conselhos Municipais de Saúde do país elegem o seu Presidente. Dentre estes, 66,06% elegem os próprios gestores, ou seja, o Secretário Municipal de Saúde. E mais: 76,66% das eleições são abertas.

Ao refletir a necessidade de autonomia do Conselho, esta diretriz importa em observância ao Princípio da Moralidade, e, em última *ratio*, ao Princípio Democrático, ambos insculpidos na Constituição da República, o que torna as normas que não prevêem eleição inconstitucionais, criando um absolutismo perpétuo, inexplicável e antidemocrático.

Por outro viés, observamos que é comum mesmo aos Conselhos que elegem seus Presidentes, a eleição do Secretário Municipal de Saúde, o que, evidentemente, não assegura a preconizada autonomia desses organismos. Trata-se da possibilidade do Gestor se candidatar e, eventualmente, vencer o certame.

A admissibilidade da eleição poderia conferir uma roupagem democrática na escolha, enquanto na verdade, o Secretário sequer deveria poder se candidatar, visto que a acumulação de funções é totalmente incompatível com o princípio da moralidade.

Considerando que é papel do Conselho de Saúde a fiscalização e o controle dos gastos públicos nesta área, inclusive do Fundo de Saúde, bem como o encaminhamento de denúncias de irregularidades na aplicação dos recursos destinados à saúde e na execução das políticas públicas ao seu Plenário e a outros órgãos da administração pública, assim como ao tribunal de Contas e ao Ministério Público, dentre outras funções acima descritas, afigura-se como absolutamente incompatível o exercício da função de Presidente do Conselho pelo próprio Gestor, seja Secretário Estadual ou Secretário Municipal de Saúde, dependendo da esfera.

Exatamente pela mesma razão, a Resolução CNS nº 333/03 sugere impedimento ao conselheiro que exerça cargo em comissão, de confiança ou de chefia. A razão é simples: manter a autonomia representativa do conselheiro livre de qualquer interferência. Se assim é para o conselheiro, muito mais razão há para o impedimento do Secretário de Saúde ao cargo de Presidente do Conselho.

O exercício da presidência do Conselho pelo Secretário de Saúde, especificamente no âmbito Municipal, esvazia a idéia de democracia participativa na medida em que impõe uma ingerência indevida dos governantes no espaço reservado pelo poder constituinte ao exercício direto do poder pela sociedade civil, comprometendo a própria cidadania.

Conforme ensina Barroso (2001, P. 149), o "ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins."

É paradoxal e a incompatibilidade é facilmente detectada por qualquer indivíduo médio. Na verdade, existe uma incompatibilidade constitucional absoluta no exercício da Presidência pelo Secretário de Saúde, Nessa linha, a acumulação dos cargos viola os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, findando por macular o próprio princípio republicano.

É da essência do princípio republicano o sistema de freios e contrapesos, vale dizer, o controle sobre os atos de um poder é exercido por outro poder. Em escala menor, os atos de um órgão ou instituição devem ser controlados não apenas internamente, mas também externamente, ou seja, por outro órgão ou instituição.

O controle social exercido pelos Conselhos, inovação trazida pela Carta de 1988, supera o sistema de freios e contrapesos - permite que o próprio povo, titular do poder, que delega a representantes eleitos democraticamente, exer-

ça quase que diretamente a fiscalização dos atos de seus mandatários na realização das políticas de saúde. Nesse sentido é que afirmamos que a Presidência do Conselho fiscalizador pelo próprio destinatário da fiscalização subverte a ordem republicana e constitui retrocesso intolerável, que deve ser enfrentado pelo Ministério Público a fim de garantir a observância por parte do poderes constituídos dos objetivos da República brasileira.

Vale consignar que, à luz das teorias jurídicas modernas sobre democracia e direito, a chefia do Conselho pelo Gestor fiscalizado e que dispõe do conhecimento técnico e político das matérias objeto de deliberação compromete também o princípio democrático, à medida que se torna instrumento de cooptação das forças sociais a serem permanentemente capacitadas para participarem dos debates propositivos.

Nessa perspectiva, a teoria jurídica desenvolvida por Jürgen Habermas introduz a concepção de que a gênese democrática do direito está no procedimento observado nesse espaço público de deliberação, que permite a avaliação normativa das políticas e ao lado da consolidação da democracia representativa dentro da qual o sistema impõe as normas, porém sua validade se afere no espaço de discussão. Discorre o autor que:

> Porém, mudou o efeito ambivalente dos novos direitos que definem as prestações de vida aos usuários. Pois estes conseguiram fortalecer inequivocamente uma configuração autônoma e privada de vida, na medida em que os próprios beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face às desigualdades de fato. (Habermas, 1997, p.170).

E acrescenta citando Güenther:

> No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam: "O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito" .(Habermas, 1997, p.171).

A acumulação dos cargos viola ainda, como já mencionado, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Isso porque a confusão entre as figuras do fiscalizador com o fiscalizado impede, às escâncaras, a isenção necessária para a realização do controle sobre os atos do Secretário de Saúde, admitindo uma parcialidade incompatível com a arquitetura constitucional.

3. Conclusão

É por todas as razões expostas que se sustenta: 1 – a inconstitucionalidade das leis estaduais e municipais que preveem o exercício da Presidência do Conselho de Saúde pelo Secretário de Saúde; 2 – a incompatibilidade entre as funções de Gestor (Secretário de Saúde) e de Presidente do Conselho de Saúde; 3 – a impossibilidade de candidatura do Secretário de Saúde à eleição para Presidente do Conselho de Saúde.

Cabe ao Ministério Público, como guardião do Estado Democrático de Direito, verificar se a presidência nata do Gestor Público é previsão da própria lei, municipal ou estadual, ou, ainda do regulamento do Conselho. Em ambos os casos, é pertinente a expedição de recomendação ao Conselho para alteração da norma ou a propositura de Representação por Inconstitucionalidade da lei.

Caso a lei seja omissa quanto à Presidência, é pertinente a expedição de Recomendação pelo Ministério Público no sentido de que o Secretário de Saúde se abstenha de concorrer ao cargo de Presidente do Conselho, até que se efetive a alteração no regulamento, ou na legislação municipal ou estadual, que impeça o exercício da Presidência pelo mesmo.

Não sendo acolhida a Recomendação ministerial, indica-se a propositura de ação civil pública visando a afastar o Secretário Municipal de Saúde da Presidência do Conselho, com fundamento na absoluta incompatibilidade entre as funções, visto que, como já aduzido, o Conselho é órgão fiscalizador da execução da política de saúde nos seus aspectos econômico e financeiro e que, nesse passo, ofende a lógica e a moralidade atribuir-se ao próprio agente público fiscalizado, gestor das verbas da saúde, a presidência do órgão responsável pela fiscalização de suas contas, inclusive para fins de aprovação e recebimentos de outros recursos.

Referências Bibliográficas

LEITÃO, Sônia Nogueira. É Possível o Controle Social Controlar o Estado? Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal Fluminense, Niterói: [s.n.], 2004.

ALMEIDA, Carla. O marco discursivo da "Participação Solidária" e a nova geração de formulação e implementação de ações sociais no Brasil. In A Disputa pela construção democrática na América Latina/ Evelina Dagnino, Alberto J. Oliveira e Aldo Panfichi (orgs) – São Paulo: Paz e Terra, 2006.

PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública. XVI Congresso Nacional do Ministério Público, Ministério Público e Justiça Social, Publicação da CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: CONAMP, 2005.

ROULAND, Norbert. Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. V – Direito e valores, pp. 223-317.

HELD, David (2007) "Autonomía democrática", "La democracia, la nación-estado y el sistema mundial" em Modelos de democracia, Alianza Editorial, Madrid.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Ed.Tempo Brasileiro, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional. Ed. Saraiva, 2001.

Site consultado: **ParticipaNetSUS** - *www.ensp.fiocruz.br/participanetsus*

HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR E PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE[1]

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA*

1. INTRODUÇÃO

O texto da Constituição vigente foi pioneiro em assegurar, expressamente, a saúde como direito fundamental no Brasil. Mesmo estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CR/88) e prevendo a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR/88), o constituinte fez questão de definir a saúde como direito social (art. 6º da CR/88) e tratar do tema de forma pormenorizada no âmbito da seguridade social (art. 196 ao art. 200 da CR/88).

Referida normatização é uma grande conquista da sociedade brasileira e resultado de um processo de ampla mobilização e debate, que foi promovido, primeiramente, pelos ativistas do movimento de reforma sanitária e, posteriormente, por diversos segmentos da sociedade durante a constituinte.

As propostas do movimento reformista refletiam os anseios por um novo modelo de saúde para o Brasil, contraposto às políticas fragmentárias, com enfoque simplesmente curativo, seguindo uma lógica hospitalocêntrica e morbocêntrica. Até então, apenas parcela da população – trabalhadores formais – tinha acesso garantido aos limitados serviços públicos disponíveis, que estavam concentrados nos grandes centros urbanos. Aos demais, restava o pagamento direto ao prestador de serviço ou a caridade, objeto das entidades religiosas.

Frente a essa realidade, buscou-se assegurar a todos igualmente o acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, satisfazendo as necessidades do indivíduo em sua plenitude. As ações e serviços públicos de saúde, conforme restou consagrado na Constituição, devem ser organizados em sistema único, financiado por toda a sociedade, nos termos do art. 195 da CR/88, resguardada, no entanto, à iniciativa privada, a possibilidade de exploração da assistência à saúde.

Seja por se tratar de direito fundamental ou pela expressa dicção do art. 196 da CR/88, constata-se que o acesso à saúde é direito de todos, razão pela qual a universalidade é princípio que norteia o SUS em todos os níveis de assistência.

A despeito dos antecedentes acima expostos, tem-se constatado, na doutrina[2] e jurisprudência brasileiras[3], restrições à garantia de prestações que tenham por

* Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais.

1 Versão revista da tese com título idêntico aprovada no 1º Congresso Mineiro de Direito à Saúde.

2 Oliveira, F., (2.007), Figueiredo (2.007), Ramos (2.005), Sarlet (2.008) e Lima (2.008) propõem como critério para o deferimento de prestações pleiteadas em juízo a hipossuficiência do autor.

3 Dois acórdãos exemplificam a tendência de utilização do critério de carência de recursos para exame

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 50 (3ª Fase), out./dez. 2013, p. 83-93.

fundamento o direito à saúde, ao argumento de que o Poder Público somente está obrigado a atender ao pedido se o autor é carente de recursos financeiros para custear aquilo que pleiteia. A hipossuficiência, mesmo em acórdãos de vanguarda, é rotineiramente utilizada como argumento para o deferimento da pretensão.

Nesse sentido, dados da pesquisa Saúde nos tribunais: jurisprudência e políticas públicas em confronto, realizada pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais – ESP/MG – e Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MP/MG, revelam que, do total de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG – que tratam do direito à saúde e que foram pesquisados (5.813), em 33,82% (1.966) estava presente na fundamentação o argumento de que o requerente não possui condições econômicas para arcar com os custos do pedido. De outro lado, em apenas 2,89% (168) dos arestos pesquisados afirmou-se que o deferimento do pedido independe da condição econômica do requerente.[4]

Frente a esse quadro de aparente contradição – previsão expressa de universalidade do acesso e exigência de hipossuficiência para garantia do direito em juízo – pretende-se discorrer acerca do princípio da universalidade e examinar a compatibilidade com a citada exigência.

2. UNIVERSALIDADE: CONCEITO, RAZÕES E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O emprego da expressão universalidade e as referências ao acesso universal à saúde pelos operadores do Direito são, corriqueiramente, imprecisos. Freqüentemente, utiliza-se o princípio da universalidade para tratar do objeto de ações propostas, confundindo-o com o princípio da integralidade.

Quando se fala em universalidade, refere-se ao *acesso* às ações e serviços de saúde, como deixam claro o art. 196 da CR/88 e o art. 7º, I da Lei 8.080/90. Trata-se, pois, da titularidade do direito e não de seu objeto.

Nesse contexto, a garantia de acesso universal pode ser resumida à expressão constitucional de que "a saúde é direito de todos", o que veda o estabelecimento de pré-requisitos ou discriminações para a fruição do direito. Todos, pela só condição de pessoa, têm direito à saúde e de acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CR/88).

---

das demandas que tratam do direito à saúde. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento a recurso do Estado do Rio de Janeiro e julgou improcedente pedido formulado em face do mesmo ao argumento que "o Estado, *lato sensu*, só está obrigado ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos que não dispõem de recursos próprios para adquiri-los" (RIO DE JANEIRO, Tribunal..., 2.005). Referido aresto restou confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão que afirmou que não seria dado ao tribunal reexaminar se o recorrente de fato era hipossuficiente e aplicou o verbete 279 da súmula do tribunal (BRASIL, Supremo..., 2.007). De seu turno, o TJMG já elegeu como um dos critérios para deferimento de tutela jurisdicional concernente a prestações destinadas a salvaguardar o direito à saúde a hipossuficiência do usuário-autor (MINAS GERAIS, Tribunal..., 2.008).

4 Disponível em http://spdisa.gti.esp.mg.gov.br/publico. Acesso em 24/01/2.010.

A previsão da saúde como direito de todos na Constituição de 1988 resultou de mobilização da sociedade brasileira, deflagrada pelo movimento de reforma sanitária referido na introdução do trabalho. Tal movimento teve como marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1986 e propôs as bases do novo modelo de saúde que a Constituição de 1988 consagrou com a previsão do Sistema Único de Saúde – SUS.

Reafirma-se que a previsão do acesso universal à saúde foi uma conquista da sociedade brasileira, uma vez que, até então, o acesso a ações e serviços de saúde era limitado.

A mobilização brasileira em favor da garantia do acesso universal à saúde veio em consonância com propostas internacionais. Nesse sentido, a Declaração de Alma-Ata, elaborada após a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde, no ano de 1978, enfatizou que a saúde é um direito humano fundamental e propôs a meta de *Saúde para Todos no Ano 2000*, orientada pelos cuidados primários de saúde.

A declaração de Alma-Ata ainda possui marcante atualidade. A meta proposta não restou alcançada, sendo evidentes as desigualdades no acesso à saúde entre os países e também no interior dos mesmos. Além disso, a expansão dos cuidados primários em saúde permanece necessária e comprovadamente eficaz para promover melhoria nos indicadores de saúde e equidade segundo os sanitaristas.

O Relatório Mundial de Saúde de 2008, elaborado pela Organização Mundial de Saúde – OMS, voltou ao tema dos cuidados primários de saúde propondo aos países membros quatro conjuntos de reformas para orientar o desenvolvimento dos sistemas de saúde, com alicerce nos valores e princípios dos cuidados de saúde primários. Genericamente, tais reformas foram nominadas como reformas da cobertura universal, reformas da prestação de serviço, reformas da política pública e reformas da liderança.

Interessa, no momento, o primeiro conjunto de reformas referido. Propõe a OMS reformas que "garantam que os sistemas de saúde contribuem para a equidade em saúde, justiça social e para o fim da exclusão, primordialmente através do progresso do *acesso universal* e da protecção social da saúde" (ORGANIZAÇÃO..., 2.008, p. XVI, destacou-se). Conforme propõe a OMS, a cobertura universal deve ser financiada por meio de contribuições pré-pagas, evitando-se despesas diretas aos prestadores de serviço, que muitas vezes são impossíveis para o usuário e outras sacrificam o mesmo e sua família. Além disso, sistemas não universais são marcados por restrições e desigualdades de acesso.

Para a OMS, a cobertura universal, embora não seja por si só, suficiente para atingir a equidade em saúde, é um alicerce imprescindível. Segundo a entidade:

> O passo mais fundamental que um país pode dar para fomentar a equidade em saúde é promover a *cobertura universal*: *acesso universal* a todo um leque de serviços de saúde necessários, pessoais ou não-pessoais, com protecção social da saúde. (ORGANIZAÇÃO..., 2.008. p. 27, destacou-se)

A Constituição de 1988, em primeira linha, estabeleceu, como sabido, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). De outro lado, dentre os objetivos do Estado, encontram-se "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, I e IV da CR/88).

Tratando dos direitos fundamentais, a Constituição previu, dentre os direitos individuais, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*). Conjugada com o princípio da dignidade da pessoa humana e o disposto no art. 5º, §2º da CR/88, a norma seria suficiente para ser assegurado o direito à saúde. Nada obstante, este encontra previsão autônoma, dissociada do direito à vida, tratando-se de direito fundamental, da espécie dos direitos sociais, nos termos do art. 6º da CR/88.

No recente julgamento da STA 175[5], o Supremo Tribunal Federal – STF, tendo como fio condutor o voto do Ministro Gilmar Mendes, ratificou e fixou várias premissas acerca dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e do direito à saúde. Neste ponto, calha salientar que o STF ratificou que os direitos sociais são direitos fundamentais e que, no Brasil, sua efetivação não encontra obstáculos jurídicos existentes em outros países, pois se submetem ao mesmo regime jurídico que as demais espécies do grupo. Nesse sentido, foram confirmados os precedentes da corte destacando a existência de direito subjetivo a prestações, em especial o AgR-RE 271.286-8/RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

Assegurada a saúde como direito fundamental, isto é, direito humano positivado no Brasil, a cláusula de universalidade é corolário inexorável (ALEXY, 1.999). Isto porque o acesso aos direitos fundamentais depende, unicamente, do pertencimento à espécie humana e de nenhum outro requisito, sob pena de redefinição do próprio conceito de humanidade e retrocesso no estágio civilizatório alcançado (OLIVEIRA, L., 2.009, VIEIRA, 2.006).[6]

---

5 Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf. Acesso em 19/04/2.010.

6 Em acórdão proferido no agravo de instrumento nº 2005.04.01.032610-6/PR, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve decisão de primeira instância que, em antecipação de tutela, determinava a realização de transplante de medula óssea a estrangeiro em situação irregular no Brasil. Na ocasião, afirmou-se que "o art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira,

Com efeito, embora atualmente possa soar evidente que os direitos fundamentais são devidos a todos, trata-se, em verdade, de conquista da sociedade moderna, tendo se manifestado, pioneiramente, na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, sob a influência do ideário da revolução francesa. Até então, as declarações de direitos tinham abrangência limitada, destinando-se a uma parcela da sociedade ou a um determinado povo (BONAVIDES, 2.008). Assim, há que se valorizar tal conquista.

A par da enfática normatização já citada, o constituinte tratou da saúde no âmbito da seguridade social, esta abrangendo, ademais, previdência e assistência social. Nos artigos 196 a 200, estão expressos os princípios da universalidade, igualdade e integralidade, conferiu-se às ações e serviços de saúde – públicos ou privados – relevância pública e esboçou-se o SUS, orientado pelas diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

É necessário ressaltar que a garantia de acesso universal à saúde não pode ser classificada como atitude irresponsável ou desconectada da realidade social. Isso porque a correspondente fonte de financiamento para o setor, como de resto para a seguridade social, encontra previsão no art. 195 da CR/88, que atribui responsabilidade a *toda sociedade*, através de contribuições e receitas dos orçamentos da União, Estados e Municípios (art. 198, §1° da CR/88).

Em conformidade com as premissas expostas, pode-se afirmar que, dentre os princípios que norteiam o direito à saúde no Brasil, a universalidade goza de prevalência *prima facie* diante dos demais. Isso porque a Constituição, a par de estabelecer que *a saúde é direito de todos*, dispôs ainda que referido direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, pode-se concluir que eventual conflito entre a garantia individualizada do direito à saúde e políticas públicas organizadas para atender às necessidades da população, deve-se tender à segunda alternativa, havendo necessidade de maior carga de argumentação para agir em sentido contrário (OLIVEIRA, L., 2.009).[7]

---

não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais." (BRASIL, Tribunal..., 2.006)

7 Na monografia referida, analisou-se a tensão entre os princípios da universalidade e integralidade quando se trata de demandas por medicamentos. Valendo-se da concepção de princípios e da proposta para a solução de seus conflitos desenvolvida por Alexy, o autor concluiu que o princípio da universalidade e o atendimento a necessidades coletivas através de políticas públicas goza de prioridade *prima facie* diante de prestações individualizadas segundo a Constituição. Estas, para prevalecerem, devem atender ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Resumidamente, para se demonstrar a adequação da medida, faz-se necessária que esta seja apta para atingir o fim colimado. Para tanto, é necessário que o medicamento tenha sido aprovado pela ANVISA e que haja evidências de que seja indicado e eficaz para o tratamento ou controle da patologia ou agravo à saúde. Em seguida, a prestação será necessária se for a via menos gravosa em face do interesse coletivo, exigindo-se, nessa linha, que não haja alternativa terapêutica no SUS. Finalmente, a prestação pode ser considerada proporcional em sentido estrito se for destinada à preservação da dignidade humana, isto é, atender ao mínimo existencial. Assim, considera-se desproporcional em sentido estrito a exigência de marca específica, bem como prestações que, para

Percebe-se, assim, que o acesso universal às ações e serviços de saúde, a par de ser reconhecido como o caminho para se atingir a equidade em saúde, é direito fundamental, cuja mitigação acarreta inquestionável inconstitucionalidade por ofensa ao art. 60, §4º, IV da CR/88.

3. É POSSÍVEL EXIGIR A COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR COMO REQUISITO PARA O DEFERIMENTO DA PRESTAÇÃO PLEITEADA EM JUÍZO?

Como se demonstrou acima, a hipossuficiência ou carência do autor tem sido utilizada na fundamentação das decisões judiciais que tratam do direito à saúde. Embora muitas vezes a afirmação da hipossuficiência seja um argumento a mais, usado para dar sustentação a um provimento judicial de procedência do pedido, há casos em que a afirmada ausência de demonstração leva ao julgamento de improcedência.

No julgamento da apelação nº 2004.001.04764, relatada pela Desembargadora Maria Christina Louchard de Góes, em que um usuário pleiteava o fornecimento de medicamentos ao município do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reexaminando a decisão de primeira instância, reformou-a e julgou improcedente o pedido ao argumento de que o autor não se desincumbiu do ônus de provar fato constitutivo do seu direito (art. 333, I do CPC), qual seja: a ausência de condições de adquirir os medicamentos que pleiteou.

No caso, os desembargadores entenderam que, embora afirmada pelo autor, a hipossuficiência não restou provada, sobretudo porque o mesmo valeu-se de prescrições médicas particulares nos autos, ganhava o equivalente a R$ 971,05 (novecentos e setenta e um reais e cinco centavos) brutos em abril de 2.003 como agente de trabalhos de engenharia e possuía conta telefônica no valor de R$ 66,39 (sessenta e seis reais e trinta e nove centavos).

Nada obstante, os desembargadores afirmaram que as doenças do autor e a necessidade de consumo dos medicamentos[8] restaram provadas. Contudo, decidiram por reformar a sentença e julgar improcedente o pedido afirmando que "o Estado, *lato sensu*, só está obrigado ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos que não dispõem de recursos próprios para adquiri-los" (RIO DE JANEIRO, Tribunal..., 2.005).

---

além da resolutividade do tratamento, tragam simples comodidade para o usuário, isentando-o de responsabilidade pela própria saúde (OLIVEIRA, L., 2.009). De seu turno, o sanitarista Gilson Carvalho, tratando do conflito entre universalidade e integralidade, mormente em face das pressões pela incorporação de produtos e tecnologias, propõe o conceito de *integralidade regulada*, com o objetivo de não deixar de atender as necessidades da pessoa em sua plenitude, mas, ao mesmo tempo, seja afastado o custeio de terapias que não encontrem respaldo em sólidas evidências científicas e que, muitas vezes, têm a incorporação forçada por pressão do capital (CARVALHO, 2.005).

8 Não constam do acórdão quais foram as doenças afirmadas pelo autor e os medicamentos pleiteados.

Como já se demonstrou acima, a universalidade do acesso à saúde é uma conquista da sociedade brasileira, é imprescindível para se atingir a equidade em saúde e está expressamente consagrada na Constituição, integrando o direito fundamental em comento. Assim sendo, restrições ao acesso à saúde, fundamentadas em critérios econômicos, constituem irreparável retrocesso, estão na contramão do que propõem a OMS e os estudiosos da saúde pública e, por fim, transgridem e subvertem o sentido da Constituição.

Primeiramente, como já dito, a saúde é direito humano positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Estes, os direitos humanos, possuem implícita a cláusula de universalidade de acesso, porquanto devidos a todos pela sua só condição de humanidade, independente de qualquer requisito (ALEXY 1.999, CANOTILHO, 2.003). Dessa forma, a oposição de barreiras econômicas para o acesso ao direito à saúde redefine o conceito de humanidade, retrocedendo o estágio civilizatório alcançado.

De outro lado, como já dito, os direitos à vida e à saúde foram consagrados no Brasil como direitos fundamentais (art. 5º, *caput* e art. 6º, ambos da CR/88), sendo certo que a Constituição estabeleceu a universalidade como princípio que norteia o acesso à saúde, nos termos do art. 196 da CR/88. Referido princípio está ainda ratificado no art. 7º, I da Lei 8080/90, que estabelece "a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência" como princípio do SUS.

Em consonância com o que se afirmou acima, no julgamento da STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, lembrou que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Destacou, ademais, a decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na STA 91, ocasião em que esta ressaltou que, a princípio, o art. 196 da CR/88 refere-se à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo.

Sendo assim, conclui-se que afronta a Constituição o estabelecimento da hipossuficiência como critério judicial para o deferimento de ações referentes ao direito à saúde.

Advirta-se, ademais, que a interpretação das normas que tratam de direitos fundamentais deve ser extensiva (SALGADO, 2.001), buscando efetivá-lo; donde se conclui que ao intérprete não cabe estabelecer barreiras de acesso ou requisitos não previstos no ordenamento jurídico.

Ainda examinando o texto da Constituição, ratifica-se que a universalidade encontra sustentação na base de financiamento do SUS, prevista no art. 195. Segundo este, a seguridade social, integrada pela saúde, previdência e assistência social, é financiada por toda sociedade, através de contribuições. Assim, o subfinanciamento da saúde,[9] responsabilidade do

9 Segundo dados da OMS (*World Health Statistcs*, 2.009), os gastos públicos anuais em saúde no Brasil são da ordem de US$323 *per capita*, medidos pelo conceito de paridade por poder de compra, segundo dados do ano de 2.006. Comparado com países vizinhos, verifica-se que, nesse período, os gastos públicos em saúde foram de US$ 549 *per capita* na Argentina, US$ 363 no Chile, US$ 396 na

Estado, não pode ter por conseqüência a restrição de direito fundamental para o qual houve prévia contribuição de todos.

Deve-se ressaltar, ainda, que a OMS definiu saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Imprescindível, pois, que cada um viva em uma comunidade saudável. Dessa forma, o critério proposto ignora a complexidade das relações sociais mantidas entre as pessoas e que a saúde por vezes se manifesta como direito difuso, razão pela qual se torna inviável a limitação de acesso.

O texto constitucional estabelece, ainda, que a saúde impõe o desenvolvimento de políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), razão pela qual não se pode confundir ou limitar direito à saúde à mera prestação de serviços de caráter curativo. Nesse sentido, a limitação de acesso a prestações sanitárias ao argumento de que o autor não comprovou ser carente é míope, uma vez que ignora inúmeras atribuições quotidianamente desempenhadas pelo SUS em favor da coletividade, sem distinção dos beneficiários.

A proposta em exame, ademais, está em descompasso com a organização da seguridade social. Isso porque, como já dito, a seguridade social abrange a saúde, a previdência e a assistência social. A saúde é direito fundamental, orientado, destarte, pelo princípio de universalidade do acesso. De seu turno, para reduzir a desigualdade e atender ao disposto no art. 3º, III, a Constituição previu a assistência social, expressamente destinada aos necessitados (art. 203). Assim, é indevida a utilização de critério econômico como requisito para efetivar o direito à saúde, já que este orienta a assistência social.

Por ter finalidade diversa da assistência social, a lei 8080/90 estabeleceu que o SUS deve organizar-se pelo princípio de "utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática" (art. 7º, VII). Assim, conclui-se que a equidade em saúde deve ser buscada por meio de indicadores epidemiológicos, o que não implica mitigação do princípio da universalidade.

Por fim, ratifica-se que o requisito de carência de recursos ou hipossuficiência não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, ao admiti-lo como critério para o acesso judicial a prestações tendentes a concretizar o direito à saúde o magistrado atua com liberdade absoluta, uma vez que não há qualquer baliza ou parâmetro para análise. Nesse sentido, o usuário fica sujeito à discricionariedade do magistrado, que desconhece as implicações e conseqüências das doenças para o indivíduo e sua família.

Colômbia e US$ 362 no Uruguai. Para assegurar recursos mínimos para o setor saúde, aprovou-se a emenda constitucional nº 29 em 2.000. Nada obstante, até o momento, não há legislação tratando do tema, o que tem dificultado a cobrança do seu cumprimento pelos entes da federação, sobretudo em razão das discussões acerca do conceito sobre ações e serviços públicos de saúde.

4. CONCLUSÕES

A universalidade é princípio que norteia o direito à saúde no Brasil, nos termos do art. 196 da CR/88, e implica o acesso de todos a ações e serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação. Referido princípio é uma importante conquista da sociedade brasileira e um imprescindível alicerce para se atingir a equidade em saúde.

Restrições ao acesso à saúde, fundamentadas em critérios econômicos, constituem irreparável retrocesso, estão na contramão do que propõem a OMS e os estudiosos da saúde pública e, por fim, transgridem e subvertem o sentido da Constituição. Nesse sentido, a definição de prioridades em saúde deve utilizar a epidemiologia, como estabelece o art. 7º, VII da Lei 8.080/90.

Assim sendo, a exigência de comprovação de hipossuficiência do autor em ações que tratam do direito à saúde é indevida e contraria a Constituição, sendo grave equívoco considerar que a carência de recursos é fato constitutivo do direito.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [on line], n. 5, p. 139-151, 1.988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/index.shtml>. Acesso em: 28 out. 2.007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, p. 55-66, jul./set. 1.999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2.008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2.008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 490.661-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 36, 02 mar. 2.007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 54, 25 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 2005.04.01.032610-6. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 688, 01 nov. 2.006.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 569-584, 2.003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2.003.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. Saúde: o tudo para todos que sonhamos e o tudo que nos impingem os que lucram com ela. *Saúde em Debate*, v. 29, p. 99-104, 2.005. [on line] Disponível em: <http://www.opas.org.br/observatorio/Arquivos/Destaque92.doc.> Acesso em: 13 jun. 2.008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.007.

LEMOS, Newton Sérgio Lopes. O pseudo-dilema do choque de conceitos entre a universalidade e integralidade da atenção em saúde: o que deve o Estado prover ao cidadão? *In*: *Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde*, Fortaleza, 4, 2.008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p. 265-283.

LOPES, Antônio Alberto da Silva. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*. São Paulo, v. 46, n. 3, p. 285-288, jul./set. 2.000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação n. 1.0707.07.152307-0/001(1)*. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim. 25 nov. 2.008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 21 maio 2.009.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. Belo Horizonte, v. 96, n. 865, p. 54-84, nov. 2.007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Direito fundamental à assistência farmacêutica: parâmetros para a conciliação entre integralidade e universalidade*. 2.009. 72f. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) – Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2.009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Relatório Mundial de Saúde 2008: cuidados de saúde primários agora mais que nunca*. Lisboa: Alto Comissariado de Saúde, 2.008.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, v. 22, p. 147-165, out./dez. 2.005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n. 2004.001.04764*. Relatora: Desembargadora Maria Christina Goes. 17 maio 2.005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em: 21 maio 2.009.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, jan./jun. 2.001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2.002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2.007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p. 11-53.

VIEIRA, Fernando Cézar Carrusca; OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Critério censitário para acesso a direito humanos: o acesso à saúde no Estado democrático de direito. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, p. 353-373, jan./jun. 2.006.



O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial

Judicial Control of Health Public Policies

Ana Luiza Lima Fazza*

Sumário

1. Introdução. 2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde. 2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida. 2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios. 2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde. 2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde. 3. O Direito à Saúde frente à Escassez de Recursos do Estado. 3.1. As Espécies de Escassez de Recursos. 3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. 4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde. 4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários. 4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde. 4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais. 4.2.2.3. Escassez de Recursos. 4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais. 4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais. 4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros. 4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial. 4.2.3.4. Teoria da Necessidade. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar o papel do Poder Judiciário e a possibilidade de sua interferência junto aos demais Poderes na concretização do direito fundamental à saúde. A partir da leitura dos ensinamentos de DWORKIN (2010) e utilizando como marco teórico a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY (2011), chega-se a ilação de que o direito à saúde está positivado em uma norma-princípio, devendo ser concretizado por estar diretamente ligado à manutenção da vida humana, surgindo daí a exigência de sua universalidade. Posto isso, incumbe ao Legislativo – na elaboração das leis orçamentárias – e à Administração Pública – quando da execução das políticas públicas traçadas, diante de uma escassez natural severa, proceder a escolhas alocativas que tornem suficientes os recursos destinados à eficácia deste direito a todos. Diante da normatividade constitucional e da fundamentalidade do direito em questão, constata-se que o controle judicial dos atos administrativos que

* Advogada, Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 60 (3ª Fase), abr./jun. 2016, p. 17-40.

materializam as políticas públicas de saúde, inclusive com a prolação de sentenças mandamentais, é imprescindível quando a Administração deixar de efetivar tal direito em conformidade com o planejamento efetuado.

Abstract

This current paper intends to analysethe judicial review of administrative acts that materialise health public policies. Taking into account the dworkian theory and using Alexy's theory of constitutional rights as a point of departure, is known that health is a standard cast-principle, intimately connected to protection of human life and also to right to health, what sustains its universality. Therefore, the Legislative, when elaborating budget and financial management laws, and the Public Administration, when executing the established public policies, should, whilst facing a natural resources severe shortage, allocate resources in a way that those resources fulfill the effectiveness of those rights to the whole community, since they are vital to human life preservation. As a result, in a context of constitutional effectiveness and fundamental rights, judicial review of the referred administrative acts is proved to be highly necessary, specially when Public Administration neglect the effectiveness of health rights.

Palavras-chave

Saúde. Núcleo Essencial. Políticas Públicas. Recursos Financeiros. Controle Judicial.

Keywords

Health. Essential Core. Public Policies. Financial Resources. Judicial Review.

1. Introdução

O presente trabalho aborda o papel do Poder Judiciário na materialização do direito constitucional à saúde quando da omissão da Administração Pública em concretizá-lo, uma vez que é dever do Estado garanti-lo como reflexo do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como uma exigência da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Nesta perspectiva, algumas questões nortearam o estudo: a partir da dicotomia estabelecida por Alexy (2010), o direito fundamental à saúde é uma norma-regra ou uma norma-princípio? Ainda, analisando a exigibilidade do direito à saúde, é possível o controle do Poder Judiciário sob a Administração Pública, sobretudo diante da carência de políticas públicas efetivas para sua concretização? E, em caso afirmativo, como compatibilizar o controle jurisdicional com o princípio da separação de poderes e o princípio da reserva do possível?

Tratando-se de um direito assegurado constitucionalmente, erigido ao *status* de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, a saúde deve ser uma das principais preocupações dos governantes. Contudo, por vezes tal direito é marginalizado, sobretudo pela ausência de políticas públicas efetivas por parte da Administração Pública, utilizando-se como principal escusa a alegação da escassez de recursos (princípio da reserva do possível). Daí surge a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2010) para o presente trabalho, funcionando como diretriz para a solução das questões suscitadas. Estabelecendo-se a natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde – se regra ou princípio, pode-se determinar o grau de sua vinculatividade. A partir daí, permite-se traçar as diretrizes da atuação jurisdicional na concretização deste direito fundamental.

Frente à coexistência de direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, surgirão conflitos aparentes entre os mesmos. Sendo o direito à saúde um princípio, quando da colisão com outro direito fundamental, admitirá ponderações, de forma que, em determinada situação, poderá haver a necessidade de concretização de um outro direito fundamental em detrimento do direito à saúde. Admitida a possibilidade do controle judicial, caberá a este a verificação da legitimidade desta restrição à luz do princípio da proporcionalidade, analisando-se também a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador.

Por outro lado, sendo o direito à saúde uma regra, será norma absoluta, exigível na medida do tudo ou nada. Quando em conflito com outro direito fundamental, o direito à saúde prevalecerá, devendo ser concretizado em sua integralidade, isto é, na medida do tudo. Neste caso, o controle judicial cuidará para a efetiva aplicação do direito, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer, mostrando-se igualmente pertinente.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar se e como o Judiciário deve agir frente à omissão do Poder Público na consecução de políticas de saúde. Para tanto, invocou-se a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), com a delimitação da natureza jurídica do direito à saúde e o grau de sua vinculatividade. Ainda, pretende-se fixar o conteúdo mínimo do referido direito, analisar sua exigibilidade frente às possibilidades fáticas (princí pio da reserva do possível) e jurídicas (máxima da proporcionalidade) existentes e, por fim, apresentar os fundamentos que permitem o controle judicial.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo de estudo e o tipo de investigação jurídico-teórica, enfatizando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o objeto de estudo, além da adoção de alguns conceitos.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de vários doutrinadores renomados como Alexy (2011), Dworkin (2010), Canotilho (2002), Duarte (2011), Barroso (2008), Lopes Júnior (2005), Barros (2008), entre outros.

2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde

2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida

O Estado Liberal trouxe a primeira dimensão dos direitos fundamentais, demarcada pela autonomia individual e pela ausência da intervenção estatal. Porém, tais direitos foram insuficientes para a promoção de uma verdadeira igualdade, vez que a garantia de liberdades individuais (direitos civis e políticos) serviu como uma forma de opressão da burguesia sobre os trabalhadores.

Na tentativa de se buscar uma igualdade material entre os indivíduos, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social, surgindo com ele a segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos sociais. No rol destes direitos, encontra-se o direito à saúde, que, por sua vez, está intimamente ligado ao direito à vida.

Conforme salienta Duarte (2011):

> (…) Deve-se ver que o direito à saúde consiste numa segunda dimensão ou num desdobramento do direito fundamental à vida, que o contempla e o amplia. Desta forma, o direito fundamental à saúde possui uma área de coincidência com o direito individual à vida; portanto, o direito à vida encontra-se inserido no direito à saúde, sendo este último, porém, mais amplo que o primeiro.[1]

O direito à saúde é amplo, estando nele inserido o direito à vida. Assim, em determinadas situações, a tutela da saúde coincidirá com a própria tutela da vida humana; em outras, a tutela da saúde garantirá uma sadia qualidade de vida, mas sem comprometer a existência humana.

Tal constatação permite diferenciar as demandas de saúde de primeira necessidade e as demandas de saúde de segunda necessidade. Estas dizem respeito a todas as demandas que não apresentam conexão direta com a preservação da vida humana. Aquelas representam todas as demandas de saúde que estão diretamente ligadas ao direito à vida, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo, a garantia de condições sanitárias adequadas, dentre outras.

O Estado tem o dever de assegurar o acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde, atendendo tanto as demandas de primeira necessidade quanto as de segunda necessidade. Tal dever está positivado no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e demanda uma dupla atuação estatal, qual seja, a exigência da elaboração de leis veiculadoras de políticas públicas e a concretização destas políticas mediante a alocação de recursos públicos.

[1] DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde. 1ª ed. 2011.p. 36.

A celeuma surge justamente quando o Estado deixa de cumprir com seu dever constitucional, alegando muitas vezes a insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas de saúde. Nestas hipóteses, há ou não para o particular a possibilidade de exigir do Estado, pela via judicial, a efetivação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde? A resposta a este primeiro questionamento depende inicialmente da análise da natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde, que será tratada a seguir.

2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios

Para a delimitação da estrutura da norma do direito fundamental à saúde, é necessário realçar a importante dicotomia existente entre regras e princípios trazida por Alexy (2011) em sua teoria dos direitos fundamentais, já que, como salienta o próprio autor, tal diferenciação "corresponde a um ponto de partida e de resposta para as dúvidas acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais".[2]

Para Alexy (2011), tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, vez que ambos ditam o dever-ser, trazendo permissões e proibições. Apesar de o autor apresentar vários critérios já existentes para distingui-los, refuta-os, acreditando que entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa – toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Segundo o autor (2011):

> Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas; estes contêm mandamentos *prima facie*, apresentando razões que podem ser perfeitamente afastadas. Por conseguinte, regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível[3].

Nesta esteira, Dworkin (2010) também traz uma importante distinção entre regras e princípios. Para ele, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica – distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Segundo o autor:

---

[2] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. p. 90. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.
[3] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.

> As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios são padrões que devem ser observados por representarem uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. (...) Em um mesmo caso, poderá haver outros princípios que argumentem em direção oposta, e o princípio em tela pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico.[4]

Na linha do que foi exposto, a dicotomia entre princípios e regras é realçada na aplicação concreta da norma jurídica. A norma-princípio admite o cumprimento gradual, ou seja, a depender do caso concreto, pode ser satisfeita em maior ou menor intensidade. Por outro lado, uma norma-regra somente admite o cumprimento pleno, de forma que, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada e concretizada integralmente.

A diferenciação também pode ser notada quando incidem simultaneamente no mesmo caso concreto vários princípios ou várias regras, falando-se em colisões entre princípios e em conflitos entre regras. Segundo Alexy (2011), o conflito entre regras é solucionado mediante uma dimensão de validade: deve-se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que permite afastar a hipótese normativa diante de algum fato. Se ainda assim a solução do conflito não for possível, pelo menos uma das regras contraditórias deve ser declarada inválida. A outra, válida, será aplicada na sua integralidade. Já a colisão entre princípios é solucionada segundo uma dimensão de peso – há um sopesamento entre interesses conflitantes, resolvido pela máxima da proporcionalidade. Se dois princípios colidem no caso concreto, apenas um deles irá prevalecer. Porém, isso não significa que um princípio deva ser declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção; na verdade, como os princípios têm pesos diferentes, o princípio de maior peso ganhará precedência em face do outro em determinado caso concreto.

Na mesma linha de Alexy (2011), Dworkin acentua que:

> Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior; já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.[5]

[4] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.
[5] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2010. p. 42. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

Estabelecida a diferenciação entre regras e princípios e os métodos utilizados para a solução das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras, torna-se importante analisar o direito fundamental à saúde e o seu enquadramento como norma-regra ou norma-princípio, bem como a importância desta classificação para a exigibilidade de políticas públicas de saúde perante o Poder Judiciário quando da omissão do Estado na sua formulação.

2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde

A doutrina positivista analisava as normas considerando-as ou como um imperativo categórico, com alto grau de vinculatividade, impondo ao Poder público o dever de prestar todo e qualquer serviço concretizador de um direito social (o que seria inviável visto a escassez de recursos e o custo dos direitos); ou como normas programáticas, funcionando apenas como mera diretriz de atuação do Poder Público, sem estabelecer comandos de atuação.

Superando o Positivismo, o Pós-Positivismo passa a reconhecer a força normativa da Constituição, conferindo caráter imperativo tanto aos princípios quanto as regras positivados constitucionalmente, abandonando-se o caráter programático das normas. Assim, surge para o Estado o dever de agir conforme os preceitos constitucionais, de forma que os direitos fundamentais, sejam eles consagrados por normas ou princípios, passaram a demandar uma observância imperativa.

Contudo, apesar da obrigatoriedade criada para o Estado, surgem diferenças práticas na concretização dos direitos fundamentais conforme estes estejam esculpidos em normas-regras ou em normas-princípios. Conforme já salientado, o direito à saúde encontra-se positivado no artigo 196 da Constituição Federal, sendo importante neste ponto do estudo definir qual a natureza desta norma e quais as consequências práticas daí advindas, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Assim preceitua o dispositivo:

> Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação[6].

Enquanto norma-princípio, ao Poder Público seria imposto o dever de concretizar o direito à saúde na maior medida do possível, mas, ao encontrar-se em conflito com outros direitos sociais, sobretudo por inexistir recursos financeiros para atender a todos os direitos fundamentais, seria admitido o seu sopesamento segundo a máxima da proporcionalidade, não sendo, portanto, um direito absoluto.

[6] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 196.

Enquanto norma-regra, o direito à saúde seria absoluto, devendo ser concretizado à maneira do tudo ou nada. Sendo a norma constitucional uma regra válida, deve o Estado fazer exatamente aquilo que ela exige. Assim, a saúde deveria ser tratada com prioridade em relação aos outros direitos fundamentais sociais assegurados, garantindo-se a preferência na formulação de políticas públicas e na destinação de recursos para atendê-las.

A Constituição da República Federativa Brasileira pode ser classificada como analítica ou prolixa, na medida em que aborda todos os assuntos fundamentais assim considerados pela Assembleia Constituinte. Nesta exata medida, a Carta Magna se preocupa exaustivamente com os direitos fundamentais, positivando uma gama de direitos e, além disto, reconhece a existência de direitos fundamentais implícitos. A mesma consagra o direito à saúde, mas igualmente delega proteção a outros direitos fundamentais, tais como a moradia, a alimentação, o transporte, o trabalho, entre outros.

Com a expansão dos direitos fundamentais, não raras serão as colisões entre direitos pertencentes a titulares diversos. Tais colisões podem ser classificadas em colisões de direitos em sentido estrito, quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito pertencente a terceiro, e colisões de direitos em sentido amplo, quando o exercício de um direito conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção de um direito qualquer por parte do Estado.

Tomando como enfoque as colisões de direitos em sentido amplo e a dicotomia estabelecida entre regras e princípios, chega-se à ilação de que o direito fundamental à saúde está esculpido em uma norma-princípio. Tendo natureza de norma-regra, o direito à saúde deveria ser concretizado na medida do tudo ou nada. Contudo, impor ao Poder Público a efetivação integral do direito à saúde (tudo) comprometeria a concretização dos demais direitos fundamentais, principalmente frente à escassez de recursos, esvaziando-se o conteúdo da Constituição. Por outro lado, estando o direito à saúde intimamente ligado ao direito à vida, afastar a sua proteção (nada), dando-se destaque a outros direitos, seria macular a própria *ratio* constitucional.

A partir do momento em que se reconhece uma pluralidade de direitos fundamentais, é imperioso concluir que todos ostentam caráter jusfundamental. Nesta linha, a compreensão do direito à saúde como uma norma-princípio é a que melhor compatibiliza a necessidade de consagração pela Administração Pública, na medida do possível, do maior número de direitos fundamentais. Assim, frente à técnica de solução de conflito entre princípios abordada no presente trabalho, havendo um conflito entre o direito à saúde e outro direito fundamental, é possível que aquele sucumba frente a este em determinado caso concreto. Lado outro, situações haverão em que será imperiosa a prevalência do direito à saúde. Em ambos os casos, exigir-se-á sólida argumentação sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento do outro, evitando-se arbitrariedades por parte do administrador.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, deve ser concretizado, na maior medida do possível, pela Administração Pública mediante a elaboração de

políticas públicas eficazes. Contudo, admitida a possibilidade de restrição do mesmo em determinados casos, torna-se importante delimitar os parâmetros para que tal restrição seja válida e legítima. Em primeiro lugar, a restrição ao direito deve ser proporcional. Segundo, a restrição não poderá esvaziar totalmente o conteúdo essencial do direito em análise. Nesta linha, o núcleo essencial representa um "limite do limite", impedindo que a restrição do direito comprometa o seu conteúdo.

O Pós-Positivismo tornou os princípios vinculantes e obrigatórios, não sendo mais meros vetores do ordenamento jurídico e/ou supressores de lacunas. O direito à saúde, enquanto princípio, admitirá ponderações, contudo, não poderá ser esvaziado completamente, demandando-se a proteção ao seu núcleo essencial. Aqui, não haverá margem de discricionariedade para o Administrador, que deve formular políticas públicas e destinar verbas para garantir o núcleo essencial do direito à saúde, não podendo invocar a escassez de recursos para se escusar do cumprimento destas obrigações prioritárias. Somente depois de atendido o núcleo essencial do direito é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outras políticas públicas se deve investir.

O controle jurisdicional sobre a Administração Pública ganha relevância frente ao conflito entre direitos fundamentais. Neste caso, a restrição ao direito fundamental à saúde seria avaliada pelo Poder Judiciário, mediante um juízo de proporcionalidade, verificando-se a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador. O princípio da proporcionalidade, proibindo a proteção deficiente, permitiria ao Judiciário fiscalizar os atos estatais excessivamente insuficientes para promover o direito. Ao Judiciário caberia também zelar pela efetiva consagração do núcleo essencial do direito à saúde, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer – a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Neste ponto, torna-se importante delimitar o conteúdo do núcleo essencial do direito à saúde e a sua consequente exigibilidade à luz dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, uma vez que não se revela razoável permitir seu incremento em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Entretanto, a mera alegação da escassez de recursos também não pode servir de escusa para a não consecução do direito fundamental.

2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde

Conforme já salientado, o direito social à saúde é apresentado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) com a natureza normativa de princípio, mas também é indubitável o reconhecimento da força normativa do seu núcleo essencial, que não poderá ser esvaziado. Neste diapasão, novamente está demarcada a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011) como referencial teórico deste trabalho.

O conteúdo mínimo essencial de um direito fundamental representa um núcleo permanente e intangível, que não pode ser afetado, sendo por isso considerado um "limite dos limites". Quando há um conflito entre direitos fundamentais, em primeiro lugar, deve-se verificar se a restrição a determinado direito é aceitável de acordo com o princípio da proporcionalidade. Em seguida, deve-se analisar se a restrição não esvaziou o núcleo essencial do direito, sob pena de não se admitir tal limitação.

À luz deste conceito, devido à relevância do bem jurídico tutelado, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e na preservação da vida humana. Conforme já exposto, o direito à vida está contido no direito à saúde. Assim, todas as ações e direitos que estiverem diretamente ligados à manutenção da vida humana, as chamadas demandas de saúde de primeira necessidade, estarão contidos no núcleo essencial do direito à saúde, passando a vincular os poderes públicos.

Deve a Administração Pública cuidar para que estas demandas sejam atendidas com prioridade. Contudo, em caso de inércia do Poder Público na formulação de políticas públicas ou má alocação de recursos públicos para a consagração do direito à saúde, ao Poder Judiciário será dada a missão de coibir a omissão administrativa.

Muito se destacou a importância do conteúdo mínimo do direito, que não poderá ser restringido em hipótese alguma, cabendo ao Poder Judiciário evitar que as limitações aos direitos fundamentais comprometam esse núcleo intangível. Estando as demandas de saúde de primeira necessidade contidas no núcleo essencial do direito à saúde, merecerão plena guarida em juízo, não socorrendo a alegação da escassez de verbas pela Administração Pública, funcionando o controle judicial como garantia da eficácia do direito à saúde, podendo ser determinada a alocação de recursos, a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Ultrapassado o núcleo essencial do direito à saúde, surgirão as demandas de saúde de segunda necessidade. Mesmo nestas hipóteses, o Estado tem o dever de realizar políticas públicas e destinar recursos para atendê-las. Ocorre que, frente à natureza de norma-princípio do direito à saúde e reconhecida a escassez de verbas, não estando em jogo a vida humana, a Administração gozará de certa liberdade na formulação de ações governamentais e alocação de recursos, podendo atender outros direitos igualmente fundamentais. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário poderá interferir sob o viés da proporcionalidade, aferindo a legalidade e/ou razoabilidade da escolha, pois não lhe é dado se imiscuir no mérito administrativo – margem de conveniência e oportunidade de que goza o administrador no desempenho de sua atividade.

Frente à existência de uma variedade de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, por vezes a concretização dos mesmos resta prejudicada pela insuficiência de recursos financeiros do Estado. Assim, relevante faz-se o enfrentamento da questão da obrigatoriedade das ações de saúde à luz do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, delimitando-se em que medida tal alegação é

viável ou passa a ser arbitrária e em que hipóteses o Poder Judiciário poderá realizar o controle das escolhas administrativas, já que a Administração Pública é livre para formular as políticas públicas de saúde, desde que tenha como foco principal a universalidade, prevenção e igualdade.

3. O Direito à Saúde Frente à Escassez de Recursos do Estado

Conforme exposto no capítulo anterior, é dever do Estado garantir o direito à saúde de todos. No cumprimento de seu mister deve elaborar políticas públicas e alocar recursos públicos para atendê-las. Contudo, o principal argumento levantado pela Administração Pública para a não consecução de ações de saúde é a limitação financeira, representando a reserva do possível um entrave para a consagração do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais sociais.

Neste capítulo, analisar-se-á o princípio da reserva do possível, sua repercussão na consagração do direito à saúde e no controle judicial das políticas públicas, sua ponderação à luz do princípio do mínimo existencial, bem como em que momento a reserva do possível figurará como uma escusa legítima ou como uma alegação arbitrária.

3.1. As Espécies de Escassez de Recursos

Elster (1992) explica que:

> (...) A escassez pode ser em maior ou menor grau, natural, quase-natural ou artificial. Quando nada puder ser feito para eliminá-la ou para aumentar a oferta do bem muito escasso, será considerada uma escassez natural severa (...). Será, entretanto, uma escassez natural suave quando nada puder ser feito para que o bem escasso seja disponível para todos, mas já o for para a maioria dos que precisam deles (...). Já quando a oferta do bem puder ser incrementada, mesmo que ainda sem atingir a satisfação integral de todos, por condutas não coativas dos cidadãos, estar-se-á diante de uma escassez quase natural. Por fim, a escassez será artificial quando medidas puderem ser tomadas pelo Estado para deixar o bem disponível a todos[7].

A escassez de recursos financeiros representa uma escassez natural suave quando o Estado, diante do aumento da arrecadação de tributos ou da reformulação do orçamento, consegue angariar recursos para satisfazer totalmente as demandas.

[7] ELSTER, Jon. *Local Justice*: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21. Também Berlinguer (BERLINGUER, Giovanni. Bioética cotidiana. Traduzido por Lavínia Bozzo Agilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004, p. 252).

Por outro lado, há uma escassez natural severa quando, mesmo se adotando as medidas expostas, o Estado permanece incapaz de satisfazer as demandas em sua integralidade. No Brasil, pode-se afirmar que há uma escassez natural severa, uma vez que os recursos orçamentários não são suficientes para satisfazer inteiramente todos os direitos fundamentais.

Certo é que, diante desta escassez, cabe à Administração Pública a importante missão de decidir sobre a alocação dos recursos, de forma a distribuí-los de maneira justa e atender o maior número de demandas possíveis. Apesar de os direitos sociais serem instrumentos de promoção de equidade social e da dignidade humana, não se revela razoável permitir seu incremento às custas do endividamento público.

Na insuficiência de recursos para atender a todas as demandas de saúde, deverão ser priorizadas as demandas de saúde primeira necessidade, vez que imperativa a proteção do núcleo essencial do direito à saúde. Já na efetivação das demandas de saúde de segunda necessidade, a Administração gozará de certa discricionariedade na alocação de recursos para atendê-las. Novamente, caberá ao Poder Judiciário cuidar para que as escolhas alocativas da Administração, em ambos os casos, sejam feitas dentro de determinados parâmetros, o que será objeto de análise ainda neste capítulo.

3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe à Administração Pública uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos fundamentais positivos, quando existirem recursos públicos para tanto. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal, vez que o Estado não pode ser obrigado a agir para além de sua capacidade econômica e financeira.

Segundo Sustein e Holmes:

> Todos os direitos, desde os que dependem de atuação positiva até aqueles negativos ou de defesa, implicam custos para o Estado. E, diante disso, nenhum direito será absoluto, mas dependerá dos recursos econômicos do Estado para serem realizados. Somente existirão direitos onde o fluxo orçamentário os previr[8].

Contudo, conforme será exposto neste tópico, a alegação da reserva do possível nem sempre será legítima, principalmente quando analisada à luz do mínimo existencial. Este, por sua vez, visa garantir condições mínimas de existência humana

[8] HOLMES, Stephen; SUSTEIN,Cass. The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes. New York: W.W. Norton Company, 1999. p. 94.

digna, demandando o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos. O núcleo essencial de um direito não é preestabelecido, sendo fixado no caso concreto após a realização de um juízo de proporcionalidade, que permitirá ampliar ou restringir o seu conteúdo essencial. Frente aos direitos positivos (direitos sociais), impõe-se ao Estado que ofereça condições para a eficácia plena do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

A reserva do possível é invocada muitas vezes pelo Estado para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Em algumas hipóteses, a insuficiência de recursos legitimará a omissão estatal; em outras, funcionará como uma escusa arbitrária, não merecendo prosperar. Nesta esteira, Canotilho já adverte:

> Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*VorbehaltdesMoglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos[9].

Dada a pluralidade de direitos fundamentais e reconhecida a insuficiência de recursos para supri-los, cabe à Administração Pública proceder uma alocação de recursos que garanta de forma mais eficiente os direitos fundamentais. Frente à impossibilidade de concretização integral de todos os direitos, faz-se necessária a adoção de um critério para delimitar até qual momento a falta de verbas poderia impedir a concretização de um direito fundamental. É neste contexto que o mínimo existencial se liga ao princípio da reserva do possível: apesar de existirem limites financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, o mínimo existencial deve sempre ser atendido, não vingando a alegação da escassez de recursos. Por outro lado, concretizado o mínimo existencial, o princípio da reserva do possível poderá servir como limite válido para a insuficiência de políticas públicas de saúde.

Novamente, surge a importância de se definir a norma positivadora do direito à saúde como uma norma-princípio, sempre atentando para a consagração plena de seu conteúdo essencial. Frente a um conflito entre o princípio do direito à saúde e o princípio da reserva do possível, a Administração poderá realizar um sopesamento frente às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, contrapondo os recursos disponíveis e a necessidade de atendimento às demandas de saúde.

Apesar de o Estado ter o dever de garantir a saúde de todos, goza de certa margem de discricionariedade, podendo empregar os recursos na consecução de

[9] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

outros direitos fundamentais igualmente essenciais, sendo legítima a alegação da reserva do possível para afastar qualquer responsabilidade dos governantes. Contudo, nestes casos, para que haja a derrogação da tutela do referido direito, é imperiosa a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Impede-se, com isso, que a insuficiência de verbas reduza os direitos sociais a uma garantia constitucional utópica.

Por outro lado, é inegável que qualquer restrição a um direito fundamental se dê com base em um juízo de proporcionalidade, preservando-se seu núcleo essencial, conteúdo intangível do direito. Neste caso, o direito à saúde precederá o princípio da reserva do possível. As demandas de saúde de primeira necessidade, como reflexo do direito à vida, devem ser implementadas integralmente, não havendo margem de discricionariedade para a Administração Pública, vez que o núcleo essencial do direito à saúde é intangível, devendo ser preservado em qualquer hipótese. Será ilegítima a invocação da escassez de recursos como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. A distinção é importante para que o respeito ao direito à saúde não se dê às custas do endividamento público.

Levado ao Poder Judiciário determinada demanda envolvendo o direito à saúde, a solução da celeuma deverá permear-se pela dicotomia explanada: sendo uma demanda de saúde de primeira necessidade, a prestação jurisdicional é imperativa; a escassez de recursos, ainda que comprovada, não legitimará a inércia do Estado, podendo o Judiciário determinar a realização de uma política pública, a alocação de recursos ou o atendimento a determinado pleito individual. O mínimo existencial prevalecerá sobre o princípio da reserva do possível. Por outro lado, sendo uma demanda de saúde de segunda necessidade, se a escolha do Poder Público foi proporcional, atendendo a outros direitos fundamentais relevantes, será legítima a alegação da reserva possível. Assim, ultrapassado o mínimo existencial, o controle judicial na realização de políticas públicas somente será admitido se as opções da Administração Pública se mostrarem desde logo ilegais e/ou desarrazoadas ou quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos.

4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde

4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários

Os atos administrativos vinculados impõem ao administrador uma atuação em conformidade com a lei. Assim, à luz do princípio da legalidade, a Administração Pública somente poderá fazer ou deixar de fazer algo quando autorizada por lei.

Quando o administrador extrapola os limites legais, o ato administrativo estará eivado de ilegalidade, sendo passível de anulação, pela própria Administração Pública, de ofício, com base no princípio da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Por sua vez, os atos administrativos discricionários conferem uma margem de atuação ao administrador, que poderá realizar as escolhas que considerar conveniente e/ou oportuna (mérito administrativo). Quando o ato deixa de ser conveniente e oportuno, a Administração Pública poderá proceder a sua revogação. Contudo, a discricionariedade como poder da Administração deve ser exercida consoante determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público. Assim, preservado o mérito administrativo, permite-se também o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários caso as escolhas do administrador se revelem desde logo desproporcionais, ofendendo a lei e a Constituição Federal.

Enquanto ato administrativo discricionário, à Administração Pública incumbe a importante missão de elaboração e efetivação de políticas públicas, assim consideradas como um conjunto de ações e omissões que visam à proteção e promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo o resultado da ponderação entre interesses conflitantes e recursos públicos limitados. Porém, nem sempre esta atividade é desempenhada corretamente, seja pela ausência de um planejamento para a materialização destas políticas, seja pela insuficiência de verbas para atender a todas as demandas.

É neste contexto que o controle judicial dos atos discricionários ganha extrema importância, aferindo a constitucionalidade e/ou legalidade das escolhas feitas pela Administração, cuidando para que haja um adequado planejamento do gasto das verbas e correta execução das políticas públicas em prol do atendimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos positivos e direitos negativos. Os direitos que detém uma eficácia negativa criam para o Estado um dever de abstenção, de não intervenção; este apenas se apresentará como garantidor ou protetor dos mesmos quando ocorre sua violação. Por outro lado, os direitos que apresentam uma eficácia positiva, tal como os direitos sociais, impõem ao poder público uma obrigação de fazer, exigindo uma efetiva atuação deste para garantir seu exercício.

Frente aos direitos sociais, a Administração Pública assume uma obrigação de garantia, de proteção, de fomento e de realização. Sendo o direito à saúde um direito social e, portanto, um direito fundamental positivo, o Estado tem o dever de garantir ao indivíduo a plena realização do mesmo, seja protegendo-o contra violações, seja através da prestação de serviços públicos à coletividade, fornecendo adequado serviço de saúde pública, medicamentos, atendimento por profissionais capacitados, adequado serviço de saneamento básico, entre outros.

Reconhecida a impotência do poder público na concretização do direito à saúde, surge grande discussão a respeito da possibilidade do Poder Judiciário exigir uma atuação positiva do Estado, com vistas à realização de políticas públicas de saúde. No tópico a seguir serão analisados os posicionamentos favoráveis e contrários a essa justiciabilidade.

4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes

A discussão sobre a possibilidade da ingerência do Poder Judiciário nas decisões governamentais vem à tona sobretudo porque o mesmo não detém a competência para elaboração de políticas públicas, que ficam a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A doutrina tradicional sustenta que ao realizar um controle sobre as opções legislativas e administrativas, o Judiciário estaria interferindo na alçada destes poderes ao realizar um controle da distribuição de recursos – quando a decisão implica o contingenciamento do orçamento – e da execução das políticas públicas – quando a decisão implica a prática de atos materiais pelo Estado.

Quando o Judiciário impõe a realização de uma política pública de saúde, invade a esfera discricionária de atuação do administrador ou do legislador, substituindo-se aos mesmos. Além da separação de poderes, o controle judicial viola o próprio processo democrático, pois somente os poderes eleitos pelo povo gozam de legitimidade para operar escolhas políticas.

Analisando as ações judiciais em que são pleiteados direitos sociais aos entes públicos, Barroso (2008) sustenta que o excesso de ingerência judicial prejudica a promoção de políticas públicas, já que obsta a discricionariedade da administração na alocação de recursos escassos. Na contramão do controle judicial, salienta que o princípio da separação de poderes impediria este controle. Para ele, "é o próprio povo – que paga os impostos – que deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos".[10]

4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal positivou uma gama de direitos fundamentais e, frente a uma escassez severa de recursos, torna-se dificultosa ao Estado a tarefa de concretização de todos esses direitos. Assim, incumbe à Administração Pública, dentro de sua discricionariedade, proceder a uma alocação de recursos de forma a compatibilizar direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, tendo como foco a universalidade, isto é, a realização de políticas públicas que atendam o maior número de indivíduos possíveis.

[10] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008, p. 30.

Admitir a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa acarreta grande prejuízo para toda a coletividade, frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais. É cada vez maior o número de ações judiciais visando a tutela individual de determinado direito fundamental e, frente ao grande volume de condenações do Estado, parte significativa do orçamento ficará comprometida ao pagamento das decisões judiciais, aniquilando a possibilidade de a Administração Pública aplicar o dinheiro a políticas públicas de saúde destinadas a toda coletividade, comprometendo a universalidade do direito fundamental à saúde.

4.2.2.3. Escassez de Recursos

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos positivos, quando existirem recursos públicos para tanto.

Por sua vez, as escolhas alocativas de recursos para a realização de políticas públicas incumbem única e exclusivamente à Administração Pública. Frente à insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas, cabe à mesma decidir quais serão as prioridades governamentais. Enquanto atividade discricionária, o Estado não pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a agir para além de sua capacidade econômica e financeira, só devendo atuar dentro de suas possibilidades. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal.

4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes

Para aqueles que defendem uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas do Estado, esta atuação faz-se imperativa para o resguardo de princípios fundamentais e proteção do Estado Democrático de Direito, visando sempre sedimentar uma verdadeira igualdade social. Refutando o argumento de que a ingerência judicial violaria o processo democrático, Lopes Júnior, citado por Freire Júnior (2005), salienta:

> A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático a Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade

democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.[11]

Não merece prosperar a alegação de que a interferência judicial macularia a separação de poderes, sobretudo frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição: diante de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito não pode ser negada uma prestação jurisdicional apta a coibir a ofensa. Ademais, a própria doutrina separatista reconhece que os Poderes exercem funções atípicas, não existindo uma separação estanque entre eles. Desta forma, é o próprio postulado da separação dos poderes que legitima a atuação do Judiciário na fiscalização das ações estatais.

Ainda, a força deôntica das normas-princípio consagradoras de direitos fundamentais sociais, trazida pelo pós-positivismo, conferindo vinculação jurídica ao seu conteúdo, reforça a necessidade de um controle mútuo entre os poderes, atuando em benefício do povo. A necessidade de efetivação dos direitos sociais suplanta qualquer óbice normativo trazido pelo princípio da separação dos poderes, principalmente frente ao direito à saúde, cuja efetivação garante a sobrevivência humana. Fornecer condições de saúde adequadas é cuidar para que o direito à vida também seja tutelado.

4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, sendo o direito à saúde apenas mais um dos direitos tipificados. Ocorre que os recursos financeiros são escassos e as demandas públicas são infinitas. Por isso, é corrente o conflito envolvendo o direito à saúde e os demais direitos sociais. Frente a essa situação, são propostas soluções para dirimi-lo.

4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais

Na resolução do conflito entre o direito à saúde e outro direito social, é importante distinguir as hipóteses em que estarão em jogo demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade, podendo surgir quatro situações distintas.

Quando, pela escassez de recursos, houver um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial), prevalecerá o direito à saúde, vez que diretamente ligado ao direito à vida.

Situação diversa ocorrerá quando houver um embate entre o núcleo essencial do direito à saúde e o núcleo essencial de outro direito social. Neste caso, ambos os direitos deveriam ser tutelados frente à intangibilidade de seu conteúdo. Contudo, frente a uma escassez severa de recursos, haverá a precedência do direito à saúde, permeando-se a solução do conflito pela tutela da vida, vez que esta constitui pré-requisito para a fruição

[11] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê *apud* LOPES JÚNIOR. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

de outros direitos. Uma vez alegada pelo Estado a insuficiência financeira, deve sempre o Judiciário intervir buscando a tutela do direito, seja determinando uma atitude comissiva do Poder Público, seja utilizando os critérios alocativos para a solução dos conflitos.

Uma terceira hipótese surge quando do conflito entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial). Neste caso, sendo ambos os direitos veiculados por normas-princípios, o embate deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. A privação do direito à saúde em detrimento do outro direito social será tolerada, desde que se dê com base em critérios éticos aceitáveis. Contudo, se alegada pelo Estado a insuficiência financeira, mas não comprovada, o Judiciário poderá garantir ao titular do direito à saúde a medida desejada.

A quarta e última hipótese ocorre quando há o embate entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e o núcleo essencial de outro direito social. Constatada e comprovada a insuficiência de recursos, o direito à saúde sucumbirá – enquanto norma-princípio, sendo tutelado o outro direito social, frente à intangibilidade de seu conteúdo mínimo.

4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros

Na materialização do direito à saúde de vários indivíduos, podem surgir conflitos envolvendo tanto demandas de saúde de primeira necessidade quanto demandas de saúde de segunda necessidade.

Havendo o conflito entre duas demandas de saúde de segunda necessidade, vazadas em normas-princípios, este deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. Deverá ser feita a ponderação dos interesses em jogo, determinando-se qual prevalecerá no caso concreto. Tanto a Administração Pública, na execução das políticas públicas de saúde, quanto o Judiciário, no julgamento de demandas de saúde, devem nortear-se por estes critérios.

Ainda, poderá surgir um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e uma demanda de saúde de segunda necessidade. Conforme exaustivamente já tratado, frente à escassez de recursos, devem ser priorizadas as demandas de saúde de primeira necessidade, de aplicação imperativa, reflexo da obrigatoriedade de proteção do direito à vida e do mínimo existencial.

Por fim, o caso será de maior complexidade quando envolver um conflito entre duas demandas de saúde de primeira necessidade, sendo ambas normas guardiãs da vida humana. Primeiramente, deve o Estado tentar angariar recursos para atender a ambas as demandas. Porém, demonstrada a falta de recursos e a impossibilidade de concretizar todos os direitos em jogo, é mister que se determine, com base em critérios ético-jurídicos e no princípio da igualdade, quem será atendido.

Nestas hipóteses, deverá ser adotado pela Administração Pública ou pelo Judiciário o critério do número de beneficiários: não se pode priorizar a vida de um em detrimento da vida de muitos. Se o objetivo é cuidar da sobrevivência humana, nada mais certo do que, frente à insuficiência de recursos (devidamente comprovada),

dar preferência a medidas que atenderão o maior número de pessoas possíveis. Tal critério é o mais benéfico porque contempla tratamento isonômico da vida de todos – ninguém seria beneficiado ou preterido por razões pessoais.

Neste diapasão, elucida-se não só a possibilidade, como a necessidade do controle judicial, pois, como está em tela o direito à vida, a decisão deve ser a mais justa possível, já que a escolha implicará na abstenção do direito à vida de outrem.

4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial

Pelo princípio do mínimo existencial, já enfrentado exaustivamente no presente trabalho, o Estado tem o dever de garantir o conteúdo mínimo do direito fundamental, atendendo as necessidades básicas dos indivíduos. Contudo, a escassez de recursos é invocada muitas vezes pelo poder público para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Entretanto, o princípio da reserva do possível sucumbe frente ao princípio do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a missão de zelar pela correta ponderação entre a insuficiência de verbas e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Na tutela do conteúdo mínimo do direito a saúde não será válida a escusa pelo Estado da insuficiência de recursos. A prestação jurisdicional é imperativa, podendo ser determinada a realização de uma política pública coletiva de saúde ou o atendimento a determinado pleito individual. Estando em jogo o direito à vida, não se pode negar a tutela da pretensão individual ao argumento do prejuízo à coletividade.

Por outro lado, mesmo no tocante ao conteúdo que extrapola o mínimo existencial do direito à saúde, é possível o controle judicial na realização de políticas públicas quando as opções da Administração Pública se mostram desde logo ilegais e/ou desarrazoadas. Não comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não será possível a derrogação da tutela do referido direito.

4.2.3.4. Teoria da Necessidade

À luz da teoria da necessidade, a atuação do Estado na consecução de pretensões individuais de saúde deve ser subsidiária, somente tendo o dever de fornecer o bem da vida àqueles que não têm condições de, por seus próprios meios, obtê-lo. Firmada essa premissa, permite-se afastar o efeito multiplicador das decisões judiciais, impedindo-se que haja o comprometimento de parte significativa do orçamento pelo pagamento de condenações judiciais.

Os jurisdicionados que não dispõem de recursos suficientes para atender as suas necessidades sem prejuízo de seu sustento e de sua família, poderão recorrer ao Poder Judiciário com vistas a satisfazer a sua pretensão, *v.g.*, para a obtenção de um medicamento de alto valor, sendo legítima a condenação do Estado nesta hipótese. Por outro lado, aqueles que ostentam condição financeira confortável, não poderão exigir do Estado uma prestação individual, já que poderão prover por seus próprios meios suas necessidades.

5. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, o direito fundamental à saúde foi analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), chegando-se a ilação de que o mesmo está positivado na Constituição Federal Brasileira em uma norma-princípio. Verificou-se também que, diante da evolução da interpretação constitucional, trazida pelo pós-positivismo, os princípios passaram a ter alto valor deôntico, de observância imperativa pelo Estado, não sendo mais meras normas programáticas.

Diante desta constatação, viu-se que a Administração Pública encontra-se obrigada a concretizar o direito fundamental à saúde mediante a realização de políticas públicas efetivas. Ocorre que, a escassez severa de recursos acaba por gerar um grande entrave à consecução do aludido direito, principalmente frente à existência de outros direitos igualmente fundamentais. É neste ponto que surge a discussão a respeito da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas por parte do Estado.

Frente ao problema exposto, foram apresentados os argumentos daqueles que se posicionam contrariamente ao controle judicial, principalmente pela ofensa ao princípio da separação de poderes, pela escassez severa de recursos e pelo comprometimento do orçamento público frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais, sendo a elaboração de políticas públicas atividade discricionária da Administração Pública, não podendo o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Ainda, foram expostos os argumentos dos defensores do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, que admitem a exigibilidade do direito à saúde sobretudo à luz da teoria do mínimo existencial e teoria da necessidade, refutando a ofensa à separação de poderes, uma vez que a ingerência do Judiciário é necessária para a efetivação do direito à saúde e, consequentemente, para a tutela de uma vida digna.

Diante do exposto, concluiu-se que o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde não só é possível, como também necessário, de forma a se garantir a força normativa da Constituição Federal. Frente à inércia do Poder Público, o Poder Judiciário pode e deve atuar impondo obrigações de fazer ao Estado visando a concretização do direito à saúde.

Porém, como foi advertido ao longo da exposição, não se revela razoável permitir o incremento do direito social à saúde em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Por isso, aconselhou-se a divisão entre as demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade.

Conforme demonstrado, o direito à vida integra o núcleo essencial do direito à saúde. Neste ponto, impõe-se a obrigatoriedade da consecução das demandas de saúde de primeira necessidade por parte do Estado. Em caso de inércia, o Judiciário assumirá o importante papel de garantia da vida humana, não podendo a insuficiência de recursos ser um entrave à tutela judicial.

Por outro lado, ultrapassado o núcleo essencial do direito, gozará o Estado de certa discricionariedade no atendimento das políticas públicas de segunda necessidade,

podendo ser concretizadas na medida do possível, de acordo com a disponibilidade financeira, visto a existência de outros direitos igualmente fundamentais. Nestes casos, a omissão do Estado legitimará a atuação do Poder Judiciário quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos para atender as demandas de saúde ou quando a escolha do administrador revela-se desde logo ilegal e/ou desarrazoada.

Diante da omissão estatal e da realidade orçamentária (escassez severa de recursos), a vontade constitucional é sucumbida. Há um dissenso entre previsão e efetivação das normas – o Estado deixa de cumprir um mandamento constitucional. Não se pode tolerar que um direito ligado à vida humana deixe de ser assegurado. Além de positivados constitucionalmente, é a garantia feita pelo Estado (e, em caso de inércia, pelo Poder Judiciário) que dará a esses direitos uma aplicação material, atribuindo eficácia e existência concreta a essas garantias.

Por isso, a solução apresentada no presente trabalho revela-se a mais razoável: a Administração Pública goza de certa discricionariedade na elaboração de políticas públicas de saúde. Contudo, a partir do momento em que há uma violação a este direito fundamental pela inércia da Administração, poderá o Poder Judiciário realizar o controle sobre as escolhas administrativas desarrazoadas, impondo, inclusive, obrigações de fazer. Mas, como não se pode ignorar a escassez severa de recursos e a existência de outros direitos fundamentais, a atuação do Judiciário também será limitada.

Por tudo o que foi exposto, reconhecida a força normativa da Constituição, é mister que haja um controle das políticas públicas pelo Judiciário, anulando atos inválidos, aplicando condenações ou impondo à Administração obrigações de fazer, mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional. Este papel é de extrema relevância para a máxima consagração do direito à saúde, sobretudo pelo fato desta intervenção significar verdadeira tutela à vida humana.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 22ª ed. 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de políticas públicas*: parâmetros, objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1999, Ed. Forense.

DOWRKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 1ª ed. 2011.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, nº 4, 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê: *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GASPAR MELQUÍADES DUARTE, Luciana. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 2011. Ed. Fórum.

HESPANHOL, Ivanildo. *Água e Saneamento Básico. Capital ecológico, uso e conservação*. 3ª ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rev, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KREEL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV. p.105.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do Meio Ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 8, p. 38, São Paulo: RT, abr./jun. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: Teoria Geral. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à moradia*. 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde

Primary care as an institutional priority for the work of the Public Prosecutors Office in defense of health

Luciano Moreira de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Atenção Primária à Saúde – APS como estratégia prioritária para a realização do direito à saúde. 2.1. Concepções de saúde e direito à saúde. 2.2. Atenção Primária à Saúde – APS. 2.3. O papel do Ministério Público. 3. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

Articulando conteúdos da saúde pública e do direito, em especial, dos ramos do direito constitucional e do direito sanitário, procedeu-se à análise do papel do Ministério Público brasileiro na proteção do direito à saúde. Estudou-se a importância da atenção primária à saúde para a implementação dos sistemas de saúde, inclusive, do Sistema Único de Saúde – SUS, o que, ao final, reconhecendo a importância desse nível de atenção, sustentou a conclusão de que o membro do Ministério Público deve priorizar, no exercício de suas atribuições de proteção do direito à saúde, a promoção de medidas para contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção primária à saúde.

Abstract

Articulating issues of public health and law, especially in the fields of constitutional law and sanitary law, the role of the Brazilian Public Prosecutors Office in protecting the right to health was analyzed. The importance of primary health care for the implementation of health systems, including the Unified Health System – SUS, was studied. Finally, the recognition of the importance of this level of care supported the conclusion that the member of Public Prosecutors Office must prioritize, in the exercise of its attributions of protection

* Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP/MG). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 85 (3ª Fase), jul./set. 2022, p. 89-103.

of the right to health, the promotion of measures to contribute to the strengthening and expansion of the primary health care network.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde Pública. Sistema Único de Saúde. Atenção primária à saúde. Ministério Público.

Keywords: *Right to health. Public health. Unified Health System. Primary health care. Public Prosecutors Office.*

1. Introdução

O Ministério Público brasileiro, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou por profundas mudanças que o transformaram, progressivamente, da condição de órgão defensor dos interesses do Estado e competente para, em juízo, efetivar a pretensão punitiva, para uma instituição independente e responsável, de forma ampla, por efetivar o acesso à Justiça,[1] proteger direitos coletivos e individuais indisponíveis e velar pelos interesses públicos. No bojo dessas mudanças, o Ministério Público, progressivamente, assumiu protagonismo na proteção do direito à saúde, seja como interesse coletivo ou individual, em juízo ou fora dele.[2]

O Código de Processo Civil, de 1973, previa a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, em todas as causas em que houvesse "interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte" (art. 82). Em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente previu a legitimidade do Ministério Público para propor ações de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. No mesmo ano, a Lei Complementar nº 40/1981 conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação civil pública. Por sua vez, a Lei nº 7347/85 atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esses instrumentos normativos ampliaram as perspectivas para a atuação do Ministério Público brasileiro, de forma a lhe conferir singularidade no cenário internacional.[3-4]

Embora seja inegável a importância das leis já referidas, a consolidação do Ministério Público como instituição essencial à Justiça, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

[1] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/. Acesso em: 05 jul. 2022.
[2] OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
[3] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público:* Instituição e Processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 162-210.
[4] PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público:* Instituição e Processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 211-228.

indisponíveis ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. Para além da atividade típica de promover, privativamente, a ação penal pública, atribuiu-se ao Ministério Público os deveres de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Na área da saúde, a Constituição de 1988 efetivou um conjunto de mudanças apresentadas durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986. O evento, considerado um marco na história da Reforma Sanitária Brasileira, teve a ousadia de defender a saúde como um direito fundamental, integrante do *status* de cidadania de todos os brasileiros, devendo ser assegurado a todos, com equidade, independentemente da capacidade de pagamento, o acesso integral a ações e serviços de saúde.[5]

Dessa forma, a Constituição de 1988 previu a saúde como direito fundamental entre os direitos sociais (art. 6º). Entre os artigos 196 a 200, disciplinou, em linhas gerais, a atuação do Estado para a promoção de políticas públicas necessárias para a efetivação desse direito. Assim, estabeleceu como princípios a universalidade, a integralidade, a equidade, a prioridade para as ações de prevenção, a descentralização e a participação da comunidade. No art. 197, o constituinte conferiu relevância pública às ações e serviços públicos de saúde, sejam eles públicos ou privados. Mais adiante, no art. 199, a par de admitir a assistência privada à saúde, estabeleceu que, ao participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde – SUS, a iniciativa privada deve seguir as diretrizes do sistema.

Ao tempo em que se caminha para o encerramento desta breve introdução, registra-se que, de forma definitiva, o constituinte incumbiu ao Ministério Público a missão de ser uma das garantias institucionais do direito à saúde. Isso porque, no art. 129, II, estabeleceu que a instituição deve se responsabilizar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia (art. 129, II).

Assim, cabe-nos, uma vez mais, revisitar o tema do direito à saúde neste momento "pós-pandemia" de COVID-19, a fim de discutirmos e propormos caminhos para uma atuação cada vez mais eficiente para a proteção do direito à saúde.

2. Da Atenção Primária à Saúde – APS como estratégia prioritária para a realização do direito à saúde

2.1. Concepções de saúde e direito à saúde

Antes de ser socialmente valorada e alcançar o *status* de bem jurídico constitucionalmente tutelado, a saúde é um fenômeno da realidade, analisado e estudado desde os mais remotos tempos. Em breves linhas e naquilo que comporta este espaço, é conveniente lembrar que, na antiguidade, os gregos, afastando-se de

[5] OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

concepções místicas da saúde, consideravam-na a partir da relação entre o homem e o ambiente. A saúde era vista como um estado de equilíbrio da pessoa e desta com o meio, ao passo que a doença era considerada como desequilíbrio. Os escritos de Hipócrates, considerado pai da Medicina, trazem considerações sobre as enfermidades endêmicas e epidêmicas.[6-7]

No período romano, pode-se destacar a importância das intervenções realizadas no ambiente, em especial a drenagem de pântanos, vistos como propagadores de doenças, ainda que desconhecidos os agentes causais específicos. Também convém destacar a importância das ações realizadas para a canalização e suprimento de água para as cidades.[8]

Na Idade Média, o protagonismo do poder da Igreja influenciou os estudos sobre a saúde e a doença.[9] Nesse contexto, as explicações místicas voltaram a ser invocadas, sendo que doença e pecado, saúde e virtude passaram a ser noções correlacionadas. O doente podia ser visto como alguém castigado por Deus e a doença uma possessão ou feitiçaria praticada por inimigos.[10]

O período do Renascimento foi novamente favorável para o desenvolvimento dos estudos sobre a saúde. Entretanto, o pensamento científico emergente convivia com práticas místicas.[11] Assim como nas artes, prevaleceu na saúde a visão humanística, centrada nos indivíduos, e se destacaram os estudos sobre o corpo humano, em especial, as observações anatômicas.[12-13-14]

Na sequência, do século XVI ao século XVIII, destaca-se, inicialmente, no contexto da afirmação dos estados nacionais, de caráter absolutista, o avanço de uma visão da saúde como medida de Estado, conferindo respaldo à autoridade nacional. Assim, no território da atual Alemanha, a polícia médica, a par de promover importantes medidas para a saúde pública, tinha forte conteúdo normalizador e limitador de liberdades individuais.[15] No entanto, esse período também foi próspero em contribuir para a implementação de registros sobre vida, morte e estado de saúde das pessoas.[16]

---

[6] BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. *In*: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA; ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Textos de apoio:* epidemiologia. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1985, p. 14-15.

[7] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005, p. 21-22.

[8] ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad.: Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 40.

[9] SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, jul./set., p. 349-363. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt. Acesso em: 06 jun. 2020, p. 354.

[10] ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., p. 52-53.

[11] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública, cit., p. 39.

[12] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública, cit., p. 44.

[13] ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., p. 62.

[14] PINTO JÚNIOR, Vítor Laerte. Introdução ao Pensamento Epidemiológico. *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n. 1, 2018, p. 163.

[15] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública, cit., p. 49 e 52-53.

[16] SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, may, 1996, p. 668.

No século XIX, o olhar para o processo saúde-doença voltou-se, novamente, para o ambiente. Porém, o ambiente já não se limitava aos aspectos físicos e biológicos. Se, por um lado, a teoria miasmática imputava às emanações pútridas do solo e das águas a ocorrência de doenças,[17] por outro lado, as condições de vida e trabalho também ganharam destaque em um contexto de precariedade e insalubridade das moradias, dos locais de trabalho e das cidades em geral.[18] Rudolf Virchow, atuante nesse período, ficou conhecido como um dos fundadores da medicina social. Esse importante cientista "procurou estabelecer um nexo entre epidemias e desigualdades sociais."[19]

No entanto, a partir do final do século XIX e início do século XX, as descobertas dos agentes causadores de doenças infecciosas, como a tuberculose, por Koch, foram responsáveis por uma profunda mudança na compreensão do processo saúde-doença. Com efeito, da causalidade complexa da medicina social e abstrata da teoria miasmática, passou-se à compreensão de que cada doença possui um agente etiológico por ela responsável. Trata-se do modelo unicausal e do paradigma bacteriológico, que teve um importante papel para o avanço da medicina. Assim, enquanto à luz da medicina social e do paradigma miasmático, a prevenção de doenças dependia de intervenções sobre o ambiente como a drenagem de pântanos, da melhoria das condições de salubridade nos ambientes de trabalho e de moradia, com o advento do paradigma bacteriológico, as principais intervenções para prevenção e tratamento das doenças passaram a ser as vacinas e os antibióticos. De fato, experimentou-se um importante avanço no manejo das doenças infecciosas, com benefícios para a prevenção de mortes evitáveis e o aumento das expectativas de vida.[20]

Contudo, por ser reducionista e afastar da apreciação do campo da saúde as condições de vida e de trabalho, com o tempo o paradigma bacteriológico revelou suas limitações. Assim, se por um lado o modelo funciona bem para explicar e propor o manejo de doenças infecciosas, por outro, não consegue esclarecer as causas das doenças crônicas, como as doenças do sistema vascular, os diversos tipos de câncer e os transtornos mentais, por exemplo, cuja ocorrência nos indivíduos e populações precisa ser atribuída a diversos fatores, ou seja, são agravos multicausais. Na realidade, mesmo para as doenças infecciosas, o paradigma bacteriológico, ao desprezar considerações sobre o ambiente e reduzir o ser humano à sua dimensão biológica, não atende, em especial, à necessidade de promoção de medidas que possam beneficiar a saúde coletiva.[21]

Em sintonia com a noção de que a saúde e o bem-estar dependem de um conjunto amplo de fatores, por um lado, a Organização Mundial da Saúde – OMS, no preâmbulo de sua Constituição, considera que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou

[17] SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. *Choosing a Future for Epidemiology*: I. Eras and Paradigms, cit., p. 669.
[18] NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al*. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014, p. 18.
[19] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública, cit., p. 67.
[20] ROSEN, George. Uma história da saúde pública, cit., p. 221-222.
[21] SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. *Choosing a Future for Epidemiology*: I. Eras and Paradigms, cit., p. 670.

de enfermidade"[22] e, por outro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que "todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive *alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança* em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."[23]

Portanto, nos dias atuais, é necessário reconhecer que a manutenção da saúde e a ocorrência de doenças são eventos complexos, dependentes de múltiplos fatores individuais – biológicos e psicológicos – e coletivos, abrangendo o ambiente natural e as condições de vida e trabalho, isto é, fatores determinantes sociais.[24] Não é possível considerar a ocorrência de doenças sob perspectiva estritamente biológica, em um plano a-histórico, desvinculando o indivíduo de seu meio. Essa perspectiva é incapaz de dar conta da complexidade da vida e apresentar respostas, em especial, aos problemas coletivos da saúde pública.

Por outro lado, a consciência sobre a importância da saúde para as pessoas, os impactos das doenças para as vidas dos indivíduos e de suas famílias e sobre a diversidade de fatores que influenciam os modos de vida das pessoas contribuiu bastante para que o tema passasse a ter relevância para o direito e, mais adiante, pudesse ser considerado um direito.[25] Com efeito, pouco a pouco as sociedades perceberam que a saúde não pode ser tratada como responsabilidade exclusiva do indivíduo e que possui uma clara e importante dimensão coletiva a desafiar a atuação do Estado.

Nesse sentido, já no final do século XIX, Bismarck propôs um seguro social de doença, baseado em contribuições de empregados e empregadores, responsável pela disponibilidade de uma rede de serviços de saúde para seus segurados. É o chamado modelo de seguro social ou bismarckiano, ainda hoje presente na Alemanha.[26] Aliás, a previsão do dever estatal pela promoção de uma rede de serviços de saúde está presente na Constituição alemã de 1919, marco jurídico do advento do Estado Social de Direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, com suas populações fortemente impactadas pelas consequências do conflito, os países europeus implementaram políticas públicas voltadas para o fortalecimento da proteção social. Consequentemente, o fortalecimento dos sistemas de saúde acompanhou esse movimento.

---

[22] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 07 jun. 2020.

[23] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

[24] BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. *A saúde e seus Determinantes Sociais*, cit., p. 78.

[25] ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

[26] LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Ligia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. *In*: GIOVANELLA, Lígia *et al*. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.

Assim, o Reino Unido, de forma pioneira, previu um sistema de saúde universal, *National Health Service* (NHS), responsável por assegurar atenção à saúde a todas as pessoas, conforme sua necessidade, independentemente da capacidade de pagamento. O financiamento do NHS é realizado com a receita de impostos incidentes sobre toda a sociedade. Ainda que tenha passado por reformas, o NHS permanece íntegro em relação às suas premissas e propósitos originais.[27]

A consciência da relevância da saúde, como se vem de expor, conduziu a um movimento de reconhecimento da saúde como direito. Não se trata de um direito a ser saudável, mas de fruir ações e serviços que, individual e coletivamente, contribuam para a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento, reabilitação e cuidados paliativos das pessoas, segundo sua necessidade.

No âmbito internacional, destaca-se, uma vez mais, o preâmbulo da Constituição da OMS, que enuncia que "gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social."[28]

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já ratificado pelo Brasil (Decreto n° 591/1992) e por diversos outros países, dispõe sobre o direito à saúde:

> ARTIGO 12
>
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
>
> 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
>
> a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças;
>
> b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
>
> c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

[27] LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Ligia. *Sistemas de saúde:* origens, componentes e dinâmica, cit., p. 119.
[28] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, cit.

> d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.[29]

Tanto o tratamento conferido pelo Pacto Internacional de Direitos, como a disciplina da Constituição de 1988, já referida na introdução, são abrangentes e não permitem uma interpretação que limite o direito a uma visão estreita, biomédica. Aliás, o correspondente dever do Estado previsto no texto constitucional do art. 196 é de *promover "políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Portanto, é necessário que o operador do direito compreenda que o estado de saúde é influenciado por aspectos individuais e coletivos, biológicos, psicológicos, ambientais, sociais, culturais, econômicos, políticos, entre outros. Ao se tutelar a saúde pelo direito, não é possível reduzi-la a uma dimensão menor e apartada da realidade.

Tratando-se de um estado de extrema relevância e que, em verdade, é pressuposto para o exercício de diversos outros direitos fundamentais,[30] o acesso a ações e serviços de saúde precisa ser garantido de forma universal, com equidade, independentemente da capacidade de pagamento.

Dessa forma, velar pela efetividade do direito à saúde exige do operador do direito a compreensão do fenômeno e de toda a sua complexidade, assim como dos princípios que estão consagrados no texto constitucional e que consubstanciam uma dada concepção de saúde e não qualquer outra ao livre sabor das forças políticas e dos operadores do direito.

2.2. Atenção Primária à Saúde – APS

Ainda que outros conceitos de saúde diversos daquele proposto pela OMS possam ser apresentados, é necessário reafirmar que, a partir do estudo das doenças crônicas, não é possível conceber um conceito de saúde que venha a reduzi-la à dimensão biológica individual. Como consequência disso, as políticas públicas e os sistemas de saúde – conjunto de ações e serviços que articulam normas, instituições, recursos materiais e recursos humanos para promover medidas individuais e coletivas de promoção à saúde, prevenção de doenças, tratamento, reabilitação, cuidados paliativos e outros – precisam estabelecer estruturas capazes de satisfazer amplamente às necessidades da população, seja no plano individual ou coletivo, traduzindo em redução da mortalidade, melhoria da expectativa de vida e outros aspectos o impacto de suas ações.

---

[29] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

[30] VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n. 5, 2013, p. 272.

O desafio de implementar sistemas de saúde capazes de conferir acesso a todos, independentemente de sua capacidade financeira, ações e serviços de saúde abrangentes e capazes de satisfazerem as necessidades individuais e coletivas requer, para além da disponibilidade de fontes suficientes e estáveis de financiamento e o estabelecimento de redes de serviços, a concepção de políticas públicas eficientes e eficazes, custo-efetivas, culturalmente competentes e que estejam próximas das pessoas.

De longa data, o tema é objeto de reflexões e de estudos. O Relatório Dawson, proposto ao governo inglês em 1920, já sugeria a organização dos serviços que integram os sistemas de saúde em níveis de atenção diversos, com especialização crescente. Assim, o sistema deveria ter um conjunto de serviços ambulatoriais, de primeiro nível, responsável pelo primeiro contato com os usuários e competente para atender os casos mais comuns. Ademais, os sistemas de saúde deveriam dispor de centros de saúde secundários, serviços domiciliares, serviços suplementares e hospitais. Essa lógica de organização teria o escopo de racionalizar o uso dos serviços especializados, incumbindo ao primeiro nível exercer o papel de filtro das demandas.[31]

Contudo, o grande marco para a sistematização e difusão das práticas da APS foi a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, em 1978. O relatório do encontro exerceu uma grande influência sobre as políticas públicas de diversos países. Isso porque a Declaração de Alma-Ata partiu do pressuposto de que a saúde é um direito fundamental e responsabilidade dos Estados, tendo a atenção primária um papel decisivo para a efetivação desse direito.

A Declaração de Alma-Ata define:

> Os cuidados primários de saúde são *cuidados essenciais de saúde* baseados em métodos e tecnologias práticas, *cientificamente bem fundamentadas* e *socialmente aceitáveis*, colocadas ao *alcance universal* de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito de autoconfiança e autodeterminação. Fazem parte integrante tanto do sistema de saúde do país, do qual constituem a *função central* e o *foco principal*, quanto do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representam o *primeiro nível de contato* dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e

[31] REINO UNIDO. *Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines*. 1920. Trad.: Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf. Acesso em: 07 dez. 2018.

> trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.[32] (Grifou-se.)

Barbara Starfield, principal referência mundial sobre a APS, define como seus principais atributos:[33]

- Ser um serviço de primeiro contato;
- Ser uma fonte regular de atenção ao longo do tempo e independentemente da presença de doença ou enfermidade (longitudinalidade);
- Integralidade;
- Coordenação da atenção.

A OMS, em 2008, publicou seu relatório mundial de saúde reafirmando a importância da atenção primária para a efetividade do acesso à saúde.[34] Em 2018, a Conferência de Astana, no marco dos 40 anos da Declaração de Alma-Ata, buscou ratificar os princípios desta última e defender uma APS que:

> (1) empodere as pessoas e as comunidades para que sejam autoras de sua própria saúde, defensoras das políticas que a promovem e a protegem e, ainda, corresponsáveis pela construção da saúde e dos serviços sociais que para ela contribuem;
>
> (2) abordem os determinantes sociais, econômicos, ambientais e comerciais da saúde através de políticas com base em evidências e ações em todos os setores; e
>
> (3) assegure uma saúde pública e uma atenção primária fortes ao longo de toda a vida das pessoas, como núcleo fundamental da prestação integrada de serviços.[35]

No Brasil, experiências exitosas com a implementação de uma APS robusta e capilarizada nos territórios datam do início da década de 1990. Dos esforços iniciais, voltados para a instituição da função de agentes comunitários de saúde e

[32] URSS. *Declaração de Alma-Ata*. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata, URSS. 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/. Acesso em: 30 maio 2020.

[33] STARFIELD, Barbara. *Atenção primária:* equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, p. 62-63. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

[34] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008*. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca. Trad.: Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2008. Disponível em: http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

[35] CASAQUISTÃO. *Declaration of Astana*. Global Conference on Primary Health Care, Astana. 25 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

do desenvolvimento de ações de enfrentamento às doenças infecciosas endêmicas e da mortalidade infantil, avançou-se para uma proposta de APS construída sob o pilar das equipes de saúde da família, multidisciplinares e multiprofissionais, abrangentes e com competência para atender às principais necessidades de saúde da população. Diversos estudos apontam o êxito da estratégia de APS brasileira e seu impacto na redução da mortalidade infantil, que está associada à redução da mortalidade em adultos por doenças vasculares e cerebrovasculares, à redução das hospitalizações por condições sensíveis à atenção primária e à redução de complicações decorrentes de condições crônicas, como a diabetes.[36]

Segundo o art. 11 do Decreto nº 7508/11, cabe a APS ordenar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. A Política Nacional de Atenção Básica reconhece a importância dos cuidados primários e propõe sua definição como porta de entrada preferencial do sistema de saúde, responsável por assegurar cuidado integral e continuado para a população, de caráter individual ou coletivo, desde a promoção à saúde e prevenção de doenças até a assistência, reabilitação e cuidados paliativos, devendo ser resolutiva ao abordar as condições de saúde mais comuns. Estima-se que 80% das necessidades de saúde de uma população podem ser satisfeitas na APS.[37]

2.3. O papel do Ministério Público

No exercício de sua missão constitucional, cabe ao Ministério Público velar pela efetividade do direito à saúde. Agindo como órgão independente aos demais poderes do Estado, no exercício de sua função de controle, deve a instituição velar para que o dever estatal de implementar políticas públicas para o acesso à saúde da população seja cumprido.

Grande motivo de tensão para as relações entre o Ministério Público e os demais poderes é o descompasso entre o direito fundamental previsto na Constituição e disciplinado na legislação sanitária e a realidade do dia a dia. Sem desmerecer todas as conquistas de cidadania protagonizadas pelo SUS ao longo de mais de três

---

[36] "*Evidence suggests that the FHS provides better access and quality and results in greater user satisfaction than do traditional health posts and centers or even some private-sector health care facilities. Numerous studies have shown that FHS expansion has resulted in improvements in children's health, including large and sustained reductions in infant mortality, and in particular, post-neonatal mortality due to diarrhea and respiratory infections. Among adults, FHS expansion has been associated with reduced mortality from cardiovascular and cerebrovascular causes, large reductions in hospitalization rates for ambulatory-care–sensitive conditions, and reduced rates of complications from some chronic conditions such as diabetes. Over the past decade, expansion of the family health program from its initial focus on poorer-than-average municipalities and regions has played an important role in reducing inequities in access to and utilization of care. There is also evidence that the FHS has improved detection of cases of neglected tropical diseases, reduced disparities in oral health, and even enhanced reporting of vital statistics*." Mais adiante, o autor ainda ressalta que a ESF é, aparentemente, extremamente custo-efetiva: "*The FHS appears to be extremely cost-effective: Brazil currently spends about $50 annually per person on the program*." MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil's Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, jun. 2015, p. 2179-2180. Disponível em: http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140. Acesso em: 30 jun. 2015.

[37] SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. *In*: GIOVANELLA, Ligia *et al*. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009, p. 628.

décadas e, mais recentemente, a demonstração de força e solidez no enfrentamento à COVID-19, não são raros os casos de denegação de direitos em concreto. Muitos dos constrangimentos, claro, podem ser imputados ao histórico subfinanciamento do sistema e, também, ao desfinanciamento de que vem sendo alvo desde as reformas implementadas pela EC n° 86 e EC n° 95.

Contudo, cabe ao Ministério Público, no exercício de seus misteres constitucionais, velar pela proteção do direito fundamental à saúde, papel este reconhecido no âmbito do sanitarismo brasileiro. Nessa linha, o relatório final da IX Conferência Nacional da Saúde propôs a atuação do Ministério Público com rigor em busca do cumprimento da Constituição e da legislação pertinente à seguridade social.

No entanto, a atuação do Ministério Público deve estar ancorada na situação fática que conforma o estado de saúde da população, em uma concepção de saúde abrangente, capaz de lidar com a complexidade de fatores que influenciam o processo saúde-doença e, afinal, com os princípios e regras constitucionais. Assim, mesmo assegurando respeito ao princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição), não se pode admitir que seja dado ao membro do Ministério Público, no exercício de suas atribuições sanitárias, promover medidas que sejam dissociadas dos parâmetros constitucionais.

A título de orientação, remete-se o leitor para o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Defesa da Saúde, elaborado pela Comissão Permanente de Direito à Saúde – COPEDS do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, na sua primeira versão, de 2006, e na versão revisada, de 2017.[38] Os documentos propõem que o Ministério Público brasileiro deve priorizar a atuação coletiva na área da saúde e destacar a atenção primária, os cuidados preventivos e a atenção necessária para as populações mais vulneráveis.

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação nº 68/2018, que "sugere parâmetros para a atuação do Ministério Público no dever constitucional de defesa do acesso e da qualidade da Atenção Básica de Saúde e na execução das atividades relacionadas à Ação Nacional da Saúde."

Em Minas Gerais, o Plano Estratégico do Ministério Público, instrumento integrante de seu planejamento estratégico 2020-2029, estabelece, entre os objetivos prioritários para a área de atuação de defesa da saúde, contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção básica em saúde, por meio da promoção de ações para o regular funcionamento dos equipamentos de atenção básica de saúde e da avaliação da composição das equipes de atenção básica de saúde.[39]

Dessa forma, reconhecendo-se as dificuldades de atuação dos membros do Ministério Público na área da saúde, especialmente aqueles sem especialização

[38] Disponíveis em: https://saude.mppr.mp.br/pagina-7.html e https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/Plano_Nacional_de_Atucao_do_MP_na_Area_da_Saude.pdf.
[39] Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/conheca-o-mpmg/planejamento-institucional/planejamento-estrategico.shtml.

e que acumulam outras atribuições, e a necessidade de respeito ao princípio da independência funcional, mostra-se necessário, para que a instituição bem se desincumba do dever constitucional de proteção do direito à saúde, conferir prioridade para a promoção de medidas visando à efetivação e à resolutividade da APS.

3. Conclusão

Sem prejuízo do respeito à independência funcional, deve o membro do Ministério Público priorizar, no exercício de suas atribuições de proteção do direito à saúde, a promoção de medidas para contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção primária à saúde.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/. Acesso em: 05 jul. 2022.

BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. *In*: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva; Escola Nacional de Saúde Pública. *Textos de apoio:* epidemiologia. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1985, p. 13-27.

CAZAQUISTÃO. *Declaration of Astana*. Global Conference on Primary Health Care, Astana. 25 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Ligia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. *In*: GIOVANELLA, Lígia *et al*. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.

MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil's Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, jun. 2015, p. 2.177-2.181. Disponível em: http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140. Acesso em: 30 jun. 2015.

NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al*. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014, p. 17-37.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

_____. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008*. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca. Trad.: Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2008. Disponível em: http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 07 jun. 2020.

PINTO JÚNIOR, Vítor Laerte. Introdução ao Pensamento Epidemiológico. *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n. 1, 2018, p. 159-171.

PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público:* Instituição e Processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 211-228.

REINO UNIDO. *Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines*. 1920. Trad.: Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf. Acesso em: 07 dez. 2018.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad.: Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social:* trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005.

SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, jul./set., p. 349-363. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt. Acesso em: 06 jun. 2020.

SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. *In*: GIOVANELLA, Ligia *et al*. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009.

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária:* equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, p. 62-63. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, may, 1996, p. 668.

URSS. *Declaração de Alma-Ata*. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata. 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/. Acesso em: 30 maio 2020.

VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n. 5, 2013, p. 271-279.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público:* Instituição e Processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 162-210.



Os riscos "pós-pandêmicos" da ponderação de direitos fundamentais na aplicação das medidas de combate à Covid-19

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais. 3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica. 4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus. 5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho pretende abordar as possíveis consequências decorrentes da violação do princípio da proporcionalidade no sentido restrito, na ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais à saúde e à liberdade durante a pandemia do coronavírus. Não sendo direitos com caráter absoluto, os direitos fundamentais devem ser constantemente sopesados, uma vez que alterações de fatores externos podem implicar a mudança do direito predominante. Essa dinâmica nem sempre foi observada na imposição de medidas restritivas à liberdade durante a pandemia, levando a questionamentos quanto à possível vulnerabilidade ao Estado de Direito.

Abstract

The presente work intends to adress the possible consequences arising from the violation of the principle of proportionality in the strict sense, in the consideration of the principles guaranteeing the fundamental rights to health and freedom, during the coronavírus pandemic. Not being rights with na absolute character, fundamental rights must be constantly weighed, considering that changes in external factors may imply a change in the prevailing law. This dynamic was not Always observed in the imposition of measures restricting freedom during the pandemic, leading to questions about the possible vulnerability to the rule of law.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 85 (3ª Fase), jul./set. 2022, p. 133-152.

Palavras-chave: Pandemia. Colisão de direitos fundamentais. Direito à saúde. Direito à liberdade. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Riscos.

Keywords: *Pandemic. Collision of fundamental rights. Right to health. Rright to freedom. Weighting. Principle of proportionality. Risks.*

1. Introdução

Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, em razão da dispersão mundial do coronavírus, impactando todos os setores da existência humana, reconhecendo, em 11 de março de 2020, a pandemia da COVID-19. A partir daí, passou-se a exigir dos governos mundiais ações compatíveis, céleres e racionais para contenção da pandemia.

No Brasil, a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus, data de 03 de fevereiro de 2020, quando o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188. No entanto, somente no mês de março de 2020 que os estados e municípios passaram a adotar medidas excepcionais voltadas à contenção da pandemia, exatamente após o Carnaval – festa popular que chega a comportar, em cidades específicas, mais de 2 milhões de pessoas –, que ocorreu entre os dias 20 e 25 de fevereiro.

Apesar dos instrumentos constitucionais existentes no ordenamento pátrio para situações excepcionais – o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (arts. 137 a 141, da Constituição Federal) – e de Decreto Federal regulamentando o Estado de Emergência e Estado de Calamidade, também estados excepcionais (Decreto nº 7.257/2010 posteriormente substituído pelo Decreto nº 10.593/2020), a União optou por editar especificamente para o contexto da pandemia a Lei nº 13.979/2020.

No seu art. 3º, a Lei nº 13.979/2020 trouxe medidas de restrições de liberdades individuais para o combate à pandemia. Assim, apresenta o isolamento, a quarentena, a restrição temporária à locomoção intermunicipal e interestadual por rodovias, entre tantas outras. No contexto constitucional brasileiro, a adoção de tais medidas proporcionou, em diversas situações, a colisão de princípios informadores de direitos fundamentais, entre os quais, o princípio da proteção à saúde e o princípio da liberdade de locomoção.

Para o combate ao coronavírus, União, Estados e Municípios adotaram diferentes medidas, gerando conflitos federativos que, em certa medida, prejudicaram o controle da pandemia. A postura da União foi pautada mais pela preservação econômico-financeira, colocando-se contrária à maioria das medidas restritivas do direito de liberdade de locomoção. Por sua vez, Estados e Municípios adotaram medidas mais restritivas, produzindo uma descoordenação federativa e consequente intervenção judicial para solucionar o conflito travado entre princípios constitucionais.

Instado por inúmeras vezes a se pronunciar sobre temas diretamente relacionados ao enfrentamento da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto à ponderação de princípios na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6343, na qual reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade das medidas de restrições relativas à locomoção e transporte, desde que embasadas em recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância sanitária, preservando-se o transporte de produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.

Nesse contexto, travaram-se infindáveis debates quanto à ponderação de princípios constitucionais e a discricionariedade técnica revelada nos "estudos técnicos" que subsidiaram as medidas restritivas impostas à população para conter a disseminação do vírus.

No último dia, 22 de abril de 2022, o Governo Federal anunciou o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), apesar de especialistas questionarem a ausência de critérios epidemiológicos consensualizados internacionalmente para tal decisão. Saliente-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) manteve a emergência de saúde internacional relacionada ao coronavírus, declarada em janeiro de 2020. Segundo a organização, os países ainda apresentam uma cobertura vacinal muito heterogênea e o comportamento imprevisível do vírus contribui com a continuidade do contexto de pandemia global.[1] Mesmo com as divergências existentes quanto ao fim da pandemia do coronavírus, a maioria dos Estados e Municípios brasileiros já flexibilizou quase que a totalidade das medidas restritivas impostas.

Este trabalho pretende demonstrar que o princípio da proporcionalidade nem sempre foi utilizado corretamente quando da colisão dos direitos fundamentais envolvidos no contexto da pandemia, com destaque para o direito à liberdade e à proteção da saúde. Por outro lado, busca-se ponderar os efeitos "pós-pandêmicos" ocasionados pela relativização de tais direitos fundamentais no contexto atual.

2. A pandemia e a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais

Segundo José Cretella Júnior,[2] os princípios de uma ciência são o conjunto de proposições básicas, fundamentais que condicionam o desenvolvimento das estruturações subsequentes. Os princípios seriam, então, o alicerce da construção da ciência.

Servindo às ciências em geral, os princípios, conforme aponta Miguel Reale, "são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia

[1] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/20/fim-da-emergencia-de-saude-da-covid-pode-impactar-legislacao-e-politicas-publicas. Acesso em: 03.05.2022.
[2] CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.

de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade."[3]

Agustín Gordillo[4] leciona que os princípios são a base de uma sociedade livre e republicana, sendo os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus componentes.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha "no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado."[5] Ainda, segundo o seu entendimento,[6] transportando os princípios para o ramo da ciência jurídica, constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado. Tem-se, assim, que os valores superiores da sociedade, encarnados nos princípios dotados de normatividade e eficácia plena, são as raízes do sistema jurídico, exigindo que tanto a lei como o ato administrativo não só respeitem os seus limites, como também sigam sua mesma direção.

Eduardo García de Enterría,[7] adotando a mesma linha, entende que os princípios são nódulos de condensação de valores ético-sociais e o centro de organização do regime positivo. Nos princípios estão o espírito e os fins do sistema jurídico, que demonstram a sua tendência ideológica.[8] Eles exigem que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem o seu espírito.[9]

De acordo com Bobbio,[10] os princípios são normas fundamentais e generalíssimas do sistema. Argumenta que, como as normas são deduzidas dos princípios por meio de um procedimento de generalização sucessiva, subentende-se que princípios também são normas, afinal, "da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas."[11] Assim, os princípios são normas que muitas vezes expressam direitos fundamentais.

Alexy,[12] manifestando-se quanto aos direitos fundamentais, afirma que são aqueles que tratam de interesses e carências humanas que necessariamente devem ser fomentados e protegidos pelo direito. Um interesse ou carência é fundamental

---

[3] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60.
[4] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. 37-VI.
[5] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.
[6] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.
[7] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 84.
[8] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 25.
[9] GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 177.
[10] BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999. p. 240.
[11] *"de las espécies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas."*
[12] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

quando sua violação ou não satisfação significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia. Assim, são entendidos como tais os direitos de defesa liberais clássicos, bem como os direitos sociais, que asseguram o mínimo existencial.

A teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra consolidou-se definitivamente como normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos.[13]

Analisando a Constituição Federal Brasileira de 1988, Alexy[14] afirma que os direitos clássicos de liberdade e igualdade são regulados no seu art. 5º, e incisos e os direitos sociais no art. 7º e incisos, além de outras prescrições no Título Oitavo, que trata da Ordem Social. Segundo o autor, a análise de tais dispositivos permite observar a possibilidade de confronto entre estes. Assim, reportando-se à liberdade de manifestação de ideias como livre, estabelecida no art. 5º, IV, questiona se é possível a livre manifestação de ideias racistas, frente à proteção à honra constante do art. 5º, X. Afirma, então, a necessidade de fixação de barreira com auxílio de uma ponderação, como parte de um exame de proporcionalidade. No que se reporta ao sopesamento entre direitos fundamentais, cumpre acrescentar a posição de John Rawls,[15] que rejeita um suporte fático amplo às liberdades fundamentais com o exato propósito de evitar colisões e consequente necessidade de sopesamento.

No caso da pandemia do coronavírus, de início, a ciência não foi capaz de apresentar resposta absoluta para sua contenção. O contágio rápido e agressivo do vírus se alastrou pelos continentes, com aumento desenfreado do número de mortos. Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução nº 01/2020, em 10 de abril de 2020, com recomendações de isolamento social e medidas protetivas para o combate à pandemia voltadas aos países signatários. No Brasil, governadores e prefeitos começaram a seguir a referida Recomendação, criando mecanismos de contenção do vírus, por meio do isolamento social dos cidadãos, com restrições ao direito de locomoção e a suspensão de diversas atividades, não caracterizadas como "serviços essenciais," inclusive de natureza educativa.[16]

Desta forma, instalou-se a colisão entre os princípios de proteção à saúde e aqueles que garantem o direito fundamental à liberdade, o que inclui a liberdade de locomoção, de reunião, de manifestação, de frequentar cultos religiosos etc.

Tratando da colisão no sentido restrito de direitos fundamentais, que em regra estão abrigados em princípios, Alexy informa que nasce "quando a realização de um

---

[13] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito:* os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

[14] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50.

[15] RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

[16] SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus:* segundo volume. São Paulo: IASP, 2020. p. 95.

direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais."[17]

Conforme informa Eros Roberto Grau,[18] os princípios permitem que valores e interesses sejam balanceados e ponderados quando do conflito com outros princípios, aplicando-se aquele que, naquela situação, satisfaça o ideal de otimização. Desta maneira, havendo conflito entre princípios, este se resolve através de procedimento de ponderação, ou seja, diante da hipótese colocada ao juízo decisório, afasta-se o princípio cujo peso foi sobrepujado pelo outro. Pode, também, ocorrer que se aplique ambos os princípios colidentes até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta.

Alexy,[19] reportando à matéria, refere-se aos espaços estruturais como aqueles que nascem dos limites daquilo que a constituição ordena e proíbe. No espaço estrutural têm-se: o espaço de *determinação da finalidade*, o *espaço de escolha médio* e o *espaço de ponderação*, que correspondem ao princípio da proporcionalidade.

No *espaço de determinação da finalidade*, o direito fundamental deixa em aberto os fundamentos da intervenção. Nesse espaço, deve-se selecionar as finalidades, bem como as medidas necessárias à sua realização. Seria o espaço do subprincípio da idoneidade, ou seja, a medida a ser adotada deve alcançar o objetivo pretendido. Já no *espaço de escolha médio*, havendo diversos meios idôneos, igualmente bons, para atingir o objetivo pretendido, porém com possibilidade de repercutirem negativamente, em medida diferente, sobre outros princípios, deve-se escolher o meio que represente menor sacrifício ao então princípio ameaçado. Neste caso, estar-se-ia diante do subprincípio da necessidade. Já no *espaço de ponderação*, quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro. A ponderação tem, então, três passos: *i.* Comprovação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; *ii.* Importância de cumprimento de princípio contrário; *iii.* Comprovar que a importância do cumprimento do princípio contrário justifica o não cumprimento do outro. Neste ponto, tem-se o princípio da proporcionalidade no sentido restrito.

O ponto decisivo para o *espaço de ponderação estrutural* deve considerar que a Constituição estabelece direitos fundamentais com paridade ou empate. A Constituição não decide a colisão. Se há empate de ponderação pela Constituição, é por ela liberado um espaço de ponderação estrutural, que deixa campo para argumentos jurídicos subconstitucionais que atribuem a um direito um peso maior que a outro.[20]

---

[17] ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55.

[18] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

[19] ALEX, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 83.

[20] ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85.

Nessa atividade, chama-se atenção para a necessidade de inserção dos princípios na realidade, na vida, caminhando do universal ao particular.

Percebe-se, por diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o enfrentamento da colisão do princípio de proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade na imposição de medidas restritivas pelos diversos entes federados no combate à Covid. Assim, o STF reconheceu que, como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.[21] A Corte também reconheceu o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.[22] Nessa linha, tratando da vacinação compulsória, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei nº 13.979/2020.[23] De acordo com a decisão, o Estado pode impor àqueles que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola). Em seu voto, o Ministro Barroso afirmou que não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros, lembrando que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de doenças, quando uma parcela significativa da população é imunizada, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

Percebe-se, então, a tendência de prevalência do princípio da proteção à saúde frente aos princípios garantidores da liberdade individual [liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF), liberdade de reunião (art. 5º, XVI, CF) e o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único)]. Porém, como a ponderação entre princípios não é exata, o que coloca em zona de discussão o julgamento a propósito da maior importância de um princípio em relação a outro,[24] o STF se reporta em seus julgamentos à necessidade da medida restritiva se encontrar embasada em evidências científicas.

Nessa toada, ao emitir julgamento conjunto das ADIs 6421, 6422, 6424, 6427, 6428 e 6431, que trataram da MP 966/2020, o qual se reportou à responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19, o STF firmou tese segundo a qual:

[21] Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341.
[22] ADPF 672 MC-Ref., Rel. Alexandre de Morais, Tribunal Pleno, DJe 19-10-2020.
[23] Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587.
[24] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

> (...) a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Tudo em consonância com o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, que após elencar medidas restritivas, estabelece que:

> § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Nesta perspectiva, questiona-se o limite da discricionariedade conferida aos entes federados para estipulação de medidas restritivas voltadas ao combate à pandemia da Covid-19 e o papel desempenhado pelos estudos técnicos-científicos que servem de suporte às decisões administrativas.

3. A discricionariedade administrativa na imposição de medidas restritivas para o combate à pandemia do coronavírus: a discricionariedade técnica

Quando se reporta à discricionariedade administrativa, deve-se de antemão afastar a ideia de liberdade do administrador, típica do Estado de Polícia, onde aquele tinha sempre o direito de realizar novos fins que ele próprio delimitava, fora do quadro de qualquer norma legal.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández,[25] a discricionariedade é caso típico de remissão legal, sempre parcial. Parcial por consistir em uma simples aplicação do princípio da mensurabilidade de todas as competências públicas, ou de sua necessária limitação.

Com efeito, a discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as mais adequadas ao atendimento dos direitos fundamentais.

[25] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tómas Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 454.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[26] estaremos diante da competência discricionária quando o regramento não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Logo, o espaço decisório da administração deverá pautar-se em parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição Federal, pelas leis ou por atos normativos editados pelas entidades administrativas.

Gustavo Binenbojm[27] reporta-se à discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Quanto às providências adotadas pelos gestores públicos no sentido de conter o avanço da pandemia da COVID-19, a Lei nº 13.979/2020, no seu art. 3º, arrolou diversas medidas restritivas a direitos fundamentais, permitindo que outras, além das previstas, fossem adotadas, o que retrata a concessão de discricionariedade ao gestor público na escolha da medida implementada.

Ocorre que a discricionariedade deve se apresentar embasada em motivação que demonstre a concretização de princípios, que deverão ser razoavelmente ponderados, em caso de colisões. Atente-se que as medidas limitadoras de direitos ou coercitivas, constantes do art. 3º da Lei nº 13.979/20, são excepcionais e devem ser pautadas na estrita necessidade, devidamente justificadas. Conforme lição de Carlos Ari Sundfeld:

> Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta só pode ser cumprida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado.[28]

Desta forma, a discricionariedade não pode servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões político-partidárias, econômicas ou particulares. Daí porque não se confunde discricionariedade com arbitrariedade.

---

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.
[27] BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. *In*: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.
[28] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

Tomás R. Fernández[29] classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Acrescenta o autor que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões.[30]

A arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade, conforme afirmam Eduardo García de Enterría e Ramón Fernandez.[31] Os autores asseveram que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também à raiz do poder que este modo de governar expressa, um poder sustentado na vontade e capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.

Nesse viés, no que concerne à pandemia da Covid-19, não caberia a adoção de medida restritiva tendo como única motivação a necessidade de resposta à população por não ter seguido recomendações para evitar aglomerações. Assim, seria o exemplo de decreto municipal de fechamento de uma avenida, para qualquer tipo de circulação, em virtude da aglomeração de alguns grupos, verificada na véspera da publicação do ato normativo. Ora, nesta situação, o decreto mostra-se arbitrário por desvio de finalidade, ou seja, a atuação do gestor público foi movida pelo intuito de punir a população em face da desobediência e não conter a disseminação da pandemia. Questiona-se, também, o fechamento de praias através de decretos municipais e a concomitante redução da frota de ônibus para atender a população que se manteve laborando durante o período pandêmico. Ora, iniciativas dessa natureza desvirtuaram a discricionariedade normativa, revelando condutas administrativas arbitrárias.

Saliente-se que, no caso das medidas restritivas adotadas em razão da pandemia, a norma legal exigiu que as escolhas dos gestores públicos fossem respaldadas em evidências científicas (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020), o que significa a incidência da chamada *discricionariedade técnica*.

António Francisco de Sousa[32] acentua que a expressão *discricionariedade técnica* foi utilizada pela primeira vez em direito administrativo pelo professor da Escola de Viena, Bernatzik, no ano de 1864, significando aquele tipo de decisão que, apesar de não ser discricionária, estaria fora do controle judicial em virtude de o seu conteúdo exigir um elevado grau de conhecimentos técnicos, possuído apenas pelos administradores, diante de sua formação.

---

[29] FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.
[30] FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 160.
[31] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 477.
[32] SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

O doutrinador português lança críticas à tese da discricionariedade técnica, que na jurisprudência portuguesa somente admite o controle judicial em caso de erro manifesto. Primeiro, aduz a imprecisão do que seja "decisão altamente técnica," acrescentando que "onde começa e acaba o caráter 'altamente técnico' de uma decisão nunca foi nem nunca pode ser respondido em termos claros e precisos."[33] Segundo, refere-se à possibilidade de o juiz recorrer a peritos para buscar esclarecimentos quanto aos fatos que decide, caso trate de matérias dotadas de complexidade técnica. Por fim, critica a limitação do controle judicial ao chamado "erro manifesto." Inicialmente, porque não se pode dizer com precisão o que constitui um "erro manifesto." Depois, por ser inadmissível aceitar-se um erro pelo fato de o mesmo "não ser manifesto," uma vez que em ambos os casos se estará diante de ilegalidades.

Com efeito, de toda a crítica lançada por António Francisco de Sousa, chama-nos atenção o comentário do autor, segundo o qual:

> A discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade do controlo jurisdicional.[34]

Conforme Juan Francisco Linares,[35] quando se trata de normas ditadas em base técnica menos precisa, a determinação de erro da normativa e de sua irrazoabilidade jurídica é mais difícil, havendo resistência de intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo em se verificando outros vícios. Acrescenta que se trata do problema de saber se a eleição de uma espécie de comportamento do órgão através de um ato administrativo, fundado em razões técnicas, configura-se atuação discricionária e, em caso afirmativo, se caberia o controle jurisdicional.

Nesse contexto, a discricionariedade técnica decorrente da complexidade técnico-científica das questões envolvidas com a tomada de decisões quanto às medidas restritivas e o seu alcance na contenção da pandemia do coronavírus, não deveria transformar a remissão à manifestação técnica como um simples endosso, mas em um endosso condicionado.[36] Nessa linha de pensamento, apesar da redução do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não poderia furtar-se à declaração de nulidades diante de absurdos evidentes, ou seja, diante de situações flagrantemente despropositadas, inverossímeis e desarrazoadas.

---

[33] SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.
[34] SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 108.
[35] LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.
[36] LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

Por fim, após verificada a evidência científica da eficácia da medida restritiva de direitos a ser adotada para minimizar os efeitos da pandemia com apresentação de parâmetros transparentes, caberia a demonstração da sua prevalência sobre outras medidas, porventura existentes, bem como o seu confronto com as consequências danosas advindas de tal restrição. Tal confrontação seria essencial para saber se os benefícios da medida justificam os prejuízos advindos. Além disso, tal confronto somente seria eficaz se efetivado com a análise da situação fática vivenciada. Ou seja, somente o contexto pandêmico, social e econômico do local afetado pela medida revelaria a correta ponderação principiológica.

4. Os erros observados na adoção das medidas restritivas no combate à pandemia do coronavírus

As medidas restritivas voltadas à contenção da pandemia do coronavírus, então previstas no art. 3º da Lei nº 13.979/2020, representavam condicionamentos de direitos individuais estabelecidos como medidas de polícia administrativa incidentes em direitos fundamentais. Neste sentido, apesar da discricionariedade conferida ao gestor na escolha da medida e da prevalência da proteção à saúde frente aos princípios garantidores do direito fundamental à liberdade, a norma legal exigiu expressamente que a decisão fosse fundamentada em evidências científicas, apresentadas por órgãos técnicos competentes. Tal exigência foi referendada pelo STF.[37]

No entanto, observou-se que alguns entes federados passaram a impor medidas restritivas, sem a necessária fundamentação técnica. Assim, a Suprema Corte confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que sustou os efeitos de decreto municipal que restringira a circulação de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos. Segundo o Relator, a simples existência da pandemia não poderia servir de justificativa para a restrição, que não estaria respaldada por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.[38] A imprensa também noticiou a determinação de fechamento do calçadão de determinado trecho da orla marítima em certo município, anunciada um dia depois de verificada aglomeração no referido trecho. Ou seja, segundo noticiado, a medida decorreu do comportamento da população e não de estudo técnico.[39]

No Brasil, a maioria dos estudos técnicos que respaldaram a imposição de medidas restritivas para combate à pandemia utilizou como um dos parâmetros a taxa de ocupação em leitos de UTI. Em alguns Estados, a taxa de ocupação de leitos de UTI Covid igual ou superior a 60% seria um parâmetro positivo para imposição de

[37] ADI 6343.
[38] Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar: SL 1309 São Paulo – 0089331-06.2020.1.00.0000.
[39] Disponível em: <https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/, https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-caro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>. Acesso em: 06.05.2022.

medidas restritivas. Ocorre que, apesar de parecer bastante objetivo, tal parâmetro enfrentou questionamentos quando da sua utilização.[40]

Em janeiro de 2021, o Brasil enfrentou o que chamou de "2ª onda" da pandemia da Covid-19, após um período de relativa estabilidade dos indicadores epidemiológicos. Acontece que, diante da referida estabilidade, diversos Estados divulgaram um "Plano de Desmobilização," com a redução de leitos clínicos e de UTI para enfrentamento da pandemia.[41] Segundo dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2020), o país chegou a dispor de 20.770 (vinte mil, setecentos e setenta) leitos de UTI ofertados na rede de assistência à COVID-19 em dezembro de 2020, dos quais 12.003 (doze mil e três) encontravam-se habilitados pelo Ministério da Saúde, número que caiu drasticamente para 7.717 (sete mil, setecentos e dezessete) em janeiro de 2021, e 3.187 (três mil, cento e oitenta e sete) no mês de fevereiro de 2021.[42] Vê-se, assim, que com a chegada da "2ª onda" da pandemia, a partir de fevereiro de 2021, logo se alcançou a taxa de ocupação de UTI-COVID de mais de 90%, subsidiando a imediata imposição de medidas mais restritivas à liberdade. Saliente-se que, muitas vezes, as informações quanto ao aumento da taxa de ocupação dos leitos de UTI-COVID foram desacompanhadas das notícias quanto à drástica redução dos referidos leitos pelos diversos Estados.

Por outro lado, muitos municípios impuseram as mais variadas medidas restritivas, que foram desde o fechamento de estabelecimentos comerciais, escolas, academias e praias, até a vedação de circulação em espaços públicos a partir de certo horário, porém não apresentaram qualquer providência para conter a constante aglomeração nos transportes públicos, principalmente em horários de pico. Muitos profissionais, principalmente aqueles vinculados à prestação de serviços essenciais, foram obrigados a enfrentar constantes aglomerações em transportes públicos, apesar das diversas medidas restritivas impostas à sua liberdade individual.

Situação dessa natureza ocorreu no Município de Salvador, no Estado da Bahia. Em março de 2020, referido município publicou Decreto com as medidas para enfrentamento da pandemia, autorizando a redução em até 30% (trinta por cento) da circulação da frota de ônibus, desde que a redução não ocorresse em horários considerados de pico, e que o plano de redução fosse previamente aprovado pela Secretaria Municipal de Mobilidade – SEMOB.[43] Posteriormente, no mês de agosto de 2020, com o início da retomada econômica, com a reabertura de mais de 30 mil estabelecimentos, não houve medida específica de retorno da frota original de ônibus. Ação Civil Pública, então proposta pelo Ministério Público, requerendo o retorno de

[40] Decreto nº 33.717/2020 (Município de Salvador).
[41] No Estado da Bahia, foram desativados, a partir de setembro de 2020, 857 (oitocentos e cinquenta e sete) leitos, sendo 513 (quinhentos e treze) clínicos e 344 (trezentos e quarenta e quatro) de UTI. Para além disso, foram também desmobilizados hospitais de campanha. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2020/11/Plano_de_Desmobilizacao_da_Rede_Assistencial__COVID_19.pdf>. Acesso em: 15.05.2022.
[42] CONASS. Nota à imprensa – Habilitação de Leitos de UTI para COVID-19. Disponível em: <https://www.conass.org.br/nota-aimprensa-habilitacao-de-leitos-de-uti-para-covid-19/>. Consulta em: 15/05/2022.
[43] Decreto Municipal nº 32.272/2020.

100% da frota, salienta que "não guarda coerência o Município de Salvador estabelecer medidas de distanciamento social, inclusive mantendo o fechamento de praias, quando a população se aglomera nos ônibus de Salvador, não para atividades de lazer, mas para seu deslocamento laboral."[44] Argumentar a manutenção da frota reduzida em virtude da queda da demanda e a consequente necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do serviço de transporte, significa ponderação principiológica em desacordo com o entendimento consolidado pelo STF, que afirma a preponderância da proteção à saúde em momento de pandemia.

Conclui-se, então, que diversos entes federados vulneraram indevidamente o direito fundamental à liberdade, cuja restrição, em diversas situações, não se fez acompanhar de ponderação racional, o que comprometeu fortemente a legitimidade de algumas medidas impostas, conforme relatado. Situação como essa coloca em risco o Estado Democrático de Direito, que requer efetiva garantia de direitos fundamentais.

5. Os riscos à garantia dos direitos fundamentais: o novo normal

O centro de gravidade dos direitos fundamentais é a Constituição. Nesta perspectiva, cabe ao Poder Judiciário, ou a algum de seus órgãos, a função de guarda da Constituição, com destaque à proteção dos direitos fundamentais.[45] A ausência de jurisdição constitucional colocaria em risco os direitos fundamentais, dependentes das eventuais condições das sociedades, dos governos e dos governantes.[46] Daí decorre que a democracia deve respeitar um conteúdo ético mínimo, substancialmente determinado na Constituição.

Por certo que o ideal é o estabelecimento de uma relação dialógica entre os poderes estatais para defesa e concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, há clara necessidade de se ampliar a participação no processo de interpretação do direito, evitando-se que o judiciário usurpe competência legislativa, preocupação manifestada por Jürgen Habermas.[47]

No que se reporta à pandemia, o Supremo Tribunal Federal, após decidir, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341, a competência comum e concorrente dos entes federados para adoção de políticas públicas essenciais ao combate da pandemia da COVID-19, com o respeito ao princípio da predominância de interesses (arts. 23, II, 24, XII e 25, § 1º, da Constituição Federal), acrescentou que não competia ao Poder Executivo Federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotassem, no âmbito de seus respectivos territórios, medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de

[44] Ação Civil Pública nº 8112050-14.2020.8.05.0001 – 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.
[45] PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.
[46] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 266.
[47] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre a factilidade e a validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos. Com efeito, o STF reconheceu como legítimas a adoção de medidas restritivas a direitos fundamentais individuais e sociais,[48] como a liberdade e a educação, em prol da proteção à saúde, também direito fundamental.

Os direitos fundamentais, quase sempre expostos através de princípios, no momento aplicativo podem entrar em rota de colisão, conforme já exposto, necessitando da realização de exercício de ponderação, efetivado com base no princípio da proporcionalidade.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa aceitar que não são direitos com caráter absoluto, já que passíveis de restrições recíprocas. Neste sentido, o STF já se pronunciou quanto a inexistência no sistema constitucional brasileiro de direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, acrescentando que:

> (...) razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1999)[49]

No entanto, não se pode partir da ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que sempre poderão ceder ao "interesse público," conceito jurídico indeterminado, que pode justificar quase tudo. Conforme salienta Élio Gaspari,[50] não se pode esquecer que o Brasil passou por uma ditadura militar, sendo comum, naquele momento, encontrar-se, no saguão dos elevadores da polícia de São Paulo, placas que diziam: "diante da pátria não há direitos."

Trazendo tal citação para o cenário da pandemia do coronavírus, deve-se atentar para os riscos ao Estado Democrático de Direito afirmar-se que "diante da saúde não há direitos." Apesar de a proteção à saúde constituir um direito fundamental, não é absoluto. Neste contexto, o STF ressaltou a necessidade de as medidas restritivas impostas estarem subsidiadas em recomendação técnica, segundo estabelecido na Lei Federal nº 13.979/2020.

Em 22 de abril de 2022, o Ministro da Saúde assinou portaria declarando o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), causada pela pandemia da Covid-19 no Brasil. As decisões oficializadas no documento começaram

[48] Os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois garantem as condições necessárias à fruição de uma vida digna. (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 190)
[49] STF, MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello.
[50] GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas:* a ditadura escancarada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 17.

a valer 30 dias após a publicação no Diário Oficial da União. No entanto, conforme exposto, no dia 13 de abril de 2022, a Organização Mundial da Saúde (OMS) comunicou que a pandemia de Covid-19 continua a ser uma "Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional." (PHEIC, *Public Health Emergency of International Concern*)

O certo é que no Brasil, em 19 de maio de 2022, mais de 80% (oitenta por cento) da população já se encontrava imunizada com as duas doses da vacina contra a Covid-19.[51] Do dia 27/03/2022 a 20/05/2022, foram registrados 60 (sessenta) óbitos no país em virtude do coronavírus.[52] Especificamente, no Estado da Bahia, Boletim Epidemiológico emitido em 18 de maio de 2022, releva o registro de 04 mortes em razão do vírus, todas ocorridas entre janeiro e abril de 2021.[53]

O que chama atenção é que mesmo com a redução vertiginosa dos casos letais decorrentes da Covid-19, alguns Estados e Municípios mantêm medidas restritivas ao exercício de direitos fundamentais. Assim, alguns entes federados continuam a exigir a apresentação de passaporte de vacinação para se ter acesso a serviços públicos essenciais. Como exemplo, tem-se o Estado da Bahia, que em maio de 2022 mantém a vigência do Decreto nº 20.907, de 25/11/2021, exigindo passaporte de vacinação para acesso a serviços essenciais, como transporte intermunicipal (art. 13), bem como para adentrar ao SAC – Serviço de Atendimento ao Cidadão, que fornece, em um mesmo local, atendimentos para emissão de documentos e realização de serviços, como a emissão de cédula de identidade, carteira nacional de habilitação, passaporte, título eleitoral e seguro-desemprego (art. 11).

A Suprema Corte brasileira, no julgamento das ADIs 6.586 e 6.587, deixou bem claro que a vacinação em massa é importante para proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis, e que:

> (...) a obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas.[54]

Diversos países adotaram o "passaporte de vacinação" como medida para frear a disseminação da Covid-19 e incentivar a adesão à campanha de imunização.

---

[51] Mapa de Vacinação. Disponível em: https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/. Acesso em: 22.05.2022.
[52] Disponível em: https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 22.05.2022.
[53] Acesso em 22.05.2022. http://www.saude.ba.gov.br/wpcontent/uploads/2022/05/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_785___18052022.pdf. Acesso em: 22.05.2022.
[54] STF, ADI 6586/DF e ADI 6587/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 17/12/2020.

O Conselho Constitucional Francês, por exemplo, pela Decisão nº 2021-824 DC, de 5 de outubro de 2021, afirmou que tais restrições são válidas exclusivamente por estarmos diante de um estado de urgência sanitária.[55]

Conforme já abordado, condicionamentos ou restrições ao exercício de direitos assegurados constitucionalmente requerem ponderações capazes de externar a razoabilidade e proporcionalidade. Tais condicionamentos ou restrições devem ser constantemente reavaliados, com o propósito de verificar se alguma alteração ocorrida no cenário fático repercutiu ou não na manutenção da proporcionalidade da medida.

No que se reporta à exigência de passaporte de vacinação para acesso a serviços públicos, questiona-se se, diante da cobertura vacinal existente no país, que já ultrapassa 80% (oitenta por cento), com reflexos na contenção da pandemia, justificar-se-ia impedir que aqueles que optaram por não se vacinar, parcial ou integralmente, possam usufruir de tais serviços.

Cabe aqui lembrar que a colisão de princípios requer a realização de testes de adequação e necessidade, passando-se, então, para a proporcionalidade no sentido restrito.[56]

Na situação posta, diante da elevada cobertura vacinal, é adequado e necessário manter-se a restrição de acesso a serviços essenciais à pequena parcela da população não vacinada? Além disso, o quadro atual não deve privilegiar o acesso a tais serviços frente a essa medida de contenção à pandemia?

Os riscos de manutenção de medidas restritivas, independentemente da análise da situação pandêmica contemporânea vivenciada, apontam o risco de um *"novo normal"*, caracterizado por constantes restrições a direitos fundamentais, decorrentes de atos administrativos, nem sempre pautados em fundamentações sustentáveis.

No período de 01/05/2022 a 22/05/2022, a Sociedade Brasileira de Cardiologia (2022) aponta mais de 23.000 (vinte e três mil) mortes no país em virtude de doenças cardiovasculares.[57] Nesse *"novo normal,"* tal cenário de indiscutível gravidade poderia levar a restrições a direitos fundamentais, sob argumento de possível colapso ao SUS decorrente do excesso de internamentos. Assim, determinado Estado poderia, através de decreto, proibir a venda de produtos gordurosos, bebidas alcoólicas ou cigarros àqueles que não apresentassem exames cardiológicos demonstrando a inexistência de cardiopatias.

O que se pretende com tais reflexões não é negar a crise mundial enfrentada frente à pandemia da Covid-19, nem tampouco a importância da vacinação para a

---

55. Segundo o referido acórdão do Conselho de Estado: *"Le Conseil a également relevé que ces mesures ne peuvent être prononcées et mises en oeuvre que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire."* chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conseilconstitutionnel.fr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fas%2Froot%2Fbank_mm%2Fdecisions%2F2021824dc%2F2021824dc_ccc.pdf&clen=582990&chunk=true. Acesso em 22.05.2022.

56 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

57 http://www.cardiometro.com.br/. Acesso em: 23/05/2022.

sua contenção, mas sim ponderar com que facilidade a sociedade pode se sujeitar a restrições de direitos fundamentais impostas por atos administrativos e em que limites tais restrições põem em risco o Estado Democrático de Direito.

A colisão de direitos fundamentais foi realidade vivenciada na pandemia, que levou às Cortes Superiores ressaltar, naquele momento, a importância suprema da proteção à saúde, direito fundamental capaz de justificar a imposição de medidas restritivas à liberdade, desde que pautadas em manifestações científicas. Tais manifestações tiveram o propósito de afastar a arbitrariedade como vetor de decisões impostas a uma sociedade aterrorizada e fragilizada.

Infelizmente, a vulnerabilidade social contribuiu para que medidas irrazoáveis e desproporcionais fossem adotadas, com ponderações principiológicas distorcidas, gerando prejuízos ao direito fundamental à liberdade, sem qualquer benefício real à proteção à saúde, fragilizando valores constitucionalizados.

No entanto, deve-se lembrar que as crises, como os vírus, tornam os organismos mais resistentes, imunes. Cientificamente, fala-se que o sistema, ao adquirir a imunidade, memoriza informações sobre ela. Isso permite um enfrentamento mais eficaz ao mesmo invasor no futuro. A imunidade é essa memória contra doenças.

Assim, acredita-se que a pós-pandemia contribuirá para o amadurecimento social, para que se instaure um verdadeiro espírito coletivo ponderativo, questionador, capaz de manter a racionalidade na análise da atuação administrativa, refutando-se discursos sobre *"novo normal"* que atentam contra o Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

As ponderações expostas ultrapassam a tratativa das restrições a direitos fundamentais impostas em razão da pandemia da Covid-19 e visam refletir sobre a facilidade como os entes federados apresentaram diversas medidas desprovidas de fundamentos técnicos, pacificamente aceitas pela população.

Não obstante reconhecer-se a efetiva necessidade de imposição de medidas restritivas ao direito fundamental à liberdade para evitar a proliferação do vírus, essas deveriam se fazer acompanhar de fundamentações técnicas, com parâmetros amplamente divulgados à sociedade. Ocorre que, em diversas situações, a última palavra não foi dada pelos cientistas, mas sim pelos Tribunais Superiores, provocados como mediadores para solucionar impasses concernentes à pandemia.

Apesar dos fortes impactos trazidos pela pandemia, não se pode acatar o surgimento de um "novo normal" pautado em limitações desproporcionais ao exercício de direitos fundamentais. O Brasil consolidou-se como um Estado Democrático de Direito. A normalidade requer a manutenção do *status quo* de liberdade garantida e ponderada com base em parâmetros razoáveis e proporcionais. Vivenciou-se na pandemia uma "situação de exceção," cujo risco de transformação em "novo normal" poderá ser afastado a partir de uma postura social ponderada, consciente e desconectada com a conveniente "cegueira deliberada."

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo Discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVES, Elias. *Após vídeo polêmico, ACM Neto anuncia interdição do Farol da Barra*. Sociedade, 15 jun. 2020. Notícias em destaque. Disponível em: <https://sociedadeonline.com/apos-video-polemico-acm-neto-anuncia-interdicao-do-farol-da-barra/>. Acesso em: 06 maio 2020.

BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. *In*: *Uma Teoria do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97/5. p. 7, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración.* Madrid: Civitas, 1997.

GASPARI, Élio. *As Ilusões Armadas:* a ditadura escancarada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

_____. *Introducción al Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre a facticidade e a validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINARES, Jean Francisco. *Poder Discrecional Administrativo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2014.

PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 170.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Colombia University Press, 1993. p. 289-371.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Gil. *Custou caro:* após domingo de aglomeração, Orla da Barra será fechada por uma semana. Correio, 15 jun. 2020. Coronavírus. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-caro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/>. Acesso em: 06 maio 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e Restrições a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus:* segundo volume. São Paulo: IASP, 2020.

SOUSA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.





Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Trabalho)


DIREITO
ROMANO

GOZO DE FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 12.868/89

José dos Santos Carvalho Filho

A pretexto de regulamentar o art. 7º, XVII, da Constituição da República, que apresentou inovação no quadro constitucional — a remuneração acrescida pelo gozo de férias anuais — o Governo do Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto nº 12.868, de 27.04.89, em cujo art. 2º se lê:

> *"Art. 2º — As categorias beneficiadas com férias anuais superiores a 30 (trinta) dias, gozadas ou não, em períodos consecutivos, farão jus, salvo expressa disposição legal em contrário, à incidência do acréscimo* apenas *sobre aqueles mesmos 30 (trinta) dias, devendo indicar, dessa forma, a época de gozo em que pretendam sua percepção."*

O Decreto nº 12.868/89 foi, em boa hora, *revogado*, nessa parte restritiva, pelo Decreto nº 14.540, de 16.03.90, que teve o condão de suprimir a redução do conteúdo constitucional que o decreto anterior continha, no que se refere às categorias que menciona.

A partir da vigência do novo ato, pode dizer-se que *tollitur quæstio*. Ou seja: tantos sejam os períodos que a lei estabeleça como de férias, e desde que sejam gozadas, faz jus o trabalhador ao acréscimo previsto na Constituição.

O tema que pretendemos abordar, no entanto, é de diversa ordem. Trata-se de saber quais os direitos dos servidores públicos, relativos ao acréscimo de férias, *no período que transcorreu entre a data de edição do Decreto nº 12.868/89* (ou a data da promulgação da Constituição) *e a do advento do novo Decreto nº 14.540/90*.

Para tanto, faz-se mister analisar o texto do dispositivo que consagra o direito. Com efeito, reza o art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal:

> *"Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> .....
>
> *XVII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;"*

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 31 (2ª Fase), jan./jun. 1990, p. 56-64.

Apesar de ter sentido bastante amplo o termo "trabalhadores" (na verdade, todos aqueles que, mediante profissão, oferecem sua energia de trabalho em troca de uma contraprestação pecuniária), o legislador constituinte, para espancar qualquer dúvida, estendeu aos servidores públicos civis o direito assegurado no dispositivo. Assim, no art. 39, § 2º, da C.F., faz-se remissão expressa ao citado art. 7º, XVII, e isso tudo, como é óbvio, para conferir idêntico tratamento, no que tange a tal direito subjetivo, aos trabalhadores regidos pela legislação trabalhista genérica e aos servidores públicos disciplinados, em regra, por legislação específica.

O texto denota a presença de três elementos básicos: *o gozo de férias*, como fator gerador do direito; *a natureza da importância* paga quando da ocorrência do fato gerador; e *o acréscimo de valor*, fixado em, no mínimo, um terço a mais do que o salário normal.

Com relação à natureza da importância recebida a título de férias, é pacífico desde há muito o entendimento de que se trata de *salário* (ou *vencimento*). Nesse sentido, esclarece *Eduardo Gabriel Saad*: "Saliente-se que a legislação vigente *considera salário* o que o empregador paga ao empregado por motivo de férias" (*Comentários à CLT*, 1990, p.111) (grifo nosso). Não obstante, o direito a férias nem sempre foi reconhecido com a amplitude que se dispensa atualmente. A princípio, somente o pessoal dos serviços públicos, os empregados em bancos e em grandes armazéns é que tinham esse direito. A extensão coube às pressões sociais a partir da Primeira Grande Guerra (*Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2º, 1989, p. 459).

Contudo, para o presente estudo, o ponto central da interpretação da norma constitucional reside em perquirir a natureza jurídica do *acréscimo* mínimo de um terço do salário, previsto no art. 7º, XVII, da C.F.

Desde o advento da Constituição, já se tem ouvido várias denominações do benefício. "Abono", dizem uns; "gratificação", apontam outros; "adicional de férias", referem terceiros. Não nos parecem acertadas tais denominações, próprias para caracterizar, de forma definida, outras situações jurídicas. *O acréscimo tem*, ao revés, *a natureza de remuneração*, vale dizer, o valor pago pelo empregador ao empregado pelo trabalho deste, ou em correspondência a um período que a lei considere como de efetivo trabalho. Aliás, referimo-nos a "acréscimo" apenas pela circunstância de representar um *plus* ao valor pago a título de remuneração nos períodos outros que não sejam o do gozo de férias. Mas a referência mais correta deveria ser à *remuneração* como um todo, como uma unidade, e que, pelo fato do gozo de férias, convencionaremos denominar de *remuneração acrescida*.

A conclusão não se extrai senão do texto constitucional. O dispositivo alude a "gozo de férias anuais *remuneradas*"; mais adiante apregoa que o acréscimo terá, pelo menos, um terço a mais do que "o salário normal". É certo que a doutrina trabalhista e a própria lei laboral distinguem o salário e a remuneração; esta é gênero do qual aquele é espécie (art. 457, C.L.T.). Não é menos certo, porém, que ambas as figuras são empregadas no texto constitucional para indicar a contraprestação devida pelo empregador no período em que gozar suas férias o trabalhador. Ora, se assim é, tratar-se-á de *remuneração*, que, em face da garantia constitucional do *plus*, há de ser tida como *remuneração acrescida.*

A conclusão é a de que atualmente se pode afirmar que o trabalhador, incluído aí o servidor público civil, faz jus, durante o período ânuo, *a onze salários* (ou vencimentos) do mesmo nível valorativo *e a um salário* de nível valorativo mais elevado, exatamente aquele pago ao momento do gozo de férias. Isso obviamente aos que têm, anualmente, o direito a 30 dias de férias, como é a regra geral.

O caráter remuneratório do acréscimo tem sido veiculado de forma dominante pela doutrina. *Amauri Mascaro Nascimento (Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, 1989, p. 183) assim se manifesta:

> *"Não se limita a Constituição a defender o descanso e a anualidade da aquisição do direito, mas, também, assegura ao trabalhador a manutenção da sua* remuneração acrescida *de um terço, para que não tenha prejuízos pelo fato de exercer o direito" (grifamos).*

Na mesma esteira, *Eugênio Haddock Lobo* e *Julio Cesar do Prado Leite* aludem a que *"esse terço salarial* a mais" é uma forma de auxílio ao empregado durante as férias. Resulta, então, indubitável que a remuneração normal do trabalhador somada ao acréscimo constitucional há de constituir a *remuneração acrescida.*

Firmada a premissa relativa à natureza de remuneração atribuída à parcela mínima a ser acrescida à remuneração normal, cabe lembrar que a Constituição erigiu, como base para a aquisição do direito subjetivo, a ocorrência de um fato gerador determinado — o gozo de férias anuais. Observe-se que o conteúdo da norma constitucional não sofreu, em nenhum momento, qualquer vislumbre de admissibilidade de restringir-se a regra. Ao contrário: limitou-se o Constituinte a assinalar "o gozo de férias anuais". De imediato, tem-se então que não é lícito ao legislador nem ao administrador (este ainda com maior razão) reduzir o alcance da norma constitucional.

Transcreva-se aqui, a propósito, a lição de *Carlos Maximiliano* (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed., p. 313):

> *"Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se* como estendendo-se *de acordo com os mesmos textos*, salvo *se alguma* clara restrição *for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita.*

A lição é plenamente aplicável *in casu*. O texto constitucional não deixa qualquer brecha à imposição de regra restritiva quanto ao âmbito do fato gerador firmado. Sua interpretação, desse modo, deve ser feita nos exatos termos e em rigorosa conformidade com o conteúdo que delineia. As férias anuais gozadas geram o direito à remuneração acrescida — esse o conteúdo interpretativo do mandamento constitucional.

Poder-se-ia questionar a auto-aplicabilidade ou não do mandamento. Em sua clássica obra sobre a eficácia das normas da Constituição (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1968, pp. 80 a 149), *José Afonso da Silva* as classifica em três espécies: as de eficácia plena; as de eficácia contida; e as de eficácia limitada. Diferenciadas em função do maior ou menor grau de aplicabilidade das regras, ensina o autor que, se a norma contém a totalidade dos elementos que a tornam imediatamente incidente sobre o fato concreto, há de caracterizar-se como norma de *eficácia plena*. E, neste caso, tem ela aplicabilidade direta, imediata e integral (*ob. cit.*, p. 76). A esse tipo de norma é dispensável qualquer forma de regulamentação que amplie ou restrinja o seu alcance.

Celso Ribeiro Bastos (*ob. cit.*, vol. 1º, 1988, p. 360), embora com diversa terminologia, também registra:

> *"Se esta (a norma) é descrita em todos os seus elementos, e plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às consequências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si. Tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordenou.*
>
> .....
>
> *De mera aplicação, pois, é a categoria jurídica de que se cogita, sob o prisma da incidência normativa."*

Aplicados esses ensinamentos ao tema que ora se examina, constata-se que o art. 7º, XVII, da C.F., contém *todos os elementos suficientes à imedia-*

ta aplicabilidade, sem qualquer imposição restritiva, expressa ou tácita. Com essa consideração, não se pode deixar de ter o mandamento como de aplicabilidade *direta, imediata e integral*.

Sucede que, apesar da clareza e incisividade do art. 7º, XVII, da Carta Maior, começou a discutir-se, logo após promulgada, como seria aplicada a norma em relação às categorias de servidores cujo período de férias ultrapassasse o normal de trinta dias. Foi exatamente por essa circunstância que se editou o já citado Decreto nº 12.868, de 27.04.89.

Não é difícil observar que o artigo 2º do decreto, ao restringir a remuneração acrescida a um período de 30 dias de férias, ainda quando o servidor fizesse jus a período mais extenso, *guardava total incompatibilidade com o regramento constitucional*. Dizemos "guardava" porque, como visto, foi ele revogado pelo Decreto nº 14.540/90, supressor daquela restrição.

A inconstitucionalidade do decreto era flagrante. Tendo imposto restrição ao direito à remuneração acrescida, colocou-se em inteira dissonância com o art. 7º, inc. XVII, da C.F., cujo texto — repetimos — não abriu ensanchas a que qualquer ato de grau inferior à Constituição viesse a reduzir o âmbito de sua incidência.

Na verdade, o dispositivo abriga o direito ante a só ocorrência do fato gerador — o gozo de férias. Não se fez qualquer menção ao *período legal* em que o servidor pudesse desfrutar as suas férias. Para o exercício do direito, basta o gozo das férias. É o *quantum satis* para fazer jus o servidor à remuneração acrescida.

Poder-se-ia até mesmo discutir que o direito não fosse estendido ao empregado, ou ao servidor, que não *gozasse* efetivamente as suas férias, pois que, afinal, a Constituição alude a "gozo de férias". Entretanto, nem essa objeção poderia prosperar. As férias constituem direito há muito consagrado na Carta Política, e, ao mesmo tempo, espelham um dever por parte do empregador, seja ele privado ou público, de modo que o direito subsistiria mesmo que, por eventual necessidade de serviço, o servidor fosse impedido de desfrutá-las. Esse sim, seria um capítulo para o legislador regular; regular, e não restringir.

Sabe-se que o móvel inspirador do direito a férias é a necessidade de descanso do empregado após longos períodos de trabalho incessante. São esclarecedoras as palavras de *Mozart Victor Russomano*: "As férias são instituto trabalhista de fundo higiênico, pois visam à recuperação das forças gastas pelo trabalhador no decurso de um ano de serviços prestados nas oficinas ou

nos empórios comerciais. De substrato profundamente vital para o desenvolvimento do organismo humano, apesar de tudo, esse instituto é de implantação recente" (*Comentários à C.L.T.*, 11ª ed., p. 164).

Há categorias especiais que fazem jus a período de férias superior ao normal de 30 dias por ano. Logicamente, para tais categorias corre a presunção de que o desgaste no exercício de suas funções é mais acentuado; a energia despendida, mais profunda; maiores os riscos físicos ou psíquicos para o trabalhador. Levando em consideração esses fatores, o legislador conferiu-lhes, a título de férias, período mais amplo.

Já anteriormente se vinha consagrando o direito às férias remuneradas. A inovação agora é a da remuneração acrescida, calcada também em razão específica. Eis o que registra *Celso Ribeiro Bastos* (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2º, 1989, p. 460):

> "*Esse reforço é explicável pelas* necessidades acrescidas *do empregado durante as férias. Estas não se traduzem num mero não fazer, mas impõem, para que possam bem cumprir o seu papel restaurador de forças desgastadas, a prática intensa de atividades de lazer, normalmente envolvendo despesas.*"

Ora, se determinada categoria funcional faz jus, pela especificidade de suas funções, a período superior a trinta dias de férias, terá inegavelmente o direito de perceber a remuneração acrescida correspondente *ao período em que gozar suas férias*. Sublinhe-se que para o desfrute das férias nesse período estará presente o mesmo fundamento mobilizador do acréscimo remuneratório. Não importa, pois, se o período é de 30 dias; importa, isso sim, que o servidor goze suas férias pelo período definido na lei. Se esta fixa período maior, o direito subjetivo constitucional pode ser exercido em toda a sua duração.

É verdade que se pode trazer à discussão o acerto, ou não, do legislador em atribuir a certa categoria o direito a férias por período superior ao normal de 30 dias. Mas essa questão não está em pauta. Trata-se de mérito legislativo, insuscetível de apreciação pelo administrador. Ao momento, porém, em que a lei já definiu esse período, e o servidor, em consequência, passa a titularizar o direito às férias nesse período, *não há outra alternativa para o administrador senão a de dar cumprimento à norma constitucional, conferindo-lhe o direito à remuneração acrescida em correspondência a todo o período.*

Daí a inconstitucionalidade do citado Decreto nº 12.868/89 em relação às categorias contempladas, por lei, com o direito a férias por período supe-

rior a 30 dias. Foi ele incongruente no confronto entre a Constituição e as leis concessivas daquele direito. Estão entre aquelas categorias a dos Magistrados (Lei Complementar nº 35/79, art. 68); a dos membros do Ministério Público (Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82, art. 135); a dos Defensores Públicos (Lei Complementar Estadual nº 6, de 12.05.77, art. 107); a dos Procuradores do Estado (Lei Complementar Estadual nº 15, de 25.11.80, art. 66), entre outras. A todas elas foi conferido período de 60 (sessenta) dias de férias. Ora, se a lei assim o fez, é de meridiana clareza que o gozo de férias nesse período não pode deixar de ensejar a remuneração acrescida em toda a sua extensão.

Houve, é bem verdade, o entendimento inicial, da parte de alguns analistas, de que a *mens* do Constituinte fora a de só permitir o acréscimo remuneratório no período normal de 30 dias. E foi com base nesse entendimento que se fez editar o Decreto nº 12.868. Verificada a flagrante inconstitucionalidade desse pensamento, *data venia*, recuou o governo estadual, assumindo posição diametralmente oposta, e fez editar o Decreto nº 14.540, que eliminou a restrição anterior.

Diga-se, à guisa de esclarecimento, que esse entendimento não mereceu o abono de outros exegetas. Com efeito, no Processo nº 822/89-70, o Exmo. Procurador-Geral da República aprovou parecer da lavra do então Subprocurador-Geral, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, no qual ficou assentado:

> *"Ora, se os membros do Ministério Público da União fazem jus a 60 (sessenta) dias de férias por ano, e se a sua remuneração, nesse período, cobre todos esses dias, e não apenas metade deles, o acréscimo remuneratório a lhes ser pago, ao entrarem de férias, somente pode ser de um terço sobre o total da sua remuneração."*

Aduziu ainda o ilustre parecerista que essa teria que ser a solução adequada, "sob pena de se restringir abusivamente o alcance do texto constitucional, emprestando-lhe significação e alcance incompatíveis com a finalidade que inspirou sua positivação no direito brasileiro".

Esse é o pensamento que, em nosso entender, guarda total consonância com o texto constitucional.

Incontestável, pois, a eiva de inconstitucionalidade que acoimava o Decreto nº 12.868, resta por último analisar o direito dessas categorias no lapso de tempo que mediou entre a promulgação da Constituição e a edição do Decreto nº 14.540, já que aquele primeiro ato não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Judiciário.

Há dois aspectos que devem ser considerados no exame da eficácia dos decretos.

O primeiro consiste na ineficácia do Decreto nº 12.868/89. Por ser inconstitucional, há que considerar-se o seu art. 2º, criador da restrição ilegal, frrito e nulo. Sem nenhum efeito. Esse o ensinamento de *Francisco Campos* (*apud Ronaldo Polletti, in Controle da Constitucionalidade das Leis*, 1987, p. 109):

> *"Um ato ou lei inconstitucional é ato ou lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que de fato ou na realidade não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido."*

Foi o que ocorreu com o Decreto nº 12.868: ineficaz, por inconstitucional, é como se nunca houvesse existido.

O segundo aspecto concerne à forma de desfazimento, prevista no art. 2º do Decreto nº 14.540. Eis o que diz:

> *"Art. 1º — O disposto no art. 2º do Decreto nº 12.868, de 27.04.89*, não se aplica *aos destinatários das Leis Complementares nº 6, de 12.05.77; 15, de 25.11.80; 28, de 21.05.82 e do art. 24 da Lei Complementar nº 21, de 04.11.81."*

A oração "não se aplica" traduz a utilização do instituto da *revogação*, que, produzindo efeitos *ex nunc*, bem se compatibiliza com o art. 2º do Decreto nº 14.540, que firma o início dos efeitos do ato *na data de sua publicação*. A insinuação do ato, porém, é imprópria. A revogação pressupõe o desfazimento discricionário, pela administração, de ato anterior *válido*. Se inválido o ato, o desfazimento deve perpetrar-se pela *anulação*. Nesse sentido, claríssima a lição de *Hely Lopes Meirelles* (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1989, p. 178):

> *"Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo*, não ensejará revogação, mas sim anulação."

Assim, deveria ter havido *anulação* do artigo anterior, *e não revogação* em parte. A redação do ato novo parece insinuar que o ato anterior era legítimo, quando não o era em face de sua inconstitucionalidade.

O rótulo, porém, é oportuno frisar, não tem relevância. O fato de o decreto mais novo se referir à revogação não convalida o vício que inquinava o decreto anterior.

A conclusão, dessa maneira, há de ser a de que o direito à remuneração acrescida por *todo* o período de gozo de férias *vigora desde o advento da nova Constituição*, em outubro de 1988. Em outras palavras: se algum integrante de categoria funcional, contemplada por lei com período de férias superior a 30 dias, gozou período superior a este, mas não percebeu a remuneração acrescida correspondente, *faz jus à percepção da diferença remuneratória* relativa ao período excedente do limite fixado pelo Decreto nº 12.868.

Mais ainda: não importa considerar se o período de aquisição ao direito às férias se consumou antes ou depois da promulgação da Constituição. O que importa é o *gozo de férias*, este expressamente fixado como o fato gerador do direito, e não o período de aquisição, não mencionado na Constituição. Aqui vale transcrever o ensinamento de *Eugênio Haddock Lobo* e *Julio Cesar do Prado Leite* (*Comentários à Constituição Federal*, 1º vol., 1989, p. 211):

> *"Tem-se argüido, levianamente, que o benefício constitucional só surtirá efeito para aqueles que adquirirem o direito às férias após a promulgação da Nova Carta. Assim não é, claramente. O dispositivo constitucional é claro. "Gozo de férias" é a expressão que usa. Como o preceito é auto-aplicável, tem-se que aquele que já tenha completado o período aquisitivo, mas ainda não tenha fruído as férias, ao momento da fruição se beneficiará da nova regra constitucional e haverá, por consequência, remuneração acrescida de um terço a mais do que o salário normal."*

Por tudo o que foi exposto, é visível que o direito à remuneração acrescida provém do momento em que foi promulgada a Constituição. Se o servidor, tendo o direito, não o pôde exercer pela determinação constante de decreto ilegal, pode deflagrar, de imediato, os mecanismos com vistas ao exercício desse direito — o de perceber a diferença remuneratória relativa ao período de gozo de férias excedente ao normal de 30 dias, não paga àquela ocasião.

Tais mecanismos podem ser veiculados de duas maneiras. A primeira é através da via administrativa; a outra, pela via judicial, no caso de frustrada ou não utilizada a anterior.

Seja como for, o *petitum* ensejará, em qualquer das formas, uma discussão preliminar: *a inconstitucionalidade* e, pois, *a ineficácia* do art. 2º do Decreto nº 12.868/89.



Erradicação do trabalho infantil e regulamentação do trabalho do adolescente

MÔNICA RODRIGUES CUNEO (*)

O combate ao trabalho infantil constitui atualmente uma das temáticas de grande preocupação da sociedade mundial por representar uma das piores e mais drásticas formas de exploração do homem, freando, precocemente, todas as perspectivas de um futuro digno à criança que se vê privada de seu direito de estudar e brincar.

Recentes estimativas da OIT – Organização Internacional do Trabalho – revelam que em todo o mundo cerca de duzentos e cinqüenta milhões de crianças na faixa etária de cinco a quatorze anos trabalham, sendo de registrar-se que os grandes números referentes ao trabalho infantil concentram-se nos continentes asiático e africano e, também, na América Latina. No Brasil, segundo as últimas pesquisas, aproximadamente três milhões duzentos e oitenta mil crianças na faixa de idade de dez a quatorze anos trabalham em atividades as mais variadas.

Essa desoladora realidade levou a OIT, desde seus primórdios, em 1919, com o final da Primeira Guerra Mundial, a dispensar especial atenção à questão do trabalho infantil, através de suas convenções e recomendações internacionais, o que demonstra que não se trata de um fenômeno dos tempos modernos, embora revele ser uma das faces mais perversas do mundo do trabalho contemporâneo.

Conforme dito, o Brasil, de acordo com os dados do IBGE, e que, segundo o último censo, possui entre a 4ª e a 6ª maior população mundial de crianças e adolescentes trabalhando, sendo o 3º colocado na América Latina, está entre os países com altos índices de trabalho infantil e a busca de soluções para o enfrentamento da situação constitui um dos maiores desafios desse novo milênio.

Diante desse quadro, cuja gravidade é sem limites, um questionamento se faz pertinente e conduz à reflexão: o que motiva uma criança ou um adolescente a abandonar os bancos escolares ou, muitas vezes, até mesmo a nunca freqüentá-los, para exercerem algum tipo de trabalho, mesmo sujeito à remuneração inadequada (em alguns casos até sem remuneração, considerando que há muitos que trabalham em troca de um prato de comida), a toda a sorte de riscos e à exploração?

Em verdade, essa realidade vivida por essa população de crianças e adolescentes não expressa uma situação momentânea, mas sim estrutural, pois é decorrente de um histórico de pobreza, representando um sério problema social.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 10 (3ª Fase), jul./dez. 1999, p. 163-168.

Não vivenciando eles atividades apropriadas às diversas etapas de seu sadio desenvolvimento, seja na família, na escola, ou na sociedade, o comprometimento das futuras gerações resta inevitável. Farto sabido, criança que trabalha não estuda como deveria, não brinca o suficiente, não pratica esportes, não se diverte; enfim, não se prepara para a vida.

Se formos buscar a resposta para a indagação inicial, constatamos que a necessidade de ajudar na "manutenção da família" constitui quase que a unanimidade das respostas para a perseguição do trabalho em idade tão precoce.

Inevitavelmente, as famílias pobres pressionam seus membros mais jovens a ingressarem no mercado de trabalho, pois é certo que o trabalho infanto-juvenil, apesar de baixa remuneração, tem decisiva contribuição no orçamento familiar doméstico.

Nesses casos, é evidente que há uma distorção do papel que a criança exerce na sociedade, vez que imputa-se a ela a função de co-provedor da família, em parte substituindo uma função que seria própria dos adultos.

Não se queira, com isso, nem de longe, subestimar ou ignorar a necessidade financeira dessas famílias, mas é imprescindível perquirir-se se o trabalho infantil é a única alternativa para minimizar esse problema, porque, com certeza, não é a solução.

A busca da solução deve considerar o "social" e não o "individual", não se perdendo de vista que não é a família que inventou o trabalho infantil para satisfazer suas necessidades financeiras; ela apenas se utiliza de um meio, infelizmente, legitimado socialmente para contornar o problema.

Assim, podemos observar e concluir seguramente que a situação limite prioritária é a sobrevivência.

Apesar de ser cediço que todos os direitos enumerados no art. 7°, da Constituição da República de 1988 são aplicáveis ao trabalho juvenil, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente ter reservado um capítulo exclusivo à questão dessa espécie de trabalho (Capítulo V, Título II - Dos Direitos Fundamentais, arts. 60 a 69, " Do Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho") constituindo, inclusive, atribuição dos Conselhos Tutelares a fiscalização das condições de trabalho a que estão sujeitas crianças e adolescentes e, ainda, apesar de haver um conjunto de leis extravagantes que versam sobre o tema, sem mencionar a própria CLT, percebe-se que as crianças e adolescentes estão subjugados a relações de trabalho extremamente perversas, em que os princípios mais básicos e elementares da legislação trabalhista são descumpridos, tais como remuneração adequada, jornada apropriada, segurança e higiene. Muitos trabalham, até, em condições de escravidão e semi-escravidão, em atividades perigosas, insalubres e penosas, devendo tais abusos ser denunciados ao Ministério Público do Trabalho, à Delegacia do Ministério do Trabalho e demais órgãos competentes.

A maioria dos que trabalham precocemente não estuda. Os que estudam apresentam baixo aproveitamento escolar, sendo elevado o índice de evasão,

ainda em nível de ensino fundamental, registrando-se que, nas áreas rurais, a freqüência à escola é sazonal, não sendo diferente a situação nas zonas urbanas, onde as ruas acabam se tornando bastante atraentes, porque lucrativas, em muito pouco tempo.

Constituem o que se denomina "mão-de-obra invisível", porque, apesar de representarem um percentual considerável da força de trabalho, de um lado, não são reconhecidos como trabalhadores com direitos trabalhistas assegurados, e, de outro, não são encarados como crianças, com seus direitos específicos garantidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Submetidos a jornadas excessivas e estafantes, não recebem orientação para o trabalho que vão realizar, vale dizer, não têm orientação formal (o que significa que o conhecimento do fazer se dá no próprio fazer), não utilizam equipamentos de proteção individual, estando expostos a riscos e acidentes, tornando-se, não raro, portadores de doenças profissionais e lesões que deixam seqüelas graves, já que freqüentemente realizam trabalhos inadequados e inapropriados à sua compleição física.

O uso inadequado de máquinas e ferramentas, o manuseio de instrumentos cortantes, a exposição às intempéries, às variações bruscas de temperatura e a ruídos e vibrações excessivos, os distúrbios do sono causados pelo trabalho noturno, a exposição a picadas por animais peçonhentos, a falta de higiene e de ventilação, a intoxicação por agrotóxicos e outros agentes químicos, a remuneração inadequada ou mesmo ausência de remuneração são alguns dos riscos e explorações que findam por comprometer a dignidade e auto-estima dessas crianças e adolescentes, abalando o seu desenvolvimento físico e psicológico, além de contribuir para o seu afastamento definitivo da escola.

A necessidade de modificação do quadro social hoje vigente é preponderante, sendo essencial a parceria dos governos municipais, estaduais e federal, bem como a efetiva participação da sociedade civil na união de esforços para a erradicação da exploração da mão-de-obra infantil, pois só através de ações articuladas entre os diversos organismos do Poder Público e organizações de nossa sociedade é que lograremos êxito na implementação de ações concretas na transformação dessa triste realidade, lembrando-se que, para tanto, a formulação de uma política adequada há de levar em conta as condições sócio-econômicas de cada Município, características regionais e diferenças existentes entre os contextos urbanos (cidades de grande, médio e pequeno porte).

Importante também ressaltar que a escola é um dos mecanismos prioritários no combate à erradicação do trabalho infantil, principalmente quando atrelada diretamente ao oferecimento de subsídios financeiros que estimulem a permanência das crianças nas escolas, o que se verifica através de projetos de bolsa-escola efetuado por alguns Municípios e Governos (Governo do Distrito Federal, Prefeitura Municipal de Campinas – SP e Prefeitura Municipal de Campos – RJ), lembrando-se que as unidades de ensino devem ter como meta a capacitação da criança, com vistas a sua futura inserção no mercado de traba-

lho.

Decerto que há situações que devem ser atacadas prioritariamente, como, por exemplo, as relacionadas às crianças que trabalham nas pedreiras, nas carvoarias, nos sisais e nos canaviais, embora a luta contra o trabalho infantil tenha dimensões muito mais amplas, razão por que devemos sempre ficar atentos para, inflexivelmente, dizermos não à indiferença e à cumplicidade, afastando, destarte, por completo, a errônea concepção de alguns que pensam que "é melhor trabalhar do que estar pelas ruas", isso porque, se de um lado a faixa etária em que o trabalho é proibido (hoje, elevada para dezesseis anos, pela EC nº 20) constitui um importante período de vida em que se dá a complementação da escolarização fundamental e obrigatória, de outro, frise-se uma vez mais, o comprometimento através de danos causados à saúde, em razão do trabalho precoce, em atividades muitas vezes incompatíveis com o desenvolvimento biológico e psíquico das crianças que o realizam, e que podem se tornar irreversíveis, conduz, às vezes, à incapacitação física, à mutilação ou, até mesmo, à morte.

Ao enfrentarmos com seriedade e coragem essa questão, estaremos, na verdade, articulando esforços contra a origem, o próprio foco do problema, que é a pobreza, além de, é claro, contribuir para a desmistificação de uma cultura equivocada, segundo a qual "crianças pobres necessitam trabalhar para ajudar a família" ou, como já dito, "é preferível trabalhar a ficar nas ruas", na medida em que é muito mais cômodo afogar a consciência em tais mitos, atrofiando o pensamento crítico, diante da apatia social e da complacência do Estado do que embrenhar-se em uma luta deflagrada pela própria miséria social que drasticamente atinge a população, e cuja a origem remonta a tempos longínquos.

Antes de se passar à exposição das propostas para a erradicação do trabalho infantil, é preciso mencionar a existência da Convenção 138 da OIT e da Recomendação 146, que, em nível internacional, tratam da questão do trabalho da criança e do adolescente, adotando, em relação àquele, uma política abolicionista e, no tocante a este, impondo limites ao seu exercício.

A Convenção 138 foi aprovada em 1973 e, em seus arts. 1º e 2º, fixou em 15 (quinze) anos a idade mínima para a admissão no trabalho, não tendo sido, ainda, ratificada pelo Brasil, muito embora sua filosofia tenha sido observada na Constituição da República e na Lei nº 8.069/90 - ECA, tendo o Senado considerado-a inconstitucional nesse ponto, apesar de sua aprovação na Câmara dos Deputados, ao argumento de que a vedação até a idade de 15 (quinze) anos maculava a norma inserta no art. 7º, XXXIII, da CR/88.

Em outubro de 1996, sobreveio uma emenda constitucional proibindo o trabalho de menores de 14 (quatorze) anos, mesmo na condição de aprendiz, fato que derrogou os arts. 7º, XXXIII, da CR/88 e o art. 60, do ECA.

A grande discussão do momento, que mereceu inclusive especial destaque nos jornais, revistas, televisão e debates via Internet, é a EC nº 20/98 (16.12.98), que a muitos surpreendeu com a notícia da elevação da idade mínima para

ingresso no mercado de trabalho, de 14 (quatorze) para 16 (dezesseis) anos, o que causou grande clamor social, principalmente por parte de organizações que vêm se dedicando ao desenvolvimento de um trabalho educativo e profissionalizante com adolescentes na faixa etária atingida.

A EC nº 20/98 teve seus efeitos suspensos através de uma liminar obtida pelo Ministério Público Federal, a qual já foi cassada, podendo-se afirmar, pois, que a referida emenda encontra-se em pleno vigor, até que o mérito da ação ajuizada seja julgado.

Com essa alteração constitucional, o Brasil se adequa às normas da Convenção nº 138, da OIT, embora sem ratificá-la, sendo oportuna a divulgação de um endereço que se encontra na Internet para aqueles que desejem apoiar a ratificação da mencionada Convenção, através de um abaixo-assinado dirigido ao Governo Federal e ao Congresso Nacional: www.abmp.com.br .

Através do endereço www.inesc.com.br é possível debater-se na Rede de Justiça acerca da EC nº 20, que tem gerado tantas polêmicas.

Por fim, diga-se, ainda, que, no momento, tramita no Congresso um projeto de lei que tem por finalidade disciplinar uma espécie de trabalho educativo, intitulado "pré-aprendizagem" e que corresponderia a uma educação profissional de nível básico.

Certos de que somente através de uma luta firme, vigorosa e, porque não dizer, criativa, é que iremos angariar esforços no efetivo combate à erradicação do trabalho infantil e regulamentação do trabalho do adolescente.

Para finalizar, destacamos as seguintes propostas, sem prejuízo de outras, que, postas em prática, não isolada mas articuladamente, poderão apresentar um resultado positivo na alteração desse triste quadro social:

1 – o estabelecimento de uma política pública para a formação profissional voltada aos adolescentes, concomitantemente com a criação de oportunidades de trabalho que sejam compatíveis com a escolarização;

2 – a mobilização e organização da sociedade, com vistas à abertura de espaço e ao estímulo do debate para o fomento de subsídios para a formulação dessas políticas públicas;

3 – a definição de uma política sócio-econômica da erradicação da pobreza e da miséria;

4 – a eliminação do trabalho perigoso, penoso e insalubre do adolescente, bem como a apuração das irregularidades relativas à violação dos seus direitos previdenciários e trabalhistas;

5 – a conscientização e mobilização dos adolescentes trabalhadores em defesa dos seus próprios direitos (nos dias 27 e 28/03, cerca de cem adolescentes oriundos de diversos projetos sociais se reuniram em Miguel Pereira, com a finalidade de discutir os problemas que os afligem ao ingressarem no merca-

do de trabalho e também com o propósito de fundarem a primeira Associação de Adolescentes e Jovens Trabalhadores no Brasil);

6 – a articulação de forças sociais interessadas na eliminação do trabalho infantil e proteção ao trabalho do adolescente;

7 – o desenvolvimento de programas educacionais que propiciem a permanência da criança na escola ou o seu retorno;

8 – a punição justa e exemplar para os exploradores do trabalho infantil, iniciada através da ação fiscalizadora do Poder Público;

9 – o levantamento de dados acerca dos focos do trabalho infantil, por meio de um sistema nacional de identificação;

10 – a implementação de um programa de geração de elevação da renda familiar *per capita* mensal, eis que a concentração da renda, em nosso país, chega às raias da criminalidade, na medida em que o Brasil possui uma das piores distribuições de renda do planeta.

Em poslúdio, é costume dizer-se que as crianças são o futuro do Brasil. Mas o que estará reservado para essas crianças que precocemente trabalham, sem que se preparem adequadamente para o futuro? É preciso ter em mente que, antes de mais nada, elas são o nosso **presente** e, por isso, devem ser a nossa **prioridade**. Somente com essas crianças crescendo com qualidade de vida é que o cenário de justiça social a que tanto aspiramos irá tornar-se uma realidade nacional.

Não à indiferença e à cumplicidade! Indignação;

este é o sentimento que deve nos invadir quando se fala dessa chaga social, que é o trabalho infantil.

(*) Mônica Rodrigues Cuneo é Promotora de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Cabo Frio – RJ.





Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Educação)



Estado Laico e o Ensino Público. Neutralidade Religiosa ou Neutralização da Religião?[1]

Secular State and the Public Education. Neutrality Religious or Neutralization of Religion?

Regiane Cristina Dias Pinto*

Resumo

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 positivou um Estado Social Democrático de Direito separado da religião e direcionado para a garantia da pluralidade de concepções e promoção do respeito aos direitos fundamentais. O Estado Laico Constitucional se tornou a matriz de funcionamento dos segmentos estatais e o parâmetro de atuação do movimento de promoção da liberdade religiosa. Neste contexto o Estado assume a obrigação jurídica de oferecer o ensino público obrigatório e gratuito, assegurando a consequente laicidade da educação formal. A neutralidade, contudo, se tornou um imenso desafio aos sistemas de ensino. Definir com precisão o conceito de neutralidade já seria desafio suficiente, efetivá-la na realidade prática das escolas brasileiras, uma construção delicada, extensa e paciente, com a qual o presente estudo anseia por oferecer alguma contribuição.

Abstract

The Constitution of the Brazilian Federal Republic 1988 created a democratic social state of law separate from religion and directed to guarantee the plurality of views and promoting respect for fundamental rights. The constitutional secular estate became the Working Mother State segments and the performance parameter of the promotion movement of religious freedom. In this context the State assumes a legal obligation to provide free and compulsory public education, ensuring consistent secularity of formal education. Neutrality, however, became an immense challenge to the education systems. To define precisely the concept of neutrality would be enough challenge if effetive in the practical reality of Brazilian schools, a delicate, extensive and patient construction, with which the present study yearns to offer some contribution.

[1] *Paper* referente ao Módulo I – Aspectos Propedêuticos e Jurídico-Constitucionais Nacionais do Direito à Liberdade Religiosa da Pós-Graduação Internacional *Latu Sensu* Estado Constitucional e Liberdade Religiosa.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 62 (3ª Fase), out./dez. 2016, p. 147-161.

Résumé

La Constitution de la République Fédérale Brésilienne de 1988 a mis en place un état social démocratique de droit séparé de la religion et organisé pour garantir la pluralité de points de vue et la promotion du respect aux droits fondamentaux. L'état laïque constitutionnel est devenu la matrice de fonctionnement des segments de l´état et le paramètre de la pratique du mouvement de promotion de la liberté religieuse. Dans ce contexte, l'état assume une obligation juridique d´avoir un enseignement public gratuit et obligatoire, en ayant un concept de laïcité dans l'enseignement formel. La neutralité, cependant, est devenu un immense défi pour les systèmes d'enseignement. Définir précisément le concept de neutralité serait déjà un défi en lui-même, le mettre en place dans une réalité pratique des écoles brésiliennes est une construction délicate, vaste et patiente. J´espère que mon étude pourra contribuer à l´évolution de ce sujet.

Palavras-chave

Estado Laico. Liberdade Religiosa. Ensino Público.

Keywords

Secular State. Religious Freedom. Public Education.

Mots Clé

État Laïque. Liberté Religeuse. Énseignement Public.

1. Introdução

O Brasil é um Estado Democrático Laico de Direito. Um Estado liberal que se propõe a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Essa condição, apta a gerar um certo orgulho nacional, esbarra num obstáculo: a pretensa satisfação com a positivação não se equipara à constatação do seu diminuto grau de efetivação. Há um longo caminho a percorrer. Positivar a dignidade humana e a liberdade religiosa não significa visualizar a real sedimentação dos conceitos.

No desenvolvimento do modelo de controle da educação formal brasileira, atualmente, a laicidade está em discussão. As teses e antíteses estão a formar e reformular os conceitos, adequando-os às práticas diárias de uma sociedade pluralista, inserida em sincretismos e com identidade formada com histórico tão peculiar.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro está na iminência de julgar ação direta de inconstitucionalidade que discutirá a necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal de dispositivos da Lei Civil de Diretrizes e Bases da Educação[2]

[2] Art. 33 O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

(*caput e* parágrafos 1º e 2º do artigo 33 da Lei 9.394/1996) e do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé[3] (artigo 33 do Decreto 7.107/2010) para definir se o ensino religioso em escolas públicas deverá ou não ter natureza confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.[4]

Os Tribunais brasileiros estão enfrentando uma crescente onda de questões que envolvem a liberdade religiosa no dia a dia do ambiente escolar, de forma que o debate sobre o laico e o neutro se tornou uma interrogação corriqueira a envolver discentes, docentes, familiares e gestores.[5]

O presente arrazoado se propõe a situar a natureza do Estado laico brasileiro enquanto prestador do ensino público obrigatório e gratuito, entendendo que a prestação deverá se caracterizar necessariamente por uma consequente expressão de laicidade na educação formal. Traduzir laicidade nos diversos contornos do exercício do poder-dever estatal é o caminho, contudo, a identidade da nação somente permitirá que modelos jurídicos alienígenas sejam comparáveis ao nacional se restarem guardadas zelosamente as devidas especificidades.

A devida identificação do laico fará o operador trilhar a opção interpretativa adequada, contudo, deverá ser acompanhada de uma compreensão da neutralidade que a aparte do conceito de neutralização da religião. Para tanto, este trabalho examinará o conceito de neutralidade religiosa e sua expressão na educação formal brasileira, oferecendo uma reflexão sobre o perigoso caminho da neutralização da religião.

---

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.
BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm Acesso em: 13 mar. 2016.

[3] Art. 11 A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.
BRASIL. Decreto nº 7107 de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Vaticano. 13 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm. Acesso em: 13 mar. 2016.

[4] Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, ajuizada em agosto de 2010 pela então Procuradora-Geral em exercício, Deborah Duprat. O ministro Roberto Barroso é o relator do processo. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392. Acesso em: 12 mar. 2016.

[5] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Princípio da Isonomia. Universidade não deve alterar horário de aula por causa de religião de aluno.* Revista Consultor Jurídico. Brasil. 17 nov. 2015. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/horario-aula-nao-alterado-devido-religiao-aluno; Acesso em: 12 mar. 2016.
GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Sem Privilégios. Alterar regime de aulas para aluno adventista viola princípio da igualdade.* Revista Consultor Jurídico. Brasil. 1º jun. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/alterar-regime-aulas-aluno-adventista-viola-igualdade: Acesso em: 12 mar. 2016.

2. O Estado Constitucional Laico Brasileiro

A Constituição de 1988 prevê a liberdade religiosa como um valor fundamental da República Federativa do Brasil. O caráter constitucional laico do Estado brasileiro é inferido pela análise do panorama constitucional, embora não haja menção expressa a essa condição. Vejamos os dispositivos constitucionais pertinentes.

Na dicção do art. 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> Art. 19 É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes as relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

O princípio da separação entre o Estado e a Igreja impede que o poder estatal seja utilizado a serviço da religião e vice-versa, com a ressalva para parcerias de interesse público. Isto é, não subsiste a vedação para a colaboração entre o Estado e a Igreja, a bem do interesse público, guardada a devida isonomia de tratamento das confissões[6]. Como um Estado Democrático de Direito[7], a República põe a salvo a dignidade da pessoa humana e as liberdades, situando as escolhas individuais fora dos limites da interferência estatal.

A liberdade religiosa encontra respaldo no Art. 5º da Carta Magna, inciso VI, que dispõe ser "Inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos direitos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias".

A proteção das liberdades de consciência e de crença encontra fundamentos que as distinguem por suas concepções respectivas. Há essencial diferença entre as liberdades, embora ambas se refiram às questões do foro íntimo. Para Ferreira (1997, p. 155), a liberdade de consciência não necessitaria de garantias uma vez que

---

[6] Neste sentido, *cf.* FERREIRA, Wolgran Junqueira. Direitos e Garantias Individuais: Comentários ao Artigo 5º da Constitucional de 1988. Bauru. Edipro. 1997, p.157.

[7] BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília*, DF. 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a Soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da libre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

é inalcançável por força externa, não se colocando no mundo jurídico e ocorrendo apenas internamente em cada indivíduo [8]. Fato é que da liberdade de consciência derivará a liberdade de crença, assim como a própria possibilidade de não crer. Resta tipificado como um bem jurídico fundamental do Estado o direito aos indivíduos de professarem ou não uma fé religiosa. Neste sentido, Soriano (2002, p. 12) elucida o assunto, ao mencionar:

> Assim sendo, o direito à liberdade religiosa, no sentido *latu sensu*, interessa tanto ao que crê quanto ao que não crê, porquanto crentes e descrentes são igualmente amparados pelo direito. Estes através da liberdade de crença e de consciência, ao passo que aqueles através da liberdade de consciência. Tais peculiaridades oferecem uma relevância adicional a essa liberdade pública.[9]

O mesmo Art. 5º, inciso VI, supracitado, preconiza a liberdade de culto e organização religiosa, colocando ao Estado a limitação de não embaraçar a realização de cultos, juntamente com o compromisso ativo de garantir a proteção dos locais da aludida ocorrência. Ao mesmo tempo, não é permitido ao Estado realizar, por iniciativa própria, culto de qualquer natureza, assim como não lhe cabe subvencioná-los. A livre organização religiosa, por sua vez, também se estabelece como um valor constitucional e no cenário jurídico brasileiro aparece regulamentada pela Lei Civil[10].

Convém acrescer às previsões constitucionais até aqui mencionadas a *prestação de assistência religiosa* e a previsão de *não privação de direitos por motivo de crença religiosa*, inseridas no Art. 5º, incisos VII e VIII, *in verbis*:

> VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa, nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir a prestação alternativa, fixada em lei;

---

[8] Neste sentido, FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais: comentários ao Artigo 5º da Constituição de 1988*. Bauru. Edipro. 1997, p.155. Leciona: "Evidentemente, a simples liberdade de consciência, não precisaria ficar assegurada na Constituição, pois trata-se de matéria que diz respeito ao foro íntimo de cada ser humano."

[9] SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

[10] Art. 44 (...)
§1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Acrescentado pela Lei nº 10825, de 22.12.2003)
BRASIL. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 11 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Encerrando o breve percurso na Carta Magna brasileira de 1988, vale lembrar que desde 1890 (Decreto nº 19-A) por normatização infraconstitucional e a partir de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), por alicerce constitucional, vigora no ordenamento jurídico o princípio da separação do Estado e da Igreja.

Embora não haja consenso doutrinário sobre a definição do que é laico, segundo Santos Junior (2013, p. 181), dois pontos se destacam predominantemente incontroversos na construção da noção de laicidade: 1º) um aspecto estrutural, da existência da separação entre o Estado e as organizações religiosas; 2º) um aspecto substancial relativo à liberdade dos cidadãos, aos quais é reconhecido o direito de exercitar opção religiosa ou não, sem intervenção estatal. [11] Dentro desta linha de raciocínio, não há dúvidas sobre a laicidade do Estado brasileiro.

Outro aspecto relevante a ser acrescentado é a comum distinção que se faz entre laicidade e laicismo, caracterizadora da atitude estatal, favorecedora das expressões religiosas na primeira e hostil na segunda. Certo é que Constituição é a positivação mais elevada dos conceitos fundamentais de um governo, bastante influenciada pelo extrato cultural, histórico e social da correspondente geografia. Assim sendo, o exame dos princípios relativos à liberdade religiosa necessita ser adequado às peculiaridades locais. A laicidade brasileira não se coadunaria, por exemplo, com *la laïcité* francesa[12], onde a combatividade ao fenômeno religioso é predominante.

Nesta esteira, ainda na visão de Santos Junior (2003, p. 199)[13], para quem a análise comparativa de todas as constituições brasileiras alicerça a conformação do Estado com o fenômeno religioso, é possível constatar que:

> A partir dessa avaliação não há como fugir à constatação de que a mensagem ideológica transmitida pelo texto constitucional é a de que o modelo de laicidade brasileiro favorece o fenômeno religioso. E aqui deve ser dito que ser favorável ao fenômeno religioso não significa necessariamente uma quebra do princípio da separação. Há que se levar em conta que o princípio da separação, embora constitua um dos aspectos cruciais da laicidade estatal, com ela não se confunde.

[11] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 176-204. Vale destacar que o autor, citando BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds). *Religion in the public sphere:* a compative Analysis of German, Israeli American and International Law. Heidelberg: Max-Planck-Institut, 2007, elenca a classificação de seis modelos possíveis de relacionamento entre a igreja e o Estado; 1) modelo de animosidade agressiva entre Estado e Igreja; 2) modelo de estrita separação, na teoria e na prática; 3) modelo de estrita separação na teoria, mas de acomodação na prática; 4) modelo de divisão e cooperação; 5) modelo de unidade formal da igreja e do Estado, com divisão material; 6) modelo de unidade formal e material da Igreja e do Estado.

[12] KOUSSENS, David. Sous *l'affaire de la burqa... quel visage de la laicité Française?* Les Presses de L'Université de Montreal. Sociologie et Sociétés. Montreal (Québec), Canada. Vol. 41, nº 2, p. 337-347. 2009. Disponível em: http://www.erudit.org/revue/SocSoc/2009/v41/n2/039275ar.html Acesso em: 10 mar. 2016.

[13] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 199.

A análise sobre Estado laico brasileiro é pertinente na medida em que, ao controlar o ensino público, caberá ao Estado reproduzir o identitário do caráter que professa.

3. Direito à Educação, à Liberdade de Ensino e à Liberdade Religiosa

A liberdade religiosa terá intercessão inevitável com o direito à educação e o exercício das liberdades individuais correspondentes. Convém associá-las aqui para formação do *iter* metodológico perseguido.

Maliska (2001, p. 145), ao citar Canotilho (1993, p. 542), explica que o Direito a Educação é classificado como direito fundamental *derivado a prestações*, prescrevendo igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas pelos poderes públicos, bem como de igual cota-parte (participação) nas prestações fornecidas, por estes serviços, à comunidade. O direito prestacional apresenta-se quando:

> a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. [14]

O direito à educação é típico direito fundamental prestacional social[15] e se encontra inscrito no texto constitucional, *in verbis:*

> Art. 205 A educação é direito de todos e dever do Estado e da Família, a ser promovida e incentivada coma colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Enquanto o direito à educação é reconhecidamente direito social e integra a segunda dimensão dos direitos fundamentais, as liberdades correlatas se inserem na primeira dimensão e se dirigem a uma abstenção do Estado, "demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder", (Sarlet, 2015, p. 47)[16].

---

[14] MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. 1ª ed. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p. 145. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, 1993, p. 542-543.

[15] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais:* Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 47.

A Constituição Federal, ao dispor sobre o ensino no Art. 206, declara que deverá ser ministrado nos seguintes princípios:

> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Segundo a classificação de Moraes (2003, p. 673)[17], a relação dos princípios do ensino pode se subsumir à seguinte lista: igualdade de condições para o acesso e permanência *na* escola; liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino; gestão democrática do ensino público; e garantia de padrão de qualidade.

Convém identificar que há liberdades individuais que estão intimamente ligadas ao direito social à educação, isto é, se por um lado subsiste o direito subjetivo público de que o Estado preste ou controle a prestação do serviço educacional, do outro lado, os indivíduos têm direito às liberdades de consciência, de manifestação do pensamento, de expressão, de aprendizado, de ensino e de acesso à informação entre outras[18]. Sem a garantia do livre exercício de tais liberdades não será possível o pleno exercício do direito à educação.

Para o presente trabalho, convém recortar as seguintes liberdades constitucionais do ensino: a *liberdade de cátedra ou de ensinar:* a liberdade dada ao docente para ensinar, expondo fundamentadamente suas convicções, sempre abertas à refutabilidade; e a *liberdade de aprender:* liberdade para apropriação do conhecimento, exploração de concepções e elaboração do processo de aprendizagem consoante consciência própria. Tudo isto envolto num espaço de respeito à pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas. Note-se que no processo educacional, notadamente na particular relação professor-aluno, sempre estará em construção o equilíbrio entre a liberdade de ensinar do docente e a liberdade de aprender do aluno.

---

[17] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

[18] No que diz respeito às liberdades mencionadas ó Art. 5º da Constituição de 1988, cita-se, *in vebis*, os seguintes incisos:
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

No panorama do constitucionalismo moderno, ancorado numa postura liberal de controle estatal da educação, é possível encontrar as citadas liberdades em outros sistemas. Cite-se como exemplo, o sistema constitucional português, que também faz especial menção às liberdades de ensinar e aprender[19]. Na doutrina lusitana de Adragão (1995, p. 202) é interessante o enfoque dado à distinção da liberdade de ensino *de* escola e liberdade de ensino *na* escola, correspondendo a primeira à liberdade de escolha da escola bem como de acesso e permanência e a segunda no respeito ao pluralismo e no consequente impedimento ao Estado de programar ideologicamente a educação.[20]

A liberdade religiosa fluirá, inequivocamente, como consequência da liberdade de ensinar do docente e da liberdade de aprender do aluno.[21]

4. O Modelo do Sistema Educacional Brasileiro e a Neutralidade Religiosa: a Equivocada Tendência da Neutralização

O Art. 205 da Constituição brasileira[22] prescreve que educação é direito de todos e um dever do Estado e da Família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Pela disposição legal é possível identificar o estigma liberal do modelo constitucional do sistema educacional brasileiro. Na corresponsabilidade entre Estado, sociedade e família, afasta-se qualquer visão totalitária do estatismo educativo, corrente em que o Estado se arvora como proprietário único do poder-dever de educar.[23]

Não é demais adicionar a definição da educação e seus objetivos, disciplinada pela Lei Civil[24] brasileira, ao dispor que: "A educação, dever da família e do Estado,

---

[19] Artigo 43º
Liberdade de aprender e ensinar
1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar.
2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.
PORTUGAL. (Constituição) Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Portugal. 02 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[20] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 202.

[21] Embora ensinar e aprender não sejam conceitos estáticos, uma vez que é cediço que quem ensina também aprende e quem aprender também ensina. A questão aqui tratada se restringirá ao plano jurídico das liberdades.

[22] Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[23] Sobre visões estatistas liberais e totalitárias da educação *cf.* ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares.* Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995.

[24] Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Tal disposição infraconstitucional não permite que haja margem de dúvida quanto à fisionomia estatal, qualificando-a na posição de coordenação geral do ensino (educação formal), sem deixar de compartilhar a responsabilidade educacional com instituições precedentes à própria existência do Estado, de singular função no processo de formação do indivíduo: a família e a sociedade.

É também possível a distinção do modelo de ensino preconizado pelo Estado brasileiro, assinalando-se a positivação do enfoque dado ao pleno desenvolvimento do educando. Isto é, o desenvolvimento da pessoa humana deverá prevalecer sobre qualquer outro interesse que possa beneficiar ao Estado.

Pois bem, levando-se em conta a laicidade benevolente constitucional e os princípios gerais do modelo brasileiro de controle da educação formal, como compreender o conceito de neutralidade da educação? Qual seria o alcance do conceito? É possível garantir a neutralidade do ensino? Qual o conceito de neutralidade que se coaduna com a dogmática constitucional brasileira?

Em primeiro lugar, cumpre alinhavar que a noção de neutralidade do ensino surge ligada à garantia de respeito às liberdades e à vinculação estatal aos direitos fundamentais. Ou seja, a neutralidade seria a forma de se garantir a liberdade religiosa do educando, uma vez que o Estado buscaria se abster de contender com o dissenso que envolve questões polêmicas, como é o caso do fenômeno religioso.

Entretanto, na prática, esta possibilidade é inexequível à medida que é impossível ao Estado ser neutro, enquanto ordenamento jurídico. Na opinião de Santos Júnior (2013, p. 182-183):

> Ao Estado enquanto ordenamento jurídico é infactível a neutralidade. Isso é fácil de perceber. Qualquer opção tomada pelo legislador constituinte que se refira ao fenômeno religioso será necessariamente favorável ou desfavorável. Até mesmo o silêncio. Se o ordenamento constitucional conta o fenômeno religioso como um valor em si mesmo, que contribui para a integração ou para a coesão social não há que se falar em neutralidade. [...] O Estado não é, nunca foi e jamais será neutro diante do fenômeno religioso, pelo menos enquanto ordenamento jurídico.[25]

A noção de neutralidade tem feito inadvertida parceria com conceito de laicidade. Entretanto, sem a exata delineação conceitual, é provável que se façam

[25] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 182-183.

conexões impróprias dos respectivos significados. Vimos alhures que o conceito de laicidade contempla uma elasticidade conceitual, de onde foi possível concluir o modelo brasileiro como cortês ao fato religioso.

Somando-se aos entendimentos já explicitados, o nomeado doutrinador português, Jónatas E. M. Machado, sustenta que o constitucionalismo moderno, longe de ser neutro, apresenta-se indissociável da matriz judaico-cristã. Segundo ele:

> O princípio da separação das confissões religiosas do Estado, com sua exigência de neutralidade religiosa e ideológica, constitui um dos traços característicos do tipo do Estado Constitucional. No entanto, quando se escrutina este princípio, depressa se compreende a sua natureza paradoxal. Ao mesmo tempo que apregoa a neutralidade e a não identificação religiosa e ideológica, o Estado Constitucional avança com afirmações categóricas de valor que são tudo, menos axiologicamente neutras.[26]

Quanto à neutralidade, também ensina Adragão (1995, p. 77) que ela se revela através das nuances da indiferença ou da ausência de compromisso.

A neutralidade-indiferença consiste em excluir a abordagem de matérias polêmicas, isto é, mediante um possível conflito, ser indiferente e não ter interesse pela pluralidade de posições. Esta classificação reponde à pergunta proposta acima, quanto à possibilidade de o ensino ser neutro, privado de apreciação da dimensão religiosa. Para o autor (Adragão *apud* Buisson, 1977, p. 5):

> A resposta parece ser negativa como admitem, aliás, alguns dos próprios teóricos da neutralidade escolar: "Aqui [em matéria educativa] viver e filosofar caminham juntos: não temos o direito de não instruir as crianças nem meio de instruí-las sem lhes transmitir uma filosofia implícita. Assim, sem se erigir em árbitro entre o teólogo e o cientista, o educador é obrigado, de bom ou mal grado, a decidir entre eles, visto que ele próprio tem de se pronunciar.
>
> Deve, pois, concluir-se que o ensino ministrado na escola não pode ser neutro e mesmo que não o deve ser, se a educação – em harmonia com a visão compreensiva que dela se postula – pretende o desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana.[27]

[26] MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25-27.
[27] *Cf.* BUISSON, Ferdinand. *La Religion, la Morale et la Science – Leur Conflit dans l'Education.* p. 05, *cit. in*: PLANCHARD, Émilie. *Em Defesa da Liberdade de Ensino. Lisboa/São Paulo. Verbo. 1978.*

A neutralidade caracterizada pela indiferença corresponderia, segundo o autor à "matriz radical francesa, não satisfazendo as exigências da liberdade de aprender e de formar a própria consciência".

Haveria, contudo, uma outra face da neutralidade, classificada como *neutra e pluralista*, identificada nas seguintes linhas da citada obra (Adragão *apud* Garcia Hoz, p. 78)[28]:

> [...] é difícil *a priori* compreender como se pode compatibilizar a neutralidade, ausência de compromisso, com o pluralismo, aceitação de uma pluralidade de opções numa situação determinada. Mas a compatibilização é possível: oferece-se a solução de que a escola seja neutra enquanto instituição e dentro dela cada professor: 1) tenha absoluta liberdade de expor e defender sua ideologia; 2) ou seja obrigado a expor imparcialmente as diversas concepções sobre cada problema (neutralidade anglo-saxônica).
>
> O argumento-força com que se defende este modelo de ensino estatal é o que tutela exemplarmente a liberdade de aprender, permitindo a livre escolha pelos alunos entre as diferentes possibilidades que lhes são apresentadas e promovendo, através dum confronto aberto de posições culturais, a plena formação de sua personalidade.

Faz-se necessário assinalar aqui que a citada concepção não se adequa à educação infantil, tampouco aos primórdios da educação fundamental, uma vez que o elevado grau de dependência da primeira infância faz com que a criança precise de respostas seguras e confiáveis, não cabendo ao educador lhe confrontar com um leque plural de concepções. Nessa linha de raciocínio, nos primeiros anos da vida escolar, é imprescindível o acatamento escolar da determinação dos pais, em reverência ao direito dos pais de educar seus filhos de acordo com suas próprias convicções.[29]

Feita a ressalva, quanto à primeira infância, em linhas gerais, esta é a concepção que se afina com a dogmática constitucional brasileira. Uma neutralidade plural, que não se coloca a serviço da neutralização da religião. Consoante Machado (2013, p 134):

> O Estado Constitucional deve ser neutro relativamente às diferentes visões do mundo, não no sentido de que estas lhe são ética ou axiologicamente indiferentes, mas no sentido de que ele as avalia

[28] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 78 *apud* GARCIA HOZ. *Vide La libertad de Educatión y la Education para la Libertad, in Persona y Derecho*, 6, 1979.

[29] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 78.

> a todas, de igual modo, com base nos mesmos valores e princípios constitucionais de dignidade, liberdade, igualdade e justiça. [...] O princípio da neutralidade surge, acima de tudo, como artifício de gestão da diversidade.[30]

O que se vê no cenário pátrio é uma tendência de nacionalizar uma neutralidade indiferente ao fenômeno religioso e mundividencial, mais corretamente conceituada como uma corrente neutralizadora da religião, incidindo tal tendência em flagrante equívoco. Ainda citando Machado (2013, p. 129):

> [...] o liberalismo político constrói privilégios epistêmicos a favor das visões secularizadas do mundo, expulsando os valores e argumentos religiosos do espaço público e do processo democrático de formação da opinião pública e da vontade política. Para além de isso ser difícil de fundamentar à luz dos direitos humanos e da democracia, senão da própria teoria da justiça, este entendimento deixa criticamente intocadas, na esfera pública, visões de mundo naturalistas, materialistas, utilitaristas e economicistas, de fundamentação empírica e racional mais do que duvidosa. Ou seja, a neutralidade do Estado assim entendida tende a funcionar melhor diante da religião (e contra ela), já que a mesma é mais facilmente identificável pelas suas expressões doutrinais, rituais e institucionais, do que diante das demais visões do mundo não religiosas.[31]

5. Conclusão

Com efeito, uma vez compreendido o instituto da laicidade constitucional brasileira, torna-se inevitável identificar que à neutralidade caberá uma interpretação consonante com a hermenêutica do primeiro.

No âmbito do ensino público, o modelo constitucional brasileiro só pode se coadunar com uma neutralidade pluralista, a serviço da diversidade, que não trilhe o caminho da hostilização à manifestação religiosa, mas a acomode com isonomia, igualdade e justiça.

A tendência neutralizadora do fator religioso é inconstitucional à medida que marginaliza o fenômeno, deixando de conferir tratamento isonômico ao mesmo, ao mesmo tempo que acaba por guarnecer outras visões de mundo, desequilibrando o papel garantidor das múltiplas liberdades individuais correlacionadas com a educação, o ensino público e a liberdade religiosa.

---

[30] MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 134.
[31] MACHADO, *loc. cit.*

Mãos à obra, com delicadeza científica, paciência tolerante e extensão combativa, contribuir com a sedimentação da idônea neutralidade religiosa do Estado laico brasileiro.

Referências Bibliográficas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. 1995.

BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm.> Acesso em: 13 mar. 2016.

_____ Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em: 13 mar. 2016.

_____ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. 05 out.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2016

BUISSON, Ferdinand, La Religion, la Morale et la Science – Leur Conflit dans l'Education. P 05, *cit. in* PLANCHARD, Émilie. Em Defesa da Liberdade de Ensino. Lisboa/São Paulo: Verbo. 1978.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Direitos e Garantias Individuais: Comentários ao Artigo 5º da Constitucional de 1988. 1ª ed. Bauru. Edipro. 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Revista Consultor Jurídico. Brasil. 17 nov. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/horario-aula-nao-alterado-devido-religiao-aluno.> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____ Sem Privilégios. Alterar regime de aulas para aluno adventista viola princípio da igualdade. Revista Consultor Jurídico. Brasil. 1º de jun. de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/alterar-regime-aulas-aluno-adventista-viola-igualdade> Acesso em: 12 mar. 2016.

KOUSSENS, David. Sous *l'affaire de la burqa... quel visage de la laicité Française?* Les Presses de L'Université de Montreal. Sociologie et Sociétés. Montreal (Québec), Canada. Vol. 41, nº 2, p. 337-347. 2009. Disponível em: <http://www.erudit.org/revue/SocSoc/2009/v41/n2/039275ar.html> Acesso em: 10 mar. 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001. p. 145. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Portugal. 02 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.> Acesso em: 13 mar. 2016.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade Religiosa no *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

UZIEL, Santana; MORENO; Jonatas; TAMBELINI, Roberto (Org.). O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e religiosos em geral. São Paulo: ANAJURE, Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2014.



Estudo sobre o cumprimento da Meta 1 do Plano Nacional de Educação e o ciclo de políticas públicas garantidoras do direito fundamental à educação

Michelle Bruno Ribeiro*

Sumário

1. Introdução. 2. O direito à educação como direito fundamental e o Plano Nacional de Educação. 3. Metas do 1º PNE como problemas a serem resolvidos por políticas públicas de educação. 4. Avaliação dos resultados derivados do 1º PNE com manutenção da Meta 1 no novo PNE em razão do não alcance da meta. 5. Comparação dos resultados alcançados durante o 1º PNE e até o momento com o 2º PNE. 6. Análise do PNE 2014-2024 feita pelo Tribunal de Contas da União – processo TC 034.984/2017-8. 7. Omissão no planejamento e execução orçamentários da educação. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo traz a discussão acerca do direito à educação previsto na Constituição da República, em especial à educação infantil, objeto da Meta 1 de dois Planos Nacionais de Educação publicados pós-Constituição, e não atingido até o presente momento, sendo que o descumprimento dessa Meta de forma reiterada foi objeto de análise por diversos órgãos e diversas instituições que observaram no ciclo de implantação das políticas públicas destinadas a garantir a ampliação de acesso à creche e pré-escola, visando a identificar as falhas e os meios viáveis de solucioná-la.

Palavras-chave: Educação infantil. Plano Nacional de Educação. Meta 1. Ciclo de políticas públicas. Orçamento público.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é analisar os principais estudos acerca do cumprimento da Meta 1 dos Planos Nacionais de Educação e cotejando os resultados obtidos após a década de duração do primeiro Plano Nacional de Educação (2001/2010) com os resultados obtidos após aproximadamente 4 anos de vigência do segundo Plano Nacional de Educação (2012/2024), visando a avaliar se as deficiências identificadas na avaliação de eficácia das políticas públicas destinadas a garantir o cumprimento

* Mestranda em Direito na área de Estado, Sociedade e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72 (3ª Fase), abr./jun. 2019, p. 147-166.

da Meta 1 do 1º PNE foram sanadas no novo ciclo de políticas públicas que se iniciou com o novo Plano Nacional de Educação ou se o fracasso do primeiro PNE não se prestou para realimentar o referido ciclo com dados hábeis a proporcionar mudanças efetivas através dos agentes governamentais responsáveis pelas tomadas de decisão e implementação de políticas públicas definidas como eficazes, no que toca à garantia do direito à educação infantil.

2. O direito à educação como direito fundamental e o Plano Nacional de Educação

A Constituição da República de 1988 traz a educação como direito social fundamental nos seus artigos 6º e 205, nos quais consta de forma textual que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Ainda, o artigo 208, IV, da CRFB, determina que a educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, deve ser garantida pelo Estado. O artigo 211 prevê que os municípios devem atuar prioritariamente na educação infantil. A Carta Maior também aponta que a competência legislativa sobre diretrizes e bases da educação nacional é da União (artigo 22, XXIV) e, nesse sentido, foi publicada a Lei nº 9.394 de dezembro de 1996, nossa Lei de Diretrizes e Bases - LDB.

Ainda no texto constitucional, artigo 214, II, encontramos a menção à necessidade de publicação de um Plano Nacional de Educação decenal, no qual a universalização do atendimento escolar deve ser uma meta no desenvolvimento do ensino.

A Lei de Diretrizes e Bases detalha um pouco mais esse desenho do direito à educação, indicando no artigo 4º, II, que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação infantil gratuita e, no artigo 11, determina que cabe aos Municípios oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas. O artigo 30 da LDB disciplina inclusive a faixa etária que deve ser atendida em cada modalidade de ensino: de 0 até 3 anos em creches e de 4 a 5 anos em pré-escolas.

A Lei nº 9.394, de 1996, também estabelece nos artigos 9º e 87, respectivamente, que cabe à União a elaboração de um Plano, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e institui a Década da Educação. Estabelece, ainda, que a União encaminhe o Plano ao Congresso Nacional, um ano após a publicação da citada lei, com diretrizes e metas para os dez anos posteriores, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

E, em atenção a esse arcabouço legal, foi publicado o *primeiro Plano Nacional de Educação através da Lei nº 10.172/2001,* do qual trazemos aqui apenas o recorte acerca da Meta 1 referente à educação infantil, eis que é o objeto deste estudo.

> 1. Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Esse primeiro plano nacional de educação, como veremos abaixo, foi produzido após diagnóstico das necessidades da rede de ensino para o alcance do direito à educação, em especial à educação infantil. Contudo, nesse plano, como podemos observar, não se indicam medidas para o alcance dessa meta, o que ficou no âmbito de decisão discricionária de cada município, já que a educação infantil é competência municipal, como já delineado acima.

No PNE em comento, também consta a necessidade de acompanhamento e avaliação do plano (item VI), indicando a necessidade de participação do MEC, Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Educação - CONSED e da União Nacional de Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME nos temas referentes à educação básica, bem como da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Também trouxe a necessidade de se contar com a atuação dos conselhos governamentais com representação da sociedade civil, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, os Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares (Lei nº 8069/90) e de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, organizados, nas três esferas administrativas, para a boa condução do plano.

Consta também nesse item referente ao acompanhamento e avaliação que, além da avaliação contínua, deveriam ser feitas avaliações periódicas, sendo que a primeira seria no quarto ano após a implantação do PNE e que a organização de um sistema de acompanhamento e controle do PNE não prescindiria das atribuições específicas do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União - TCU e dos Tribunais de Contas dos Estados - TCEs na fiscalização e no controle.

Ou seja, o PNE de 2001 trouxe um diagnóstico acerca da necessidade de atendimento das crianças na educação infantil, apontando deficiências a serem sanadas e uma meta de incremento de acesso à educação infantil apontando órgãos e instituições, tanto do próprio Executivo, como o Ministério da Educação, como órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas e atores da sociedade civil, como os Conselhos para atuarem no acompanhamento e na avaliação da efetivação do plano.

Após o transcurso da década do plano, foram verificadas as carências ainda existentes, o que será exposto no item 4 deste estudo, e em 2014 foi publicado um novo Plano Nacional da Educação através da Lei nº 13005/2014, também decenal, que trouxe no âmbito da educação infantil, a Meta 1:

> Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

O que vemos aqui após uma breve comparação entre os dois planos no que toca a Meta 1 é que ela praticamente se repete, já que no primeiro a meta era até o final da década, alcançar 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos e no plano vigente a Meta 1 é universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE, ou seja, *com relação às crianças de 0 a 3 anos, a Meta 1 se repetiu, o que demonstra seu não atingimento.*

3. Metas do 1º PNE como problemas a serem resolvidos por políticas públicas de educação

Após a exposição do arcabouço legislativo que coloca na agenda política a necessidade de implementação de políticas públicas garantidoras da educação infantil no nosso país, observamos, da leitura do PNE de 2001, o primeiro pós-Constituição de 1988, que nele podemos verificar o primeiro estágio do ciclo político-administrativo de construção de uma política pública. Nesse ponto, entendemos necessária breve exposição teórica acerca dos estágios desse ciclo.

Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl na obra *Política Pública*: Ciclos e subsistemas – uma abordagem integradora, descrevem o ciclo de construção de uma política pública. Antes disso, nos cabe trazer o que seria política pública para os referidos autores:

> [a] *policy-making* trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policygoals*) com meios políticos (*policymeans*), em um processo que pode ser caracterizado como "resolução aplicada de problemas".[1]

Nesse processo de resolução aplicada de problemas, os autores da referida obra trazem cinco estágios do ciclo político-administrativo de *policy-making*: a montagem da agenda, a formulação de políticas, a tomada de decisão política, a implementação de políticas e a avaliação de políticas.

1) A montagem da agenda é a maneira como os problemas surgem, ou não, enquanto alvo de atenção por parte do governo;

2) A formulação de políticas é a formulação de um curso de ação acerca de um problema que entrou na agenda formal do governo com a identificação e a determinação das possíveis soluções para os problemas políticos;

3) O estágio da tomada de decisão no processo de *policy-making* é aquele em que uma ou mais, ou nenhuma, das opções que foram debatidas e examinadas durante os dois estágios anteriores do ciclo político é aprovada como curso oficial de ação;

[1] HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política Pública*. Ciclos e subsistema: uma abordagem integral. Ed. Elsevier, 2013.

4) A implementação do curso de ação definido é o quarto estágio desse ciclo e consiste em colocar a decisão da etapa anterior em prática, com alocação de recursos, designação de pessoas e desenvolvimento de regras de como proceder para tal;

5) O quinto estágio é a avaliação da política pública. Nele se verifica como uma política está funcionando na prática, avaliando-se os meios que são empregados e se os objetivos estão sendo atendidos. Aqui, a depender do resultado dessa avaliação, o ciclo pode ser revisto em qualquer de seus estágios, o que é até bem salutar de modo a corrigir tempestivamente os rumos de alguma política pública que não esteja atingindo seus objetivos de modo eficiente.

Após essa sucinta conceituação das etapas de construção de uma política pública, passemos a analisar o Plano Nacional de Educação de 2001 e veremos que ele consiste na inserção na agenda formal do governo do problema do direito à educação e parte de um diagnóstico prévio para a fixação de metas a serem atingidas em 10 anos.

Analisando a Lei nº 10.172/2001, observamos que o item 1.1 é um diagnóstico acerca da educação infantil, na qual o legislador identificou a importância da educação das crianças de zero a seis anos em estabelecimentos específicos de educação infantil, seja pela crescente necessidade familiar em contar com uma instituição adequada para os cuidados com a criança enquanto os pais trabalham fora de casa, seja pelo reflexo positivo no desenvolvimento infantil demonstrado por estudos científicos sobre o tema. No texto da referida lei, item 1.1, há a afirmação de que:

> Se a inteligência se forma a partir do nascimento e se há "janelas de oportunidade" na infância quando um determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida, descuidar desse período significa desperdiçar um imenso potencial humano. Ao contrário, atendê-la com profissionais especializados capazes de fazer a mediação entre o que a criança já conhece e o que pode conhecer significa investir no desenvolvimento humano de forma inusitada. Hoje se sabe que há períodos cruciais no desenvolvimento, durante os quais o ambiente pode influenciar a maneira como o cérebro é ativado para exercer funções em áreas como a matemática, a linguagem, a música. Se essas oportunidades forem perdidas, será muito mais difícil obter os mesmos resultados mais tarde.

Ou seja, tanto o mandamento constitucional do direito à educação como os dispositivos legais já mencionados e, por fim, o diagnóstico trazido pelo Plano Nacional de Educação de 2001 justificam a inserção, na agenda formal do governo, da necessidade de construção de políticas públicas hábeis a garantir a educação infantil às crianças de 0 a 6 anos, e o PNE de 2001 traz um planejamento a longo prazo (dez anos) para alcance da Meta 1, qual seja, ampliar a oferta de educação infantil de

forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final daquela década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Assim, cotejando com o ciclo de construção de políticas públicas apresentado acima, a próxima etapa seria a formulação da política. Nesse momento, cabe ao administrador público, no caso da educação infantil, o gestor municipal, Prefeito e/ou Secretário de Educação, em conjunto com sua equipe técnica, apurar quais políticas públicas são opções viáveis para a ampliação das vagas de creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos (etapa da formulação de políticas públicas), para após definir qual será a política pública escolhida para ser implantada pelo município (etapa da tomada de decisão).

No caso do presente estudo, o município tem de estudar quais seriam as medidas adequadas para a ampliação da oferta de vagas no ensino infantil a curto e longo prazo, em atenção ao PNE de 2001. Por exemplo, a construção de escolas e creches, a contratação de vagas em escolas e creches privadas, a transformação de possíveis vagas ociosas em outras etapas do ensino em vagas de creche e pré-escola etc. Após o gestor decidir por uma ou mais dessas opções, quaisquer delas contém inúmeros desdobramentos que devem ser inseridos na sua formulação, como a previsão orçamentária dos gastos com construções/ampliações de escolas, contratação de pessoal capacitado para a prestação do serviço de ensino, impactos na previdência social, já que temos como regra o concurso público e a estabilidade dos funcionários empossados, o que acarreta impactos permanentes na folha de pagamento de pessoal ativo e inativo, entre outros, visto que cada município tem sua necessidade de ampliação de vagas, bem como disponibilidade orçamentária que deve ser analisada de forma individualizada por cada gestor, não sendo possível neste trabalho analisar as opções feitas pelos gestores municipais durante a década que sucedeu ao referido Plano Nacional de Educação - PNE, devido à extensão dos dados a ser analisados, que ultrapassa o escopo deste pequeno estudo.

Insta salientar que no artigo 2º do PNE de 2001 havia a determinação de que, a partir da sua vigência, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam, com base no Plano Nacional de Educação, elaborar planos decenais correspondentes. E o que essa previsão legal significa? Significa que cada Estado, Município e Distrito Federal deveriam elaborar seus planos decenais de forma a identificar a carência de cada ente, tendo as metas do PNE como mínimo a ser atingido e planejar as políticas necessárias para o atingimento das metas, observando as particularidades regionais.

Nestes planos decenais, os municípios realizariam um diagnóstico prévio da demanda de vagas de creche e pré-escola de modo a dimensionar suas carências. Após, avaliariam as possíveis alternativas de atendimento do acesso universal à educação previsto na Constituição da República e, em cotejo com as possibilidades orçamentárias, preveriam quais medidas seriam adotadas pela municipalidade para alcançar a meta mínima prevista no PNE e caso já alcançada para buscar a universalização prevista na Constituição da República.

Entretanto, no decênio 2001/2010, a Meta 1 do PNE de 2001 não foi alcançada.

4. Avaliação dos resultados derivados do 1º PNE com manutenção da Meta 1 no novo PNE em razão do não alcance da meta

O Ministério da Educação apresentou em 2009 a Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001-2008[2], avaliação esta inserida como quinta etapa do ciclo de políticas públicas apresentado por Howlett no já mencionado manual, que é a avaliação da política implantada e no caso, como se trata de uma avaliação feita por órgão governamental, ela é chamada de avaliação administrativa e pretende apurar a prestação dos serviços públicos, com a verificação da qualidade do gasto do dinheiro público, mas com atenção aos princípios de justiça e democracia.[3]

Assim, com relação à avaliação, trazemos trechos transcritos abaixo, nos quais há uma análise de eficácia do PNE de 2001 durante o período entre 2001-2008, em especial com relação à Meta 1 que é o recorte que escolhemos para o presente trabalho:

> Além do mais, em que pese a recente expansão da oferta de educação infantil nas áreas rurais com a ampliação da oferta da pré-escola, muitas vezes associada aos anos iniciais do ensino fundamental, importa assinalar a grande ausência de atendimento da educação infantil na etapa denominada creche, com implicações importantes na organização das famílias para o trabalho e nas oportunidades de aprendizagem escolar para as crianças entre zero e três anos.[4]
>
> Observa-se, portanto, que os esforços para a construção de uma proposta para a educação infantil de 0 a 6 anos (incluindo-se a incorporação das crianças de 6 anos no ensino fundamental) fortaleceram-se, de fato, após a aprovação da LDB em 1996, ganhando maior impulso após a aprovação do PNE.
>
> *Assim, não é difícil compreender porque a oferta de educação infantil ainda é tão deficitária, tanto no que se refere à adoção de parâmetros ou orientações curriculares, quanto à própria existência física de unidades educacionais. Esse atendimento carece de recursos, de rede física, de pessoal qualificado, de infraestrutura pedagógica.* Carece, ademais, de instrumentos de acompanhamento que garantam a chegada a cada instituição de educação infantil dos materiais produzidos e de mecanismos que assegurem a adoção das diretrizes emanadas do Ministério.[5] (grifo nosso)

---

[2] Contudo, com relação às avaliações de políticas públicas por órgãos governamentais em geral, nos cabe ressaltar que devem ser avaliadas com cautela, visto que por se tratar de avaliação produzida pelo ente que tem interesse em demonstrar a eficácia da política pública escolhida, podem ser tendenciosas e adotar como índices ou parâmetros que favoreçam a demonstração da eficácia da política selecionada pelo governo.

[3] HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política Pública*. Ciclos e subsistema: uma abordagem integral. Ed. Elsevier, 2013, fl. 207.

[4] Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf> fl. 32. Acesso em: 14 nov. 2018.

[5] Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf> fl. 34. Acesso em: 14 nov. 2018.

Da leitura da avaliação *supra,* observamos que ainda há uma grande ausência de atendimento da educação infantil na etapa creche e também uma conclusão acerca de um motivo para a deficiência na etapa da educação infantil de forma geral, que seria a própria inexistência física de unidades educacionais, de pessoal qualificado, de infraestrutura pedagógica, bem como de instrumentos de acompanhamento que garantam a chegada a cada instituição de educação infantil dos materiais produzidos e de mecanismos que assegurem a adoção das diretrizes emanadas do Ministério.

O quadro 1 traz dados acerca da insuficiência da rede de educação infantil, já que o objetivo final é a universalização do ensino.

Quadro 1 – Evolução anual da taxa de frequência escolar das crianças de 0 a 6 anos[6]

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Taxa de frequência à escola da população de até 3 anos	9,4	10,6	11,7	11,7	13,4	13,0	15,5	17,1
Taxa de frequência à escola da população de 4 a 6 anos	61,2	65,6	67,0	68,4	70,5	72,0	76,0	77,6

Fonte: Inep[6]

Dando continuidade a avaliação da eficácia das políticas públicas destinadas ao cumprimento da Meta 1, o MEC traz a seguinte avaliação, já apontando a deficiência de recursos financeiros para o custeio da expansão da rede escolar:

[6] Os dados referentes às 25 metas da educação infantil foram sistematizados pelo Inep, *cf.* consta em sua publicação interna: Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001-2005, vol. 1, e na planilha de atualização de dados, também feita pelo Inep, no ano de 2008, especialmente por solicitação da equipe de consultores.

> Ampliar e melhorar o atendimento na educação infantil exige, necessariamente, o concurso das diferentes esferas do poder, visto que os municípios, responsáveis pela oferta dessa modalidade educacional, se defrontaram, há pouco mais de uma década, com desafios que poucos tinham condições de enfrentar. Providenciar o atendimento, na área da educação, para crianças de até seis anos, sem contar, na maioria das vezes, com recursos físicos e humanos adequados, além da pressão para o atendimento em tempo integral, *exige um volume tal de recursos que forma de financiar a educação,* no período de vigência do Fundef, não contemplava. Daí as expectativas criadas com a aprovação do Fundeb e com a possibilidade de participação dos diferentes ministérios para equacionar, de maneira adequada, o problema da infância no País.[7] (grifo nosso)

Por fim, com relação à Meta 1, essa primeira Avaliação do PNE feita pelo MEC constatou que:

> O PNE traçou a meta de atendimento a 30% da população de até três anos de idade, no prazo de cinco anos. A meta não foi atingida na primeira etapa do Plano, o que compromete o cumprimento da segunda: o atendimento a 50% dessa população. Isto significa viabilizar acolhimento, em creche, de cerca de 5,3 milhões de crianças.
>
> As perspectivas de cumprimento da meta para a faixa etária de 4 a 5 anos são positivas. Primeiro, pelo nível de atendimento já alcançado, na média nacional, de 77,6%, em 2007.
>
> Entretanto, esta meta de atendimento não tem sido alcançada de modo uniforme em todas as regiões e em todos os municípios brasileiros, persistindo diferenças entre diferentes etnias, classes sociais, cidade e campo, entre outros, como mostram os dados do Inep.[8]

O Centro de Referências de Educação Integral, que é uma iniciativa da Associação Cidade Escola Aprendiz em parceria com outras organizações não governamentais e com o apoio da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime) e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), ou seja, representante da sociedade civil, trouxe em seu sítio de internet o panorama final de cumprimento da Meta 1 do PNE de 2001, demonstrando que os objetivos não foram alcançados[9]:

---

[7] Disponível em:< http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf> fl. 35. Acesso em: 14 nov. 2018.
[8] Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf> fl. 41. Acesso em: 14 nov. 2018.
[9] Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/desvendando-pne-quais-os-desafios-da-meta-1/>. Acesso em: 7 nov. 2018.

> Segundo dados do Observatório do PNE, de 2012, o Brasil possui 23,5% de crianças de 0 a 3 anos na escola, o que equivale a 2,6 milhões; já a fotografia dos 4 e 5 anos de idade mostra que 82,2% das crianças dessa faixa etária estão matriculadas, o que equivale a 4,5 milhões de indivíduos. Em suma, isso significa que as creches ainda precisam atender cerca de 3 milhões de crianças, e na pré-escola, cerca de 1 milhão.

A partir desse ponto, constatado que a eficácia das políticas públicas estavam deficientes em razão do reduzido esforço financeiro empregado no alcance da Meta 1, temos que esse deveria ter sido o principal objeto de mudança na postura governamental, já que o escopo de todo esforço avaliativo deve ser proporcional à mudança de rumo da política pública em curso, quando constatada sua ineficácia.

Decorrido todo o decênio do PNE de 2001, o Conselho Nacional de Educação, cumprindo seu papel de avaliação no ciclo de políticas públicas, apresentou o estudo "Indicações para Subsidiar a Construção do Plano Nacional de Educação 2011-2020" e com base nessas sugestões foi publicado o Plano Nacional de Educação para o decênio 2014-2024 através da Lei nº 13.005/2014, que, visando a sanar os obstáculos identificados no plano anterior para o alcance dos resultados pretendidos, trouxe em sua Meta 20 a necessidade de ampliação do investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de sete por cento do Produto Interno Bruto (PIB) do país no quinto ano de vigência desta lei e, no mínimo, o equivalente a dez por cento do PIB ao final do decênio.

Ressalte-se que nesse sentido da priorização da questão financeira de suporte a execução do PNE, o artigo 10 do plano vigente previu também o dever de alinhamento e harmonização dos planos plurianuais (PPAs) e demais peças do ciclo orçamentário com o PNE, de forma a garantir que aqueles assegurem a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias que dispõe o seu artigo 10.

Com relação à Meta 1, que é o nosso objeto de estudo no presente artigo, observamos que infelizmente ela praticamente se repete, eis que não foi alcançada no primeiro PNE, como veremos a seguir.

5. Comparação dos resultados alcançados durante o 1º PNE e até o momento com o 2º PNE

Visando a expor aqui a atual Meta 1 para nossa análise, segue abaixo sua transcrição:

> Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até três anos até o final da vigência deste PNE.

Como principal órgão destinado à avaliação do andamento das políticas públicas necessárias para o alcance das metas, foi criado em 2013 o Observatório do PNE. Consta do seu sítio na internet a descrição do seu objetivo[10]:

> Lançado em 2013, o Observatório do PNE é uma plataforma de *advocacy* e monitoramento pelo Plano Nacional de Educação (PNE) que tem como objetivo contribuir para que ele se mantenha vivo e cumpra seu papel como agenda norteadora das políticas educacionais no País. A iniciativa conta com um site (www.opne.org.br), que traz indicadores de monitoramento das metas e estratégias do plano, além de análises, um extenso acervo de estudos, pesquisas, notícias relacionadas aos temas educacionais por ele contemplados e informações sobre políticas públicas educacionais. A ideia é que a ferramenta possa ser um instrumento de controle social – para que qualquer cidadão brasileiro possa acompanhar o cumprimento das metas estabelecidas – e também apoiar gestores públicos, educadores e pesquisadores.

Desta feita, trata-se de análise produzida por ator governamental e como tal deve ser lida com cautela, eis que pode ser permeada pela necessidade política de aprovação de determinado governo pela população, através da escolha de índices e critérios de análise que favoreçam a confirmação da eficácia das políticas públicas implantadas pelos gestores públicos. Contudo, considerando também que o acesso aos dados pelos órgãos públicos é maior, trata-se de material com compilação de dados de grande relevância para os estudos da evolução das políticas públicas que envolvem o direito à educação no nosso país.

Vejamos no quadro 2 a seguir o panorama trazido pelo referido observatório referente à Meta 1, tendo por base dados de 2015, ou seja, faltando apenas um ano para 2016, prazo para a universalização da pré-escola[11]:

[10] Disponível em: <http://www.observatoriodopne.org.br/sobre-observatorio>. Acesso em: 7 nov. 2018.
[11] Disponível em: <http://www.observatoriodopne.org.br/metas-pne/1-educacao-infantil>. Acesso em: 7 nov. 2018.

Quadro 2 – Comparativo entre o percentual de crianças de 0 a 6 anos na educação infantil em cotejo com o percentual previsto como meta no atual PNE

Porcentagem de crianças de 4 e 5 anos na Educação Infantil	Alcançado em 2015 90,5%	Meta 2016 100%
Porcentagem de crianças de 0 a 3 anos na Educação Infantil	Alcançado em 2015 30,4%	Meta 2024 50%

Fonte: Observatório do PNE

Ou seja, nem mesmo a Meta 1 do primeiro PNE foi integralmente atendida; passados quase 15 anos, eis que em 2015 apenas 30,4% das crianças de 0 a 3 anos estavam em creche.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais produziu o TC Educa, sistema no qual constam informações mais atualizadas (dados de 2017) sobre o atendimento da Meta 1 do PNE vigente e nele vemos que, com relação à meta de universalização da pré-escola até 2016, apenas 18 dos 92 municípios do Estado do Rio de Janeiro alcançaram seu cumprimento[12] e com relação à meta da creche apenas 10 municípios já alcançaram a Meta. Em que pese saibamos que tal meta ainda não venceu, devemos observar que 29 municípios não alcançaram nem metade da meta e que outros 30 municípios chegaram a no máximo 37% de atendimento, restando ainda um longo caminho a ser percorrido, o que sem o correto e responsável planejamento orçamentário será inviável.

Observamos então uma evolução no percentual de crianças atendidas na etapa da educação infantil, mas o reiterado não atingimento da meta 1 com relação ao percentual de crianças de 0 a 3 anos em creches. Com base nessa deficiência de eficácia da Meta 1 no nosso país, o Tribunal de Contas da União, órgão de controle integrante do Poder Legislativo, cumprindo seu papel no apresentado ciclo de políticas públicas, apresentou recente análise acerca do cumprimento do PNE de 2014 com recomendações aos mais diversos órgãos com competência para sanar as deficiências indicadas e que vamos expor no próximo item.

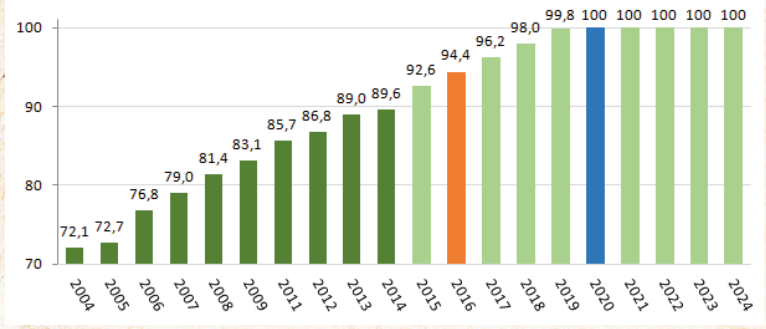
6. Análise do PNE 2014-2024 feita pelo Tribunal de Contas da União – processo TC 034.984/2017-8

O processo nº TC 034.984/2017-8 traz o terceiro acompanhamento do Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024 feito pelo Tribunal de Contas da União que,

[12] Disponível em: <https://pne.tce.mg.gov.br:8443/#/public/meta/1a>. Acesso em: 05 fev. 2019.

acerca da Meta 1, apresentou as seguintes conclusões com base nos dados do Inep (2004 a 2014) e uma projeção feita para 2015-2024:

Imagem 1 – Projeção do cumprimento da Meta 1 do PNE até 2024 no que toca às crianças entre 4 e 5 anos



Nessa primeira imagem, consta a projeção feita pelo Tribunal de Contas da União no bojo do referido processo, demonstrando o percentual da população de quatro a cinco anos que frequenta a escola ou creche com base em dados concretos até 2014 e realizando uma projeção a partir desses dados até o final da década contemplada pelo PNE.

Imagem 2 – Projeção do cumprimento da Meta 1 do PNE até 2024 no que toca às crianças entre 0 e 3 anos



Já na segunda imagem, há o percentual da população de zero a três anos que frequenta a escola ou creche. O que vemos da análise das duas projeções é que nenhuma das duas metas foi ou será atingida no prazo previsto no PNE se não houver mudanças no que tange à efetividade da etapa de implantação das políticas públicas em andamento.

Nesse relatório, consta também a informação acerca da estimativa de aumento de vagas na educação infantil. Através de uma projeção populacional feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se a necessidade de abertura, até 2024, de cerca de 1,9 milhão de vagas na educação infantil. Esse número equivale à construção de aproximadamente 28 mil unidades escolares, tendo como referência a média de matrículas por escola na educação infantil verificada em 2015.

Com base no relatório de acompanhamento TC 034.984/2017-8, os Ministros do Tribunal de Contas da União determinaram ao Ministério da Educação algumas providências. Aqui, transcreveremos apenas aquelas que são pertinentes à Meta 1 do PNE:

> 9.1. determinar ao *Ministério da Educação* que:
>
> 9.1.1. no prazo de noventa dias, contados da ciência, encaminhe ao TCU relatório contendo avaliação acerca da possibilidade de cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação, indicando as correções necessárias para o seu alcance e a execução física e financeira das ações orçamentárias e dos programas e políticas relacionados;
>
> 9.1.2. no prazo de trinta dias, contados da ciência, informe ao TCU as datas das próximas reuniões da instância permanente de negociação e cooperação federativa de que trata o artigo 7º, §5º, da Lei nº 13.005/2014, a serem realizadas em 2018, bem como as pautas definidas para essas reuniões;
>
> 9.1.3. encaminhe ao TCU as atas das reuniões da instância permanente de negociação e cooperação federativa de que trata o artigo 7º, §5º, da Lei nº 3.005/2014, que vierem a ser realizadas, tanto em 2018 como em anos vindouros, até trinta dias após a realização de cada reunião;
>
> 9.4. determinar à *Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex)* que, considerando a preocupante situação projetada de não atendimento de diversas metas do Plano Nacional de Educação 2014-2024, priorize, na alocação dos recursos escassos da Secretaria, a realização de ações de controle relacionadas às metas e estratégias do referido plano, se for o caso, com a criação de forças-tarefa e núcleos de auditores encarregados exclusivamente dessas ações, avaliando as reais possibilidades da Secretaria para cumprimento desses misteres, tomando as providências necessárias e reordenando as prioridades do Plano de Auditoria;
>
> 9.5. determinar à *Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto* que analise, nos próximos relatórios de acompanhamento do Plano Nacional de Educação, ou em outro

processo que se mostrar mais adequado, as informações prestadas pelas unidades jurisdicionadas em razão dos encaminhamentos desta deliberação;

9.6. dar ciência ao *Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República* que a ausência de compatibilização entre as leis de diretrizes orçamentárias e o Plano Nacional de Educação, demonstrada em vetos de dispositivos que buscam priorizar a efetivação do referido Plano, afronta o artigo 10 da Lei nº 13.005/2014, e gera risco ao cumprimento das diretrizes, metas e estratégias do PNE.

Da leitura das determinações feitas, observamos que se relacionam ou com a interlocução entre os entes federativos, já que as Metas do PNE são de cumprimento por todos os entes, cada um com sua esfera de atribuição, ou se referem à necessidade de alocação de recursos orçamentários e financeiros para as políticas públicas destinadas à implantação das Metas. Ou seja, obstáculos já identificados quando das análises do PNE 2001-2010 e que, como percebemos, não foram ultrapassados, o que reflete no não cumprimento da Meta 1 no prazo devido em nenhum dos dois planos.

7. Omissão no planejamento e execução orçamentários da educação

Vemos que, com relação à Meta 1, a dificuldade identificada pelos órgãos e instituições que se dedicaram a avaliar a evolução do seu cumprimento, foi o aporte mínimo de recursos com destino à expansão das vagas de creche e pré-escola e todos os custos que advêm dessa expansão ou reorganização da rede de educação infantil, como a contratação de pessoal e os custos de manutenção de novas unidades escolares, a título de exemplo. As dotações orçamentárias destinadas ao custeio da educação infantil, rubrica orçamentária em que se inserem os custos de ampliação da rede, são insuficientes até mesmo para a manutenção da rede já existente, quiçá para sua ampliação.

Numa análise geral das peças orçamentárias municipais do Estado do Rio de Janeiro no que tange às despesas com educação, o que vemos são dotações orçamentárias que não refletem os gastos mínimos necessários para implantação gradativa das Metas do PNE ou mesmo dos seus próprios Planos Municipais de Educação. Ou seja, demonstram ausência de planejamento e alocação de recursos financeiros no orçamento de modo a atender as exigências do PNE.

Visando a comprovar o que indicamos acima, observemos como exemplo, primeiramente, o Município de Quatis no Estado do Rio de Janeiro, que é um município pequeno (12.793 pelo Censo de 2010) onde o planejamento orçamentário deveria ser bem mais simples e, portanto, feito de forma abrangente e responsável. No seu Plano Municipal de Educação (Lei Municipal nº 883 de 24 de Junho de 2015), Quatis traz a Meta 1 até mesmo com ampliação do objetivo nacional, se comparada com a Meta 1 do Plano Nacional de Educação conforme Quadro 3 abaixo:

Quadro 3 – Comparativo entre a Meta 1 Nacional e a Meta 1 do Município de Quatis-RJ

META NACIONAL	META MUNICIPAL
Meta 1: Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 04 (quatro) e 05 (cinco)anos de idade e ampliar a oferta da educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 03 (três) anos até o final da vigência deste PNE.	Meta 1: Manter a universalização da Educação Infantil na pré-escola para as crianças de 04 (quatro) e 05 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta da Educação infantil em creches de forma a atender 90% (noventa por cento) das crianças de até 03 (três) anos até o final da vigência deste PME.

Para alcançar tal meta, em especial quanto às vagas de educação infantil em creches, o Município apontou no próprio Plano Municipal de Educação como políticas públicas destinadas a tal feito as seguintes:

> - Ampliação de mais 02 (duas) salas na Creche Municipal Conceição Aparecida Vieira Pena, propiciando a abertura de 34 (trinta e quatro) vagas;
> - Construção de uma creche no bairro Nossa Senhora do Rosário para atender aproximadamente 30 (trinta) crianças;
> - Liberação de um terreno no Bairro da Barrinha para a construção de uma creche com atendimento previsto a aproximadamente 100 (cem) alunos. Situação – aguardando recurso do Governo Federal;
> - Medidas de redistribuição de alunos por faixa etária e segmento, grande parte dos alunos de 03 (três) anos (Maternal III), poderão ser reconduzidos às creches.

Tais medidas poderiam consistir no desenho de uma política pública bem sucedida de incremento de vagas em creche, desde que houvesse no planejamento orçamentário previsão dos valores necessários para sua implantação.

Considerando que o Plano Nacional de Educação é de 2014 e esse Plano Municipal de Educação é de junho de 2015, se faz necessário que haja no planejamento e na execução orçamentária de 2016 dotações orçamentárias suficientes para tais ampliações da rede, o que importaria, no mínimo, em um acréscimo da rubrica de ampliação e construção de novas unidades, sob pena de completa ineficácia do Plano Municipal de Educação criado, ao menos com relação à Meta 1.

Desta feita, em cotejo das duas execuções orçamentárias anuais do referido município, através do relatório resumido de execução orçamentária dos anos de 2015 e 2016 disponíveis no sitio da internet do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro[13], vemos que em 2015 a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R$ 472.440,40, sendo de fato empenhado apenas R$ 116.690,70 e liquidado um valor ainda inferior, R$ 56.468,60.

Em 2016, visando a viabilizar a execução do Plano Municipal de Educação publicado em 2015, em especial com relação à Meta 1, os valores destinados à educação infantil deveriam ser superiores àqueles destinados à mesma rubrica orçamentária em 2015. Mas vejamos que o investimento foi ainda menor. Em 2016, a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R$ 435.727,00, sendo de fato empenhado apenas R$ 118.523,50 e liquidado um valor muito inferior, R$ 19.029,50.

Tendo em vista que a liquidação de despesas ocorre quando a aquisição de produtos e serviços é atestada como entregue ou prestado, não é viável aceitarmos que houve ao menos início de expansão das vagas de creche no Município de Quatis, que ao invés de aumentar os investimentos em educação infantil, no momento da execução do orçamento, diminuiu o emprego de recursos em tal rubrica orçamentária.

Contudo, verificamos no orçamento em testilha a existência de despesas com ensino superior, que não é etapa de ensino de competência prioritária do Município. Em um cenário de recursos financeiros escassos, só se poderia admitir gastos nessa rubrica orçamentária caso a educação infantil e o ensino fundamental estivessem sendo prestados com qualidade a todos os seus usuários, o que não é o que se verifica no referido Município, que, além da deficiência de vagas em creche, não só não atingiu a meta do IDEB em 2015 esperada para o 5º ano como houve queda no IDEB se comparado ao ano de 2013[14], o que representa enorme retrocesso em termos de qualidade educacional nesta primeira etapa de ensino.

Noutro giro, observamos também que o orçamento da educação infantil de 2016 não foi aumentado ou mesmo mantido, mas que despesas com ensino superior foram previstas conforme verificado no Relatório Resumido da Execução Orçamentária do último bimestre de 2016 que apresentava dotação orçamentária inicial de R$ 787.000,00 para a rubrica do ensino superior, constando como despesas liquidadas no 6º bimestre R$ 694.453,30, valores esses mais que 10 vezes superiores àqueles previstos para a educação infantil no mesmo ano, que comprovadamente necessitava de maiores investimentos. Inclusive, se feita a comparação com o mesmo Relatório Resumido da Execução Orçamentária só que do último bimestre de 2015, observamos que a dotação orçamentária inicial do ensino superior era de R$ 485.727,00, ou seja, enquanto a dotação orçamentária da educação infantil foi reduzida, a do ensino superior foi aumentada, em completo descompasso com os deveres constitucionais atribuídos ao Município pela Constituição da República (art. 214, parágrafo 2º, da CRFB).

[13] Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>. Acesso em: 5 fev. 2019.
[14] Ideb de 2013 foi 5,2. Em 2015 foi 5,1 e a meta esperada para 2015 era de 5,4. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultado.seam?cid=1823246>. Acesso em: 5 fev. 2019.

O mesmo equívoco ocorreu no ano de 2017, quando os valores das dotações orçamentárias, apesar de terem aumentado, continuaram em descompasso com as necessidades de incremento da rede de educação infantil. Vejamos. No Relatório Resumido de Execução Orçamentária do ano de 2017[15], a dotação orçamentária inicial para educação infantil foi de R$ 265.727,00, tendo sido atualizada para R$ 1.119.383,20, sendo de fato empenhado apenas R$ 1.059.644,00 e liquidado R$ 1.095.722,60. Contudo, observamos também uma dotação orçamentária de R$ 1.023.186,90 para educação superior, com liquidação de despesas no montante de R$ 894.347,80. Ou seja, aproximadamente um milhão de reais em investimentos em educação superior que poderiam ser destinados ao atingimento da Meta 1 do PNE, mas foram destinados à educação superior, que nem mesmo é de competência prioritária municipal, como já dito anteriormente.

Em 2018[16], novamente, houve um planejamento orçamentário desconsiderando a reiterada necessidade de investimento na educação infantil. Houve forte dotação orçamentária para educação superior, R$ 900.000,00, quando a dotação inicial para educação infantil foi de R$ 185.000,00, ambas atualizadas ate o 5º bimestre de 2018 para R$ 1.443.319,70 e R$ 1.026.184,00 respectivamente.

Noutro giro, tendo por base os dados de 2017 do INEP, Quatis tinha 171 crianças na creche em tempo parcial, 169 crianças em creche de tempo integral e 280 crianças na pré-escola em tempo parcial. Com base na Portaria Interministerial MEC/MF nº 11 de 30 de dezembro de 2015, os valores por aluno em creche em tempo integral e pré-escola em tempo integral são de R$ 4.164,13 e em creche e pré-escola em tempo parcial são de R$ 3.203,18. Assim, a dotação orçamentária mínima apenas para manutenção dos alunos já inscritos na rede escolar infantil seria de R$ 2.148.372,15. Ou seja, o valor de R$ 1.119.383,20 previsto na dotação orçamentária atualizada para educação infantil era quase a metade do que seria necessário apenas para a mera manutenção da rede escolar, sem considerar as expansões de rede necessárias ao atendimento da Meta 1, o que poderia ser suprido pela dotação destinada ao ensino superior (R$ 1.023.186,90), conforme exposto linhas acima.

O Município de Quatis, usado aqui apenas como exemplo de falta de planejamento orçamentário e de empenho de recursos no atingimento da Meta 1 prevista pelos dois Planos Nacionais de Educação (o anterior e o vigente) e pelo próprio Plano Municipal de Educação, reflete as mesmas deficiências verificadas em âmbito de análise nacional já demonstradas nos capítulos iniciais deste artigo.

8. Conclusão

O que observamos neste pequeno estudo sobre a Meta 1 prevista nos dois Planos Nacionais de Educação publicados pós promulgação da Constituição de 1988 é que com relação aos métodos de acompanhamento e avaliação da eficácia das

[15] Disponível em: https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf. Acesso em: 5 fev. 2019.
[16] Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>. Acesso em: 5 fev. 2019.

políticas públicas em curso houve muitos avanços, com a criação do Observatório do PNE, bem como com o incremento de instituições da sociedade civil e de órgãos de controle como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, que se dedicaram a este acompanhamento e à produção de dados acerca do cumprimento desse plano.

Contudo, com relação ao atingimento em concreto da Meta 1, falharam os Municípios em não adotar as medidas cabíveis para o correto planejamento e execução das construções de escolas necessárias para a expansão das vagas de creche e pré-escola. Observamos que não inserem nos seus instrumentos orçamentários os valores realmente necessários para a implantação das políticas necessárias ao alcance da Meta, bem como não se verificam as devidas articulações entre os entes federativos, já que muitas vezes os municípios gastam verbas orçamentárias com outras competências que não se situam na sua esfera de atuação prioritária exclusiva (art. 211, §§ 2º e 3º da CRFB)[17].

Desta forma, podemos concluir que a Meta 1, decorridos quase 18 anos desde a sua primeira previsão no PNE de 2001-2010, não foi atingida, principalmente, em razão do mesmo obstáculo principal identificado por órgãos e instituições variados, vinculados ao Poder Executivo ou não, que é, de forma geral, a falta de planejamento orçamentário e financeiro para implantação das políticas públicas identificadas por cada município gestor da educação infantil como hábeis a sanar a deficiência de vagas. As avaliações de eficácia das políticas públicas destinadas a avaliar o cumprimento da Meta 1 identificaram corretamente o principal ponto falho da política. Contudo, não houve, até o momento, o devido empenho dos municípios para sanar essa deficiência de esforços de planejamento e dotação de recursos necessários ao alcance da meta 1 de forma tempestiva com relação ao segundo PNE 2014-2024, já que, com relação ao primeiro, se esgotou sem esse atingimento.

De nada adiantou o legislador inserir na agenda política do governo as metas e estratégias para viabilizar o acesso à educação de forma universal, como preconiza a Constituição da República, ofertando inclusive o acesso à creche para as crianças de 0 a 3 anos e à pré-escola às crianças de 4 e 5 anos, se não há o necessário planejamento orçamentário com a sua competente execução de modo a alimentar a etapa de implantação da política pública escolhida pelo gestor. Assim, além de ser necessário fiscalizar e controlar o ciclo das políticas públicas, em especial a eficácia da política pública escolhida pelo gestor no âmbito da sua discricionariedade, se mostrou indispensável o controle do planejamento e execução orçamentária, eis que o orçamento público, que deveria ser o instrumento de implantação de políticas públicas destinadas à garantia de direitos, aqui no caso o direito à educação infantil, se tornou um obstáculo odioso, em uma total inversão da noção instrumento-objetivo, em que a viabilidade orçamentária se tornou objetivo e para tal o corte de investimentos se tornou instrumento.

[17] O que se viu recentemente no nosso Estado com a municipalização do ensino fundamental é que esta etapa de ensino é competência compartilhada entre municípios e Estado e aqui no Rio de Janeiro o Estado repassou a vários municípios a responsabilidade pela manutenção integral de toda a rede de ensino fundamental, quando na verdade temos municípios que não se desincumbiram nem mesmo da sua competência prioritária exclusiva que é a educação infantil.

Referências

BRASIL. *TC Educa*. Disponível em: <https://pne.tce.mg.gov.br:8443/#/public/meta/1a>. Acesso em 05 fev. 2019.

_____. Ministério da Educação. *Plano Nacional de Educação*. Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Ministério da Educação. *Plano Nacional da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pne_200809.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/desvendando-pne-quais-os-desafios-da-meta-1/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/relatorios-lrf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Diário Oficial da União. Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação*. Brasília, DF.

_____. Constituição (1988). Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Centro gráfico, 1988.

HOWLETT, M.; RAMESH, M; PERL, A. *Política Pública seus ciclos e subsistemas:* uma abordagem integral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, fls. 5 e 207.

Covid-19, vacinação infantil e volta às aulas: um estudo sobre a possibilidade de se proibir a matrícula e a frequência escolar da criança como meio de coerção indireto para compelir os pais a imunizarem seus filhos[1]

Covid-19, children immunization and school time: a study on the possibility of prohibiting the enrollment and school infant attendance as indirect coercion to compel parents to immunize their children

Heleno Ribeiro P. Nunes Filho*

Sumário

1. Introdução. 2. Da obrigatoriedade da vacinação infantil contra a Covid-19. 3. Proibição de matrícula e frequência escolar, ausência de fundamento legal e dupla violação de direitos. 4. Conclusão.

Resumo

O presente trabalho visa analisar de forma objetiva os fundamentos jurídicos por trás da discussão acerca da possibilidade ou não de impedir a matrícula e a frequência escolar das crianças e adolescentes não vacinados como forma de coerção indireta para compelir os pais a cumprirem o seu dever legal de imunização dos seus filhos. Com especial foco na Covid-19, o estudo perpassa pela análise jurídica dos fundamentos legais para sustentar a conclusão alcançada, destacando a necessidade de nos debruçarmos sobre o tema. A partir da fixação da premissa de obrigatoriedade da vacinação dos infantes contra a Covid-19, conclui-se pela ausência de fundamento legal para o uso de tal proibição como instrumento coercitivo e pela adoção de uma solução que assegure a concretização tanto do direito à educação como do direito

[1] O conteúdo desta publicação não retrata a *posição* institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mas apenas a opinião pessoal do autor do texto.

* Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Tutela Coletiva da Saúde, da Educação, da Assistência Social e da Pessoa com Deficiência em diversos cursos jurídicos (*v.g.* AMPERJ, Supremo, RJPLUS, Ciclos, entre outros).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 83 (3ª Fase), jan./mar. 2022, p. 55-64.

à saúde destas pessoas em desenvolvimento; evitando, assim, uma dupla violação de direitos fundamentais.

Abstract

This paper aims to objectively analyze the legal foundations behind the discussion of the possibility to forbid the enrollment and school unvaccinated infant attendance as indirect coercion to compel parents to fulfill their legal duty to immunize their children. With a special focus on Covid-19, the study goes through the analysis of the legal grounds to support the conclusion reached, emphasizing the need to address the issue. From the premise of the mandatory infant's immunization against Covid-19, the conclusion is that there is no legal basis for the use of such prohibition as a coercive instrument, and the adoption of a solution that ensures the realization of both the right to education and the right to health of these people in development; thus avoiding a double violation of fundamental rights.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Direito à Educação. Vacina. Ministério Público. Direitos fundamentais.

Keywords: *Right to health. Right to education. Immunization. Attorney General's Office. Fundamental rights.*

1. Introdução

Em fevereiro de 2022, o Brasil completou dois anos de pandemia formalmente reconhecida[2]. E, apesar dos anseios do Poder Público, a COVID-19 continua sendo pauta nos debates envolvendo as estratégias a serem adotadas no campo das políticas públicas.

Recentemente, com a inclusão pelo Ministério da Saúde das crianças de 5 a 11 anos na campanha de vacinação contra a Covid-19 (PNO)[3], as discussões se voltaram especificamente para a obrigatoriedade ou não dos pais e responsáveis vacinarem seus filhos; e se, em caso de inércia, seria possível impedir a matrícula e o retorno destas crianças às aulas presenciais nas escolas públicas e privadas.

A complexidade da questão não é irrelevante. Afinal, perpassa por sensíveis aspectos da vida em sociedade, cujo desafio central é garantir direitos diante da

[2] A Portaria nº 188 de 3 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV); reconhecendo, pois, que a pandemia mundial havia chegado ao nosso país.

[3] Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/ministerio-da-saude-inclui-criancas-de-5-a-11-anos-na-campanha-de-vacinacao-contra-a-covid-19#:~:text=VACINA%C3%87%C3%83O%20INFANTIL-,Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20inclui%20crian%C3%A7as%20de%205%20a%2011%20anos,vacina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20a%20Covid%2D19&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20anunciou,11%20anos%20n%C3%A3o%20ser%C3%A1%20obrigat%C3%B3ria.

coexistência de diferentes percepções ideológicas, científicas, religiosas e políticas dos indivíduos que a compõem[4].

Mas se, por um lado, todas estas percepções e ideologias se exteriorizam de maneira desorganizada e sem qualquer compromisso com a ordem jurídica na mídia e nas redes sociais; por outro, é imprescindível que os atores do Poder Judiciário salvaguardem sua atuação em sólidos fundamentos legais.

Caso contrário, a concretização do ditado popular "cada cabeça, uma sentença" colocará o subjetivismo em uma indesejada posição de evidência; acabando, assim, com qualquer possibilidade de legitimação democrática das decisões judiciais ou das medidas adotadas por outros atores, como, por exemplo, o próprio Ministério Público.

Nesse sentido, é imprescindível que nos debrucemos sobre as normas constitucionais e legais sobre o tema, a fim de construir um raciocínio jurídico sólido que sustente as nossas conclusões. É o que se busca alcançar com esse breve estudo.

2. Da obrigatoriedade da vacinação infantil contra a Covid-19

Em primeiro lugar, é preciso fixar a premissa de que, apesar de orientações em sentido contrário[5], a inclusão dos imunizantes no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 – PNO e a leitura conjunta da Lei n° 13.979/20 com a Lei n° 8.069/90 (ECA) torna obrigatória a vacinação infantil contra a COVID-19.

A ANVISA é a autarquia especial que tem "por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados" (art. 6º, da Lei n° 9.782/99).

Em outras palavras, cabe a ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, aí incluídos os imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados (art. 8º, §1º, inciso VII, da Lei n° 9.782/99).

Logo, a análise técnica da eficácia e da segurança das vacinas a serem comercializadas e aplicadas na população em geral é de responsabilidade da referida autoridade sanitária.

[4] Na mídia, observamos dois grupos de pais e responsáveis: aqueles que querem que a vacina seja exigida dos alunos no momento da matrícula, e aqueles que se manifestaram contra a obrigatoriedade da vacinação infantil como condicionante ao retorno das aulas presenciais (ver matéria em: https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2022/01/pais-de-colegio-no-rj-fazem-abaixo-assinado-contra-obrigatoriedade-da-vacina.shtml).

[5] Há aqueles que entendem que somente com a inclusão da vacina no Plano Nacional de Imunização (PNI) haveria a obrigatoriedade de aplicação do imunizante, entendimento este que se busca rechaçar.

Nesse contexto, não há nenhuma dúvida de que a ANVISA aprovou a indicação do imunizante Pfizer/Comirnaty[6] e, mais recentemente, a CoronaVac[7], para imunização contra a COVID-19 em crianças de 5 a 11 anos de idade e de 6 a 17 anos, respectivamente.

Necessário ressaltar, neste ponto, que tal conclusão não é exclusividade da autoridade sanitária brasileira. Diferentes agências reguladoras ao redor do mundo chegaram à idêntica conclusão em relação à vacina da Pfizer/Comirnaty para o grupo etário de 5 a 11 anos de idade[8]. No mesmo sentido, alguns países começaram a aplicar a CoronaVac em crianças a partir dos 3 anos de idade ainda em 2021[9].

Se já não bastasse, no Estado do Rio de Janeiro em especial há, ainda, a Deliberação CIB-RJ nº 6.666[10] por meio da qual expressamente se recomenda a vacinação pela Secretaria Estadual de Saúde para todas as crianças na faixa etária de 05 a 11 anos com a vacina da Pfizer/Comirnaty, ressalvadas as situações onde haja contraindicação absoluta de um profissional de saúde.

O que há, portanto, a nível técnico – sob o qual não deve o Poder Judiciário ou o Ministério Público se imiscuir –, é a aprovação do uso das referidas vacinas em crianças entre 5 e 17 anos, respeitadas as contraindicações médicas de cada caso.

E, uma vez aprovada pela ANVISA, ainda que incluída somente no PNO, passa a haver, formalmente e no mínimo, uma *recomendação* sanitária do imunizante para as crianças e adolescentes dos respectivos grupos etários.

Nesse sentido, observamos que o artigo 14, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), prevê que "é obrigatória a vacinação das crianças nos casos *recomendados* pelas autoridades sanitárias".

Perceba que, segundo a norma, basta o imunizante ter sido recomendado pelas autoridades sanitárias para que o ECA o torne obrigatório; gerando, pois, um dever jurídico dos pais em relação à prevenção da saúde de seus filhos.

Não à toa, o STF fixou em sede de repercussão geral a tese de que "é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações *ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto*

---

[6] Resolução RE nº 4.678 de 16 de dezembro de 2021.

[7] Disponível em: https://butantan.gov.br/noticias/por-unanimidade-coronavac-e-aprovada-pela-anvisa-para-uso-emergencial-em-criancas-de-seis-a-17-anos-#:~:text=A%20Ag%C3%AAncia%20Nacional%20de%20Vigil%C3%A2ncia,pessoas%20acima%20de%2018%20anos.

[8] De acordo com a Nota Técnica nº 02/2022 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, de 26 de janeiro de 2022, países como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Singapura, Suíça e a comunidade europeia em geral aprovaram o imunizante da Pfizer para o grupo etário em tela.

[9] Cita-se, como exemplo, Chile, Equador, Indonésia, Camboja, China e Hong Kong (disponível em: https://butantan.gov.br/noticias/conheca-os-paises-que-ja-autorizaram-a-coronavac-para-criancas-a-partir-dos-3-anos)

[10] "Art.1º - Pactuar a RECOMENDAÇÃO de vacinação pela Secretaria Estadual de Saúde PARA TODAS AS CRIANÇAS na faixa etária de 05 a 11 anos com o imunobiológico do laboratório Pfizer de uso pediátrico, salvaguardadas as situações onde haja contra indicação absoluta de administração do mesmo por um profissional de saúde." Disponível em: http://www.cib.rj.gov.br/deliberacoes-cib/811-2022/janeiro/7472-deliberacao-cib-rj-n-6-666-de-18-de-o-de-janeiro-2022.html (acesso em 07/02/2022).

de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar" (STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

Com efeito, é notório que o entendimento da nossa Corte Suprema é no sentido de que, *para além da inclusão do imunizante no PNI*, a constitucionalidade da obrigatoriedade de vacinação também encontra fundamento na lei e na determinação de aplicação da vacina por um ente federativo com base em consenso médico-científico.

Ora, especificamente contra a Covid-19, é necessário lembrar do artigo 3º, inciso III, alínea "d", da Lei n° 13.979/20, estabelece que:

> [p]ara enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, (...) *a determinação de realização compulsória de (...) vacinação e outras medidas profiláticas*.

Observa-se, nesse sentido, que há expressa determinação legal no sentido de que a vacinação compulsória é medida de enfrentamento da pandemia; e, como tal, pode ser determinada pelo Poder Público (como efetivamente o foi, no caso sob exame).

Frisa-se que o artigo 3º, §4º, da Lei n° 13.979/20, também prevê que "as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei".

Não podemos esquecer ainda que, apesar de questionadas, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade destas normas no julgamento da ADI 6586, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020, e publicado no Informativo 1003.

Na oportunidade, realizou-se também a relevante diferenciação entre vacinação compulsória e vacinação forçada, esclarecendo a Corte que a primeira seria permitida, desde que respeitados alguns requisitos[11], ao passo que a segunda seria proibida por violar o direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano.

[11] Cita-se: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Nesse contexto, a vacinação compulsória prevista na Lei nº 13.979/20 está em consonância com os ditames constitucionais de proteção da saúde e da vida, na medida em que é implementada por meios indiretos de coerção e teve como base evidências científicas que atestaram sua segurança e eficácia.

Portanto, em sendo dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à educação, bem como o de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e violência[12], resta devidamente fundamentada a premissa de compulsoriedade da vacinação em crianças e adolescentes desta faixa etária[13].

3. Proibição de matrícula e frequência escolar, ausência de fundamento legal e dupla violação de direitos

Uma vez fixada a premissa de que a vacinação de crianças contra a COVID-19 é um dever dos pais e responsáveis (leia-se, é compulsória), passemos a analisar a possibilidade de vedar a matrícula e impedir a frequência às aulas daquelas que não se encontram com a carteira de vacinação em dia em função da inércia dos seus genitores.

Em primeiro lugar, é inafastável a necessidade de que nos orientemos pelo princípio da legalidade. Em outras palavras, a fim de evitar o indesejado subjetivismo, é imprescindível que nos baseemos nas disposições legais sobre o tema.

E, analisando nosso arcabouço normativo, verificamos que não há qualquer norma específica – pelo menos a nível federal[14] – determinando que a matrícula e a frequência dos alunos possam ser impedidas em razão da não vacinação da criança contra a COVID-19[15].

Ao contrário, encontramos outros meios de coerção indiretos para garantir a vacinação contra COVID-19 – tais como proibição de entrada em bares, restaurantes, eventos e a aplicação de multa em caso de descumprimento – com previsão legal

[12] Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

[13] E nem se venha suscitar a infeliz expressão "não obrigatória" utilizada na Nota Técnica nº 02/2022 do Ministério da Saúde para justificar entendimento em sentido contrário. Isso porque não pode um documento técnico, de inferior hierarquia, se sobrepor ao previsto no artigo 227 da CRFB c/c artigo 14, §1º, do ECA.

[14] O que há, em verdade, são algumas leis estaduais que trazem a exigência expressa de apresentação da carteira de vacinação no momento da matrícula, a exemplo da Lei nº 17.252/20 de SP, da Lei nº 16.629/19 do CE, a Lei nº 15.409/19 do RS, entre outras. Contudo, não há previsão no sentido de proibição da matrícula ou de frequência escolar. Nesse mesmo sentido, existe projeto de lei federal nº 1429/19 e 1840/19 (disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/821879-comissao-aprova-projeto-que-exige-cartao-de-vacinacao-no-ato-da-matricula-mas-nao-impede-aluno-de-assistir-aula/#:~:text=C%C3%A2mara%20dos%20Deputados-,Comiss%C3%A3o%20aprova%20projeto%20que%20exige%20cart%C3%A3o%20de%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20no%20ato,impede%20aluno%20de%20assistir%20aula&text=O%20texto%20aprovado%2C%20no%20entanto,documento%20no%20ato%20da%20matr%C3%ADcula.).

[15] De fato, a exigência de apresentação da caderneta de vacinação em dia pelos estabelecimentos de ensino decorre atualmente da obrigação constante no já mencionado artigo 14, §1º, do ECA, c/c os artigos 5º e 8º da Lei nº 6.259/75 (Lei do PNI), ao que podemos somar o próprio princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CRFB c/c art. 1º do ECA).

expressa nos mais diversos decretos municipais e estaduais ao redor do país[16], o que garante o respeito ao princípio em tela.

Contudo, repita-se, não há qualquer norma que autorize a vedação da matrícula de criança em escola pública ou privada, tampouco que impeça a sua frequência às aulas presenciais como meio de coerção indireto para compelir seus pais a as vacinarem contra a COVID-19.

Também pudera! O direito à educação é um direito fundamental assegurado expressamente pela Constituição Federal de 1988 às crianças e aos adolescentes[17], de modo que a violação do seu direito à saúde por parte dos seus pais não poderia ter como consequência a violação de outro direito deste grupo vulnerável.

Caso contrário, o Ministério Público e o Poder Judiciário estariam violando um direito fundamental das crianças e dos adolescentes (direito à educação) sob o pretexto de proteger outro (direito à saúde) cuja responsabilidade pelo descumprimento recai única e exclusivamente sobre os seus pais e responsáveis.

Com efeito, visando evitar essa dupla violação dos direitos das crianças e adolescentes, não parece atender à proteção integral do grupo a defesa da proibição de matrícula e de frequência às aulas presenciais como meios indiretos de coerção para garantir a vacinação adequada contra a COVID-19.

Até mesmo porque há expressa previsão no artigo 32, §4º, da LDB, no sentido de que a regra do ensino fundamental é ser ministrado de forma presencial; e, apenas em casos excepcionais, como situações de emergência, seria possível o ensino à distância[18].

Ressalta-se que, ainda que existisse norma nesse sentido, haveria forte questionamento no que tange a sua validade em razão de uma possível violação ao princípio da proporcionalidade.

É que já no seu primeiro postulado (adequação) há forte dúvida acerca da efetividade da medida para atender os seus objetivos, na medida em que a proibição de matrícula ou de frequência do aluno não gera a necessária consequência de vacinação desta criança ou adolescente pelos seus pais ou responsáveis.

No elemento da necessidade, melhor sorte não lhe restaria, tendo em vista que há outros meios menos restritivos de direitos fundamentais que certamente atendem ao objetivo pretendido (vacinação da criança), tal qual o ajuizamento de representação administrativa e aplicação de multa, conforme artigo 249 do ECA.

---

[16] A título de exemplo, citamos o Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 49.894 de dezembro de 2021.

[17] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[18] Art. 32, §4º, da Lei nº 9.394/96 (LDB). O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.

Por fim, também não sobreviveria à proporcionalidade em sentido estrito, visto que há uma clara deficiência na proteção do direito, principalmente se considerarmos a violação reflexa do direito à educação, já tão banalizado durante a pandemia[19].

Não por acaso, as poucas leis locais que tratam sobre o tema vacinação infantil, matrícula e volta às aulas, apesar de exigir a apresentação da carteira de imunização em dia, não impede o acesso da criança ou do adolescente à escola. Por todos, veja o que diz a Lei Estadual nº 17.252, de 17 de março de 2020 de São Paulo[20]:

> Artigo 1º - É obrigatória, em todo o território estadual, a apresentação da carteira de vacinação dos alunos de até 18 (dezoito) anos de idade, no ato de suas respectivas matrículas, em todas as escolas das redes pública e particular, que ofereçam educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.
>
> Artigo 2º - A carteira de vacinação deverá estar atualizada, assim entendida aquela que contenha os atestados de todas as vacinas consideradas obrigatórias, de acordo com o Calendário de Vacinação da Criança e com o Calendário de Vacinação do Adolescente, em consonância com as disposições do Ministério da Saúde e da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. (...)
>
> Artigo 4º - A falta de apresentação do documento exigido no artigo 1º desta lei ou a constatação da falta de alguma das vacinas consideradas obrigatórias não impossibilitará a matrícula, porém a situação deverá ser regularizada em um prazo máximo de 60 (sessenta) dias, pelo responsável, sob a pena de comunicação imediata ao Conselho Tutelar para providências.

Para além deste fundamento, há hoje uma questão fática relevante que vedaria a aplicação de qualquer tipo de sanção: o Poder Público não consegue garantir a disponibilização de doses suficientes para vacinação de toda a população infanto-juvenil[21].

Dessa forma, não se pode afirmar com a certeza necessária que aquela criança não foi vacinada pelos seus pais em razão de uma inércia deliberada fundada em razões ideológicas; ou se, mesmo querendo cumprir o seu *munus* legal (art. 14, §1º, do ECA), a carência de imunizantes disponíveis à população infantil impediu que estes pais vacinassem seus filhos.

---

[19] Estudos demonstram que o ensino remoto fracassou de forma relevante durante a pandemia causada pela Covid-19, atingindo de maneira ainda mais grave os alunos e alunas das escolas públicas, cujas soluções tecnológicas não conseguiram lhes garantir a estrutura necessária para a continuidade do ensino de qualidade.

[20] Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17252-17.03.2020.html (acesso em 07/03/2022).

[21] Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022-01/doses-insuficientes-levam-rio-adiar-vacinacao-de-criancas-de-10-anos

De qualquer forma, é necessário que os membros do Ministério Público Brasileiro fiscalizem a atuação dos Conselhos Tutelares; e, somente nos casos em que se mostre necessário – e, ainda, respeitando a ideia de um MP Resolutivo[22] –, passe a adotar as medidas judiciais cabíveis contra os pais e responsáveis que resistirem à vacinação de seus filhos (*v.g.* representação por infração administrativa – artigo 249 do ECA)[23].

É nesse sentido também as conclusões do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPG) na Nota Técnica nº 02/2022[24], elaborada por meio das Comissões Permanentes da Defesa da Saúde (COPEDS), da Infância e Juventude (COPEIJ) e da Educação (COPEDUC), integrantes do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH).

Por fim, ressalta-se que o fato de não poder a escola pública ou privada vedar a matrícula ou o comparecimento do aluno às aulas presenciais em razão da ausência de imunização contra a COVID-19 em sua carteira de vacinação não afasta o dever destas instituições de ensino de notificar o Conselho Tutelar e, em último caso, o próprio Ministério Público; para que, dentro do âmbito de suas atribuições, adotem as medidas tendentes à responsabilização dos pais e responsáveis recalcitrantes.

Isso porque há expressa previsão legal nesse sentido na combinação dos artigos 5º, 7º e 8º da Lei nº 6.269/75[25], que organizou as ações de vigilância epidemiológica e dispôs sobre o Programa Nacional de Imunizações (PNI).

Dessarte, embora as escolas públicas e privadas não devam vedar a matrícula ou a presença dos alunos não imunizados, há um dever jurídico de comunicar ao Conselho Tutelar a inércia dos pais na proteção da saúde dos seus filhos. E, ao Ministério Público, caso necessário, competirá o ajuizamento das ações pertinentes visando à concretização dos direitos fundamentais deste grupo vulnerável.

---

[22] De acordo com a Resolução nº 54 de 28 de março de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf (acesso em 07/03/2022).

[23] Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 754, determinou-se a expedição de ofício aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para que, nos termos do art. 129, II, da Constituição Federal, e do art. 201, VIII e X, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), empreendam as medidas necessárias para o cumprimento do disposto nos referidos preceitos normativos quanto à vacinação de menores contra a Covid-19. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102.

[24] Disponível em: https://cnpg.org.br/images/2022/Nota_Tecnica_022022CNPG_-_vacinacao_de_criancas-2.pdf (acesso em 07/03/2022).

[25] Art 5º O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado através de Atestado de Vacinação. (...)
Art 7º São de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados:
I - de doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional;
II - de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente. (...)
Art 8º É dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível, sendo obrigatória a médicos e outros profissionais de saúde no exercício da profissão, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino a notificação de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º.

4. Conclusão

O breve estudo se iniciou fixando a premissa de que há uma obrigatoriedade na vacinação infantil contra a Covid-19, sendo dever jurídico dos pais e responsáveis garantir a imunização das crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos de idade.

A partir dela, nos debruçamos sobre os fundamentos jurídicos aptos a embasar o entendimento de que, conquanto o Conselho Tutelar e o próprio Ministério Público devam atuar para garantir a cobertura vacinal das crianças e adolescentes em idade escolar, a vedação da matrícula e a proibição de frequência do aluno não parece ser o melhor caminho para tanto.

Isso porque, na dicção do Supremo Tribunal Federal[26], as medidas de coerção indireta tendentes a garantir a vacinação compulsória devem, entre outros requisitos, respeitar os direitos fundamentais das pessoas e atender aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade; além de, por óbvio, estar previstas em lei ou outros atos normativos dos entes federativos, respeitadas suas esferas de competência.

E, conforme analisado, não há previsão legal que autorize a proibição de matrícula ou de frequência escolar daquela criança ou adolescente não imunizado contra Covid-19 como forma de compelir seus pais a cumprirem o seu *munus* constitucional e legal.

Outrossim, defendemos que, ainda que existisse tal norma, haveria forte questionamento acerca da sua validade diante da violação do princípio da proporcionalidade. Concluiu-se, pois, que tais impedimentos gerariam uma nova violação ao direito fundamental à educação destes infantes a pretexto de proteção da saúde, o que não deve ser admitido.

Por todo o exposto, a proposta de solução aqui apresentada se coaduna com a orientação da Nota Técnica nº 02/2022 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPG), no sentido de que a matrícula e a frequência escolar destes alunos não sejam impedidas em razão da ausência de imunização contra a Covid-19.

Mas, contra aqueles que descumprirem tal *munus* – com assento constitucional, diga-se –, deverão ser manejadas, uma vez esgotadas as alternativas extrajudiciais, as medidas de responsabilização previstas em lei, a exemplo da representação por infração administrativa do artigo 249 do ECA.

E, o Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, em especial na proteção dos direitos individuais indisponíveis das crianças e dos adolescentes, deverá ser o primeiro (e o maior) responsável pela concretização do direito à saúde; sem, contudo, deixar de lado a garantia do cumprimento do direito à educação deste grupo vulnerável.

[26] Ver ADI 6586, disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206586%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true (acesso em 07/03/2022).

Educação básica e pandemia de covid-19 no Brasil: efeitos, riscos e possibilidades a partir do cenário de exclusão digital

Basic education and covid-19 pandemics in Brazil: effects, risks and possibilities from the digital exclusion scenario

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. A judicialização da pandemia e o papel do STF no estabelecimento de parâmetros científicos de observância obrigatória pelos gestores. 3. Perfil socioeconômico e exclusão digital. 4. Repercussões e reações dos sistemas educacionais. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é discutir, a partir da tensão entre dois direitos humanos fundamentais aos quais o texto constitucional conferiu especial destaque, o direito à educação e o direito à saúde, inclusive dando-lhes prioridade orçamentária, de que modo se deu a judicialização da pandemia de COVID-19 no Brasil, com reflexos sobre o direito educacional, e os danos decorrentes à educação e à escolarização de crianças e adolescentes em nosso país num cenário de severo fechamento das escolas e em razão da histórica situação de exclusão digital e da baixa cobertura tecnológica de nossas escolas, sobretudo as públicas, a aumentar a distância entre a educação púbica e a privada no Brasil. A metodologia consistirá em levantamento bibliográfico sobre o tema, na análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e na análise de dados empíricos a respeito da exclusão digital no Brasil e das repercussões e modos de reação dos sistemas de ensino à pandemia, a demonstrar os imensos desafios do país no campo educacional nos próximos anos.

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC. Professor Adjunto na cadeira de Direito da Universidade Federal Fluminense. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 90 (3ª Fase), out./dez 2023, p. 149-167.

Abstract

The objective of this paper is to discuss, from the tension between two fundamental human rights to which the constitutional text has given special emphasis, the right to education and the right to health, including giving them priority in the budget, how was the judicialization of the COVID-19 pandemic in Brazil, with reflections on the educational right, and the damages arising from the education and schooling of children and adolescents in our country in a scenario of severe school closing and due to the historical situation of digital exclusion and the low technological coverage of our schools, especially the public ones, to increase the distance between public and private education in Brazil. The methodology will consist of a bibliographical survey on the subject, the analysis of some decisions handed down by the Supreme Court and the analysis of empirical data regarding the digital exclusion in Brazil and the repercussions and modes of reaction of education systems to the pandemic, to demonstrate the immense challenges facing the country in the educational field in the coming years.

Palavras-chave: Direito à educação. Pandemia. Judicialização. Exclusão digital. Efeitos. Riscos. Possibilidades.

Keywords: *Right to education. Pandemic. Judicialization. Digital exclusion. Effects. Risks. Possibilities.*

1. Introdução

A garantia do direito humano à educação, encartado no rol dos direitos fundamentais de natureza social (art. 6º da CF), representa condição inafastável para a concretização dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos definidos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, sobretudo da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no desenvolvimento nacional e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo o art. 205 da Constituição Federal, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ademais, o art. 206 da Constituição Federal determina que são princípios que devem orientar a ação administrativa dos entes federados no sentido da concretização do direito à educação, dentre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I) e a garantia do padrão de qualidade (inciso VII).

Já a LDB, em seu art. 24, I e VI, preceitua, na linha da garantia de padrões mínimos de qualidade, que a Educação Básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada em observância a uma carga horária mínima anual de oitocentas horas,

distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, e a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação. No Ensino Médio, etapa final da educação básica cuja duração mínima é de três anos, as alterações à LDB introduzidas pela Lei nº 13.415/2017 determinam a ampliação progressiva da carga horária mínima anual para mil e quatrocentas horas, devendo atingir pelo menos mil horas no prazo de cinco anos, contados a partir de 2 de março de 2017 (art. 24, §1º). Mesmo no momento excepcional de pandemia mundial, a Medida Provisória n. 934/2020, de 01º de abril de 2020, posteriormente convertida na Lei n. 14.040/2020, embora tenha dispensado, excepcionalmente, os estabelecimentos de ensino de educação básica da observância do mínimo de dias de efetivo trabalho escolar previsto na LDB (200 dias letivos), não abre mão da carga horária mínima anual de 800 horas, o que deve ocorrer preferencialmente em regime presencial, que, segundo a LDB (art. 32, § 4º), constitui a regra geral do ensino fundamental.[1]

Esses objetivos foram colocados em xeque pela pandemia mundial de COVID-19, que, pelo menos num primeiro momento, inviabilizou as aulas presenciais, desafiando gestores de todo o país a garantirem condições materiais e tecnológicas, colocadas à disposição tanto do corpo docente quanto do corpo discente, de modo a assegurar a universalidade, a equidade e a qualidade do atendimento escolar, em atendimento ao preceito do art. 206 da CF, mesmo no momento sanitário excepcional.

Perplexos e despreparados, muitos Estados e Municípios instituíram regimes especiais de educação domiciliar, autorizando as unidades de ensino a promoverem a reorganização de suas atividades escolares, tendo por consideração seus respectivos projetos pedagógicos, em caráter de excepcionalidade e temporalidade, ou seja, enquanto permanecessem as medidas de isolamento voltadas à prevenção e combate ao COVID-19. No caso do Estado do Rio de Janeiro, para usarmos um exemplo que nos é mais próximo, os arts. 2º e 5º da Deliberação nº 376/20 do Conselho Estadual de Educação estabeleceram os requisitos para a execução do regime especial domiciliar, exigindo a elaboração e apresentação formal às comunidades escolares de um plano

[1] Em Nota de Esclarecimento de 13 de março de 2020, o Conselho Nacional de Educação (CNE) reafirmou entendimentos anteriores do colegiado e orientou os sistemas e os estabelecimentos de ensino, de todos os níveis, etapas e modalidades, no sentido de que sejam adotadas as providências necessárias e suficientes para assegurar o cumprimento dos dispositivos da LDB; que os estabelecimentos de ensino proponham formas de reposição de dias e horas de efetivo trabalho escolar, submetendo-as à aprovação do correspondente órgão normativo e de supervisão permanente do seu sistema de ensino; que a reorganização do calendário escolar em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino seja feita com a participação dos colegiados das instituições de ensino, notadamente, dos professores e da equipe pedagógica e administrativa do estabelecimento, bem como de alunos e seus familiares e demais setores envolvidos na organização das atividades escolares; que seja assegurado no processo de reorganização dos calendários escolares e que a reposição de aulas e atividades escolares que foram suspensas possam ser realizadas de forma a preservar o padrão de qualidade previsto no inciso IX do artigo 3º da LDB e inciso VII do art. 206 da Constituição Federal.
Em nova manifestação pública, o CNE fez editar, em 18 de março do corrente, segunda Nota de Esclarecimento, enfatizando a competência das autoridades e órgãos que compõem todos os sistemas de ensino – federal, estaduais, municipais e distrital – para autorizarem a realização de atividades à distância (Ead) nas etapas e modalidades da educação básica.

de ação pedagógica contendo os objetivos, métodos, técnicas e recursos, bem como a carga horária prevista das atividades a serem desenvolvidas de forma não presencial pelos alunos, de acordo com a faixa etária, e as formas de acompanhamento, avaliação e comprovação da realização das mesmas por parte dos alunos. Referida Deliberação previu também que o plano de ação pedagógica fosse elaborado com a participação de seu corpo docente e devidamente divulgado à comunidade escolar, o que reflete o Princípio Constitucional da Gestão Democrática do Ensino (art. 206, VI, da CF) e o Princípio da Publicidade (art. 37 da CF).[2]

O que se viu, contudo, foi a imensa precariedade dos serviços educacionais prestados no País durante a pandemia, sobretudo pelas redes públicas de ensino, em afronta à legislação educacional.[3] Tal quadro se deu não só em razão da ineficiência dos gestores em garantirem a prestação dos serviços educacionais, como também pela notória situação de vulnerabilidade social de grande parte dos alunos da rede pública e a situação, ainda persistente, de exclusão digital de número significativo do alunado e mesmo dos professores da rede. Já agora, com a retomada das atividades educacionais, o grande desafio é dado pelo risco de evasão.[4]

Tendo tal quadro em mente, o presente artigo discutirá, a partir da tensão entre dois direitos humanos fundamentais aos quais o texto constitucional conferiu especial destaque, o direito à educação e o direito à saúde, inclusive dando-lhes prioridade orçamentária, de que modo se deu a judicialização da pandemia de COVID-19 no Brasil, com reflexos sobre o direito educacional, e os danos decorrentes à educação e à escolarização de crianças e adolescentes em nosso país em razão da histórica situação de exclusão digital e da baixa cobertura tecnológica de nossas escolas, sobretudo as públicas, a aumentar a distância entre a educação púbica e a privada no Brasil.

A metodologia consistirá em levantamento bibliográfico sobre o tema, na análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e na análise de dados empíricos a respeito da exclusão digital no Brasil e das repercussões e modos de reação dos sistemas de ensino à pandemia, a demonstrar os imensos desafios do país no campo educacional nos próximos anos.

---

[2] A Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro estimou, a partir de levantamento feito por suas Diretorias Regionais, que aproximadamente 20% (vinte por cento) dos alunos não possuíam acesso à internet. Informou também que estaria realizando procedimento para a aquisição de chips com dados de internet, além de material impresso e aulas em canal de tv aberta e informou que o uso efetivo da plataforma *Google For Education* e da ferramenta *Google Classroom* teria início em 06 de abril de 2020. Fonte: Ofício SEEDUC/GAB SEI n. 13, de 13 de abril de 2020.

[3] A propósito da educação como direito fundamental indisponível e apto a obrigar o Estado a propiciar meios que viabilizem seu exercício, inclusive afastando qualquer premissa de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, v. o decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto no RE 594018 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG. 06-08-2009 PUBLIC. 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11, p. 02360).

[4] A evasão no Estado do Rio de Janeiro foi da ordem de 8,9% em 2016 e de 5,1% em 2017, no ensino médio (Fonte: http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/evasao-escolar).

2. A judicialização da pandemia e o papel do STF no estabelecimento de parâmetros científicos de observância obrigatória pelos gestores

A judicialização da política e das relações sociais entre nós não é fenômeno recente (VIANNA, 1999), nem mesmo na área da educação (SILVEIRA, 2010; ALVES, 2018), mas durante a pandemia de COVID-19 tal fenômeno foi significativamente intensificado, não só em razão da excepcionalidade sanitária, que surpreendeu a gestão em saúde pública, como também pela intensa conflituosidade política experimentada pelo país, principalmente no início da pandemia, em que o Executivo Federal e os gestores municipais e estaduais não conseguiram construir pautas mínimas de consenso sobre as medidas sanitárias necessárias ao enfrentamento da doença (isolamento social, uso de máscaras, fechamento de atividades econômicas, restrição de circulação de pessoas etc.).

Diante de tal quadro de fraqueza das coalizões políticas, que a literatura aponta como favorável à judicialização (TATE; VALINDER, 1995), o Supremo Tribunal Federal, atendendo a urgência do momento, decidiu que a União, os Estados e os Municípios têm competência comum para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à pandemia de COVID-19,[5] pondo fim a um quadro de paralisia que já começava a ocorrer em alguns Estados e Municípios, embalado pela postura negacionista adotada pelo Governo Federal.

Mais especificamente por ocasião da apreciação de medida cautelar no âmbito das ADIs n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431-MC, o STF estabeleceu constituir erro grosseiro, passível de responsabilização civil e administrativa, a adoção de medidas de flexibilização violadoras do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, assim consideradas aquelas adotadas em inobservância de normas e critérios científicos e técnicos, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. No voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso, fica claro o recado: decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.[6]

Tal posicionamento de nossa mais alta Corte de Justiça repercutiu em diversas áreas e entes federativos e findou por ser um importante balizamento para a retomada, ou não, de atividades econômicas, inclusive para o fechamento, ou não, das escolas. Ou seja, o parâmetro fixado pelo STF impôs aos gestores, como elemento inafastável à tomada de suas decisões administrativas, a consideração de aspectos técnicos relacionados à saúde pública, especialmente os quadros epidemiológicos locais e as condições de atendimento das redes de saúde (taxas de ocupação de leitos, filas de espera etc.).

[5] ADI n. 6341 MC – Ref/DF, rel. Min. Edson Fachin, Pleno, maioria, j. 15.04.2020.
[6] Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Pleno, maioria, j. 21.05.2020.

O que há de interessante em tal decisão é que o Judiciário, a fim de minimizar reações negativas dos demais poderes e da própria sociedade, ou seja, a fim de minimizar o que a literatura tem denominado de *efeito backlash* (FONTELES, 2019), ancora sua argumentação na ciência, em seus critérios racionais, uma estratégia que já tinha sido utilizada em outros precedentes (aborto de fetos anencéfalos e utilização de células-tronco).[7] Ou seja, sem entrar propriamente na disputa sobre o acerto, ou não, das medidas de restrição sanitárias, preservando-se, em certo sentido, da onda de polarização política que atinge o próprio Judiciário, o STF buscou um fundamento externo ao direito com vistas à legitimidade de sua decisão, numa estratégia fortemente procedimental em que a ciência foi invocada como suporte argumentativo.

Naturalmente, pode-se questionar tal estratégia e sua segurança a partir da mutabilidade sempre presente dos critérios científicos, principalmente durante uma pandemia, mas talvez resida justamente aí a engenhosidade da solução dada pelo STF, que não dita os critérios científicos, apenas aponta que tais critérios devem ser observados pelos gestores na tomada de decisões (daí o seu caráter procedimental).

Um outro aspecto interessante da decisão é a ampliação do princípio da precaução, tradicionalmente utilizado no campo do direito ambiental, mas que o STF acoplou ao argumento dos critérios científicos para recomendar cautela aos gestores na tomada de decisões, inclusive o fechamento de escolas.

Diante da possibilidade de responsabilização administrativa, se desconsiderados os parâmetros científicos e a advertência precaucional, e tendo também em conta que a gestão em saúde pública durante a pandemia mostrou-se desastrosa,[8] muitas escolas públicas e privadas permaneceram fechadas por longo período, por decisão dos gestores locais, sendo o Brasil um dos países que mais manteve suas escolas inativas, como será visto mais à frente. As tímidas ações realizadas por Estados e Municípios, num quadro restritivo e de tensão entre os Poderes e entes federativos, geraram uma concreta desigualdade no acesso aos parcos meios digitais disponíveis, à falta de efetivas condições materiais e tecnológicas colocadas à disposição das comunidades escolares, sobretudo aos alunos das redes públicas, além da inexistência de planos de ação pedagógica adequados ao momento.

Uma das soluções apresentadas à superação de tal grave problema consistiu no envio de material impresso às residências dos alunos sem o necessário acompanhamento pedagógico, o que, na prática, impôs aos estudantes e suas famílias uma ilegal modalidade de *homeschooling* (ensino domiciliar), que o Supremo Tribunal Federal considerou ilegal por ocasião do julgamento do RE 888.815/RS.[9]

---

[7] Respectivamente, ADPF 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, maioria, j. 12.04.12, e ADI 3510-DF, rel. Min. Ayres Brito, Pleno, maioria, j. 29.05.08.

[8] https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/28/brasil-e-pior-pais-do-mundo-na-gestao-da-epidemia-de-covid-19-aponta-estudo-australiano.ghtml.

[9] "CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO

É importante compreender que em tal precedente a discussão girava em torno da suposta existência de um direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, o que nossa Corte Constitucional findou por afastar à falta de legislação específica. No caso da pandemia, ao lançar seus alunos à própria sorte com os "materiais impressos" enviados pelos correios, muitos Estados e Municípios brasileiros acabaram por impor a tais alunos a modalidade de *homeschooling* de forma flagrantemente discriminatória e com todas as dificuldades oriundas do perfil socioeconômico dos estudantes e seus pais, o que será nosso próximo tema.

3. Perfil socioeconômico e exclusão digital

É fato notório que o público-alvo das escolas públicas é composto, majoritariamente, por adolescentes e jovens de baixa renda e em situação de vulnerabilidade social, o que é demonstrado por diversos estudos e pesquisas amplamente reconhecidos pelos especialistas em educação.

Por exemplo, de acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico),[10] os estudantes brasileiros de 15 e 16 anos de alto nível socioeconômico estão quase três anos de aprendizagem em Leitura à frente daqueles de nível socioeconômico baixo, da mesma idade. Tais dados são do *Programme for International Student Assessment* (Pisa 2018), da OCDE, e demonstram que a desigualdade entre alunos ricos e pobres no Brasil está entre as maiores do mundo:

DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.
1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (*CIDADANIA)*; de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (*DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA)*. No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.
2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.
3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações.
4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade '*utilitarista*' ou '*por conveniência circunstancial*', desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).
5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): '*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*'".

[10] Os dados a seguir foram extraídos de https://www.portaliede.com.br/pisa-2018-brasil-e-um-dos-paises-com-a-maior-diferenca-de-desempenho-educacional-entre-alunos-ricos-e-pobres/ (acessado em 15 de setembro de 2021).

Foram considerados como estudantes de nível socioeconômico alto aqueles que estão entre os 33% de alunos com maior nível socioeconômico entre os que fizeram o Pisa 2018 em cada país. O índice de nível socioeconômico reflete o status econômico, social e cultural do estudante. O indicador é construído considerando as posses domésticas do aluno – se a família possui carro e se ele tem um quarto quieto para estudar, por exemplo – e escolaridade e ocupação dos pais.

Os estudantes brasileiros de nível socioeconômico alto obtiveram média em Leitura de 492,2, enquanto aqueles que estão entre os 33% de nível socioeconômico mais baixo, 389,6. A diferença entre os grupos foi, portanto, de 102,6 pontos – a terceira maior dentre os 79 países que participaram da avaliação em 2018. Só apresentaram diferenças mais altas Israel (121 pontos) e Filipinas (107 pontos). Especialistas consideram que cada 35 pontos equivalem a 1 ano de aprendizagem.

A média geral do Brasil em Leitura, no Pisa 2018, foi 412,9, um pequeno avanço em relação à edição anterior, de 2015, em que o país obteve 407,4. Apenas para comparação, a média dos estudantes brasileiros de nível socioeconômico alto está acima da média geral da Suíça, do Chile e da Itália e no mesmo patamar de França e Portugal. Já a nota dos estudantes mais pobres fica entre as médias da República da Macedônia e do Cazaquistão.

Essa diferença não é observada apenas em Leitura. Em Matemática, área em que o país encontra ainda mais dificuldade para avançar, a diferença entre os dois grupos também ultrapassa 100 pontos. Os estudantes de renda mais alta atingiram 461,8 pontos, enquanto os de baixa, 360,8. A média do país foi 383,6 – em 2015, ficou em 377,1. Os países que apresentaram diferenças maiores que o Brasil são Israel, Bélgica, Hungria e Eslováquia. No entanto, é preciso ressaltar que, apesar dessas grandes discrepâncias de desempenho entre os estudantes, nenhuma dessas quatro nações está no mesmo nível de aprendizagem do Brasil. Nesses países, mesmo os alunos mais pobres possuem desempenho superior à média brasileira.

Em ciências, a situação se repete: alunos brasileiros de nível socioeconômico alto obtiveram 483,3 pontos, enquanto os de baixo, 380,7 (diferença de 102,6, menor apenas que Israel e Bélgica).

Estudos sobre o tema mostram grande correlação entre os resultados dos estudantes em testes padronizados e a situação socioeconômica de suas famílias. Isso em razão de diversos fatores, tais como mais

> estímulo que recebem em casa, exposição a vocabulário mais vasto, acesso a livros e bens culturais.
>
> (...)
>
> Na plataforma Mapa da Aprendizagem, é possível comparar as respostas dos estudantes a 6 perguntas do questionário do aluno do Pisa 2018. Uma delas é se já repetiram de ano: enquanto um quarto dos estudantes de nível socioeconômico baixo repetiu de ano pelo menos uma vez no ensino fundamental, entre os alunos de nível socioeconômico alto, o índice é de 8,8%.

Recentemente,[11] o Instituto Interdisciplinaridade e Evidências no Debate Educacional (IEDE) realizou um estudo com os microdados do Pisa 2015 a fim de entender o perfil dos adolescentes que estudam nas redes pública e privada brasileiras. Referido estudo aponta diferenças relevantes entre eles:

> *[e]nquanto na rede pública, por exemplo, somente 43,4% dos alunos na faixa etária avaliada, 15 ou 16 anos, espera completar o ensino superior ou realizar uma pós-graduação; na rede privada, o percentual sobe para 69%. Outros itens também chamam a atenção, como os alunos que exercem trabalho remunerado após as aulas. Na rede pública são 40%; já na privada, 24,4%.*
>
> (...)
>
> De acordo com dados das Sinopses Estatísticas da Educação Básica 2017, dos 3.098.466 alunos matriculados no 1º ano do ensino médio, ano passado, *88.8%, isto é 2.752.124, estavam na rede pública (municipal, federal ou estadual).*
>
> *Além de muito mais numeroso, o contingente de alunos da rede pública é também mais diverso.* Comparações, mesmo que entre o subgrupo de alunos da rede privada com nível socioeconômico semelhante ao da pública, exigem cuidado. Isso porque, entre outros fatores, *na rede pública há alunos de extrema baixa renda, que raramente são encontrados na rede privada*.

[11] Fonte: https://www.portaliede.com.br/analise-inedita-do-iede-ajuda-a-entender-o-perfil-dos-alunos-de-15-anos-das-redes-publica-e-privada/ (acesso em 21.09.21).

Respostas à pergunta: "qual das seguintes etapas você espera completar?"				
Tipo de rede	Ensino fundamental II	Ensino médio ou ensino médio técnico	Cursos técnicos, tecnólogos e graduações de até 2 anos	Graduação ou pós, incluindo mestrado e doutorado
Alunos da rede pública	3,33%	44,5%	8,73%	43,45%
Alunos da rede privada	0,74%	18,39%	12,12%	68,76%

Estudantes que responderam "sim" à pergunta: "depois de sair da escola, você trabalha de forma remunerada?"	
Rede pública	40%
Rede privada	24,4%

Quem são os alunos de 15 anos da rede pública?

1. *Somente 44% tem mães com ensino médio completo, mas seus pais apoiam seus estudos*

Na rede pública, 41% dos alunos têm pais com ensino médio completo. Já na particular, o percentual é quase o dobro, 80,2%. Veja:

Mães com ensino médio completo	
Rede pública	44,5%
Rede privada	83,1%

Pais com ensino médio completo	
Rede pública	41%
Rede privada	80,2%

2. *19% já repetiram de ano pelo menos uma vez*

Entre os alunos da rede pública, 19,1% afirmaram que já repetiram de ano pelo menos uma vez; entre os estudantes da rede privada o percentual é de 11,1%. Foram analisadas também questões ligadas à indisciplina nas aulas de ciências (área foco do Pisa 2015) e sobre repetência. Veja a seguir:

Percentual de alunos que disse que o fato citado acontece em todas as aulas de ciências		
	Rede pública	Rede privada
Há barulho e desordem	15,4%	6,5%
Alunos não escutam o que professor fala	13,8%	5,7%
O professor espera muito tempo até os alunos se aquietarem	14,5%	6,8%
Os alunos não conseguem trabalhar bem	10,8%	3,7%

(...)

3. *Estão quase três anos letivos atrás em aprendizagem em relação à rede privada*

De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), responsável pelo Pisa, cerca de 35 pontos representam um ano letivo de aprendizado. Dessa forma, pode-se dizer que *alunos da rede pública estavam, aos 15 anos, quase 3 anos atrás em aprendizagem em relação aos alunos da mesma faixa etária na rede particular.*

Observe as diferenças entre as médias de proficiência por rede:

Médias de proficiência no Pisa 2015				
	Matemática	Ciências	Leitura	Resolução Colaborativa de Problemas
Rede pública	364,99	388,84	395,34	402,35
Rede privada	461,01	486,20	491,88	478,74

Há também diferenças significativas no percentual de alunos por nível de desempenho:

Segundo a OCDE, 2 é considerado o nível mínimo de proficiência para que o aluno seja capaz de exercer sua cidadania. Preocupa,

portanto, o fato de que, *na rede pública, 74,3% dos alunos estão abaixo do nível 2 em matemática; 60,2%, em ciências; e 53,5%, em leitura.* Já na rede privada o percentual de alunos que não chegaram ao nível mínimo de proficiência foi de 32,2% em matemática; 18,6%, em ciências; e 16,8%, em leitura.

Mas, enquanto há grandes diferenças entre as redes nos níveis mais baixos de desempenho, não se pode dizer o mesmo sobre os níveis mais altos, 5 ou 6. Em ambas, poucos alunos chegaram lá. Veja todos os dados na tabela a seguir:

Percentual de alunos por nível de desempenho em matemática, ciências e leitura na rede pública e na rede privada:						
	Matemática		Ciências		Leitura	
	Rede pública	Rede privada	Rede pública	Rede privada	Rede pública	Rede privada
Abaixo do nível 1	46,2%	12,5%	4,3%	0,5%	7,0%	1,0%
Nível 1	28,1%	19,7%	55,9%	18,1%	46,5%	15,8%
Nível 2	16,7%	26,8%	26,1%	29,3%	26,3%	25,3%
Nível 3	6,9%	23,6%	11,1%	32,1%	14,9%	32,7%
Nível 4	1,7%	12,3%	2,4%	16,2%	4,6%	19,7%
Nível 5	0,3%	4,2%	0,2%	3,6%	0,7%	5.0%
Nível 6	0.0%	1,0%	0.0%	0,2%	0.0%	0,6%

Os dados levantados pelo Iede reforçam que há grandes desafios na rede pública, que precisam ser enfrentados para que os alunos tenham pelo menos o mesmo aprendizado daqueles que estão na rede privada e expectativas acadêmicas tão altas quanto. Tais pesquisas deixam claro que, ao contrário do suposto, o baixo desempenho da rede pública não se deve ao "desinteresse" dos pais dos alunos das escolas públicas, ou mesmo de "desinteresse" dos próprios alunos,[12] mas sim de condições materiais (renda e emprego, grau de escolaridade dos pais, condições de habitação, acesso a serviços públicos etc.) que têm um impacto avassalador sobre

[12] A mesma pesquisa antes referida demonstra que nos três grupos analisados (pública, privada e privada com nível socioeconômico similar ao da pública) mais de 90% dos alunos afirmaram que os pais se interessam por suas atividades escolares e mais de 80% que os ajudam quando enfrentam dificuldades na escola. A pesquisa também demonstra que tanto alunos da rede pública como da rede privada desejam ir bem na escola: nos três grupos, mais de 95% dos alunos responderam que concordam ou concordam fortemente que querem obter "as melhores notas em todas ou na maioria das disciplinas", e mais de 60% que querem "estar entre os melhores da sala" (Fonte: https://www.portaliede.com.br/analise-inedita-do-iede-ajuda-a-entender-o-perfil-dos-alunos-de-15-anos-das-redes-publica-e-privada/. acesso em 21.09.21).

a oferta e a qualidade da educação pública no Brasil, a indicar que o ensino virtual, embora em tese possível, deve ser executado de forma bastante cautelosa na rede pública de ensino, e não da forma improvisada como se viu em vários Estados e Municípios brasileiros. Além da situação de vulnerabilidade social, há também, mesmo nos dias atuais, um preocupante quadro de exclusão digital, que deve ser conjugado ao perfil socioeconômico dos alunos das escolas públicas.

Por exclusão digital entenda-se, basicamente, a situação de impossibilidade ou de severa dificuldade de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação. Tal conceito, embora originalmente vinculado a aspectos técnicos (acesso e velocidade de conexão à internet, qualidade do hardware e do software dos equipamentos etc.) leva também em consideração diversos outros fatores, tais como os aspectos individuais e sociais (idade, gênero, grau de escolaridade, renda, capacidade de compreensão do inglês, diferenças culturais, diferenças de habilidades no uso de tecnologias, motivação, autonomia, qualidade da informação, tempo diário de conexão, questões comportamentais, como a timidez etc.) e também aspectos geográficos (zonas urbanas e rurais e seus bairros e regiões, os problemas de "sinal" etc.).[13]

Nessa linha, pesquisa do IBGE aponta que embora a inclusão digital esteja em franco crescimento entre nós, o país ainda tinha 63,3 milhões de habitantes e 21 milhões de lares sem acesso ao serviço no fim de 2016. Desse contingente de desconectados, 47,7 milhões – 75% do total – afirmam que não usam a rede por falta de conhecimento ou desinteresse.[14]

Justamente por isso, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) aponta que a exclusão digital é um importante fator de desigualdade entre as nações, o que coloca os países periféricos e suas populações em situação de franca desvantagem frente aos países economicamente fortes e suas populações.

Todos esses aspectos, conjugados aos perfis socioeconômicos dos alunos e professores da rede pública, deviam ter sido levados em conta no momento em que vários Estados e Municípios anunciaram a implementação das aulas virtuais, faltando não só condições materiais de pleno acesso às novas tecnologias como também condições culturais e expertise, na medida em que os alunos e professores, principalmente os da rede pública, não estavam habituados ao uso das plataformas tecnológicas oferecidas. No caso dos professores, a situação já se mostrava bastante preocupante se considerado que muitos deles já estão em final de carreira e foram formados no modelo tradicional de magistério, ou seja, o modelo "cuspe e giz".

Naturalmente, não se ignora que o quadro de pandemia mundial a todos surpreendeu, a exigir dos gestores a difícil tarefa de garantir o direito fundamental à educação mesmo em momento tão adverso. A situação de pandemia, de fato,

[13] MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Democracia on-line e o problema da exclusão digital. *Intexto,* Porto Alegre, UFRGS, n. 30, julho de 2014, p. 102.
[14] Fonte: https://www.anj.org.br/site/exemplos/97-midia-nacional/5948-excluidos-digitais-sao-63-milhoes.html (acesso em 13.04.2020).

assemelha-se a de uma guerra mundial, só que contra um "inimigo invisível". Não obstante, a garantia constitucional de acesso à educação, que não pode ser ilusória ou meramente formal, não pode admitir como natural que alguns alunos tenham acesso à educação, e outros não tenham, ou seja, que alguns alunos sejam deixados para trás. Não pode admitir, em suma, que se formem castas de estudantes: a casta dos "tecnológicos" e a dos "excluídos digitais".

No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, os dados oriundos de questionários socioeconômicos aplicados nas avaliações de larga escala Prova Brasil/2017, Enem/2018 e PNADc/2018[15] demonstram que:

- a grande maioria dos alunos da rede pública do Estado que estão no 5º e no 9º ano possuem acesso à televisão, mas quando questionados sobre acesso a computador 38% dos estudantes do 5º ano e 31% dos alunos do 9º ano do ensino fundamental não possuem acesso ao mesmo;
- apesar de uma grande parte desses estudantes não saber responder a escolaridade dos seus pais, quando o sabem a maioria dos pais possuem apenas ensino fundamental como maior escolaridade completa;
- dos estudantes que realizaram a prova do Enem em 2018, 32% não possuíam computador, mas 83% relataram possuir acesso à internet. Uma possível explicação a isso pode ser a falta de distinção entre o acesso à rede de banda larga domiciliar e à rede 4G de operadoras de telefonia;
- entre esses mesmos alunos a maioria dos pais tinham apenas o ensino fundamental e mais da metade dos estudantes viviam em famílias cuja renda familiar era de até R$1.908,00;
- 47% dos domicílios do Estado não tinham nenhum tipo de microcomputador em casa, 12% não tinham acesso à internet por qualquer meio eletrônico e 43% não possuíam acesso à internet através de microcomputadores.

Em suma, os dados acima demonstram claramente que as estratégias utilizadas pelas redes de ensino possuem forte caráter seletivo e discriminatório, por deixaram à margem um quantitativo imenso de alunos sem cobertura educacional e que vivem em famílias de baixa renda e sem condições de apoiarem seus filhos nas atividades domiciliares.

[15] Fontes: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/microdados-do-sistema-de-avaliacao-da-educacao-basica-de-2017-sao-divulgados/21206#:~:text=O%20pacote%20dos%20microdados%20Saeb,pacotes%20estat%C3%ADsticos%20SAS%20e%20SPSS. (microdados da Prova Brasil, 2017); https://download.inep.gov.br/microdados/microdados_enem2018.zip (microdados do Enem, 2018) e https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/cultura-recreacao-e-esporte/17270-pnad-continua.html?=&t=microdados (microdados da PNADc, 2018). Acesso em 21.09.21.

4. Repercussões e reações dos sistemas educacionais

Em julho de 2021, já num cenário de significativo retorno, mesmo que parcial, das atividades presenciais, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) publicou importante pesquisa a respeito dos impactos da pandemia sobre os sistemas nacionais de ensino,[16] o que nos permite refletir sobre as repercussões e as formas de reação das comunidades escolares e dos gestores durante tal período. No universo total de escolas pesquisadas, 97,2% das escolas públicas responderam à pesquisa, enquanto nas redes privadas o total foi de 83,2%, uma base amostral bastante significativa.

Inicialmente, o levantamento mostra que 99,3% das escolas brasileiras (redes pública e privada) suspenderam as atividades educacionais presenciais. Em função disso, parte delas também ajustou a data do término do ano letivo de 2020, visando ao enfrentamento das questões pedagógicas decorrentes dessa suspensão.[17] No amplo universo das escolas brasileiras, as escolas públicas sentiram uma necessidade maior de fazer a adequação do calendário, sendo que pouco mais de 53% delas mantiveram o calendário original. Por outro lado, cerca de 70% das escolas privadas seguiram o cronograma previsto,[18] a reforçar, mais uma vez, o fosso existente entre as redes pública e privada, esta última, de um modo geral, melhor equipada para o enfrentamento da pandemia.

O estudo também aponta que o percentual de escolas brasileiras que não retornaram às atividades presenciais no ano letivo de 2020 foi de 90,1%, sendo que na rede federal esse percentual foi de 98,4%, seguido pelas escolas municipais (97,5%), estaduais (85,9%) e privadas (70,9%). Isso significa que mais de 98% das escolas do País adotaram estratégias não presenciais de ensino.[19] A diferença entre os sistemas público e privado de ensino relativamente ao retorno às atividades presenciais em 2020 deve-se, provavelmente, à forte demanda exercida pelos proprietários das escolas privadas, pressionados pelas famílias que questionavam a manutenção integral dos valores das mensalidades, mesmo sem aulas presenciais.[20]

Comparando as realidades de diferentes países, percebe-se que o Brasil teve um período bastante significativo de suspensão das atividades escolares presenciais, vale dizer, 279 dias de suspensão em 2020, considerando escolas públicas e privadas. Diversamente, dados do monitoramento global do fechamento de escolas causado pelo coronavírus, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), mostram que Chile e Argentina registraram 199 dias sem atividades

[16] https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[17] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[18] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[19] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[20] https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/05/entenda-como-e-o-desconto-de-30percent-nas-mensalidades-de-escolas-e-universidades-particulares-do-rj.ghtml.

presenciais entre 11 de março de 2020 e 2 de fevereiro de 2021; no México, foram 180 dias de suspensão das aulas presenciais, enquanto o Canadá teve apenas 163 dias de aulas presenciais suspensas; França e Portugal contabilizaram menos de um trimestre sem aulas presenciais, com a suspensão de 43 e 67 dias, respectivamente.[21] Estudos futuros poderão aprofundar as causas de tamanha discrepância, mas já é possível indicar como uma das mais prováveis a forma negligente como a pandemia foi enfrentada pelo Governo Federal, como acima já referido, a criar uma atmosfera de insegurança sanitária, não só na sociedade como também nas próprias esferas federativas de gestão educacional (Estados e Municípios).

No quesito "tecnologia", o referido estudo demonstra que na rede estadual 79,9% das escolas treinaram seus docentes para o uso de metodologias ou materiais dos programas de ensino não presencial. Na rede municipal, 53,7% fizeram este treinamento, sendo que 43,4% das escolas estaduais disponibilizaram equipamentos (computador, notebooks, tablets e smartphones) aos docentes, enquanto nas escolas municipais esse percentual cai significativamente (19,7%). Relativamente ao acesso gratuito ou subsidiado à internet em domicílio, a pesquisa Inep mostra que 15,9% das escolas da rede estadual adotaram medidas nesse sentido, e na rede municipal o número registrado foi de ínfimos 2,2%.[22] Os dados demonstram que os gestores educacionais, sobretudo os gestores municipais, ignoraram a situação de exclusão digital no Brasil, conforme acima demonstrado.

Dentre as estratégias utilizadas para superar as dificuldades impostas pela pandemia, a disponibilização de materiais impressos para retirada na escola foi a mais utilizada, seguida da oferta de materiais de ensino-aprendizagem na internet, das avaliações e testes realizados, remotamente, pela internet ou com material físico. Além disso, as escolas brasileiras realizaram atendimentos virtuais ou presenciais escalonados, além de suporte aos alunos, seus pais ou responsáveis.[23] Também aqui se percebe que a principal estratégia adotada (retirada de material impresso) demonstra o nível de defasagem tecnológica das escolas brasileiras.

Sobre a realização de aulas ao vivo ("síncronas"), os dados apontam que 72,8% das escolas estaduais e 31,9% das municipais implementaram tal estratégia. Em 2.142 cidades brasileiras nenhuma das escolas municipais adotou essa medida, mas, em contrapartida, em 592 cidades todas as escolas da rede municipal fizeram o uso desse meio. O levantamento também indica que 21,9% das escolas privadas retornaram às aulas no modelo híbrido (realização concomitante de atividades presenciais e não presenciais) e na rede pública apenas 4% das escolas adotaram essa medida.[24]

[21] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[22] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[23] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.
[24] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em 15.09.21.

Em levantamento relativo ao período pré-pandemia, o Censo Escolar realizado pelo Inep (2020) revela que na educação infantil a internet banda larga está presente em 85% das escolas particulares, caindo tal percentual para 52,7% quando se trata da rede municipal. No ensino fundamental, os municípios também apresentaram números desanimadores, pois apenas 9,9% das escolas possuem lousa digital, 54,4% projetores multimídia, 38,3% computadores de mesa, 23,8% computadores portáteis, 52,0% internet banda larga e 23,8% oferecem internet para uso dos estudantes. Um olhar para as regiões do País revela que o Centro-Oeste tem a melhor estrutura tecnológica, com 83,4% das escolas de ensino fundamental com internet banda larga. Em seguida estão o Sudeste (81,2%) e o Sul (78,7%). Seguindo preocupante tendência de menor atenção, os estados do Norte e do Nordeste são os que têm a menor conectividade (31,4% e 54,7%, respectivamente). A propósito da disponibilidade de internet aos alunos, o Sul sai na frente (65,4% das escolas que têm ensino fundamental fornecem acesso aos estudantes), sendo seguido pelo Sudeste (51,8%) e pelo Centro-Oeste (48,3%). Um outro achado relevante da pesquisa demonstra que a disponibilidade de equipamentos nas escolas de ensino médio é maior do que nas do ensino fundamental: na rede estadual, 80,4% das unidades têm internet banda larga e 79,3% delas possuem computadores de mesa para alunos.[25]

Da análise cuidadosa dos diversos problemas levantados pela pesquisa do Inep percebe-se que o desempenho dos municípios foi consideravelmente pior que o desempenho dos Estados e da rede privada durante a pandemia, o que levanta uma relevante preocupação a respeito do futuro da educação no Brasil, se considerada a faixa educacional de competência dos Municípios (educação infantil e educação fundamental).

Os achados da pesquisa do Inep foram corroborados pela Unicef, que em recente publicação aponta que, em novembro de 2020, 5.075.294 crianças e adolescentes de 6 a 17 anos estavam fora da escola ou sem atividades escolares, o que corresponde a 13,9% dessa parcela da população em todo o Brasil, sendo as regiões Norte e Nordeste as que apresentam os maiores percentuais de crianças e adolescentes fora da escola, sobretudo na faixa etária de 6 a 10 anos e nas zonas rurais.[26]

Enfim, os dados acima demonstram a gravidade das repercussões da pandemia sobre a educação brasileira e a precariedade das soluções apresentadas às comunidades escolares, indiciando que nos próximos anos o país terá diante de si enormes desafios no campo educacional.

[25] Fonte: https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-escolar/pesquisa-revela-dados-sobre-tecnologias-nas-escolas. Acessado em 21.09.21.
[26] Fonte: https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil. Acessado em 22.10.21.

5. Conclusão

Se faltou coordenação dos entes federativos ao enfrentamento da pandemia – como de fato faltou –, os efeitos sobre a educação experimentados ao longo dos anos de 2020 e 2021 requerem que o modelo de federalismo cooperativo desenhado pelo texto constitucional de 1988 seja posto em operação de modo a que União, Estados e Municípios recuperem o tempo perdido por estudantes de todo o país, suas defasagens educacionais.

Dentre os maiores desafios, a evasão escolar é o maior deles, dados os números alarmantes de crianças e adolescentes fora da escola em todo o país, como visto. Num cenário de retração orçamentária causado pela pandemia, o combate à evasão escolar demanda esforços multiplicados do Estado, da sociedade e das comunidades escolares, num ambiente cooperativo, criativo e solidário.

Embora os efeitos sobre a educação sejam robustos, é possível superá-los. É chegada a hora, finalmente, de ampliar o acesso das comunidades escolares a ferramentas tecnológicas e de aprofundar a qualificação dos professores em seu manejo, dotando as escolas de parques tecnológicos adequados às suas necessidades e características, sobretudo nas redes públicas, que historicamente possuem uma grande defasagem relativamente às redes privadas de ensino. Naturalmente, a tecnologia não será a única saída e deve ser adotada com cautela. Tampouco poderá substituir a dimensão humana do processo de educar, ou seja, o professor e sua interação com o aluno.

Referências bibliográficas

ALVES, Rogério Pacheco. Judicialização do direito à educação. *Revista Publicum*, v. 4, 2018, p. 83-105.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: Juspodium, 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (Unicef). *Cenário da Exclusão Escolar no Brasil*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil. Acessado em: 22.10.21.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (Inep). *Censo Escolar 2020*. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19. Acessado em: 20.10.21.

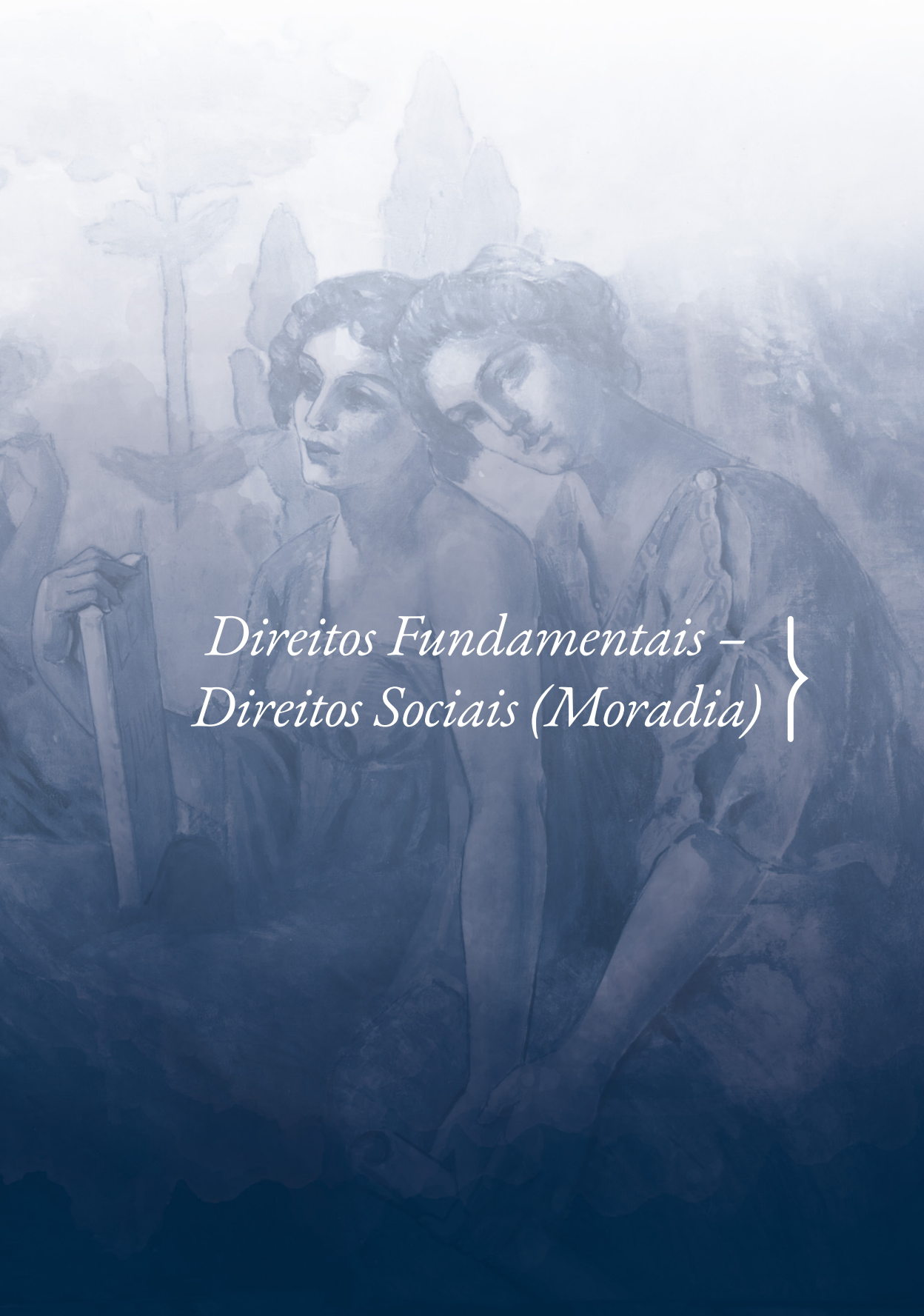
_____. *Pesquisa INEP*. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-escolar/pesquisa-revela-dados-sobre-tecnologias-nas-escolas. Acessado em: 20.10.21.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Democracia on-line e o problema da exclusão digital. Porto Alegre: *Intexto*-UFRGS, n. 30, julho de 2014.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes*: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Moradia)



PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E DIREITOS PRESTACIONAIS

EMERSON GARCIA *

Sumário: 1. A aporia inicial. 2. A dignidade das "*pessoas em situação de rua*". 3. Prestações sociais mínimas a serem garantidas às "*pessoas em situação de rua*". 4. A exigibilidade dos direitos prestacionais. 5. A autonomia da vontade como algoz da dignidade. Epílogo. Referências bibliográficas.

Resumo: Após identificar os elementos estruturais da dignidade humana resultante da convergência do *ser* humano com o *estar* humano, o estudo individualiza os dois direitos sociais cuja ausência torna-se mais perceptível em relação às pessoas em "*situação de rua*". São eles a alimentação e a habitação. O primeiro assegura a continuidade biológica, o segundo, uma existência digna. Direitos dessa natureza, conquanto dependam, regra geral, de integração pela legislação infraconstitucional, que indicará as prestações a serem oferecidas, os destinatários em potencial e a respectiva fonte de custeio, podem ter o seu conteúdo integrado pelo princípio mais amplo da dignidade humana e serem imediatamente exigidos dos poderes constituídos, inclusive com a intervenção do Poder Judiciário.

Palavras-chave: situação de rua; dignidade humana; habitação; alimentação; e discricionariedade.

1. A aporia inicial

O designativo inaugural de nossas considerações, "*pessoas em situação de rua*", é daqueles cuja polissemia não passa despercebida. Na língua

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da American Society of International Law e da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 48 (3ª Fase), abr./jun. 2013, p. 75-106.

portuguesa, o signo linguístico "*rua*", do latim *ruga*,[1] significando ruga e, em momento posterior, caminho, tem um sentido que não destoa de outros congêneres, colhidos em línguas diversas. Trata-se de uma via pública que margeia propriedades ou outras áreas públicas, em um ou em ambos os lados, intermediada, ou não, por uma faixa exclusiva para pedestres.[2] Por extensão, também é possível falarmos nos "*habitantes de uma rua*", isso para fazermos menção àquelas pessoas que residem em habitações lindeiras a certa rua; ou em "*homem da rua*", indicando como tal o cidadão médio, não importando quem seja.[3] Essa última expressão, a depender do intérprete, também pode ser estendida à pessoa sem moradia (*homeless*[4], *Wohnungslos*[5]), que vaga pelas ruas sem ter para onde ir. Esse é o sentido que atribuiremos às nossas breves reflexões. Trataremos da situação de inúmeros seres, biologicamente enquadráveis na espécie humana, dotados de razão, isso ao menos no plano conceitual, e que, de modo voluntário, ou não, vivem (vegetam, não fosse a confusão conceitual com a botânica, certamente seria uma opção a ser considerada) no espaço público, seja, ou não, tecnicamente considerado uma rua (*v.g.*: parques, viadutos, árvores etc.).[6]

E porque distinguir o "*homem da rua*" do "*homem da casa*", quando ambos, indistintamente, são enquadráveis sob a epígrafe da "*espécie humana*"? A resposta é simples: a civilização contemporânea há muito compreendeu que ao *ser* humano deve ser agregado o *estar* humano, surgindo, da convergência desses elementos, a noção mais ampla de dignidade humana, tão ao gosto de tantos quantos queiram enfatizar a necessidade de assegurar algo a alguém ou de evitar que algo lhe seja subtraído. É nesse momento que nos deparamos com a nossa "*aporia inicial*". Se a dignidade resulta do *ser* e do *estar* humano, é possível afirmar que, quando esse último elemento estiver ausente, ela também

---

1 Cf. TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. 2ª ed.. Porto: Gráficos Reunidos, 1942, verbete "*ruga*", p. 759.

2 Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, verbete "*rua*", p. 1.525; *Diccionario Enciplopedico Universal*. Madrid: Cultural S.A., 2000, verbete "*calle*"; *Parola Chiave. Dizionario di Italiano per Brasiliani*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, verbete "*via*", p. 860; *Larousse Dictionnaire Encyclopédique Illustré*. Paris: Larousse, 1997, verbete "*rue*", p. 1.396; *Langenscheidts Grobwörterbuch*. 5ª ed.. Berlin: Langenscheidt, 2002, verbete "*Strabe*", p. 950.

3 *Larousse Dictionnaire...*, verbete "*rue*", p. 1.396.

4 *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. 4ª ed.. 6ª imp.. Oxford: Oxford University Press, 1991, verbete "*Street*", p. 1271.

5 *Langenscheidts Grobwörterbuch...*, verbete "*Strabe*", p. 950.

6 O Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, considerou, no parágrafo único do seu art. 1º, "*população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória*".

estará. E aqui surge o questionamento: é possível reconhecermos a existência de um ser humano sem dignidade? Parafraseando Hamlet, em sua entrada triunfal: "*[t]o be, or not to be, - that is the question*".[7] Ou devemos reconhecer a privação da dignidade como um evento que, além de temporário e acidental, deve ser necessariamente superado com a maior brevidade possível? Caso essa proposição seja defensável, de quem é o dever de restabelecer a dignidade? Da própria pessoa temporariamente destituída de dignidade, o que a situaria a jusante da juridicidade, ou de terceiros (*rectius*: família, sociedade ou Estado)?

Essas questões, à evidência, hão de ser enfrentadas em qualquer arrazoado que se proponha a analisar, sob o prisma ético-jurídico, a situação das "*pessoas em situação de rua*" e dos direitos que podem opor a terceiros. A temática, que assume proporções dramáticas em Estados de modernidade tardia, tamanho o contingente de pessoas nessa situação, não é desconhecida dos "primos ricos" que emolduram o "primeiro mundo". Para citarmos apenas um exemplo, é bem conhecido, pelos germânicos, o tema "*Leben auf der Straße: Wohnungslos in Deutschland*" ("*Viver na Rua: os sem habitação na Alemanha*"). Trata-se de problema social de contornos universais, que varia em intensidade conforme o estágio de desenvolvimento civilizatório de um dado povo; os fatores que concorrem para o seu surgimento, como os de natureza econômica e familiar; o modo como as estruturas estatais de poder o encaram, reconhecendo, ou não, a existência de um dever assistencial em relação a essas pessoas, máxime quando o estado de penúria é consequência de atos voluntários e facilmente evitáveis (*v.g.*: preguiça, desonestidade, insensatez etc.); e da percepção que a sociedade tem ao seu respeito, partilhando, ou não, um sentimento de solidariedade.

2. A dignidade das "*pessoas em situação de rua*"[8]

Nos Estados formados a partir de sociedades democráticas e pluralísticas, há muito se reconhece a posição de primazia atribuída ao ser humano, justamente visto como fator de legitimação e fim último da atuação estatal. A República Federativa do Brasil não foge a essa regra. Afinal, sua ordem

---

7 *The Complete Works of William Shakespeare. Hamlet, Price of Denmark. Act III, Secene I – A Room in the Castle*. Cleveland: The World Syndcate Publishing Company, s/d, p. 945 (960).

8 Parte das considerações realizadas neste item reflete o constante de obra inédita, do articulista, intitulada "*Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*", resultante de tese de doutoramento apresentada à Universidade de Lisboa e aprovada, por unanimidade, por júri composto pelos Professores Doutores J. J. Gomes Canotilho e Fernando Bronze, da Universidade de Coimbra, e pelos Professores Doutores Jorge Miranda (orientador), Jorge Reis Novais, Carlos Blanco de Morais, David Duarte, Pedro Romano e Miguel Teixeira de Souza.

constitucional reconhece que (1) todo o poder emana do povo (art. 2º), (2) a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado (art. 1º, III) e (3) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos e a erradicação da pobreza e da marginalização, é objetivo fundamental (art. 3º, I, III e IV).

Ainda que a ciência política esteja longe de alcançar um ponto de convergência quanto à noção de povo, é inegável que esse signo linguístico alberga os indivíduos que possuem um vínculo jurídico com o Estado, o que é normalmente expresso pelo conceito de nacionalidade, alcançando tanto os residentes em seu território, como os que se encontram no exterior. É nesse sentido que se pode falar em povo brasileiro, povo alemão etc.. Embora seja factível que nem todos os integrantes do povo participam da formação da vontade política (*v.g.*: são normalmente excluídos do exercício da cidadania os jovens de reduzida idade, os alienados mentais etc.), é nele que o poder encontra a sua base de legitimação. Sartori, aliás, já observara que, no plano etimológico, democracia significa "*poder do povo*".[9] Não é por outra razão que Abrahan Lincoln, no célebre discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863, afirmara que democracia é o governo "*do povo, para o povo e pelo povo*". É possível reconhecer, sem maiores esforços argumentativos, que tanto o "*homem da rua*", como o "*homem da casa*", integram o conceito mais amplo de povo. Logo, o poder estatal emana de ambos.

A reconhecida primazia dos direitos humanos no Estado de Direito, fruto da concepção de ser humano enquanto razão e fim do poder estatal, tem influenciado, intensamente, o delineamento do arquétipo constitucional. É possível afirmar que o discurso dos direitos do ser humano consubstancia a "*linguagem da prioridade.*"[10] Afinal, direitos são "*trunfos políticos*"[11] que ostentam inegável força no ambiente sociopolítico, norteando e limitando o exercício do poder. O seu acolhimento, aliás, além de representar uma "*revolução da consciência humana*",[12] tem sido visto como o principal meio para se determinar a correção moral da ordem jurídica.[13] Sob a epígrafe dos direitos humanos[14] podem ser incluídos tanto a exigência do *facere*, como do *non facere*, estatal ou

---

9 *Théorie de la Democratie* (*Democrazia e definizioni*). Trad. de HURTIG, Christiane. Paris: Librairie Armand Colin, 1973, p. 3.
10 CAMPBELL, Tom. *Rights: a critical introduction.* New York: Routledge, 2006, p. 3.
11 DWORKIN, Ronald.. *Taking Rights Seriously.* 17ª imp.. Massachussets: Harvard University Press, 1999, p. xi.
12 IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights.* The Hague: Foundation Horizon, 1999, p. 10-11.
13 Cf. STONE, Adrienne. *Introduction, in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 1.
14 Sobre as distintas concepções de direitos humanos, vide: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de COUTINHO, Carlos Nélson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17.

privado, voltados à preservação e à garantia da digna existência do ser humano.[15] Direitos dessa natureza, em seus contornos mais amplos, têm sido vistos sob uma perspectiva dúplice. Em um extremo, sua natureza seria puramente idealista ou moral, em que prevalece a ideia de inerência ao indivíduo, que a eles faria jus com abstração de sua inserção em uma disposição normativa formal. No extremo oposto, seriam objeto de reflexão e análise sob uma ótica jurígena, isso em razão de sua absorção por uma ordem jurídica, internacional ou interna, normalmente recebendo, no âmbito desta última, o designativo de direitos fundamentais (*rectius*: direitos humanos positivados).[16] Um termo comum aos planos moral e jurígeno, internacional ou interno, é o de dignidade da pessoa humana, que seria reconhecida e preservada com o respeito a esses direitos.[17]

Como todo poder emana do povo, nada mais natural que considerar a "*dignidade humana*" um dos fundamentos do Estado, estrutura orgânica que surge a partir desse poder e é responsável pela sua projeção na realidade. Se a ilação é simples, o mesmo não pode ser dito em relação à densificação do significado dessa expressão, que apresenta textura essencialmente aberta, exigindo do intérprete a resolução de uma série de conflitualidades intrínsecas, todas subjacentes ao processo de interpretação constitucional. Trata-se de expressão incorporada a não poucas ordens constitucionais, exigindo uma intensa participação do intérprete no delineamento do seu significado, o que decorre (1) da vagueza de sua base semântica, (2) de sua evidente polissemia;[18] (3) dos diversos valores que podem ser satisfeitos com a integração do seu conteúdo (*v.g.*: igualdade, justiça social etc.); (4) dos distintos fins que podem ser alcançados sob os auspícios de sua observância (*v.g.*: preservação da liberdade, da vida etc.); e (5) do modo de operacionalizá-la (*v.g.*: não incursão na esfera jurídica individual, oferta dos direitos sociais imprescindíveis à garantia do mínimo existencial etc.). Essas características tornam o seu

---

15 Cf. HAASHER, Guy. *Law, Reason and Ethics in the Philosophy of Human Rights, in* SADURSKI, Wojciech (editor). *Ethical dimensions of legal theory*. The Netherlands: Rodopi, 1991, p. 141 (142).

16 Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 30-31; WOLFGANG SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27-35; IDEM e FILCHTINER FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* WOLFGANG SARLET, Ingo e BENETTI TIMM, Luciano (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2010, p. 13 (15). Ferrajoli, por sua vez, associa o adjetivo *fundamental* aos *direitos* reconhecidos universalmente [*Sobre los Derechos Fundamentales, in* CC nº 15, julho-dezembro de 2006, p. 113 (116-117)].

17 A dignidade humana seria o elemento "*de base*" de toda a ordem constitucional. Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 312.

18 Carmén Lúcia Antunes Rocha destaca a "*ambiguidade e porosidade*" do conceito [O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *in* RIP, nº 4, 1999, p. 23 (24)].

conteúdo tão volátil quanto importante, máxime quando lembramos a sua permeabilidade aos influxos recebidos do contexto ambiental.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica: a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. De um lado, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum. Do outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares à espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso. Lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, cuja principal função é preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, quer essa ameaça provenha de ações (*v.g.*: atentados à integridade física), quer de omissões (*v.g.*: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta no estar humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser, fazer ou receber algo. Não obstante as variações de conteúdo, esse arquétipo básico da dignidade costuma ser acolhido pela maior parte das construções teóricas que se dedicam à temática, já que, rotineiramente, todas se preocupam em justificar as razões e os efeitos de sua proteção.

Embora seja exato afirmar que os rótulos nem sempre expressam a essência, pode-se reconhecer, sob uma perspectiva metodológica, que as distintas concepções existentes a respeito da dignidade humana tendem a ser enquadradas, em suas linhas gerais, sob a epígrafe do naturalismo, do positivismo e da sensibilidade axiológica. Enquanto os dois últimos apresentam variações de conteúdo de acordo com os circunstancialismos de natureza espacial e temporal, o que os situa no plano mais amplo do relativismo, o primeiro, lastreado em algum dos alicerces metafísicos (teológico, racionalista, humanista etc.) que dão sustentação às teorias dessa natureza, assume contornos universais. Essa classificação, é importante frisar, além de sua simplicidade estrutural, direciona-se ao alicerce de sustentação da dignidade humana, não propriamente à essência da faculdade e da proteção que oferece ao indivíduo, o que justifica a não incursão em teorias como (1) a liberal, que valoriza a liberdade individual em um sentido negativo, obstando a intervenção estatal; (2) a institucional, que direciona sua atenção não à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas ao seu caráter objetivo, à garantia oferecida pelo aparato estatal; (3) a do Estado Social, que atribui ao

indivíduo o direito à percepção de direitos prestacionais; (4) a democrática, que valoriza a participação política e a consequente moldagem do aparato estatal etc..[19]

De acordo com as construções naturalistas, a proteção à dignidade humana independe das variações de contexto ou, mesmo, de sua expressa recepção pela ordem jurídica. Os direitos humanos, de importância superior e precedente,[20] seriam atributos inatos de todo e qualquer ser humano, intangíveis e inalienáveis, acompanhando-o por toda a existência, não apresentando variações no tempo e no espaço.[21] Configurariam o cerne do sistema moral de uma coletividade, antecedendo o processo político e se sobrepondo a ele.[22] Por serem preexistentes ao direito posto, de natureza voluntária, produzido pelo homem, somente seriam passíveis de apreensão e conhecimento, não de criação.

É inegável que o naturalismo, em especial aquele de contornos teológicos, com destaque para o cristianismo, teve influência decisiva para a sedimentação dos direitos humanos.[23] O homem, imagem e semelhança de Deus, teve sua essência valoralizada e protegida. A Bíblia, partindo de um referencial de fé, apregoa o respeito a todo ser humano, a correção do pensar e do agir, e, consequentemente, a harmônica convivência social. A universalidade apregoada pelo naturalismo, embora tenha o mérito de realçar a igualdade entre todos os seres humanos, apresenta uma vulnerabilidade que aconselha a adoção de construções alternativas.

Em primeiro lugar, observa-se que nem todos os serem humanos estão em posição de irrestrita igualdade, o que decorre de suas qualidades intrínsecas (*v.g.*: doentes mentais) ou do modo como interagem com o entorno (*v.g.*: consoante a sua condição financeira), daí decorrendo o surgimento de aptidões e necessidades distintas, com a consequente exigência de tratamento diferenciado. Acresça-se que os povos não evoluem de modo linear, não sendo incomum que condições razoáveis de vida em certos locais sejam consideradas

---

19 Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Trad. de REQUEJO PAGÉS, Juan e VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 45-71; e MIRANDA. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 49-50.

20 Cf. CRANSTON, Maurice. *What Are Human Rights?*, London: Blodey Head, 1973, p. 63.

21 Cf. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 23 e ss..

22 Cf. BARBOSA PINTO, Marcos. Constituição e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 89.

23 Cf. BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, *in* ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (org.). Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39 (40); e SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie.* 4ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 210-211.

insuficientes ou, mesmo, humilhantes, em outros. Na medida em que poucos direitos apresentariam contornos de indiscutível relevância e indispensabilidade para todos os seres humanos do planeta, a consequência seria uma concepção demasiado tímida e restritiva a seu respeito. O próprio desenvolvimento dos direitos humanos correria o risco de estagnação, isso porque o tratamento linear terminaria por ver as posições de vanguarda adotadas em alguns Estados como meras concessões, não como verdadeiros paradigmas a serem seguidos.

Em segundo lugar, constata-se que a conexão dos direitos humanos a alicerces metafísicos, embora tenha o mérito de conter os excessos do poder, superando a lógica formalista que tantos abusos gerou, não consegue superar as dificuldades argumentativas que surgem ao se tentar justificar como realidades estranhas à ordem jurídica (*rectius*: os direitos humanos) podem prescindir de uma relação jurídica e da intervenção estatal para a sua plena operacionalização.[24]

Para as construções que encampam o positivismo enquanto método, daí decorrendo uma relação de contraposição às teorias naturalistas, fundamentos metafísicos não podem condicionar o conteúdo do direito, mas tão somente informar a sua compatibilidade, ou não, com certos paradigmas tidos como relevantes. Os direitos humanos existem na medida em que reconhecidos pela ordem jurídica, sendo descritos, limitados e protegidos pelo aparato estatal. Construções dessa natureza, em seus contornos extremados, tanto reconheceriam a normalidade em se atribuir qualquer conteúdo aos direitos humanos, como em não se lhes atribuir conteúdo algum. Esse tipo de entendimento, como dito quando da análise da virada axiológica do constitucionalismo, mostrou-se de todo inaceitável a partir do segundo conflito mundial, período em que as mais comezinhas garantias reconhecidas pela humanidade foram solenemente ignoradas com a chancela do direito positivo. Não é incomum, ademais, que a própria ordem constitucional reconheça a sua incompletude e a possibilidade de o homem gozar de direitos outros que não aqueles que possam ser reconduzidos ao potencial expansivo dos seus enunciados linguísticos. A IX Emenda à Constituição norte-americana, de 1791; o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988; e o art. 16, 1, da Constituição portuguesa de 1976 são nítidos exemplos da possibilidade de os direitos humanos (*rectius*: fundamentais) encontrarem a sua base de sustentação fora da Constituição formal. É o caso dos direitos já sedimentados no ambiente sociopolítico, isso no exemplo norte-americano, e dos direitos colhidos no âmbito do direito internacional, como ocorre no paradigma luso-brasileiro.[25]

---

24 Cf. BIELEFELDT, Heiner. *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*. Frankfurt: Primus Verlag, 1998, p. 162.
25 Cf. MIRANDA. Manual..., Tomo IV..., p. 11-12.

Esse quadro inicial, como se percebe, não é nada animador. De um lado, a fluidez do naturalismo, refém do subjetismo do intérprete e órfão da segurança jurídica. De outro, a neutralidade do positivismo, prosélito do formalismo e indiferente aos valores subjacentes ao contexto social. A solução alternativa, por sua vez, parte da premissa de que a preservação da dignidade humana não prescinde do direito e que o direito não deve renegar a plano secundário os aspectos essenciais dessa dignidade.[26] Essa linha argumentativa, que busca compatibilizar a segurança oferecida pelo texto normativo com a base axiológica obtida no contexto, pressupõe que tais aspectos essenciais sejam colhidos fora do direito e tornem-se operativos por meio dele. Malgrado seja exato afirmar, com Campbell,[27] que a efetiva proteção dos direitos humanos pressupõe a sua positivação em um direito concreto, internacional ou doméstico, isso não importa em afirmar que sua existência deve ser identificada com esses mecanismos de proteção. O discurso dos direitos humanos é, essencialmente, um discurso axiológico, não prescindindo de juízos valorativos de igual natureza. Em verdade, face aos inúmeros atos de direito internacional voltados à sua proteção, já é possível visualizá-los, ao menos em sua essência, como um "*consenso de valores universal*" ("*universaler Werterkonsens*").[28]

Também aqui a dignidade é vista como algo inerente ao ser humano,[29] [30] delineada a partir dos valores sociais sedimentados no contexto, o que realça a sua perspectiva historicista[31] e a contínua sensibilidade à renovação dos influxos sociais, denotando o seu acolhimento pela "*consciência jurídica geral.*"[32]

---

26 Cf. MOUTOUH, Hugues. *La dignité de l'homme en droit, in RDPSP* nº 1, 1999, p. 159 (165).

27 Cf. CAMPBELL, Tom. *Human Rights: Shifting Boundaries, in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 18 (24).

28 RENSMANN. *Wertordnung...*, p. 11-12.

29 A DUDH, de 1948, é um referencial da ideia de inerência: o seu primeiro considerando dispõe sobre o "*reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana*" e o art. 1º que "*[t]odas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.*" Lembrando a técnica adotada pela Constituição polonesa de 1997, após a reforma de 2005, deve-se reconhecer que "*a dignidade inerente e inalienável da pessoa é a fonte dos direitos e das liberdades do homem e do cidadão*" (art. 30).

30 Cf. WOLFGANG SARLET, Ingo. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, *in* LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). Constituição e Crise Política. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 403 (411).

31 Cf. KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito (*Rechtsphilosophie*). Trad. de CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 435.

32 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, Jose Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed., reimp.. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 50. No Teeteto de Platão, coube ao sofista Protágoras afirmar que o homem "*é a medida de todas as coisas*", "*das que são e das que são, enquanto são, das que não são, enquanto não são.*" Sócrates, ao explicar a essência desse pensamento a Teeteto, afirma que "*cada coisa é para mim do modo que a mim me parece*" (trad. de NOGUEIRA, Adriana Manuela e BOERI, Marcelo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 152a, p. 205). Na filosofia platônica, cabe a cada homem apreender a realidade de acordo com sua percepção. E a percepção, enquanto saber, como afirmou Sócrates no diálogo, "*não pode ser falsa*" (152c, p. 206); "*nada nunca é, mas vai se tornando sempre*" (152e, p. 206-207).

A dignidade deve ser vista como a "*manifestação vinculante de uma identidade*", a identidade do ser humano, que dele não pode ser dissociada. Ostenta um valor, o mais alto de todos os valores afetos ao ser humano.[33] E regula o comportamento de todos que interagem com ele.[34] A dignidade é reconhecida a todos os seres humanos pelo só fato de partilharem uma essência comum, sendo dotados de razão e liberdade intelectiva.[35] Não é por outra razão que, ao afirmarmos que uma conduta ou situação específica viola a dignidade humana, estaremos afirmando, *ipso facto*, que essa conduta ou situação é atentatória à própria condição de pessoa humana.[36]

É importante ressaltar que a ideia de *inerência*, situando na condição humana o fator de justificação da dignidade, não reflete propriamente uma adesão às correntes naturalistas. Pode ser vista, em verdade, como uma das principais portas de penetração da moral no direito. É o valor mais importante e paradigmático entre todos os valores.[37] A própria subsistência da vida em comunidade obsta que seus distintos membros deixem de ver, uns aos outros, como integrantes da espécie humana, sendo imprescindível, de modo correlato, a observância de todos os seus atributos. Em qualquer caso, é necessário que a inerência da dignidade humana seja revalidada pela "*consciência coletiva*". Trata-se de conceito que demanda constante construção pela sociedade e que reflete a reafirmação de uma opção política.[38]

O conteúdo atribuído à dignidade humana tende a assumir grande universalidade quando analisado nos contornos mais amplos da generalidade e da abstração. No extremo oposto, ao nos aproximarmos da especificidade e da concretude, as distinções entre os regimes jurídico-políticos tendem a se acentuar. O direito à vida é um exemplo bem sugestivo a respeito das dissonâncias que podem existir. Se o reconhecimento desse direito assume contornos nitidamente universais, não havendo Estado de Direito que apregoe a sua inobservância, o mesmo não pode ser dito em relação ao modo de vê-lo em um ambiente sociopolítico concreto, o que começa pela identificação dos seus titulares, não sendo incomum a existência de restrições em relação aos titulares desse direito (*v.g.*: a pessoa qualificada como combatente inimigo pode ser condenada à morte mesmo em Estados que proscreveram essa pena;

---

33 Cf. RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 18.
34 Cf. BARZOTTO. Pessoa e Reconhecimento..., p. 39 (51).
35 Cf. DUDH, de 1948, art. 1º. Na doutrina: MIRANDA. Manual..., Tomo IV..., p. 183.
36 Cf. BARZOTTO. Pessoa e Reconhecimento..., p. 39 (50-51).
37 Cf. COMPLAK, Krystian. *Dignidad Humana como Categoria Normativa en Polonia, in* CC nº 14, janeiro-junho de 2006, p. 71 (72).
38 Cf. CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva. Desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 60.

o doente terminal pode vir a sofrer a eutanásia; e o feto pode ser objeto de aborto devidamente autorizado pela lei do Estado) e ao modo de protegê-lo (*v.g.*: com a mera abstenção de incursões que possam violá-lo ou com a imperativa oferta de prestações que assegurem a continuidade de uma vida digna). O relativismo tende a superar o universalismo que se busca atribuir aos direitos humanos, isso por existir uma inescondível relação com as especificidades locais. Os direitos humanos, declarados (*deklariert*) ou convencionados (*konveniert*), por terem sua proteção associada à ordem jurídica, estão sempre vinculados a um dado contexto situacional.[39]

A impossibilidade de se atribuir contornos amplamente universais a significados que não prescindem, na sua formação, da influência de uma base de valores obtida junto ao ambiente sociopolítico, evidencia que o sentido da dignidade humana é nitidamente influenciado pelo que denominamos de "*teoria dos círculos*". Essa teoria indica que a base de valores responsável pela densificação da dignidade humana é influenciada por fatores normativos e sociológicos, que permitem a formação de entendimento a respeito das garantias, proteções e prestações consideradas imprescindíveis para que cada indivíduo tenha sua condição humana efetivamente reconhecida. Os círculos aqui referidos consubstanciam espaços públicos de reflexão e relativa coesão, os quais, não obstante a autonomia que podem ostentar, não permanecem indiferentes entre si. Tangenciam-se nos seus aspectos basilares e distanciam-se nos periféricos. Tendencialmente, quanto maior o círculo, mais restritos serão os pontos de convergência e mais basilares serão os contornos essenciais da dignidade humana. Nos círculos menores o efeito normalmente será inverso. Em consequência, é possível visualizar, na dignidade humana, um conteúdo essencial coexistindo com conteúdos periféricos, que podem ser expandidos ou retraídos conforme as especificidades do respectivo círculo.

Enquanto o centro absorve os seus elementos essenciais e intransigíveis, a periferia densifica as especificidades de cada círculo, com especial realce para o nível civilizatório ali existente, que influi diretamente no modo de ver o ser humano e as suas relações com o poder. Os círculos menores podem ser vistos como a representação de cada Estado de Direito, enquanto os círculos maiores denotam, em um primeiro momento, o direito regional, e, em um segundo momento, o direito internacional. Como os círculos maiores devem harmonizar individualidades muito mais numerosas, é natural que a síntese por eles oferecida seja idêntica aos valores adotados pelo mais moderado dos círculos menores, ao menos para que haja uma relação de compatibilidade entre eles, e que seja mais tímida que os valores prevalecentes no mais progressista dos

---

39 Cf. VAN DER VEN , J. J. M.. *Ius Humanum: das Menschliche und das Rechtliche*. Frankfurt Am Main: Metzner Verlag, 1981, p. 3.

círculos menores, em que a dignidade humana avança ao ponto de absorver valores que, embora tidos como positivos em outros Estados, não são considerados inerentes à pessoa humana e muito menos indisponíveis.

É possível afirmar que os distintos fatores que compõem a dignidade humana terão o seu epicentro estrutural oferecido pelo direito internacional, que indicará a sua essência, vale dizer, o conteúdo mínimo que não pode ser descurado por qualquer integrante da sociedade internacional.[40] Se o universalismo dessa concepção, ao menos nos planos teórico e ideológico, parece ser lugar comum no Ocidente, o mesmo não pode ser dito em relação à sua transposição para a realidade. Em não poucos aspectos, o universalismo tem sido visto como uma "*teoria do bloco dominante*", que pretende ver-se "*convertida em uma ideologia*".[41] Essa ideologia, em verdade, teria como metavalor e ponto de equilíbrio a paz universal.[42]

Note-se que o ocidentalismo da concepção corrente de direitos humanos já fora realçado por Boaventura de Sousa Santos,[43] que alertou para a necessidade de ser estabelecido um diálogo multicultural, com contínua transmissão, absorção e valoração da informação. Esse diálogo somente seria viável com o afastamento da lógica maniqueísta da infalibilidade e o correlato

---

40 A preocupação com a preservação de uma esfera jurídica essencial à preservação da dignidade humana é facilmente perceptível em convenções internacionais que vedam a supressão de certos direitos mesmo em situações excepcionais. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 4º, após autorizar que, em situações excepcionais, que ponham em perigo a existência da Nação, os Estados suspendam as obrigações ali contraídas, ressalta que não é autorizada nenhuma derrogação do direito à vida (art. 6º – ressalvada a aplicação da pena de morte nos casos previstos), do direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos crueis, desumanos ou degradantes (art. 7º), do direito de não ser submetido à escravidão ou mantido em servidão (art. 8º), do direito a não ser encarcerado pelo simples fato de não poder cumprir uma obrigação contratual (art. 11), do direito à irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 15), do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 16) e do direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18). A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, em seu art. 27, nº 2, repete as restrições constantes do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e acrescenta a impossibilidade de supressão dos direitos da família (art. 17 – direito ao casamento, igualdade de direitos entre crianças nascidas do casamento ou não etc.), do direito ao nome (art. 18), dos direitos da criança (art. 19), do direito à nacionalidade (art. 20) e das garantias judiciais indispensáveis à proteção dos direitos que não podem ser suprimidos (art. 27, nº 2). A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, em seu art. 15, de modo mais tímido, somente não autoriza a derrogação do direito à vida (art. 2º – salvo em relação à pena de morte resultante de atos ilícitos de guerra), do direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos crueis, desumanos ou degradantes (art. 3º), do direito de não ser submetido à escravidão ou mantido em servidão (art. 4º, parágrafo primeiro) e do direito à irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 7º).
41 Cf. RUOTOLO, Marco, *La "Funzione Ermeneutica" delle Convenzioni Internazionali sui Diritti Umani nei Confronti delle Disposizioni Costituzionali*, *in RDS* nº 2, 2000, p. 291 (318).
42 Cf. RUOTOLO. *La "Funzione Ermeneutica"...*, *in RDS* nº 2, 2000, p. 291 (318).
43 Por uma concepção multicultural de direitos humanos, *in* RCCS nº 48, 1997, p. 11 (18-20).

reconhecimento da incompletude das distintas culturas. Nessa linha, é necessário um *"trabalho de tradução intercultural"*.[44]

É natural a presença de diferenças entre as tradições culturais de cada povo em relação ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos, o que, segundo alguns, apontaria para a incompatibilidade de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos com o relativismo cultural e moral. Afinal, entendimento contrário importaria no reconhecimento de que *"a universidade dos direitos tem preferência sobre a preservação de identidades culturais antidireitos"*.[45] [46] As diferenças, acompanhadas, ou não, de afrontas diretas, não afastam a constatação de que a crescente generalização dos direitos humanos é um caminho sem volta. O fato de partilharmos uma humanidade comum, como realçado por Fukuyama,[47] além de viabilizar o desenvolvimento de uma universalidade comunicativa, torna possível o estabelecimento de uma relação moral entre todos os seres humanos, isso apesar de o mundo ostentar características multiformes. Ainda que esse processo encontre resistência em barreiras de natureza cultural (*v.g.*: a inferioridade da mulher em certas culturas), ideológica (*v.g.*: a reminiscência de concepções marxistas), econômica (*v.g.*: a insuficiência de recursos para a implementação de políticas públicas) e técnica (*v.g.*: a insuficiência de ratificações e as reservas apresentadas em atos internacionais convencionais),[48] é factível a impossibilidade de os Estados desconsiderarem esse *acquis* internacional. São direitos que não podem ser subtraídos do indivíduo, ainda que a diversidade

---

44 SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 127 e ss.

45 FERNÁNDEZ-GARCIA, Eusébio. *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001, p. 66.

46 Exemplos bem sugestivos de diversidade cultural são aqueles relacionados à questão religiosa. A Declaração dos Direitos do Homem no Islã, adotada pela Organização da Conferência Islâmica, no dia 5 de outubro de 1990, no Cairo, declara que *"a comunidade islâmica é a melhor comunidade que Deus criou"* e que *"o islã é a religião natural do homem"*, o que definitivamente não se compatibiliza com a liberdade religiosa propagada pelo Ocidente. Cf. DOBELLE, Jean-François. *Le Droit International et la Protection des Droits de L'Homme, in* PERRIN DE BRICHAMBAUT *et alii. Leçons de Droit International Public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 371 (383-384). Já a Carta da Liga Árabe (arts. 32 a 35) estabelece nítidas discriminações entre nacionais e estrangeiros por razões religiosas. Cf. NASCIMBENE, Bruno. *L'Individuo e la Tutela Internazionale dei Diritti Umani, in* CARBONE, Sergio M., LUZZATTO, Riccardo e SANTA MARIA, Alberto. *Istituzioni di Diritto Internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 269 (290).

47 Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia, Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 10; e 23 e ss..

48 Cf. DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 6ª ed.. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 228-232; e GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54-55.

assuma proporções extremas.[49] Mesmo que a dignidade humana apele a uma referência cultural e social, essa referência, quando contextualizada no âmbito dos círculos menores, tende a ser relativizada "*em nome de uma dignidade humana na sociedade-mundo*".[50]

3. Prestações sociais mínimas a serem garantidas às "pessoas em situação de rua"[51]

Ao afirmarmos que o conteúdo da dignidade humana é delineado sob a influência da "*teoria dos círculos*", de modo que a realidade subjacente a cada círculo concorra para a formação e, por imperativo lógico, para a operacionalização da base de valores que lhe dá sustentação, é necessário identificar, à luz do nosso atual estágio civilizatório, o que deve ser disponibilizado ao "*homem da rua*" para que ele tenha sua dignidade reconhecida. Nesse particular, podemos identificar as prestações que são (1) essenciais à sua continuidade biológica, (2) essenciais a uma continuidade digna e (3) úteis ao seu bem estar. Com os olhos voltados a essa tripartição, compreendemos a importância dos inúmeros direitos sociais, de caráter prestacional, consagrados na nossa ordem constitucional, e o modo de contornar a renitência dos poderes constituídos na sua implementação.

As prestações essenciais à continuidade biológica são aquelas que se mostram instrumentalmente conectadas à preservação do bem mais valioso de qualquer ser humano: a vida. A Constituição brasileira de 1988, ao reconhecer a inviolabilidade do "*direito à vida*", o fez no *caput* do seu art. 5º, preceito que congrega os clássicos direitos de liberdade, assegurando a existência de uma esfera jurídica individual imune a intervenções exógenas, promovidas pelo Estado ou por outros particulares. Impedir que a vida seja afrontada não guarda correlação direta com a previsão de prestações materiais que assegurem a sua continuidade. Daí a importância dos direitos sociais, os quais, de acordo com o rol do art. 6º da Constituição de 1988, com a redação

---

49 Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporâneo*. 2ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 83-84; e FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *La Violation Grave des Droits de L'Homme comme une Menace Contre la Paix, in RDISDP* vol. 77, nº 1, 1999, p. 23 (27-29).

50 Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, *in* "Brancosos" e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 163 (181).

51 Parte das considerações realizadas neste item reflete o constante de obra inédita, do articulista, intitulada "*Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*".

dada pela Emenda Constitucional nº 64/2010, são "*a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*", oferecidos na forma da Constituição. Sob a ótica da continuidade da vida, o mais desses direitos certamente é a alimentação.

Embora seja exato afirmar que a alimentação está diretamente conectada à preservação da vida, tratando-se de prestação essencial à continuidade biológica, observa-se que o art. 6º da Constituição de 1988 fez menção expressa à "*assistência aos desamparados*". O "*homem da rua*", à evidência, é um desamparado. Já o art. 203, após enunciar que "*a assistência social será prestada a quem dela necessitar*", deixa evidente, em seus incisos, que o objetivo é proteger pessoas que, por deficiências de natureza biológica, mostrem-se inaptas a obter, sozinhas, a sua inserção no ambiente comunitário e, de modo correlato, a própria subsistência. É o que ocorre com os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes carentes. Apesar disso, também estabelece o objetivo de promover a integração ao mercado de trabalho e de proteger a família, o que, à evidência, também tangencia o interesse do "*homem da rua*".

As prestações essenciais a uma continuidade digna são aquelas que qualificam a vida do *ser* humano, permitindo-lhe *estar* humano. Aquele que vive no espaço público, ainda que receba uma cota diária de alimentos e consiga dar continuidade à sua existência, decididamente não ostenta uma situação compatível com o atual nível civilizatório da sociedade brasileira. Afinal, é factível que o "*homem da rua*" está completamente alijado do convívio social, isso em razão das condições sub-humanas a que o conduzem a ausência de abrigo e das facilidades correlatas (*v.g.*: privacidade, água encanada, vestuário adequado etc.). Considerando que os serviços públicos genericamente oferecidos a toda a população também estão, ao menos no plano teórico, ao alcance desses indivíduos (*v.g.*: saúde e educação), não há, aqui, especificidades dignas de nota em relação ao que é rotineiramente escrito sobre essa temática. A habitação, em verdade, é o direito cuja ausência é mais perceptível e sentida.

A respeito da essencialidade de certas prestações para a continuidade da existência e para uma vida digna, merecem menção as construções teóricas atreladas ao denominado mínimo existencial[52] (ou mínimo social – *social*

---

52 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed.. München: Beck, 1971, p. 75; LOBO TORRES, Ricardo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, *in* RDA nº 177, jul.-set,/1989, p. 20 (20 e ss.); IDEM. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 37; e CALABRICH SCHLUCKING, Marialva. A Proteção Constitucional do Mínimo Imune. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 25 e ss.. Vide, ainda, o art. 12 da Constituição suíça de 1999.

minimum[53]). O mínimo existencial é a parte operativa da dignidade humana, indicando as liberdades fundamentais que a integram, de modo a delinear uma esfera jurídica imune a intervenções exógenas, públicas ou particulares, e as prestações positivas que as estruturas estatais de poder não podem negar ao indivíduo, isso sob pena de lhe ser negada a própria essência humana. Esse mínimo não congrega apenas as prestações necessárias à sobrevivência. Exige um *plus*: que essas prestações assegurem o pleno desenvolvimento da personalidade individual e que ofereçam os meios necessários a uma existência digna e saudável.[54]

Essa aproximação entre dignidade (*Würde*) e mínimo existencial (*Existenzminimum*) tem sido historicamente encampada em solo alemão. Com os olhos voltados a uma Lei Fundamental que praticamente passara ao largo dos direitos sociais,[55] os Tribunais alemães, principando pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*),[56] com ulterior

---

53 Cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. USA: Harvard University Press, (1971), reimp. de 2005, p. 370.

54 Cf. WOLFGANG SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59-60.

55 A *Grundgesetz* alemã, como se sabe, não contempla um rol de direitos sociais, mas, sim, pouquíssimas previsões esparsas (*v.g.*: a proteção da maternidade e dos filhos – *GG*, art. 6º, nº 4 e 5). Não é demais lembrar que esse fato não obstou a observância desses direitos na Alemanha ou, mesmo, desautorizou a sólida dogmática dos direitos fundamentais cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal. A omissão, em verdade, tem colorido histórico: a grande distância verificada entre o extenso rol de direitos sociais contemplado na Constituição de Weimar e a sua concretização junto à classe proletária alemã foi um dos fertilizantes para o surgimento do III *Reich*, daí a preocupação em não se assegurar direitos que se reduziriam a um mero exercício de retórica. Acresça-se, com Peter Badura (*Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. 3ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 90) e Dieter Grimm [Constituição e Política (*Die Verfassung und die Politik*). Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 250], que a doutrina prevalecente à época de Weimar, face à necessidade de mediação legislativa, afastava o efeito direto dos direitos sociais, que não passariam de meras "*declarações de intenções e de programa*". Sob a égide da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal, a partir das cláusulas constitucionais que impõem o respeito ao ser humano e à sua liberdade, reconheceu a existência de obrigações a serem imediatamente adimplidas pelo Estado. Em consequência, "*embora no nível do direito constitucional menos marcada como Estado social, a República Federal alemã é Estado social em grau mais intenso do que a República de Weimar, que se mostrava, no nível do direito constitucional, socialmente mais forte*" (GRIMM. Constituição..., p. 251).

56 *BVerwGE* 1, 159 (161), 1954. Nesse julgamento, realizado em momento anterior à edição da Lei Federal sobre Assistência Social (*Bundessozialhilfsgesetz - BSHG*), o Tribunal, invocando a necessidade de proteção da dignidade humana e do direito à vida, reconheceu às pessoas carentes o direito subjetivo ao recebimento de auxílio material a cargo do Estado. A imperativa necessidade de preservação da dignidade humana, em especial nos Países de "*modernidade tardia*", torna imperativa a adoção de medidas de inserção social, o que permite divisar, no âmbito das estruturas estatais de poder, a paulatina formação de uma "*opção pelos pobres*", que passa a direcionar a formação, a interpretação e a efetivação dos padrões normativos estatais. Cf. DEINHAMMER, Robert. *Ist eine 'Option für die Armen' in der Rechtwissenschaft?, in ARS*, v. 93, nº 4, 2007, p. 551 (551 e ss.).

desenvolvimento do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*),[57] passaram a visualizar a exigibilidade de direitos prestacionais que encontravam sua base de sustentação na união (*Verbindung*) entre a cláusula da dignidade humana (*Menschenwürden - GG*, art. 1º, nº 1) e o princípio do Estado Social de Direito (*Sozialstaat - GG*, art. 20, nº 1).[58] Com isso, a dignidade humana, além de orientar a produção normativa, atuando como mandado constitucional endereçado ao legislador; direcionar a interpretação e a integração da ordem constitucional, assumindo contornos de princípio diretor, também poderia dar origem a verdadeiros direitos subjetivos, permitindo que a pessoa humana exija do Estado as prestações mínimas e imprescindíveis a uma existência digna.[59]

Na temática dos direitos sociais, a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma estrutura sensivelmente distinta da Lei Fundamental alemã de 1949: enquanto essa última deles praticamente não trata, aquela os prevê em profusão. Apesar de o paradigma brasileiro estabelecer um balizamento mais detalhado, ambos assemelham-se na dependência de integração pela legislação infraconstitucional, que delineará as prestações a serem oferecidas pelo Estado, os requisitos que condicionarão a sua percepção pelos interessados e a respectiva fonte de custeio. Outra semelhança reside na funcionalidade atribuída à dignidade humana: se os Tribunais alemães extraíram o direito ao mínimo existencial diretamente de sua essência, o Supremo Tribunal brasileiro a utilizou para conferir eficácia plena aos preceitos constitucionais que versavam sobre os direitos fundamentais, suprindo a omissão do legislador infraconstitucional.[60]

---

57 *BVerfGE* 40, 121 (133), 1975 (*Weisenrente Urteil*). De acordo com o Tribunal, o oferecimento de assistência social aos cidadãos, que tenham suas atividades limitadas pela precariedade de suas condições físicas e mentais, não podendo prover a própria subsistência, é uma das obrigações essenciais do Estado Social, que deve assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência digna, e ainda adotar as medidas necessárias para integrá-los na sociedade.

58 Sobre a evolução da temática no direito alemão, vide: NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum, in* BREUER, RÜDIGER *et alii* (org.). Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995, p. 426 (426 e ss.). Especialmente em relação à influência do pensamento de Forsthoff, vide: RENSMANN. *Wertordnung...*, p. 303-304.

59 As distintas funcionalidades da dignidade humana foram objeto de desenvolvimento por Albrecht Weber. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA, in RDC* nº 24, 1995, p. 677 (680).

60 Apesar de a Constituição de 1988 (art. 196) assegurar o direito à saúde genericamente a todos, sem indicação das prestações a serem oferecidas e dos recursos que permitirão a sua satisfação, o Supremo Tribunal Federal, integrando a sua eficácia com o imperativo dever de o Poder Público assegurar o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à dignidade (art. 1º, III), reconheceu que as pessoas carentes, portadores do vírus HIV, tinham o direito público subjetivo de receber, gratuitamente, os medicamentos necessários e indispensáveis à sua sobrevivência (STF, 2ª Turma, RE-AgR nº 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000). O mesmo entendimento foi adotado em relação a pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, destituídas de recursos financeiros (STF, 2ª Turma, RE nº 393.175/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006, DJ de 02/02/2007)

O Tribunal Constitucional português também associou a dignidade humana ao mínimo existencial, o que permitiu a integração de eficácia do art. 63, nº 1 e 3, da Constituição de 1976, que versa sobre o direito à segurança social, limitando a própria liberdade de conformação do legislador constitucional. O Tribunal tem conferido especial realce à existência, ao lado dos direitos positivos, de natureza prestacional, de direitos negativos, o que obstaria qualquer ação estatal que pudesse afrontar a garantia do mínimo existencial. Assim entendeu, por exemplo, ao declarar a injuridicidade da limitação dos beneficiários do "*rendimento social de inserção*"[61] e da possibilidade de ser penhorada uma parte das prestações periódicas pagas, qualquer que seja o valor, a título de aposentação.[62]

Como requisito necessário à preservação da essência da pessoa humana, o mínimo existencial há de ser indistintamente assegurado àqueles que estejam no interior do respectivo círculo axiológico, o que lhe atribui contornos igualitários. Deve ser estendido a todos, com abstração das especificidades de ordem pessoal e do mérito de cada indivíduo.

Por fim, tem-se as prestações úteis ao "*homem da rua*", aumentando o seu bem-estar. Sob essa epígrafe estarão normalmente incluídas prestações ontologicamente idênticas às anteriores, mas que apresentam distinções de ordem qualitativa (*v.g.*: alimentação de melhor qualidade, habitação mais suntuosa, tratamento médico realizado por especialistas renomados etc.). Nesse caso, é sentido, em toda a sua intensidade, o alicerce ideológico que confere sustentação aos regimes econômicos de livre iniciativa, em que se

---

61 Acórdão nº 509/2002, *in* Diário da República I-Série A, nº 36, de 12/02/2003, p. 905-917. Nesse julgamento, o Tribunal, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, entendeu que o Decreto da Assembleia da República, que restringia o alcance do "*rendimento social de inserção*" a apenas uma parte dos jovens com idade entre 18 e 25 anos, alcançados pelo antigo "*rendimento mínimo garantido*", afrontava o "*direito a um mínimo de existência condigna*". Cf. VIEIRA DE ANDRADE. Os Direitos Fundamentais..., p. 398-399; e MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63, *in* MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 639-640.

62 1ª Secção, Acórdão nº 318/99, Proc. nº 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., 1999, p. 639 a 646 (646). Nesse julgamento, prevaleceu o entendimento de que a sobrevivência digna do trabalhador somente seria alcançada com o atendimento do "*mínimo dos mínimos*". Partindo dessa premissa, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 824, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, "*na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.*" No mesmo sentido: Plenário, Acórdão nº 177/02, Proc. nº 546/01, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52º vol., 2002, p. 259 a 271.

privilegia o mérito individual em detrimento da igualdade plena entre todos os integrantes do organismo social.[63]

Se os contornos nucleares da dignidade humana não prescindem das prestações essenciais à continuidade biológica e a uma vida digna, é preciso analisar a possibilidade de os poderes constituídos serem compelidos a oferecê-las, bem como os legitimados a pleitear tais providências e os óbices tradicionalmente opostos às pretensões formuladas.

4. A exegibilidade dos direitos prestacionais

O reconhecimento de que a preservação da dignidade humana não prescinde da concorrência do *ser* e do *estar* humano evidencia, ao menos em relação ao "*homem da rua*", a premência de dois direitos sociais verdadeiramente basilares, que são a alimentação e a habitação: o primeiro é essencial à continuidade da vida, o segundo, à vida digna. O primeiro problema a ser enfrentado diz respeito ao conteúdo dessas prestações e ao modo de disponibilizá-las às pessoas que vivam ao relento, perambulando pelo espaço público. Por certo, o ideal seria fornecer a cada pessoa uma habitação individual e um quantitativo de alimentos que se mostrasse suficiente ao seu sustento e, se fosse o caso, ao de sua família, pois a penúria, como é sabido por todos, costuma ser uma das causas de dissolução do núcleo familiar.

Se o objetivo é nobre e não se pode censurar quem busca materializá-lo na realidade, a verdade é que o Estado brasileiro apresenta incontáveis carências nos serviços públicos que oferece à população. O déficit habitacional é apenas uma delas, sendo elevado o quantitativo de pessoas, distribuído por incontáveis comunidades carentes, que se aglomera em moradias de inegável precariedade. Acresça-se que a atuação do Estado deve ser sempre subsidiária, devendo estimular que o próprio indivíduo desenvolva suas aptidões pessoais, de modo a obter a sua integração ao mercado de trabalho. Esse, como dissemos, é um dos objetivos da assistência social.

A "*situação de rua*" deve ser vista como um estágio de profunda humilhação e desrespeito à condição humana, devendo ser imediatamente contornada pelo Poder Público. Essa atuação, por sua vez, deve ser sempre transitória, subsistindo enquanto o indivíduo não consiga se reestruturar e reingressar em um padrão de normalidade. A transitoriedade há de influenciar o modo de

---

63 Sobre a "desigualdade de meios entre os homens", vide Sieyès, Abade. Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão. Trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 57-58.

oferecimento das prestações a que temos nos referido. Ainda merece referência que a execução desse *munus* deve ser antecedida por um levantamento, realizado pelas estruturas estatais de poder, a respeito do quantitativo de pessoas em "*situação de rua*"; das regiões, urbanas ou rurais, em que se encontram; e das causas que conduziram a esse estado de coisas. O levantamento inicial, como é intuitivo, deve ser constantemente atualizado.

A partir do momento em que o levantamento é realizado, a solução que se mostra mais compatível com a realidade brasileira parece ser a construção de centros de apoio, com habitações coletivas, divididas por sexo, e estruturas individuais para o atendimento das famílias que se encontrem em "*situação de rua*", de modo a preservar o agregado familiar. Nesses centros, as pessoas, além de abrigo e alimentação, receberão atendimento especializado, por equipe multidisciplinar, que terá a função de realizar (1) a reconstrução da sua auto-estima, (2) a aproximação com a família, isso nas situações de abandono de lar e (3) a inserção no mercado de trabalho, se necessário com a qualificação profissional.

À solução ora alvitrada certamente será combatida com o (tradicional) argumento de que, à míngua de lei detalhando a natureza das prestações a serem oferecidas, não seria possível exigi-las dos poderes constituídos. Esse argumento, além de inusitado, desafia o velho brocardo de que "*a ninguém é dado beneficiar-se com a própria torpeza*". Não é demais lembrar que, a teor dos incisos I, IX e X do art. 23 da Constituição, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais, bem como combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Ainda que a Lei nº 8.742/1993, diploma que dispõe sobre a organização da assistência social, não defina, detalhadamente, as prestações a serem oferecidas, ela reconhece que (1) a "*política de assistência social*" deve prover o "*mínimo social*" (art. 1º); (2) a assistência social tem por objetivo a proteção social, que visa à "*garantia da vida*" (art. 2º, I); (3) o enfrentamento da pobreza deve ser norteado pela "*universalização dos direitos sociais*" (arts. 2º, parágrafo único e 4º, II); (4) o Serviço único de Assistência Social (SUAS) tem por objetivo "afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos" (art. 6º, VII); (5) a proteção social especial tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos (art. 6º-A, II), o que deve ser feito por intermédio do Centro de Referência Especializado de Assistência Social –Creas- (art. 6º-C, § 2º); (6) os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios eventuais aos aos cidadãos e às famílias em virtude de situações de vulnerabilidade temporária (art. 22, *caput* e § 1º); (7)

devem ser oferecidos serviços socioassistenciais, tal qual definidos em regulamento, considerados como tais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos da Lei nº 8.742/1993 (art. 23, caput, e § 1º), que devem incluir os "*programas de amparo*" às "*pessoas que vivam em situação de rua*" (art. 23, § 2º, II); (8) os projetos de enfrentamento da pobreza devem subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que garantam, aos grupos populares, meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência e elevação do padrão da qualidade de vida (art. 25, *caput*); e (9) a atuação da União se dará em caráter supletivo (art. 34).

Portanto, todos os entes federados têm a responsabilidade de restabelecer a dignidade das "*pessoas em situação de rua*". Em primeiro lugar, cumpre observar que o oferecimento de alimentação e abrigo consubstancia o mínimo dos mínimos. Em outras palavras, permite, apenas, que o indivíduo continue a viver e apresente as características que delineiam o estilo de vida da espécie humana no círculo em que inserido. Assim, a exemplo do que foi feito aqui e alhures, nesse caso, a exigibilidade dos direitos sociais referidos no art. 6º da Constituição de 1988 decorre da integração do seu conteúdo pela necessidade de preservação da dignidade humana. Em segundo lugar, deve-se observar que a presença de uma equipe multidisciplinar decorre justamente da exigência de que a assistência social tenha caráter transitório, de modo a não perpetuar a situação de carência da pessoa necessitada. Sem a equipe multidisciplinar, os centros de apoio se transformariam em verdadeiros depósitos de indigentes, afastando qualquer esperança de reinserção social.

É com os olhos voltados a essa responsabilidade assistencial que deve ser interpretado o Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a "*Política Nacional para a População em situação de Rua*". Apesar de o seu art. 2º ter previsto que essa política seria implementada, de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos que a ela aderirem por meio de instrumento próprio, é possível afirmar que não há qualquer espaço de decisão quanto à integração do respectivo ente federado a essa política ou à implementação, ou não, das medidas que delineiam a sua estrutura básica. Afinal, não se pode transigir com a proteção à dignidade humana.

De acordo com o Decreto nº 7.052/2009, têm-se, como princípios da referida política, o respeito à dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar e comunitária (art. 5º, I e II); como diretriz, a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (art. 6º, I); e, como objetivos, assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda, bem como proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na

forma da legislação específica, além de implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação pela população em situação de rua à alimentação, com qualidade (art. 7º I, IX e XIII). A rede de acolhimento temporário, consoante o art. 8º, deverá observar limite de capacidade, regras de funcionamento e convivência, acessibilidade, salubridade e distribuição geográfica das unidades de acolhimento nas áreas urbanas, respeitado o direito de permanência da população em situação de rua, preferencialmente nas cidades ou nos centros urbanos.

Além de definir as prestações a serem oferecidas às pessoas carentes, também caberia à lei, mais especificamente à lei orçamentária, autorizar a realização da despesa pública e indicar as receitas a serem utilizadas para custeá-la. Essa, aliás, é a sistemática constitucional, bem explicitada no art. 167 da Constituição de 1988 e na Lei nº 4.320/1964. Além dessa impossibilidade de ordem jurídica, consistente na vedação ao "*início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual*", há outra, de ordem fática, que se reflete na própria inexistência de recursos que possam financiar esse tipo de prestações. Ambas podem ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla da "*reserva do possível*", argumento tradicionalmente suscitado pelos poderes constituídos para se esquivar de suas obrigações.

Em relação à reserva do possível de ordem jurídica, observa-se a mesma deturpação presente no argumento de que somente a lei poderia definir as prestações a serem oferecidas ao "*homem da rua*". Do mesmo modo que a cláusula constitucional de proteção à dignidade humana autoriza a integração do conteúdo do direito à alimentação e à habitação, também ela deve direcionar a interpretação da lei orçamentária, de natureza infraconstitucional. Assim, caso o Chefe do Poder Executivo e o Poder Legislativo, o primeiro ao apresentar o projeto de lei orçamentária, o segundo ao votá-lo, "*por um lapso*", "*esqueçam*" de direcionar dotações orçamentárias para fazer face à realização de projetos envolvendo as "*pessoas em situação de rua*", a solução será ajustar a lei à Constituição e não o contrário. Assim, caberá ao Poder Executivo, na gestão do orçamento, determinar o remanejamento das dotações orçamentárias necessárias à realização dos programas assistenciais aqui referidos.

Situação mais delicada diz respeito à reserva do possível de ordem fática, em que, verdadeiramente, não há disponibilidade de caixa para realizar os programas almejados. Em situações dessa natureza, não há como se compelir o Poder Público a realizar despesas que não pode custear. Apesar dessa conclusão ser verdadeira e de os atos dos agentes público estarem amparados pela presunção de veracidade – ao menos os manuais nos ensinam isso -, é imperativo que essa situação seja devidamente provada no curso da relação processual. Afinal, como dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova compete ao demandado "*quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*".

Para se chegar à conclusão de que inexistem recursos disponíveis, é preciso verificar, em caráter preliminar, como serão gastos aqueles existentes. Afinal, recursos, ainda que em pequena quantidade, sempre existirão. Isso significa dizer que, se os recursos são limitados e o administrador deve decidir quais projetos serão realizados e quais serão adiados, é preciso estabelecer uma ordem de precedência entre eles. Conquanto se reconheça que essa ordem de precedência será ordinariamente definida a partir dos juízos valorativos realizados pelo administrador, não se pode negar o escalonamento hierárquico que emerge do próprio texto constitucional. É o caso, por exemplo, da prioridade absoluta que o art. 227, *caput*, da Constituição atribui aos direitos das crianças e dos adolescentes. O mesmo pode ser dito em relação às prestações essenciais à continuidade biológica do ser humano e a uma continuidade digna. Despesas dessa natureza ostentam evidente precedência em relação a outras que não se mostram essenciais à estrutura administrativa, como é o caso da propaganda institucional. Se escolhas trágicas precisam ser realizadas e efetivamente o serão, não pode o administrador ignorar os comandos constitucionais.[64]

Para sustentar a liberdade de escolha do administrador, máxime quando possui legitimidade democrática, costuma-se argumentar que a definição dos programas sociais a serem implementados, quando não decorrente de imposição legal, se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. A existência do poder discricionário decorre da impossibilidade de a lei dispor, *a priori*, sobre a solução que melhor aproveite ao interesse público, sendo preferível a concessão de uma liberdade mais ampla às autoridades responsáveis pela execução do ato. Com isso, permite-se a valoração das circunstâncias subjacentes ao caso concreto, possibilitando a identificação da medida mais adequada. Essa atividade valorativa culminará com a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que se mostre mais consentâneo com o caso concreto e a satisfação do interesse público.[65] Para que esse objetivo seja alcançado, deverá o administrador, na lição de Gianini,[66] proceder à "*ponderação comparativa dos vários interesses secundários* (públicos, coletivos ou privados), *em vista a um interesse primário*". De acordo com Sandulli,[67] "*a discricionariedade importa sempre uma valoração, uma ponderação de interesses e um poder de escolha*".

---

64 Cf. GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade, *in* Revista Forense nº 383, p. 83, janeiro/fevereiro de 2006.
65 Cf. CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 5ª ed.. Londres: Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 521; e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 4ª ed.. Paris: Montchrestien, 1995, p. 255.
66 *Diritto Amministrativo*, vol. 2º. 3ª ed.. Milano: *D. A. Giufrrè Editore*, 1993, p. 49.
67 *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. 1. 15ª ed.. Napoli: *Jovene Editore*, 1989, p. 593.

É inegável, portanto, que o administrador público deve ter assegurada uma esfera de liberdade no âmbito de sua atuação funcional. No entanto, à margem da lei não há verdadeira liberdade, mas, sim, arbitrariedade. Ao reconhecermos que a dignidade humana atribui imediata exegibilidade aos direitos prestacionais, ainda que o legislador não defina o teor das prestações ou indique a fonte de custeio, é factível que só há verdadeira liberdade quando o administrador, por absoluta carência de recursos, precisar escolher entre eles ou outros programas dotados de igual ou superior hierarquia axiológica. Fora dessa situação, não há propriamente uma opção, mas verdadeira imposição.

Se o administrador deixar de cumprir uma imposição de ordem constitucional ou legal, não há qualquer óbice à atuação do Poder Judiciário com o objetivo de recompor a juridicidade. Em situações dessa natureza, embora o argumento seja mais que corriqueiro, não há que se falar em violação ao princípio da divisão das funções estatais. Note-se que a estrita conexão entre a divisão das funções estatais e a garantia dos direitos individuais remonta ao pensamento revolucionário francês, recebendo consagração expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.*" O Poder Judiciário, ao atuar, longe de macular a divisão das funções estatais, lhe rende homenagem, contendo os excessos ou contornando as omissões do Poder Executivo. Afinal, por imposição constitucional, a lei sequer pode excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).[68]

O Poder Judiciário, por força do princípio da inércia, somente pode atuar quando provocado. *In casu*, essa provocação, em primeiro lugar, pode ser realizada pelo próprio "*homem da rua*". Essa hipótese, conquanto juridicamente possível, é faticamente improvável. Ao chegar aos limites de sua própria humanidade, por pouco deixando de *estar* humano, o indivíduo há muito abandonou a consciência de sua civilidade e consequente inserção em um Estado de Direito, onde é titular de direitos e obrigações. Vê-se entregue à própria sorte, marginalizado por um sistema que o abandonou e no qual não se sente inserido. À luz desse quadro, aumenta o *munus* institucional do Ministério Público, que pode realizar a defesa dos interesses do "*homem da rua*" tanto sob a ótica individual, o que decorre de sua situação de indigência e da indisponibilidade dos interesses envolvidos (*rectius*: vida e subsistência

68 Cf. GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Diireitos Sociais, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol. 46, nº 2, p. 955, 2005.

digna), como sob a ótica coletiva ou difusa, isso em razão da pluralidade de beneficiários de sua ação, individualizáveis ou não. É o que deflui do art. 127, *caput* e do art. 129, III, da Constituição da República. Acresça-se que a Lei nº 8.742/1993, em seu art. 31, dispõe que "*[c]abe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta lei*".

5. A autonomia da vontade como algoz da dignidade

A ideia de autonomia reflete a liberdade de determinação de um sujeito. No âmbito doutrinário, não é incomum defender-se que a autonomia privada pode ser induzida, como garantia constitucional, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e de outros direitos fundamentais contemplados na ordem constitucional. [69] A superioridade hierárquica da Constituição, ao que se acresce o seu papel de elemento unificador do ordenamento jurídico e vértice do sistema axiológico que lhe é inerente, permite afirmar que a definição da esfera jurídica individual receberá todo o influxo normativo dela originário. Em outras palavras, a autonomia da vontade e os demais elementos característicos das relações privadas assumirão os contornos que a ordem constitucional lhes facultar.

O reconhecimento da autonomia da vontade também é uma forma de exteriorização da dignidade humana, refletindo a liberdade de pensar e agir, desde, obviamente, que isso não importe em violação aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica. Não há liberdade para agir à margem da juridicidade.

Por mais incrível que possa parecer, não se deve descartar a possibilidade de um elevado quantitativo de pessoas se encontrar, voluntariamente, em "*situação de rua*". Esse estado de coisas, vez ou outra, decorre não propriamente do gosto pelas condições de vida obtidas no espaço público, mas, sim, da insatisfação com as alternativas disponíveis, como a reinserção no ambiente familiar ou, mesmo, o ingresso nos centros de apoio que venham a ser estruturados pelo Poder Público.

Embora seja exato afirmar que uma pessoa não pode abrir mão de sua dignidade, bem inerente e indissociável da espécie humana, portanto, fora de comércio, é possível que sua conduta individual mostre-se faticamente atentatória a essa dignidade, que somente continuaria a existir no plano idealístico-formal. Nessas situações, caberá à ordem jurídica definir se esse tipo de conduta caracterizará, ou não, um ato ilícito.

---

69 Cf. MIRANDA. Manual..., Tomo IV, p. 326.

No caso brasileiro, merece referência a contravenção penal tipificada no art. 59 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, *verbis*: "*[e]ntregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena*". A referência à validez para o trabalho evidencia que o indivíduo não praticará qualquer ilícito caso apresente uma disfunção física ou mental que inviabilize o exercício de atividade laborativa lícita ou, mesmo, quando não encontrar um posto de trabalho, o que não chega a ser incomum. Esse aspecto bem demonstra que a redução da "*população em situação de rua*" somente será obtida a partir da realização de esforços integrados, disponibilizando-se abrigo e alimentação, com a correlata atuação da equipe multidisciplinar, de modo a integrar, ao mercado de trabalho, as pessoas que se encontrem nessa situação, bem como com a coibição do ilícito penal que a ociosidade pode caracterizar.

Outro aspecto digno de nota é que o espaço público, como se constata pelos próprios contornos semânticos da expressão, é destinado ao uso público, não podendo ser "privatizado" pelo "*homem da rua*" à margem de autorização concedida pelo órgão competente. Uma coisa é transitar pelo espaço, coisa diversa é ocupá-lo como se moradia fosse. Nessa linha, é plenamente factível a possibilidade de manejo da ação civil pública, pelo Ministério Público ou por outros legitimados, com o objetivo de compelir o Poder Público a remover o "*homem da rua*" do local em que se encontra. Essa medida, no entanto, somente se mostra uma opção viável caso os centros de apoio sejam estruturados e estejam em plena operação. Detectada a omissão do administrador no cumprimento do seu *munus* constitucional, ainda é possível perquirir a sua responsabilização pessoal, especialmente com a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Para tanto, é de bom alvitre seja manejado, pelo Ministério Público, o instrumento da recomendação, de modo a cientificar o agente público, pessoalmente, da ilicitude de sua omissão e facilitar a demonstração do seu dolo, necessário na hipótese do art. 11 do referido diploma legal.

Epílogo

A lamentável situação em que se encontra o elevado contingente populacional que vive à margem do ambiente sociopolítico, perambulando pelo espaço público, refém da própria sorte, exige um processo de mobilização social para que os representantes do povo, à frente dos Poderes Executivo e Legislativo, atuem em prol do desenvolvimento de políticas públicas que resgatem a dignidade dessa camada da população. É justamente a dignidade

humana que integra o conteúdo de dois direitos sociais básicos, a alimentação e a habitação, vitais para uma existência digna, possibilitando a sua imediata exigibilidade perante o Poder Judiciário, que há de suprir a omissão dos órgãos incumbidos do oferecimento desses direitos. Espera-se, sinceramente, que essas aspirações se desprendam da plasticidade de suas linhas estruturais e alcancem, desde logo, a atual geração de brasileiros que se encontram na triste "*situação de rua*". Sobre o "*misterioso ciclo dos eventos humanos*", Franklin D. Roosevelt[70] observou que "*[t]o some generations much is given. Of others generations much is expected*".

70 *Great Speeches*. Org. por GRAFTON, John. *Philadelphia, June 27, 1936*. New York: Courier Dover Publications, 1999, p. 47.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

BADURA, Peter. *Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes.* 3ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2003.

BARBOSA PINTO, Marcos. Constituição e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, *in* ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (org.). Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39.

BIELEFELDT, Heiner. *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos.* Frankfurt: Primus Verlag, 1998.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de COUTINHO, Carlos Nélson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Trad. de REQUEJO PAGÉS, Juan e VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

CALABRICH SCHLUCKING, Marialva. A Proteção Constitucional do Mínimo Imune. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CAMPBELL, Tom. *Human Rights: Shifting Boundaries, in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 18.

_____. *Rights: a critical introduction.* New York: Routledge, 2006.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporâneo.* 2ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva. Desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

COMPLAK, Krystian. *Dignidad Humana como Categoria Normativa en Polonia, in CC* nº 14, janeiro-junho de 2006, p. 71.

CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 5ª ed.. Londres: Sweet & Maxwell Limited, 2003.

CRANSTON, Maurice. *What Are Human Rights?*, London: Blodey Head, 1973.

Diccionario Enciclopédico Universal. Madrid: Cultural S.A., 2000.

DEINHAMMER, Robert. *Ist eine 'Option für die Armen' in der Rechtwissenschaft?, in ARS*, v. 93, nº 4, 2007, p. 551.

DOBELLE, Jean-François. *Le Droit International et la Protection des Droits de L'Homme, in* PERRIN DE BRICHAMBAUT *et alii. Leçons de Droit International Public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 371.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 6ª ed.. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

DWORKIN, Ronald.. *Taking Rights Seriously*. 17ª imp.. Massachussets: Harvard University Press, 1999.

FERNÁNDEZ-GARCIA, Eusébio. *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *La Violation Grave des Droits de L'Homme comme une Menace Contre la Paix, in RDISDP* vol. 77, nº 1, 1999, p. 23.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales, in CC* nº 15, julho-dezembro de 2006, p. 113.

FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed.. München: Beck, 1971.

FUKUYAMA, Francis. Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia, Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade, *in* Revista Forense nº 383, p. 83, janeiro/fevereiro de 2006.

_____. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Diireitos Sociais, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol. 46, nº 2, p. 955, 2005.

_____. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIANINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, vol. 2º. 3ª ed.. Milano: *D. A. Giufrrè Editore*, 1993.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, *in* "Brancosos" e Interconstitucionalidade - Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 163.

GRIMM, Dieter. Constituição e Política (*Die Verfassung und die Politik*). Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

HAASHER, Guy. *Law, Reason and Ethics in the Philosophy of Human Rights, in* SADURSKI, Wojciech (editor). *Ethical dimensions of legal theory*. The Netherlands: Rodopi, 1991, p. 141.

IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*. The Hague: Foundation Horizon, 1999.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito (*Rechtsphilosophie*). Trad. de CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Langenscheidts Grobwörterbuch. 5ª ed.. Berlin: Langenscheidt, 2002.

Larousse Dictionnaire Encyclopédique Illustré. Paris: Larousse, 1997.

LOBO TORRES, Ricardo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, *in* RDA nº 177, jul.-set,/1989, p. 20.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63, *in* MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 639.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Oxford Advanced Learner's Dictionary. 4ª ed.. 6ª imp.. Oxford: Oxford University Press, 1991.

Parola Chiave. Dizionario di Italiano per Brasiliani. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 4ª ed.. Paris: Montchrestien, 1995.

MOUTOUH, Hugues. *La dignité de l'homme en droit, in RDPSP* nº 1, 1999, p. 159.

NASCIMBENE, Bruno. *L'Individuo e la Tutela Internazionale dei Diritti Umani, in* CARBONE, Sergio M., LUZZATTO, Riccardo e SANTA MARIA, Alberto. *Istituzioni di Diritto Internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 269.

NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum, in* BREUER, RÜDIGER *et alii* (org.). *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, p. 426.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

PLATÃO. Teeteto. Trad. de NOGUEIRA, Adriana Manuela e BOERI, Marcelo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. USA: Harvard University Press, (1971), reimp. de 2005.

RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *in* RIP, nº 4, 1999, p. 23.

ROOSEVELT, Franklin D.. *Great Speeches*. Org. por GRAFTON, John. *Philadelphia, June 27, 1936*. New York: Courier Dover Publications, 1999.

RUOTOLO, Marco, *La "Funzione Ermeneutica" delle Convenzioni Internazionali sui Diritti Umani nei Confronti delle Disposizioni Costituzionali, in RDS* nº 2, 2000, p. 291.

SANDULI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. 1. 15ª ed.. Napoli: *Jovene Editore*, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, *in* RCCS nº 48, 1997, p. 11.

SARTORI, Giovanni. *Théorie de la Democratie* (*Democrazia e definizioni*). Trad. de HURTIG, Christiane. Paris: Librairie Armand Colin, 1973.

SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie*. 4ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

SHAKESPEARE William. *The Complete Works of William Shakespeare. Hamlet, Price of Denmark. Act III, Secene I – A Room in the Castle*. Cleveland: The World Syndcate Publishing Company, s/d, p. 945.

SIEYÈS, Abade. Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão. Trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STONE, Adrienne. *Introduction, in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 1.

TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. 2ª ed.. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

VAN DER VEN , J. J. M.. *Ius Humanum: das Menschliche und das Rechtliche*. Frankfurt Am Main: Metzner Verlag, 1981.

VIEIRA DE ANDRADE, Jose Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed., reimp.. Coimbra: Livraria Almedina, 2010.

WEBER, Albrecht. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA, in RDC* nº 24, 1995, p. 677.

WOLFGANG SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, *in* LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). Constituição e Crise Política. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 403.

_____ e FILCHTINER FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* WOLFGANG SARLET, Ingo e BENETTI TIMM, Luciano (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2010, p. 13.





Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Segurança)



O DIREITO À SEGURANÇA

FLÁVIA FERRER*

SUMÁRIO: 1. Síntese dogmática. 2. Introdução. 3. Segurança Pública. 4. Criminalidade. A questão social. 5. Políticas de redução da criminalidade urbana. 6. Implementação judicial do direito à segurança.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

Os direitos sociais, espécie de direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, encontram-se intimamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, e sua implementação é necessária para o alcance da igualdade material e da justiça social.

O direito à segurança, espécie de direito social, traz para o Estado o dever de implementar políticas públicas de segurança que garantam aos cidadãos o direito de ir, vir e transitar com tranqüilidade nos locais públicos e, também, assegurem a defesa de sua integridade física e de seu patrimônio. O direito à segurança é parte fundamental do direito à qualidade de vida e do próprio direito fundamental à vida, na medida em que a insegurança traz aumento de violência e perturbação à ordem pública e social.

Cabe ao Estado, dentro de programa de combate à criminalidade, voltar-se para a implementação de políticas sociais sérias e de longo alcance, como o combate à miséria e o aumento do número de empregos, bem como de ações ligadas à saúde, saneamento e educação.

Urge, no entanto, ante a grave situação de insegurança hoje vivenciada pela sociedade, a adoção estatal de medidas de combate imediato à criminalidade. A escolha e adoção das políticas a serem implementadas, dentre as diversas existentes – janelas quebradas, prevenção situacional do crime, escolha racional, policiamento comunitário – cabe ao Estado.

A adoção de uma ou mais políticas de combate e controle da criminalidade é dever do Estado. Não havendo, de modo claro, a implementação de medidas sérias que visem à manutenção da segurança pública, torna-se possível impor, judicialmente, a adoção de medidas de controle e combate à criminalidade,

---

*FLÁVIA FERRER é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 26 (3ª Fase), jul./dez. 2007, p. 109-125.

uma vez que a atual situação de insegurança constitui séria ameaça à integridade física e psicológica dos cidadãos.

O Ministério Público deve utilizar os instrumentos jurídicos existentes para compelir judicialmente o Estado a implementar políticas que assegurem o direito social à segurança pública.

2. INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º da Constituição Federal[1]. São eles espécies dos direitos fundamentais[2] e têm como destinatários os integrantes do corpo social. Os direitos sociais, chamados direitos fundamentais de segunda geração ou de segunda dimensão, pressupõem um atuar positivo por parte do Estado para o fim de proporcionar aos indivíduos o alcance da justiça social.

Neste diapasão, os direitos sociais impõem ao Estado a consecução de ações concretas visando à erradicação da pobreza e do analfabetismo, à assistência social, previdenciária e de saúde à toda população, etc. Estes direitos, chamados prestacionais ou sociais fundamentais[3], são, nas palavras de ALEXY, "direitos do indivíduo frente ao Estado, a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares"[4].

Estes direitos, como bem acentua PAULO BONAVIDES, "nasceram abraçados ao princípio da igualdade"[5]. Busca-se, com a consecução deles, alcançar a igualdade material entre os indivíduos. Os direitos sociais, nas palavras de INGO SARLET, "podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social"[6].

Os direitos sociais fundamentais, pressupostos de existência de justiça social, fundam-se não somente no princípio da igualdade material, mas, também, no princípio da dignidade da pessoa humana, ambos com assento cons-

---

[1] Art. 6º: "São direitos sociais 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, na forma desta Constituição".

[2] J. C. VIEIRA DE ANDRADE ensina que todos os direitos fundamentais possuem função protetiva, pois que objetivam assegurar e proteger certos bens ou interesses individuais ou coletivos considerados essenciais (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*), *apud* INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 118).

[3] Os chamados direitos prestacionais, que abrangem os direitos de acesso e utilização de prestações estatais, constituem um leque complexo de posições e postulações jurídicas variadas.

[4] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 482

[5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 4ª ed., 1993, p. 476.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2ª ed., 2001, p. 52.

titucional. Isto porque a igualdade está intimamente vinculada à dignidade e somente é possível haver dignidade em presença de igualdade. Nas palavras de ANDRÉ ANDRADE, "a dignidade pressupõe, portanto, a *igualdade* entre os seres humanos. Este é um de seus pilares"[7].

Podemos extrair da ética o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais[8]. O respeito à dignidade humana impõe, pois, prestações positivas estatais que possibilitem uma igual consideração dos interesses dos integrantes do corpo social, com vistas à diminuição da desigualdade existente na realidade atual.

O direito à segurança, previsto no art. 6° da Constituição Federal como um dos direitos sociais, é composto de variados aspectos, como a segurança nas relações de consumo, a segurança frente à opressão estatal (direitos fundamentais do indivíduo), a segurança social (das relações sociais), a segurança nacional, a segurança pública interna.

O presente trabalho buscará examinar o direito social à segurança pública, espécie de direito social fundamental, analisando as possibilidades pelas quais poderia o Estado, de fato, prover aos cidadãos o direito à segurança constitucionalmente previsto.

3. SEGURANÇA PÚBLICA

Segurança é "certeza, firmeza, convicção", é a "condição daquilo em que se pode confiar"[9]. Segurança, sob o enfoque jurídico, tem o sentido de garantia, proteção. Público é o "destinado ao povo, à coletividade", que é de uso de todos, comum"[10]. Segurança pública é, pois, a situação em que a coletividade pode se sentir confiante, certa de que o Estado estará zelando pela completa integridade da sociedade. Pode-se definir segurança pública como "uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas"[11]. A segurança pública tem por finalidade precípua a preservação e manutenção da ordem pública, com uma situação de "pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência"[12].

---

[7] ANDRADE, André. "O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial". *Revista da EMERJ* n° 23, pp. 316/335.

[8] PETER SINGER pondera que: "O princípio da igual consideração de interesses não permite que a nossa prontidão em considerar os interesses dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a característica de ter interesses" (SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 32).

[9] *Novo Dicionário Aurélio Século XXI*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.829.

[10] *Id.*, p. 1.664.

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 6ª ed., 1990, p. 650.

[12] *Id., ib.*, p. 649.

Segurança pública, nas palavras de José Afonso da Silva, é uma "situação de preservação ou restauração da convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses"[13].

A segurança é obrigação estatal, conforme previsto no art. 144 da Constituição da República, na medida em que as atividades policiais são públicas. Às polícias cabem as tarefas de prevenir, reprimir e apurar a prática de delitos que violam a segurança do cidadão[14].

É possível dividir as atividades estatais de segurança em duas vertentes: a segurança externa (nacional) e a segurança interna.

As atividades de segurança externa, ou de segurança nacional, destinam-se à defesa do Estado, com a proteção da integridade territorial, da soberania nacional e das instituições políticas.

As atividades de segurança interna são as que buscam preservar a ordem pública e proteger os integrantes da coletividade da violência, com prevenção e repressão às atividades delituosas. A segurança interna recebe, comumente, a denominação de segurança pública.

As atividades ligadas à segurança pública visam ao controle do crime e à segurança e proteção do cidadão contra a criminalidade[15].

4. CRIMINALIDADE. A QUESTÃO SOCIAL

O panorama mundial traz ao conhecimento de todos o que se ocupam da questão da criminalidade urbana diversos estudos e doutrinas que têm por finalidade a redução e/ou erradicação de tal espécie de criminalidade.

A primeira conclusão a que se pode chegar, no exame de tais estudos, é a de que a criminalidade existe e irá sempre existir em qualquer forma de grupo

---

[13] *Id., ib.*, p. 650.

[14] O art. 144 da CF dispõe: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I – polícia federal;
II – polícia rodoviária federal;
III – polícia ferroviária federal;
IV – polícias civis;
V – polícias militares e corpos de bombeiros militares."

[15] Sabadell, Ana Lucia. "*Segurança Pública*", "Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 29, pp. 53/67. Afirma a autora: "O Estado moderno, baseado no monopólio da violência, é considerado fundador da paz e garantidor da segurança dos cidadãos A segurança interna é considerada um dever do Estado: em primeiro lugar como dever da polícia e dos órgãos da justiça penal, para reprimir os comportamentos criminais, lesivos à integridade física, moral e do patrimônio dos cidadãos e lesivos aos interesses do Estado".

de que a criminalidade existe e irá sempre existir em qualquer forma de grupo social. A presença de condutas chamadas desviantes, ou criminosas, é uma das características do corpo social. Qualquer estudo que proponha fórmulas ou métodos tendentes a abolir, de modo definitivo, o crime, é falso ou mentiroso. Possível é a redução da criminalidade, impossível sua abolição.

A criminalidade, principalmente em sociedades como a brasileira, tem como causa básica a desigualdade social. A pobreza e a falta de perspectivas de ascensão social fazem com que diversos indivíduos se vejam impelidos a ingressar na marginalidade.

Qualquer plano político que pretenda, de forma séria, lidar com o problema da segurança pública, deve buscar programas de combate à pobreza; de erradicação do analfabetismo; de uso e ocupação adequados do solo; que possibilitem o acesso de todos os indivíduos à educação e saúde de qualidade; que permitam aos indivíduos a obtenção de moradia e trabalhos dignos. Uma evolução e melhoria nas condições de segurança da população "faz parte dos requisitos de acesso à cidadania, ao bem-estar social, à eqüidade e à democracia"[16]. O professor SÉRGIO ADORNO assinala que "quando se propõe política de segurança pública é necessário que se estabeleça um *link* com os direitos humanos e vice-versa"[17]. Assim, pode-se concluir que somente a adoção de sérias políticas de inclusão social, com a promoção e extensão dos direitos fundamentais e desenvolvimento humano de todas as camadas sociais permitirá, de fato, uma redução efetiva e real, em longo prazo, da violência e do crime.

Medidas que pretendam a diminuição da criminalidade urbana sem buscar a redução das desigualdades sociais são mero paliativo para problemas muito mais graves e que demandam atenção e ação política imediatas. Em verdade é possível afirmar que a questão da segurança interna, da segurança pública, deveria ter como enfoque central a busca de uma situação geral de bem-estar social, garantindo aos cidadãos, em geral, as condições básicas para a aquisição e fruição dos direitos fundamentais.

5. POLÍTICAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE URBANA

A redução efetiva da criminalidade urbana pressupõe a implementação de políticas de inclusão social e redução das desigualdades existentes. Tais políticas, entretanto, conquanto tenham que ser implementadas com urgência, somente dão resultados em médio e longo prazo.

---

[16] Relatório de Desenvolvimento Humano Sustentável da Cidade do Rio de Janeiro, capítulo 5. Coleção Estudos da Cidade, Rio Estudos nº 12 – abril, 2001.

[17] ADORNO, Sérgio. *Apud* PAGANI, Maria do Carmo. "As Graves Mudanças na Sociedade". Em *www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/juldez2000/cad157-4b.html*.

Há a necessidade, ante a crescente escalada de criminalidade urbana, que traz para os indivíduos, cada vez mais, enorme sensação de insegurança e desamparo, de implementação de políticas de segurança que permitam, em curto espaço de tempo, a redução dos índices de prática de crimes.

O Estado, por meio de uma política de segurança pública, deve estabelecer regras, sistemas, programas, ações e mecanismos para "a proteção da saúde, vida e patrimônio das pessoas e controle da criminalidade, preventiva ou repressivamente, com a utilização das polícias"[18].

Como já enfatizado, a sociedade carece de políticas de inclusão social. Se é verdade que a principal causa da violência tem raiz social, também é verdade que a defasagem nos indicadores sociais não pode ser utilizada como desculpa estatal para que não sejam tomadas as medidas necessárias, em nível de plano de segurança, para o fim de buscar a redução nos índices de criminalidade. "Se os motivos sociais poderão se constituir a causa de algum tipo de violência, esse erro institucional não justifica a prática de inseguranças ou quaisquer violências cometidas por qualquer tipo de excluído"[19]. O Estado não pode se omitir em adotar políticas de segurança que possibilitem um decréscimo da criminalidade em curto prazo, ao mesmo tempo em que deve adotar medidas sociais tendentes a diminuí-la em médio e longo prazo.

São diversas as medidas que podem ser implementadas visando à redução da criminalidade. Procuraremos, no presente trabalho, examinar as mais conhecidas e aplicadas nas sociedades atuais.

A primeira teoria com vistas à redução da criminalidade a ser abordada tem sido implementada em diversas cidades dos Estados Unidos da América, é a das *broken windows*, ou teoria das janelas quebradas.

Tal filosofia surgiu no início dos anos 80 a partir de artigo escrito pelos criminologistas James K. Wilson e George Kelling[20] e foi posteriormente desenvolvida em diversas publicações[21]. A doutrina chamada tolerância zero[22]

---

[18] Santin, Valter Foleto. "A Participação do Ministério Público e do Cidadão na Política de Segurança Pública". Em *www.mp.sp.gov.br/3procj/*

[19] Damasceno, Manoel. "Diagnose da Violência, Base da Segurança". *www.brasilsegurança.com.br/diagnose.html.*

[20] Wilson, James Q. e Kelling, George L. *The Police and Neighborhood Safety.* The Atlantic Monthly, Março, 1982, 29-38.

[21] A principal obra que trata do assunto, em que foi desenvolvida a doutrina, é o livro *Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities.* Kelling, George L. e Coles, Catherine M. Nova Iorque: Touchstone.

[22] William Bratton, ex-comissário de polícia da cidade de Nova Iorque, assim se refere à doutrina das *broken Windows*: "*In all five police departments I've headed, I have followed Geroge Kelling's prime directive: reduce disorder and you WILL (emphasis in original) reduce crime. The strategy is sending a strong message to those who commit minor crimes that they will be held responsible for their acts. The message goes like this: behave in public spaces, or the police will take action. Police will also check you out to make sure that you are not creating chronic problems or wanted for some others more serious offense. Police also will question you about what you know about other neighborhood crime*".

com o crime está baseada na filosofia das *bronken windows*, pela qual se sustenta que propriedades vandalizadas e não consertadas e condutas não-civilizadas nas ruas mandam à sociedade a mensagem de que a própria comunidade e as autoridades não se importam com o que ocorre no local, produzindo uma atmosfera que propicia a proliferação de crimes graves. Além disso, indivíduos que praticam ofensas menores e ficam impunes passam a ter a sensação geral de impunidade, o que os pode incentivar a cometer ofensas mais graves[23].

O professor ROGER HOPKINS BURKE, do Centro de Estudos de Ordem Pública da Universidade de Leicester – Inglaterra, sustenta que as estratégias policiais para a aplicação da política de tolerância zero devem estar baseadas em três pilares[24].

a) maior presença e visibilidade policial nas ruas (demanda social existente);

b) a polícia deve estar ciente e sensível às demandas particulares de cada segmento da comunidade (local de sua atuação), de modo que sua atividade ganhe respeito e legitimação social;

c) as estratégias policiais serão produtivas se forem percebidas como justas pela comunidade local.

Críticos da teoria argumentam que a aplicação da tolerância zero incentiva a criação de um estilo policial militarizado e traz grande opressão policial e racismo contra as populações socialmente menos favorecidas[25]. Chamam a atenção para o fato de que ações e estratégias policiais consideradas opressivas e injustas pelas comunidades podem fazer com que certos criminosos cheguem a ser admirados e "santificados"[26].

Crítica foi feita à teoria, também, com a afirmação de que perder tempo policial reprimindo infrações leves (as chamadas incivilidades) pode fazer com que a polícia deixe de ter tempo e pessoal para reprimir e investigar os

---

[23] A tolerância zero, baseada na teoria das *broken windows*, foi aplicada na cidade de Nova York. Estatísticas mostram que a taxa de criminalidade, ali, entre 1994 e 1996, baixou 37%, sendo que os homicídios caíram em 50%.

[24] BURKE, Roger Hopkins. *A contextualization of Zero Tolerance Policing Strategies* em Zero Tolerance Policies. Leicester: Perpetuity Press, 1998, pp. 11/30.

[25] Estudos demonstram que a violência policial, principalmente contra minorias raciais, aumentou em Nova Iorque após a adoção da política de "tolerância zero". O professor italiano ANDRÉA LEMMI ressalta que a adoção de tal política aumentou a distância entre polícia e sociedade, uma vez que a extrema repressão policial criou ambiente militarizado, com o cometimento de violência e atrocidades policiais (*Zero Tolerance Inefficace nel Lungo Período*. Em *www.direitocriminal.com.br*).

[26] LEA, John e YOUNG, Jack. *What is to be done about law and order?* Em Zero Tolerance Policies.Leicester Perpetuity Press, 1998.

delitos mais graves (de maior lesividade social). Embora a crítica pareça justa e fundada, as pesquisas gerais existentes indicam que a diminuição dos delitos leves leva, invariavelmente, à diminuição dos graves. As chamadas incivilidades, ou pequenos atos de vandalismo (pichações, danos a patrimônio público e privado, embriaguez pública, uso de drogas) são um exemplo claro de janelas quebradas: dão aos cidadãos a idéia de falta de ordem, de falta de cuidado por parte do poder público, fazendo com que os autores de delitos sintam-se incentivados a cometê-los, de um lado, e fazendo com que a sociedade em geral se sinta atemorizada pela possibilidade do cometimento de tais crimes.

Necessário, no entanto, que a atividade policial seja monitorada, para evitar arbitrariedades e, além disso, que as sanções aplicadas aos pequenos delitos sejam adequadas à sua baixa lesividade social. Interessante, em relação à criminalidade de pequeno potencial ofensivo, a aplicação de penas restritivas de direitos, principalmente a prestação de serviços à comunidade, bem como a aplicação da justiça terapêutica nas hipóteses de porte de entorpecente para uso próprio e violência, principalmente doméstica, relacionada com o abuso de álcool.

Relatório de pesquisa feita em 1981 na Inglaterra mostrou que "mesmo que os policiais se comportem com impecável cortesia para com cada pessoa parada e revistada e se desculpem com todas aquelas que não forem encontradas portando itens suspeitos, muitas pessoas ficam ressentidas por serem tratadas como suspeitas quando trafegavam inocentemente para o metrô ou para casa"[27]. O mesmo relatório aponta para o fato de que a polícia tem que atuar diretamente e juntamente com a comunidade, contando com sua confiança e participação; mais com informações e inteligência e menos com militarismo; há a necessidade de quebrar o antagonismo existente entre as comunidades e a polícia, para que se entenda que a prevenção ao crime é responsabilidade de toda a sociedade.

O estudo das diferentes abordagens do tema criminalidade urbana demonstra que há duas escolas que divergem. A primeira sustenta que há uma ligação direta entre o policiamento intensivo e a repressão dos delitos menores e a diminuição da criminalidade. A segunda sustenta não haver prova da ligação entre a redução de crimes graves e a repressão a ofensas menores e, ainda, que a introdução do sistema de policiamento militarizado oprime as classes menos favorecidas.

Além da teoria das *broken windows*, devem ser levadas em consideração, para a adoção de políticas tendentes a diminuir a criminalidade urbana, outras teorias, como a da prevenção situacional do crime e a da escolha racional.

---

[27] Relatório Scarman, Inglaterra, 1981.

A teoria da prevenção situacional do crime – *situational crime prevention* –, desenvolvida por RONALD CLARK[28], admite haver diversos fatores que conduzem o agente ao cometimento do crime, dentre eles inúmeros de origem social, que devem ser combatidos através da adoção de políticas públicas (redução da pobreza, aumento da oferta de emprego, etc.). Independente da implementação de tais políticas, entretanto, a sociedade exige a redução da criminalidade, o que faz com que esta teoria sugira a adoção de medidas práticas que visam a prevenir a prática de crimes. A *situational crime prevention* parte da premissa de que os agentes que cometem crimes o fazem por escolha, de forma racional, após mensurar os riscos e os benefícios de tal atividade. Assim, o exame de diversas espécies de delitos pode levar à indicação de medidas de prevenção que poderiam ser adotadas para, naquela específica situação, diminuir a incidência de tal delito. A teoria se baseia em dois pilares principais: *a)* a busca da redução das oportunidades físicas para a prática do crime (exemplo de tal diminuição foi observado com a transferência de caixas eletrônicos bancários de locais isolados para dentro de lojas que funcionam 24 hs em postos de gasolina); *b)* o aumento das possibilidades físicas para que os agentes que cometem delitos venham a ser identificados e punidos (exemplos de tal prática ocorrem com a colocação de câmeras de vigilância em lojas, escolas e ônibus em linhas de maior incidência de crimes; outro exemplo concreto da adoção prática da teoria da prevenção situacional está no uso, por diversas lojas, de dispositivos eletrônicos nas mercadorias vendidas). A teoria busca soluções práticas e de custo relativamente baixo, que reduzam as oportunidades de cometimento dos delitos e aumentem os riscos envolvidos na atividade ilícita.

A teoria da escolha racional, desenvolvida a partir da teoria de prevenção situacional do crime, sustenta que o comportamento criminoso envolve escolhas e tomada de decisões por parte do agente, que opta pelo comportamento delitivo na busca de necessidades como dinheiro, status, sexo, excitamento, etc. Sustenta esta teoria que as escolhas e decisões que envolvem um comportamento humano são racionais e calculadas de acordo com os riscos e benefícios de tal conduta. A teoria defende (algo comprovado estatisticamente) que a certeza da punição é muito mais eficaz do que a gravidade da pena. Busca colocar a inteligência e a tecnologia a serviço da prevenção do crime, com a utilização em larga escala, por exemplo, de aumento da iluminação pública em áreas de maior incidência de delitos e instalação de câmeras de vigilância em áreas públicas, principalmente em locais de alta incidência de crimes. A teoria da escolha racional preconiza uma reestruturação urbana dos espaços conflitivos, buscando a uma maior prevenção do delito e conseqüente aumento do risco para o delinqüente.

---

[28] CLARKE, Ronald V. G. *'Situational' Crime Prevention* em *Criminological Perspectives*. London: Sage Publications. 1998, pp. 332/341.

Outra vertente de política de diminuição de criminalidade urbana está na implementação de modelos de polícia comunitária. A polícia comunitária busca aproximar os agentes policiais e a comunidade, criando atmosfera de respeito e confiança. "É a aplicação de uma estratégia de combate à criminalidade na qual os pontos principais são o diálogo e a cooperação com a comunidade, e não a simples utilização do aparato repressivo policial"[29].

O policiamento comunitário, em definição trazida pelo Departamento de Estado Americano, é voltado para a comunidade e "é proativo, baseia-se na resolução de problemas e é controlado pela comunidade. Ocorre quando uma delegacia de polícia e cidadãos obedientes à lei trabalham juntos para realizar quatro tarefas: prender infratores; inibir a criminalidade; solucionar problemas existentes; e melhorar a qualidade de vida da comunidade"[30].

Estatísticas da cidade de San Diego, onde foi aplicada a política de polícia comunitária, demonstram que o índice na criminalidade teve redução similar à obtida em Nova Iorque com a adoção da tolerância zero, mas com menor aumento no número de policiais e, principalmente, diminuição no número de reclamações da população contra ações policiais[31].

A atividade de polícia comunitária é realizada pela polícia preventiva, função da polícia militar e das guardas municipais, que, para tanto, devem se aproximar e buscar conhecer os problemas sociais da comunidade em que atuam. A polícia, para atuar de modo preventivo e em parceria com a comunidade, tem que passar por um grande programa de reestruturação e reeducação de suas forças, de modo a fazer com que os agentes policiais passem a ser respeitados (e respeitem) a comunidade em que atuam.

Qualquer plano sério de combate à criminalidade tem que cuidar seriamente das instituições policiais, hoje completamente sucateadas, promovendo amplo reaparelhamento material[32]. Essencial, também, maior atenção à formação profissional do policial, de modo a lhe fornecer, além de remunera-

---

[29] Lemmi, Andréa. Artigo citado.

[30] Cobarruviaz, Louis A. *Apresentação Sobre Policiamento Comunitário.* Programa do Seminário Tolerância Zero. Auditório de O Globo, 06 de junho de 2003.

[31] Andréa Lemmi, no artigo citado, informa que o número de policiais em Nova Iorque, para a adoção da política de tolerância zero, aumentou em 40%, enquanto em San Diego o aumento na força policial foi de apenas 6,2%. Além disso, o aumento de reclamações contra ações policiais na cidade de Nova Iorque, com a adoção da Tolerância zero, foi de 60%, enquanto o índice em San Diego, teve retração.

[32] Roger Burke, em seu artigo já citado, afirma que, em junho de 1995, visitou Nova Iorque e ficou impressionado com as inúmeras violações de tráfego presenciadas durantes as três semanas em que lá esteve. Percebeu que policiais também presenciaram tais violações e nada fizeram. Conversando sobre o fato com um oficial graduado da polícia, recebeu a resposta de que os policiais não eram muito bem pagos e que somente buscavam cumprir seu tempo para a aposentadoria ("quem precisa de um louco atirando em sua cabeça"). Ser um policial é uma profissão de risco. O trecho demonstra a necessidade de mudança de mentalidade dos policiais, que devem ter a noção da importância de seu trabalho para a manutenção da ordem pública e da paz social.

ção justa, conhecimentos sobre problemas e questionamentos sociais, direitos humanos, legislação e justiça, defesa pessoal, inteligência, etc. Os policiais, para o correto desempenho de suas funções, devem ter a dimensão da importância de sua atividade, como agentes de pacificação de conflitos sociais.

Um plano de aproximação entre polícia e sociedade tem que abordar, de forma séria e transparente, a questão da corrupção policial. Faz-se necessário o afastamento de policiais corruptos e que pratiquem violência policial e incentivar a população para que identifique e indique os maus policiais. Para que a polícia assuma o seu papel, ela tem que se fazer respeitada pela sociedade. Para se fazer respeitada, é imprescindível o afastamento e efetiva punição de policiais corruptos e que usam desnecessariamente a força. Para se fazer respeitada, é necessário que a polícia queira e busque, de fato, prevenir, reprimir e investigar os delitos.

A adoção de uma política de segurança eficaz e integrada, que resulte, de fato, em relevante redução da criminalidade, exige radical mudança de mentalidade, tanto por parte das forças policiais como, também, por parte da própria sociedade civil. A segurança pública não é simplesmente, e tem que deixar de ser vista como, um "assunto de polícia"[33]. A questão da segurança pública, como estabelece a Constituição Federal no art. 144, é "direito e responsabilidade de todos"; não pode a sociedade civil, assim, deixar de prestar sua contribuição para a adoção de medidas que possam, de fato, conduzir à redução da criminalidade urbana, com o conseqüente aumento na sensação de segurança das comunidades. Não pode a sociedade continuar a tolerar ou "fechar os olhos" para condutas que trazem aumento na sensação de insegurança.

A diminuição da criminalidade exige esforços em diversas áreas. Há a necessidade de modificação legislativa[34], com o fim de cortar benefícios concedidos a autores de certos crimes graves[35] e àqueles que, de dentro do sistema carcerário, continuam comandando a marginalidade[36].

---

[33] Relatório de Desenvolvimento Humano Sustentável da Cidade do Rio de Janeiro, capítulo 5. Coleção Estudos da Cidade. Rio Estudos nº 12 – abril, 2001.

[34] Na Itália, somente foi possível o combate à máfia com a edição de um conjunto de leis que endureceu a persecução e execução das penas e, além disso, com um eficaz programa de proteção às testemunhas.

[35] Os projetos de reforma da Lei de Execuções Penais trazem a previsão de regime disciplinar diferenciado para presos de maior periculosidade, de modo a permitir o isolamento e redução de visitação, entre outras medidas (projetos nº 5.073/01 e 5.075/01, ambos em tramitação no Congresso Nacional).

[36] Há a necessidade de efetivo controle da execução das penas, de modo a transformar a execução penal em sistema de ressocialização dos condenados. Além disso, faz-se imprescindível um maior controle e fiscalização nas unidades prisionais, com o fim de impedir, de modo definitivo, a prática reiterada de delitos por parte de criminosos encarcerados.

Faz-se imprescindível implementar eficaz e abrangente programa de proteção a testemunhas, sem o qual é impossível enfrentar a grande criminalidade[37].

Há necessidade, premente, de uma tomada de posição do Estado, por parte da polícia, na questão da criminalidade. A imagem social da corporação militar e da polícia civil é gravemente comprometida. A polícia somente passará a ser respeitada e ajudada pela sociedade no combate ao crime quando começar a desenvolver práticas que demonstrem que busca, de fato, a diminuição da criminalidade. Para isto, faz-se imprescindível o incremento da polícia comunitária, que esteja em sintonia com os reclamos da comunidade em que atua e, para que tal ocorra, a cúpula policial tem que admitir suas mazelas e lutar, publicamente, contra a corrupção e a violência policial.

A redução da criminalidade exige, por fim (e este é o ponto essencial), uma tomada de atitude por parte da sociedade civil. Deve haver união entre os entes governamentais, as entidades privadas e a sociedade civil, no sentido de buscar ações concretas que façam diminuir: as atividades violentas em todos os níveis; a corrupção e os crimes que ofendem os interesses difusos e coletivos; a lavagem de dinheiro; o vandalismo no trânsito e contra bens públicos e privados; o tráfico de entorpecentes e seu financiamento, realizado pelos usuários de drogas; a disseminação e o tráfico de armas de fogo, que devem ser completamente abolidas. Não há, em verdade, solução mágica ou rápida para o grave problema da segurança pública e da criminalidade urbana, mas somente se pode buscar um aumento nos índices de segurança por meio de ações integradas, que busquem atacar e desmascarar a criminalidade em todas as suas formas e facetas, de modo a proteger, implacavelmente, a sociedade.

Percebe-se, de todos os planos e políticas examinados, que qualquer programa que se destine à redução da criminalidade urbana tem que buscar diminuir as oportunidades para a prática de delitos: com o aumento de iluminação pública e colocação de câmeras de segurança; com a intensificação da presença policial nas ruas e promoção de estreita ligação entre as forças policiais e a comunidade, no sentido de que somente com apoio social (e informações fornecidas pela própria comunidade) será possível manter a criminalidade sob controle e prevenir a ocorrência de novos delitos. As autoridades policiais devem representar papel de liderança na comunidade (a polícia deve ser reconhecida e respeitada).

Há a necessidade, também, de que a sociedade e as entidades privadas percebam que a tarefa de combate à criminalidade não é de atribuição exclusiva do Estado e seu aparelhamento policial, mas de responsabilidade de

---

[37] Embora tenhamos diversas leis que mencionam a chamada delação premiada, ainda não há, no Brasil, programa de proteção a testemunhas que atenda à demanda existente, principalmente em grandes centros urbanos.

todo o corpo social. A universidade e os diversos setores da sociedade civil têm que se engajar nas discussões sobre segurança pública e nas atividades de prevenção ao crime. A política de segurança pública, com ações de prevenção e repressão ao crime, exige um conjunto integrado de intervenções em diversas frentes, com participação de todos os níveis de órgãos governamentais, entidades privadas e sociedade civil.

5. IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SEGURANÇA

Chegando a Constituição Federal a 15 anos de vigência, ainda é relativamente escassa na nossa jurisprudência a atuação do Poder Judiciário na busca da efetivação dos direitos sociais.

A escassez de decisões que determinem a implementação de ações tendentes a concretizar o direito fundamental à segurança deve-se muito, certamente, ao receio do operador do direito de que, ao aplicar dispositivo de tamanha abstração e amplitude, esteja a invadir terreno que supõe pertencente ao poder político[38]. A amplitude de abrangência dos direitos fundamentais sociais faz com que o julgador sinta que está a pisar em terreno movediço e alheio. Como resultado, o julgador, freqüentemente, realiza uma interpretação avalorativa e mecânica dos textos, descomprometida dos ideais de justiça incorporados na Constituição[39].

O julgador não deve supor que, por não exercer um mandato popular, lhe falte legitimidade para proferir decisão que atenda ao interesse público, mesmo que não haja dispositivo expresso em sede infraconstitucional para fundamentar a decisão judicial. No momento de proferir decisão, cabe ao magistrado a busca da melhor e maior aplicação do texto constitucional, com o fim de implementar os direitos e garantias fundamentais, tanto de primeira como de segunda e terceira geração.

A doutrina moderna já abandonou a concepção que via os princípios constitucionais como aspirações morais ou programas políticos, sem força normativa. Tal concepção aceitava como fatalidade a idéia expressa por

---

[38] RONALD DWORKIN, refutando a tese de que o juiz, na ausência de uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, exerceria um "poder discricionário", criando novos direitos (*new legal rigths*), distingue os *argumentos de princípio* dos *argumentos de política*. Assim preleciona: "Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos" (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141).

[39] ANDRADE, André Gustavo. Artigo citado.

Ferdinand Lassale, de que as questões constitucionais não são jurídicas, mas de natureza meramente política[40]. Essa idéia trazia embutida a própria negação do Direito Constitucional como ciência jurídica[41].

O estudo e a conscientização da comunidade jurídica devem buscar resgatar a força normativa da Constituição, por meio de um trabalho de interpretação que busque concretizar "de forma excelente" os seus princípios, direitos e garantias, "dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"[42].

Para que o direito fundamental à segurança não constitua apenas uma promessa constitucional, faz-se imprescindível sua concretização judicial, por meio de "um constante e renovado trabalho de interpretação/aplicação"[43], no sentido de conferir ao dispositivo constitucional a *máxima efetividade*[44].

A consideração judicial da força normativa da Constituição, na busca de sua *máxima efetividade*, deve levar em consideração, por certo, a realidade político-econômico-social vigente, uma vez que a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente"[45].

A efetivação dos direitos fundamentais sociais exige, por parte do Estado, prestações e ações de cunho político, social e econômico. A busca de tal implementação, por meio do Judiciário, faz com que o julgador tenha que lidar, em muitas situações, com o limite da "reserva do possível"[46]. Caber-lhe-á, então, buscar a solução através da ponderação dos princípios constitucionais em jogo, com atenção para o "conceito-chave da proporcionalidade" e para a "noção de mínimo existencial"[47].

---

[40] Lassale, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, *passim*.

[41] Para Lassale, há os chamados fatores reais de poder (força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade), que formam a chamada Constituição *real* do país, e a chamada Constituição *jurídica* (o texto constitucional que seria "mero pedaço de papel". Eventual embate entre a constituição real e a jurídica será decidido sempre em favor da real, pois o "papel" sucumbirá aos fatores reais de poder dominantes. Konrad Hesse opõe-se frontalmente a esse entendimento, sustentando, de forma brilhante, que o direito constitucional é ciência normativa, pois, caso assim não fosse, não estaria ele "a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes". (*A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991, p. 11).

[42] Hesse, Konrad. Ob. cit., pp. 22-23. Sustenta o autor que "a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma".

[43] Andrade, André Gustavo. Artigo citado.

[44] Dentre os princípios da interpretação constitucional, Canotilho refere-se ao princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência, segundo o qual: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê". Observa o autor que se trata de princípio invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais: "no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.149).

[45] Hesse, Konrad. Ob. cit., p. 18.

[46] O tema é abordado de modo extenso por Sarlet, Ingo Wolfgang (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais, passim*).

[47] Gouvêa, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, 2003, p. 32.

Como acentua BARROSO, "a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível, outras tantas"[48].

O Direito Constitucional é, e assim deve ser considerado, normativo. Não pode o Judiciário negar a tutela a um direito, qualquer que seja ele, sob fundamento de não-exigibilidade da norma. Os direitos sociais, considerados fundamentais, são obrigação estatal, não cabendo a afirmação de impossibilidade jurídica, política ou econômica para justificar sua não-implementação.

Os direitos sociais são considerados pela doutrina, de forma preponderante, normas constitucionais programáticas. Isto faz com que alguns doutrinadores busquem sustentar sua não-exigibilidade por via judicial, uma vez que trariam disposições que traçariam linhas diretivas de ações e políticas estatais, fins sociais a serem alcançados e não direitos imediatamente exigíveis.

CANOTILHO afasta, de modo perfeito, essa espécie de interpretação que se busca conferir às normas constitucionais programáticas. Ensina que "a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais"[49]. E afirma o mestre português: "a *força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)"[50].

Os direitos sociais estão previstos em normas dotadas de eficácia, como o são todas as normas constitucionais consagradoras e garantidoras de direitos fundamentais. Ressaltam os doutrinadores, no entanto, que a concretização dos direitos prestacionais esbarra na escassez de recursos econômicos para implementação das ações de justiça social, o que constituiria um "limite fático à efetivação destes direitos"[51].

MARCOS MASELLI esclarece que, embora esteja assente em doutrina que as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, permanece contro-

---

[48] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar. 4ª ed., 2000, p. 109.

[49] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora. 2001, p. 370.

[50] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 365.

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 264. Informa o autor, ainda, que, segundo a doutrina germânica dominante, a "forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, neste contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado" (p. 196).

vertida a atribuição de força normativa às normas definidoras de direitos prestacionais[52].

A amplitude e propalada vagueza das normas constitucionais prestacionais é alegada como fator obstaculizante de sua concretização, ao lado da questão econômica ligada à alocação de recursos necessários à implementação das prestações estatais positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais. É o obstáculo da reserva do possível. As dificuldades financeiras estatais fazem com que se tenha de estabelecer, dentro das ações de justiça social devidas, prioridades. Discute-se se poderia o Judiciário intervir na alocação orçamentária para, afastando as políticas traçadas pelo Executivo, estabelecer e ditar prioridades, determinando a implementação desta ou daquela prestação estatal positiva[53].

A efetividade dos direitos sociais têm sido consagrada pelos Tribunais em algumas hipóteses, majoritariamente ligadas às áreas de saúde, infância e educação[54]. Embora não tenham sido encontradas decisões relacionadas ao direito à segurança pública, nada impede, do ponto de vista jurídico-constitucional, sua concretização pela via judicial.

Dentro da ótica de eficácia dos direitos fundamentais, mas atento aos problemas relacionados às prioridades e limitações estatais orçamentárias, cabe ao Judiciário a tarefa de, com embasamento no princípio da proporcionalidade, definir se a efetivação do direito prestacional postulada é, ou não, judicialmente concretizável.

O exame da jurisprudência, principalmente nas decisões que tratam das questões ligadas à saúde – determinação de entrega de medicamentos ou de realização de tratamentos – revela que o Judiciário tem procurado, dentro do exame dos direitos prestacionais constitucionalmente determinados, dar prevalência ao direito à vida.

O Judiciário, ao determinar a concretização de direito social, não está a interferir ilegitimamente na esfera do mérito administrativo. A este Poder, como guardião da Constituição, cabe assegurar a conformidade da atuação administrativa estatal aos ditames constitucionais, atuando no sentido de exigir o cumprimento dos preceitos e normas previstos na Carta Magna. Cuida-se, pois, de exame judicial da legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos.

Os direitos prestacionais, como direitos sociais, são exigíveis do Estado. As alegações orçamentárias e de mérito administrativo não podem obstaculizar a efetivação de direitos ligados e essenciais à própria existência do indivíduo.

---

[52] Gouvêa, Marcos Maselli. Ob. cit., p. 16.
[53] Veja-se, sobre a discussão, Maselli, obra citada, pp. 18/23.
[54] Vejam-se, sobre o tema, as seguintes decisões do STF: RE 195.192-3-RS, 2ª Turma, 22.02.2000; do STJ: ROMS 11183-PR, *DJU* de 04.9.2000; RESP 249026-PR, *DJU* de 26.6.2000; e do TJRJ a Ap. Cível nº 1999.001.07448, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Ronald Valladares.

A utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade soluciona os impasses que se procura colocar à concretização judicial de tal espécie de direitos.

A ótica de exame da problemática sobre a efetivação dos direitos prestacionais deve, a nosso ver, ser invertida. Sendo eles espécie de direito fundamental, relacionados e essenciais à própria existência digna do indivíduo, devem ser alçados à categoria de prioridade absoluta. Qualquer dispêndio estatal que não contemple a consecução de políticas destinadas à implementação e concretização dos direitos sociais pode ser judicialmente revisto, para o fim de colocar o Estado no trilho constitucionalmente determinado.

Assim, a não implementação dos direitos prestacionais somente será possível "diante da total ausência de recursos financeiros, ou da demonstração de que os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes"[55].

6. CONCLUSÃO

A situação atual da segurança pública faz com que se tenha tornado prestação prioritária para a defesa da integridade física e psicológica dos indivíduos. A importância social do problema faz que o Judiciário possa determinar ao Estado a implementação de ações positivas no sentido da redução da criminalidade e garantia da ordem e paz públicas.

O Ministério Público, no papel, outorgado de modo expresso pela Constituição Federal, de guardião e defensor dos direitos sociais, tem responsabilidade e dever de velar pelo cumprimento, por parte do Estado, de outorga aos cidadãos do direito à segurança pública. Deve a Instituição valer-se do instrumental jurídico posto à sua disposição para exigir, judicialmente, a implementação de políticas públicas de segurança.

A segurança pública deve ser encarada, dentro de um enfoque constitucional de ponderação de interesses e razoabilidade, como prioridade absoluta. Assim, a implementação de políticas que garantam a manutenção da ordem e da paz pública são essenciais para a preservação dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana.

A gravidade e atualidade do tema determinam que se concite os operadores do direito à reflexão séria e se rogue aos julgadores que, no exercício de sua função, busquem a defesa, efetividade e concretização do direito constitucional à segurança.

---

[55] Gouvêa, Marcos Maselli. Ob. cit., p. 400.



A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos

The public security in the Constitution of 1988: fundamental right, duty of the State and responsibility of all

Luis Fernando de França Romão*

Sumário

1. O direito fundamental à segurança. 2. Dever do Estado, federalismo e repartição de competências em segurança pública. 3. Responsabilidade de todos. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente texto objetiva tecer apontamentos doutrinários sobre três elementos jurídico-institucionais estruturantes da concepção de segurança pública prevista na Constituição de 1988, quais sejam: direito fundamental à segurança; o dever do Estado, considerando-se o federalismo brasileiro e a repartição de competências; e a responsabilidade de todos. A compreensão dos aspectos desses três elementos dimensiona o conceito constitucionalmente adequado de segurança pública, permitindo que se desenvolva um articulado conjunto de políticas públicas na área, a partir do Sistema Único de Segurança Pública, de modo a cumprir a exigência constitucional de garantia de eficiência nas atividades de segurança pública.

Abstract

The present text intends to make doctrinal appointments about the three juridical-institutional elements structuring the conception of public security fixed in the Constitution of 1988, which are: fundamental right to security; duty of the State, considering Brazilian federalism and the distribution of competencies; and the responsibility of all. The understanding of the aspects of these three elements spans the constitutionally adequate

* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Direito do Estado (USP). Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bacharel em Direito (PUC-Rio). Advogado. Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75 (3ª Fase), jan./mar. 2020, p. 159-169.

concept of public security, allowing the development of an articulated set of public policies in the area, based on the Public Security Single System, in order to meet the constitutional requirement of guarantee of efficiency in activities of the public security.

Palavras-chave: Segurança pública. Constituição de 1988. Direito fundamental. Dever do Estado. Responsabilidade de todos.

Keywords: *Public security. Constitution of 1988. Fundamental right. Duty of the State. Responsibility of all.*

1. O direito fundamental à segurança

Já dizia o Marquês de São Vicente, à luz de uma análise dos direitos individuais dos brasileiros prevista na Constituição do Império (1824), que o direito de segurança é a garantia da liberdade e mais direitos naturais, "é o primeiro sentimento do homem e mesmo o instinto dos animais", sendo, pois, segundo ele, a conservação, a defesa de si próprio, a proteção da existência individual, o direito de viver e de não sofrer. Dessa maneira, por conseguinte, segundo o jurista do Império, no Estado Social, a segurança em geral é o direito que o homem tem de ser protegido pela lei e pela sociedade quanto à vida, à liberdade, à propriedade, à saúde, à reputação e aos seus bens (PIMENTA BUENO, 1978).

Enquanto a segurança na ordem constitucional inaugurada em 1824 voltava-se essencialmente para a segurança do Estado Imperial, através da Guarda Nacional atuante nas Províncias, Pimenta Bueno apresentava uma reflexão sofisticada do Direito Público da época, concebendo a segurança como uma dimensão da promoção dos direitos individuais de liberdade dos brasileiros.

Após os períodos constitucionais que se sucederam – em que o foco do direito à segurança esteve mais próximo ora da política dos governadores e do coronelismo (1891), ou relacionada diretamente com a segurança nacional e uma polícia militarizada e próxima do Exército (1934) ou então como instrumento de segurança política do Estado Novo através da polícia política (1937) ou, ainda, prevista como segurança interna do Estado (1946), depois, como elemento de uma doutrina de segurança nacional atuante de forma restritiva de direitos para impedir ameaças externas (1967) –, foi na Constituição de 1988 que o direito à segurança voltou a ser constitucionalizado naquela perspectiva já salientada por Pimenta Bueno no século anterior, sob a concepção de promoção de direitos e de liberdade.

Após mais de duas décadas de ditadura militar, a Assembleia Nacional Constituinte, ao produzir nova Constituição para a Nova República do Brasil, constitucionalizou a questão da segurança pública expressamente como um capítulo específico (artigo 144, Capítulo III – Da Segurança Pública, Título V – Da Defesa do

Estado e das Instituições Democráticas).[1] Neste sentido, busca-se tecer apontamentos doutrinários sobre os principais aspectos dos elementos estruturantes da segurança pública prevista na Constituição de 1988, sobressaindo-se uma dimensão jurídico-institucional que é útil à compreensão desse direito/dever/responsabilidade para a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas.

Com efeito, a segurança, pelo ângulo individual, é direito fundamental, conforme reconhece a Constituição de 1988 no artigo 5º, *caput*.[2] Nesta perspectiva, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho que consiste ela na tranquilidade de espírito própria de quem não teme a outro homem, segundo ensinamento de Montesquieu. Já sob o ângulo coletivo ou comunitário, a segurança é condição do bem comum, havendo, portanto, uma inter-relação entre segurança coletiva e segurança individual, não havendo segurança para o indivíduo, se não existir segurança para a comunidade ou para o Estado. Estas duas últimas são condição da primeira, mas a segurança da comunidade e a do Estado estarão sempre em risco se não existir segurança individual (FERREIRA FILHO, 2011).

Segundo José Afonso da Silva, segurança pública é um conceito de que se serve o poder de polícia com o escopo de acertar a conduta dos indivíduos com vista à observância dos limites impostos pela lei à sua liberdade, de maneira que a segurança pública, ao mesmo tempo em que é direito fundamental, também consiste muitas vezes, ou quase sempre, em restrição de direitos e garantias fundamentais:

> Como se nota, a segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento daquela convivência social (ordem pública), da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, de modo a permitir que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Esta é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. O exercício dessa atividade importa, muitas vezes, ou quase sempre, a restrição de direitos e garantias fundamentais [...]. (SILVA, 2012, p. 111).

Não obstante, o conceito de segurança pública adequado à Constituição de 1988 é aquele que se harmoniza com o princípio democrático, com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, conforme pontua Cláudio

[1] Constituição de 1988: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]".

[2] Constituição de 1988: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, *à segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: [...]". (grifo nosso)

Pereira de Souza Neto, pois o artigo 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional (SOUZA NETO, 2010).

Isso deve ser pontuado uma vez que segurança implica, em regra, associação à coação, restrição de direitos, de liberdades e garantias fundamentais, sendo poucos, como observa Manuel Monteiro Guedes Valente (2014), os que pensam na segurança como um direito garantístico do exercício dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais. Segundo o jurista português, a segurança, como bem jurídico coletivo ou supraindividual e individual, não pode ser analisada, materializada e sentida segundo perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, a polícia é força coletiva, institucionalizada, organizada, jurídica e funcionalmente capaz de promover, respeitar e garantir em níveis aceitáveis a segurança dos cidadãos e de seus bens.

Ocorre que a concretização desse direito fundamental à segurança pública e, por conseguinte, à manutenção da situação de preservação da convivência social é cercada de tensões e conflitos de ordem social, política, constitucional e institucional, gerando, pois, enormes dificuldades e se configurando como uma tarefa extremamente exigente e desafiadora aos novos tempos.

Ao analisar a segurança por meio do Direito na perspectiva da teoria dos direitos individuais, em uma ontologia das regras constitucionais, dentro de uma visão da teoria do conhecimento constitucional, José Afonso da Silva frisa que segurança pública não é só repressão e também não é problema apenas de polícia, pois a Constituição de 1988, ao estabelecer no *caput* do artigo 144 que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, acolheu a concepção segundo a qual é preciso que a segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, abrangendo, assim, o Estado e a população (SILVA, 2014).

2. Dever do Estado, federalismo e repartição de competências em segurança pública

O modelo de federalismo adotado no Brasil, no que se refere à repartição de competências, foi estruturado em um sistema complexo, como destaca Fernanda Dias Menezes de Almeida, em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação (ALMEIDA, 2013).

Nos Estados federais, a segurança costuma ser partilhada entre a União (Poder central) e os Estados-membros (Poderes regionais). Em um federalismo contemporâneo, notadamente o federalismo cooperativo, essa missão é desempenhada de modo integrado, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ficando, pois, a segurança pública como tarefa precipuamente dos Estados-membros, muito embora, como frisa o referido constitucionalista, dela também participe, no Brasil, em primeiro plano,

a União, atuando especialmente na defesa contra determinadas infrações penais, através da Polícia Federal (FERREIRA FILHO, 2011).

Em se tratando de federalismo cooperativo, o objetivo explícito é a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas, podendo-se, no entanto, distinguir duas distintas modalidades desse federalismo: um autoritário e um democrático. O federalismo cooperativo autoritário estrutura-se exclusivamente pela força do poder central, enquanto o federalismo cooperativo democrático se forma em consentimento legitimamente edificado pelas partes do pacto federativo, conforme observa Zimmermann (2005, p. 57-58).

Nota Augusto Zimmermann que o Brasil sempre esteve alicerçado sob as tendências do federalismo cooperativo, sejam elas de características democráticas ou de forma mais visivelmente autoritária, mas, ainda assim, o federalismo cooperativo brasileiro tornou o Estado federal muito mais orgânico e de poderes superpostos, com os entes estaduais organizando-se cada vez mais à imagem e semelhança da União, "inclusive nos detalhes mais secundários e igualmente danosos à autonomia destes entes federativos, pouco nos resta daquilo que poderíamos conceber como uma verdadeira Federação" (ZIMMERMANN, 2005, p. 60-61).

Acerca do modelo federal brasileiro, Carlos Bastide Horbach sobreleva o grande movimento centralizador protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na doutrina das normas de observância obrigatória, editadas pelo poder constituinte federal cujo conteúdo implica limitação à autonomia estadual, de modo que quanto maior for o número de normas de observância obrigatória, menor é a autonomia estadual, motivo pelo qual tais normas acabam por definir quão autônomos são os Estados membros (HORBACH, 2013).

Além disso, observa ainda Carlos Bastide Horbach (2013) que a jurisprudência da Suprema Corte tem flertado com o chamado princípio da simetria, segundo o qual os Estados deveriam seguir o modelo institucional federal. Esse entendimento, somado com o do conceito de "norma geral" constante no artigo 24, §1º da Constituição[3], reduz sobremaneira a capacidade normativa dos Estados e denota uma vocação centralizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que criou, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, um "Estado unitário de fato".

Em matéria de segurança pública, nota-se a jurisprudência da Suprema Corte exatamente neste sentido centralizador. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.827, julgou-se que não poderia a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul criar o Instituto-Geral de Perícias e inseri-lo no rol dos órgãos encarregados da segurança pública estadual, pois, segundo o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, há taxatividade do rol dos órgãos de segurança pública contidos no artigo 144 da Constituição da República, cuja norma é de observância obrigatória pelos Estados-membros que estão impossibilitados de criar órgãos diversos com

[3] Constituição de 1988: "Art. 24, §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais".

incumbência de funções atinentes à segurança pública, sob pena de violação dos artigos 144 e 25 da Constituição de 1988 (STF, ADI 2.827/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16 set. 2010, DJe 6 abr. 2011).

A observância obrigatória pelos Estados-membros das normas da Constituição da República em matéria de segurança pública, impedindo a criação de novas agências em âmbito estadual, adequadas às respectivas realidades criminais, expõe o grau de autonomia que os entes da Federação possuem, pois, se os Estados podem apenas executar o estabelecido pelo núcleo original, a autonomia é apenas administrativa, reduzindo-se a um grau mínimo.

Neste sentido, Michel Temer (2010) destaca que a autonomia comporta graduação, pois se ela vai ao ponto de criação de diversos núcleos capazes de dizer a respeito de atribuições próprias, com aptidão para inovar a ordem jurídica sobre aquela matéria, tem-se autonomia política. No entanto, se ocorre o contrário, só podendo-se executar o estabelecido pelo núcleo original, encontra-se a autonomia administrativa. Assim, diz o referido autor que na autonomia política o grau autonômico é máximo, enquanto na autonomia administrativa, é mínimo (TEMER, 2010, p. 62-63).

Com efeito, um dos maiores desafios para a segurança pública é desconstruir a equivocada ideia de que este é um problema dos Estados, pois, sob essa, visão construíram-se sistemas de segurança e justiça em cada uma das unidades federativas com rotinas, metas, formas de registro e comunicação próprias e, como destaca Taís Schilling Ferraz (2016), mais do que isso, trabalhou-se tradicionalmente com a concepção de que os dados gerados pertencem a cada Estado, que define suas políticas de segurança, não havendo obrigatoriedade de troca, de prestação de informações ou de trabalho com alinhamento e qualquer iniciativa neste sentido é vista como mera liberalidade, sendo fundamental haver uma corresponsabilidade.

Ademais, a necessária cooperação e integração entre os órgãos de segurança pública, à luz do federalismo cooperativo brasileiro, foi salientada pelo Ministro Celso de Mello em decisão monocrática em recurso ordinário em *habeas corpus*, posteriormente confirmada em acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, salientando que a mútua cooperação entre organismos policiais, o intercâmbio de informações, o fornecimento recíproco de dados investigatórios e a assistência técnica entre a Polícia Federal e as Polícias Estaduais, com o propósito de viabilizar a mais completa apuração de fatos delituosos gravíssimos, notadamente naqueles casos em que se alega o envolvimento de policiais militares na formação de grupos de extermínio, encontram fundamento no próprio modelo constitucional de federalismo cooperativo, cuja institucionalização surge, em caráter inovador, na Constituição de 1934, que se afastou do federalismo dualista inaugurado pela Constituição de 1891, que impunha, por efeito da outorga de competência estanques, rígida separação entre as atribuições federais e estaduais (STF, Segunda Turma, AgRHC 116.002, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25 mar. 2014, DJe 30 out. 2014).

Um dos maiores desafios em matéria de repartição de competências, no modelo federativo atual, no que diz respeito à segurança pública brasileira, é tratar o problema

de maneira integrada, de alcance nacional, em cooperação com diversas agências e órgãos dos três níveis e esferas de Poder, assumindo a União o protagonismo de liderar a coordenação de ações integradas em prol de políticas públicas de segurança, objetivando alteração da realidade criminal.

Neste ponto, opinou Gilmar Mendes que passou da hora de se reconhecer que as questões de segurança pública são de alcance nacional, não só por permearem diversos Estados da Federação, mas por serem de responsabilidade de todas as esferas políticas, de maneira que a concentração dos índices de criminalidade em certos nichos não desonera a União de trabalhar diretamente, em ação integrada e gestão compartilhada, na superação de um dos mais graves obstáculos ao desenvolvimento socioeconômico do Brasil (MENDES, 2010).

Observa ainda Gilmar Mendes (2010) que esta não é tarefa simples, pois, além de ações muito bem planejadas e executadas por órgão com competência federal, também se faz necessária a disponibilidade de recursos para a contínua redução dos índices de criminalidade e seus efeitos, montante de dinheiro público que ultrapassa a capacidade de endividamento da maioria dos Estados. Isso requer, segundo o referido constitucionalista, amadurecimento político distante das disputas partidárias, o que já vem ocorrendo em áreas como saúde e educação. A segurança não pode ficar de fora. E, neste diapasão, nem se precisaria emendar o texto constitucional de 1988, bastaria, segundo Gilmar Mendes, interpretar o dispositivo que atribui competência à União para assegurar a defesa nacional (art. 21, inciso III) como uma intimação constitucional à sua maior atuação no combate à criminalidade organizada.

Prossegue Gilmar Mendes no entendimento de ser preciso que a União assuma liderança federativa, expurgando improvisações que, nos casos ligados à violência, além de inadmissíveis, mostram-se paliativas e improducentes. Nesta lógica, entende que a complexidade da criminalidade organizada, seu aspecto transnacional e sua potencialidade lesiva – valendo-se da droga, das armas e da violência como produto – "permite que esta questão de segurança pública se transforme num problema de segurança nacional", concluindo que o federalismo brasileiro não pode ser interpretado de modo a permitir obscurecer ou restringir a responsabilidade da União de organizar o empenho das mais variadas estruturas administrativas na área da segurança pública (MENDES, 2010, p. A2).

Decerto que o federalismo brasileiro precisa ser interpretado de forma a permitir potencializar a atuação das três esferas em matéria de segurança pública, porém, não ao custo de se retroceder na concepção de segurança a ponto de identificá-la com a defesa nacional usando como sinônimo de segurança pública a locução segurança nacional. Isso remete aos conceitos das ordens constitucionais anteriores, quando o problema de segurança nacional fazia acionar as salvaguardas do regime militar, a Doutrina da Segurança Nacional e, especialmente, a atuação das Forças Armadas em matéria de manutenção da ordem pública e do policiamento ostensivo.

O caminho é procurar uma atuação administrativa que contemple o conceito constitucionalmente adequado de segurança pública, como direito fundamental, e,

nesta perspectiva, avançou-se com a edição da Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

Ao disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, conforme prescrição do §7º do artigo 144 da Constituição de 1988, estruturou-se um sofisticado arranjo jurídico-institucional para promoção e desenvolvimento de políticas públicas, servindo, pois, de instrumento e ambiente administrativo para que ações integradas e gestões compartilhadas sejam empreendidas pelos entes da Federação, cumprindo o dever do Estado em matéria de segurança pública, sem engenharias interpretativas que identifiquem segurança pública com defesa nacional, o que poderia abrir caminho para atuação cada vez mais constante das Forças Armadas para além das operações de garantia da lei e da ordem. Segurança pública, como dever do Estado, deve ser compreendida, sobretudo, como a prestação de um serviço público.

3. Responsabilidade de todos

Sobre a segurança pública ser responsabilidade de todos, segundo previsto no artigo 144 da Constituição, significa, como constatou Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), que, mesmo sendo ela um conjunto de atividades de natureza preponderantemente coercitiva, cometidas ao Estado, isso não exclui o dever jurídico das pessoas de apoiá-la, tanto individual como coletivamente, tendo em vista que o bom êxito dessa atividade estatal depende, em grande parte, da colaboração que lhe empresta a sociedade, sua beneficiária.

Isso se verifica, por exemplo, quando os cidadãos fazem denúncias anônimas, cooperando com a investigação criminal ao acionar o Disque-Denúncia[4] e informando sobre o cometimento de crimes, fornecendo identificação ou localização de criminosos foragidos, auxiliando as autoridades policiais na elucidação de casos, assim como na elaboração de relatórios, estudos e análises para atuação na prevenção/repressão nas manchas criminais de determinadas localidades.

Além da atuação cidadã individual, também é exemplo de apoio coletivo nas ações de segurança pública quando há parcerias entre o Poder Público e a iniciativa

[4] "No ano de 1995, no Estado do Rio de Janeiro, após um aumento exagerado da prática do crime de extorsão mediante sequestro, foi criado, por um grupo de empresários e líderes comunitários, uma Organização Não Governamental, que recebeu a denominação de 'Disque-Denúncia', cuja finalidade era a de receber informações sobre o cometimento de infrações penais, de modo que não fosse necessária a identificação daquele que as fornecia. Essas informações eram, ato contínuo, repassadas às autoridades competentes, e não apenas ajudavam na elucidação dos casos, como também serviam como base para estudos, relatórios e análises de prevenção da criminalidade. A facilidade com que essas informações eram repassadas, bem como a certeza do anonimato, fizeram que o número de 'denúncias' fosse aumentando cada vez mais". (GRECO, 2016, p. 193).

privada, com empresas contribuindo materialmente com a segurança, seja financiando ações de patrulhamento nos espaços urbanos ou através de parcerias público-privadas.

Ademais, também se pode verificar a opção por doações de empresas aos órgãos de segurança em contrapartida a abatimento em parte dos tributos devidos, como se registra no sul do Brasil, em que através da Lei Complementar nº 15.224, de 10 de setembro de 2018, foi criado o *Programa de Incentivo ao Aparelhamento da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul* com o objetivo de possibilitar às empresas contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), estabelecidas naquele Estado, a compensação dos valores destinados ao aparelhamento da segurança pública estadual com valores correspondentes até o limite de 5% do salvo devedor do ICMS a recolher, podendo o aporte de valores ser feito em projetos vinculados à aquisição de bens e equipamentos para os órgãos da Segurança ou, sem vinculação a projetos, por meio de depósito no *Fundo Comunitário Pró-Segurança*, este criado pela Lei nº 15.104, de 11 de janeiro de 2018, que objetiva captar e destinar recursos financeiros decorrentes de incentivos de contribuintes em ações de segurança pública, com foco nas áreas de prevenção à violência, investigação, inteligência, preservação da ordem pública, perícia criminal e ressocialização de apenados, sendo vedada a transferência de recursos deste Fundo para outros fundos ou para o Tesouro estadual.

Esses são exemplos de particulares, seja de forma individual ou coletiva, que colaboram com a segurança, pondo em prática a concepção "responsabilidade de todos" prevista na Constituição de 1988. Vale dizer que tais exemplos podem deixar de ser ações pioneiras locais para se tornar política pública, com alcance nacional e em escala, através do Sistema Único de Segurança Pública, alterando-se a realidade e unindo Estado e Sociedade para a promoção de direitos e a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

4. Conclusão

O direito à segurança pública pode ser visto numa perspectiva limitativa e restritiva de direitos e garantias, como instrumento do poder de polícia. Ocorre que este aspecto, embora existente, intrínseco, em alguma medida, ao Estado soberano, não é elementar da concepção de segurança prevista pela Constituição de 1988, cujo núcleo axiológico se assenta na democracia e na promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de modo que o direito fundamental à segurança garante o exercício dos demais direitos e garantias dos cidadãos.

Quanto à segurança ser dever do Estado, verifica-se que a observância obrigatória pelos Estados-membros das normas da Constituição de 1988 em matéria de segurança pública tem impedido a criação de novas agências em âmbito estadual, adequadas às respectivas realidades criminais, expondo um grau mínimo de autonomia administrativa dos entes da Federação. Além disso, deve-se desconstruir a noção de que a segurança é um problema dos Estados e, neste sentido, a instituição do

Sistema Único de Segurança Pública estruturou um arranjo jurídico-institucional para promoção e desenvolvimento de políticas públicas, servindo de instrumento e ambiente administrativo para ações integradas e gestões compartilhadas pelos entes da Federação.

A responsabilidade de todos com a segurança pública se dá com a colaboração da sociedade, que é a sua beneficiária. Esta colaboração pode ser tanto individual, quando cidadãos fazem denúncias, inclusive anônimas, cooperando com a investigação criminal, como pode ser também de forma coletiva, através da sociedade civil organizada, seja pelos conselhos ou diretamente, com doações e aportes financeiros pela iniciativa privada, por meio de parcerias público-privadas ou, ainda, com compensação tributária por valores destinados por empresas para o aparelhamento da segurança pública.

A dimensão do conceito constitucionalmente adequado de segurança pública abrange os elementos de sê-la direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos, cujos principais aspectos foram abordados no presente texto com a revisão teórico-doutrinária sobre o tema.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Taís Schilling. Segurança pública: os desafios de comunicação e integração. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). *Segurança pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Atividade policial*: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2016.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 3, nº 2, 2013.

MENDES, Gilmar. Federalismo cooperativo e segurança pública. *O Estado de São Paulo*, 23 dez. 2010, Espaço aberto, p. A2.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



Direitos Fundamentais – Direitos Sociais (Propriedade)



A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A JUSTIÇA SOCIAL

Luiz Fux

A República Federativa Brasileira, democrática por excelência, tem entre os seus objetivos institucionais, o estabelecimento de uma Ordem Econômica e Social, calcada em vários pilares, dentre os quais, a *Justiça Social* e a *Função Social da Propriedade* — art. 160 da Constituição Federal.

A par dessa Ordem Econômica, coexiste, como evidente, a *Ordem Jurídica*, consubstanciada num conjunto de regras destinadas a regular a multifária atividade do homem na sua vida em sociedade. Entre as duas "ordens", o que há é harmonia, por isso que a Lei, consoante a regra suprajurídica do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, *deve ser aplicada em função dos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.* Desse dispositivo aplicável a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, depreende-se que *o bem comum,* e os *interesses sociais* como um todo, devem nortear o aplicador da norma, por isso que, implícita a noção de que *o individual deve ceder ao social.*

Exatamente inspirado nesses princípios e noções, é que se impõe a análise de algumas repercussões do cognominado *"Pacote Econômico"*, também conhecido como *Plano de Inflação Zero.*

À semelhança de toda normação inovadora, o D.-L. 2.284/86 encontrou situações jurídicas incompatíveis com a sua finalidade, sendo certo que o ponto saliente, refere-se àquelas *pendentes,* quando da entrada em vigor do novel diploma legal. Referimo-nos, mais precisamente, ao aspecto relativo *às ações judiciais tendentes, entre outras causas, à fixação de um novo aluguel.*

É evidente, que as mencionadas ações já existiam quando entrou em vigor o Pacote Econômico; algumas já intentadas, outras, por intentar. Por seu curso, o D.-L. 2.284/86, com o fito de estagnar a galopante inflação que consumia vorazmente o poder aquisitivo dos cidadãos, impôs ao País a técnica econômica do "congelamento" de preços, dentre os quais, os alugueres, estabelecendo a inalteração dos mesmos, até março de 1987.

Exsurgiram dessa vedação de modificação de aluguel os naturais conflitos de interpretação, sobre ter o *"Pacote Econômico"* invadido a seara das "locações", para impor-lhes uma *capitis deminutio,* ou seja: regular matéria específica, estabelecendo limitações às regras existentes.

Em face da novidade da matéria, os Tribunais de nosso País ainda não foram instados a se pronunciar. Debate-se, assim, acesamente, na primeira instância de nossa Justiça.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 25 (2ª Fase), jan./jun. 1987, p. 56-63.

A primeira corrente trata o tema calcado na premissa básica da *Inconstitucionalidade* do Decreto-Lei. Essa opinião jurídica elimina a verticalidade do debate, porque a inconstitucionalidade por si só, afasta a incidência do *"Pacote Econômico"* nas locações. É como se não existisse o Decreto-Lei. O vício aqui apontado é a inadequação do Decreto-Lei *ratione materiae:* isto é, a matéria da locação escapa ao âmbito constitucional do Decreto-Lei.

A segunda posição sustentada deixa incólume a questão da inconstitucionalidade sob o prisma formal, para situá-la no plano material. Entende que o Decreto-Lei não pode prejudicar *direitos adquiridos* sob a égide de Lei Especial, razão porque, inaplicável a nova disposição legal, para aqueles que já preenchiam os requisitos necessários à propositura das ações de revisão de aluguel, posto que ainda não *exercidas* — quando da entrada em vigor do *"Pacote Econômico"*.

Basicamente, estes são os obstáculos erigidos à aplicação do *Pacote Econômico* às ações que objetivam modificar os aluguéis.

Inicia-se aqui, na justificativa das soluções propostas, a razão de ser do título indicado como *"Justiça Social"*. Isto porque, o problema reclama solução eivada, mais de sentido social do que jurídico.

Não se desconhece a importância que tem hoje para a vida nacional, o *Pacote Econômico* e as suas medidas de intervenção no domínio econômico, consubstanciadas no "congelamento" e tabelamento de preços.

Também é cediço, que os inconformados com as medidas adotadas batem diuturnamente às portas do Judiciário com as suas reclamações, diante das radicais determinações do programa econômico.

Nesses momentos de sensíveis alterações sócio-jurídicas, impõe-se ao Magistrado, à luz da legitimidade do Governo, prestigiar ou não, as emanações Legislativas do seu Poder, com os olhos voltados para as necessidades do povo.

Em prol do povo e da sociedade, é dado ao Juiz para o atingimento de um ideal de Justiça até mesmo negar a aplicação a uma Lei, que esteja em descompasso com a realidade social.

"Os Juízes, oriundos do povo, deve ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades" (*Planiol — Direito Civil,* vol. I, p. 224).

Exatamente, sob a inspiração dessa sábia recomendação, impõe-se-nos sair em apoio ao corajoso *"Pacote Econômico"*, empunhando civilizada arma, contra aqueles que o combatem com coerentes argumentos jurídicos, porém, vazios de conteúdo social, como exige o direito moderno.

Afirme-se, em primeiro plano, que o Decreto-Lei *não é inconstitucional*. O Poder Executivo não legislou pura e simplesmente sobre locação. Dispõe o Poder Central, no diploma referido, sobre *"Segurança Nacional"*, inserindo-se, aí, no seu contexto, o preço das locações, porque matéria indissoluvelmente ligada à vida econômica de todo o cidadão.

Esclareça-se desde já, que, evidentemente, a princípio, as locações, como relação de nítido cunho privado, não podem ser consideradas como integrantes da Segurança Nacional.

Mas, não se diga o mesmo, a partir do momento em que o Estado Soberano, no afã de estabilizar a sua economia prestes a gerar um caos social, interfere no valor dos alugueres, porque um dos fatores de elevado potencial inflacionário. O mesmo interesse privado assume, então, a sua feição pública e contundente. Se a economia, como um todo, organizada sob o prisma da livre iniciativa, está a induzir o País a uma desestabilização social, surge a Responsabilidade Pública do Poder Central de velar pela manutenção da paz, da ordem e do bem estar do cidadão, valendo-se de seus instrumentos reguladores da "Segurança Nacional".

O conceito é híbrido, indeterminado, porém, determinável. O manto da "Segurança Nacional" é odioso quando utilizado para encobrir impunidades repugnantes. Mas não o é, quando utilizado *pro populo*, como o foi, para o fim de edição do *"Pacote Econômico"*.

Sustentável, por todos os ângulos, o aspecto da "Segurança Nacional" inserto no D.-L. 2.284/86.

Segurança Nacional é estabilidade social, é toda busca do interesse nacional. Seguro, significa dizer, livre de perigo e receio. O Ministro Aliomar Baleeiro afirmou como Relator, no seu voto no RE 62.731 que: "O conceito de Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do Território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições, valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto".

O constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, entendendo ampla a conceituação, conclui: "Dentro dela (conceituação), é forçoso convir, cabe toda política, isto é, toda aquela orientação geral que o Governo imprime à sociedade, em vista da realização do bem comum, ou de uma visão determinada e precisa deste. Tudo o que afeta a essa realização, portanto, afeta à Segurança Nacional" (*Curso*, pág. 210 — Saraiva — 1981).

Verificando-se o momento em que foi editado o Decreto-Lei, a urgência requerida pelo caminhar do País para limites irreversíveis de um caos social sem precedentes, impõe-se que se conclua que

estava efetivamente abalada a Segurança Nacional, no sentido ora exposto. E, se o fator "preço das locações" embutia-se dentre aqueles desestabilizadores da economia a que a medida governamental visou a combater, lídimo, jurídico e legítimo, o alcance da matéria locatícia, pelos ditames do Decreto-Lei 2.284/86. Em face desses argumentos, a constitucionalidade exigida pelo artigo 55, *caput*, e seu inciso I da Constituição Federal, restou satisfeita.

Subjaz o enfoque sobre se o Decreto-Lei ofendeu o direito adquirido daqueles que já faziam jus a um novo aluguel, antes mesmo da entrada em vigor do *"Pacote Econômico"*.

A indagação que se tem feito, diuturnamente, é se o Decreto-Lei *revogou* a Lei do Inquilinato, que prevê a revisão dos aluguéis. Como se revela, a indagação é tendenciosa. Não é essa a questão.

O Decreto-Lei é, à evidência, *norma especial*, excepcional, e temporária, que não objetivou revogar, definitivamente, lei alguma. Apenas, no afã de ordenar a vida sócio-econômica nacional, atingiu, por via oblíqua, uma série de negócios jurídicos vinculados ao problema abordado. Assim, p. ex.: — muito embora tenha atingido a forma de pagamento de inúmeros contratos, o D.-L. não teve a intenção de regular a compra e venda civil e mercantil, o contrato-seguro de hipoteca, a emissão de títulos de crédito, etc. Todos esses negócios foram atingidos, reflexamente, porque se expressam através de um preço, cujo valor monetário, este sim, foi adequado à nova realidade econômica. Desta sorte, não há a menor dúvida de que o *"Pacote Econômico"* não visou à revogação da Lei do Inquilinato, nem à sua derrogação no tocante às revisões de aluguéis. Trata-se de norma temporária, complementadora, de *Ordem Pública*, e que coexistem com a Lei Geral das Locações (art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não tendo havido revogação, e à míngua de disposição expressa, o que cumpre ao Judiciário é encetar uma interpretação do D.-L., que afaste relações jurídicas contrárias ou incompatíveis com o novo ordenamento. Nesse particular, é que surge a área de atrito entre o diploma temporário e a Lei do Inquilinato. Por força desta última, o proprietário tem direito de rever o aluguel do imóvel, adequando-o ao preço de mercado, após cinco anos da data da última prorrogação. O *"Pacote Econômico"*, por seu turno, estatuiu a inalteração dos alugueres até 28 de fevereiro de 1987 (art. 10, § 3.º). Surge, então, a questão: É possível a revisão do aluguel nesse período? São atingidos os proprietários que à data do *Pacote* já haviam completado os cinco anos mencionados na Lei do Inquilinato? Têm eles direito adquirido à revisão com base na Constituição Federal?

Afirme-se, desde logo, que o D.-L. 2.284/86 não impôs a erradicação das ações de revisão de aluguel, nem de outras que com-

portem no seu bojo idêntico objetivo. A norma excepcional e de ordem pública estabeleceu um prazo, dentro do qual a economia fica estagnada, para manter-se sob o controle de rédeas fortes a inflação galopante.

A ação de revisão, em si, não foi afastada do cenário jurídico.

Apenas, o seu exercício, por hora, passou a ser totalmente incompatível com a ordem econômica temporária a que se submete toda a Nação.

Houve, em verdade, uma suspensão temporária do exercício do direito à revisão porque *a sua iniciativa, é potencialmente geradora do fenômeno inflacionário*. Isto não está dito na Lei, mas é a interpretação que se exige. Tudo está congelado, inclusive os salários. Ora, se assim o é, como explicar-se que nesse período onde as receitas dos trabalhadores não aumentam, majorarem-se os seus alugueres? Por quê? A que título de privilégio somente os aluguéis poderão ser alterados após o *Pacote*? Qualquer resposta positiva esbarraria no dogma da função social da propriedade, sem prejuízo de abrir fendas e erosões no diploma, que hoje figura como o pilar da estabilidade sócio-econômica do Brasil. Certamente, o eventual privilégio geraria odiosa perplexidade em cada cidadão brasileiro.

Direito adquirido todos têm, inclusive o comerciante e o industrial que, na véspera do aumento de seus produtos, viram erigir-se a barreira do congelamento. Mas, nem por isso, se vai autorizar a liberação de preços, em desprestígio do *Pacote Social*, em favor de um *direito adquirido individual*.

Essa visão individualista do direito adquirido joga por terra, de forma simples e a um só tempo dramática, a lapidar obra do Governo para conter o desastroso fenômeno inflacionário. Positivamente, essa invocação tão decantada do direito adquirido não merece amparo pela Justiça, cujo escopo maior é buscar o ideal jurídico, alcançar o que *Arminio Kantorowicz* denominava de *Direito Justo (Richtiges Recht), dentro ou fora da Lei*. Mas não é preciso ir tão longe. O ordenamento fornece meios de compatibilização entre o direito adquirido em confronto com uma reforma estrutural.

É verdade que a Lei nova não pode prejudicar o direito adquirido. Também é verdade que essa visão *individualista* dos direitos não pode prevalecer, se afronta o bem comum e a finalidade social da Lei. Na apreciação da Lei e na sua interpretação, esses são os parâmetros do Juiz, nos termos do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Sob essa ótica, o que se deve entender é que a Lei e a Constituição querem preservar a *permanência* do direito no patrimônio do seu titular. A afirmação de que a Lei nova não pode atingir o direito adquirido é formulada no sentido de que não pode extirpá-lo, aboli-lo. Entretanto, a sua proteção, não pode representar instrumento de violação da Ordem Pública. Seria inconcebível

que o Legislador protegesse o *individual*, em detrimento do *social*. *Toda irretroatividade é imposta para que não haja destituição arbitrária de direitos, e, nesse vício, não incide aquela retroação benéfica, em prol da sociedade, que apenas suspende, num dado momento, o exercício de direitos prejudiciais a uma funda reforma realizada.*

Beudant, em seu *Curso de Direito Francês*, já afirmava que, somente de modo indireto, a norma aproveita os cidadãos isolados, porque se inspira, antes no bem da comunidade do que no indivíduo (vol. I, *Introduction* — 1986 — no mesmo sentido, *Ferrara* — *Trattato).*

O nosso *Cunha Gonçalves* voltava-se contra a constitucionalização do direito adquirido porque entendia possível ferir-se a Magna Carta, quando se tornasse necessário à segurança da Ordem Jurídica (*Tratado*, vol. I, p. 390).

Em resumo, uma reforma de tamanho espectro, com repercussões positivas no âmbito interno e internacional, não pode ficar à mercê de restrições, com a idéia genérica do direito adquirido. São do mesmo sentir, os nossos modelos ocidentais de França, Alemanha, Itália e Espanha. O respeito ao direito adquirido não permite que se vá além da proteção individual, para impor à sociedade um sumo sacrifício. E se assim o é, que assim entenda o *Juiz*, que é a voz viva das Leis e do Direito, e que tem o dever de adaptar os textos às condições emergentes e imprevistas, sob pena de contribuir para um imobilismo condenável. *F. Holobach* advertiu que toda ciência que se limita aos textos e despreza a realidade é ferida de esterilidade *(L'interpretation de la Loi sur les Sociétés, 1906,* p. 289).

Sob o ângulo estritamente jurídico, e concebendo-se a coexistência do *Pacote Econômico* e da Lei do Inquilinato, e a proteção do direito adquirido com aquela voltada para a sua preservação no patrimônio, malgrado possa ser suspenso o seu exercício por motivos excepcionais de ordem pública, temos que: a) É inviável o exercício atual das ações de revisão de aluguel; isto é, a propositura após 27-2-86, data em que entrou em vigor o *Pacote Econômico;* b) A modificação do aluguel, que é objetivo da ação revisional, é totalmente incompatível com a inalteração estatuída pelo D.-L. da Reforma Econômica; c) Tendo em vista que o termo inicial de vigência dos alugueres revisados é a data da citação, possível é a continuação das ações já propostas, toda vez que o ato de convocação do réu se tenha realizado em data anterior à da entrada em vigor do *Pacote Econômico;* d) As ações propostas antes da entrada em vigor do *Pacote*, mas com citação posterior àquela data, devem ser suspensas até 28-2-87, na forma do artigo 265, inciso V, do C.P.C., aproveitando-se as despesas efetuadas pelo autor (su-

gestão preconizada pelo Juiz *Hamilton Lima Barros);* e) As ações renovatórias devem ter o seu curso normal, até porque, nelas, se discutem outras cousas além da fixação de um novo aluguel. Nesse último aspecto, é consentâneo com a letra e o espírito da reforma, que o aluguel encontrado pelo perito, passe a vigorar a partir do "descongelamento", devendo viger, até esse momento, o valor obtido segundo o critério de conversão aplicável em fevereiro de 1986.

A fórmula interpretativa ora proposta coaduna-se com a função social que encerra a missão do Juiz. O Governo aguarda, ansioso, que o Judiciário prestigie o *Pacote Econômico* e isso só se faz possível com uma interpretação sociológica das normas em aparente conflito. Pode-se até mesmo querer afirmar que o *Pacote* não quis referir-se às ações revisionais. A afirmação não seria verdadeira, pois, até mesmo, tornou-se possível pesquisar a *mens legislatoris.* Isto porque, em recente palestra promovida pela *Associação dos Magistrados do Estado* no Plenário do Tribunal de Alçada, o Doutor *André Lara Resende,* um dos co-autores do Projeto, asseverou que as ações revisionais representavam uma exceção à regra da inalteração de preços, o que deveria ser evitado, exatamente porque essas revisões figuravam como alimentadoras do fenômeno inflacionário.

Olvidados esses aspectos que a questão envolve, o mais importante é o que se reserva ao Judiciário: a função de manter íntegra uma reforma de tão profundas repercussões na vida nacional, com o abandono do tecnicismo e a presença da visão socializante do Direito. O que ora importa é afirmar o direito que está ao lado da sociedade, ainda que essa afirmação esteja acoimada da parcialidade do homem do povo.

Quão frustrante seria para a sociedade, se o Magistrado, diante da alegação de direito adquirido, fosse, paulatinamente, abrindo fendas na Reforma Econômica, para permitir que o locador, com o seu direito adquirido, aumentasse os alugueres, o comerciante, os seus produtos, assim também, o industrial, e, num instante, estaria legado ao ostracismo o trabalho árduo do Governo para enfrentar os antecedentes da crise social que se avizinhava.

Essas verticais reformas não cedem lugar à concepção individualista do direito adquirido. Calcado em *Ruggiero,* o Desembargador Renato Maneschy, no encontro antes referido, chamou a atenção de todos, quando lembrou que, na época da *Abolição da Escravatura,* ninguém ousou argüir o seu direito adquirido aos escravos que mantinham. E, relembre-se, esse direito era patrimonial.

Os antigos juristas romanos já não se apegavam à letra dos textos; antes, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida e às exigências da época.

A sociedade atual também não precisa se preocupar sobre haver um apego à letra da Lei, que garanta direito adquirido e negue a reforma. O *Pacote Econômico* há de merecer o prestígio necessário do Judiciário porque o Juiz brasileiro não procede e nem irá proceder como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos. *Max Gmür* concebeu o Magistrado como intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar com a matéria-prima da Lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade.

Em emocionada passagem do seu discurso de posse no Tribunal de Justiça de São Paulo, o Des. *Cândido Dinamarco* insculpiu palavras, que inspiraram este modesto trabalho: "Quero muito mais do que fazer cumprir a Lei do meu País. Quero ser sempre e cada vez mais apto a compreender os valores sociais que jazem sob os textos da Lei, os valores que não estão nas Leis escritas e que só a sensibilidade para a vida e para a Justiça os podem revelar".

Hodiernamente, esses são os únicos valores que devem nortear a função do Magistrado. Vigilante quanto aos objetivos do povo, saberá o Judiciário conceder à Reforma Econômica o pedestal que ela está a merecer no altar das nossas instituições, com o que se cumprirão os corolários dos dois princípios enunciados no início deste limitado escrito: *A Função Social da Propriedade e a Justiça Social.*

Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade

FÁBIO KONDER COMPARATO (*)

Há um paradoxo histórico com o direito de propriedade privada. Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia "inviolável e sagrada" (1) da liberdade individual, sem a qual "não há constituição", (2) a propriedade passou a ser analisada e discutida na teoria jurídica, a partir do movimento de codificação civil do século passado, exclusivamente como um instituto de direito privado, estranho, portanto, à organização política do Estado. A propriedade faria parte da esfera íntima e inviolável de todo indivíduo, na qual os Poderes Públicos não podem penetrar sem cometer a mais grave das usurpações.

A explicação para esse aparente paradoxo só se revela quando a propriedade privada, tal como a família e o contrato, é recolocada no complexo de instituições sociais que compõem a civilização moderna. E esta última só cobra sentido quando a comparamos com as que a precederam, notadamente com a civilização greco-romana, cuja importância decisiva para a formação de nossa consciência jurídica é bem conhecida.

Vejamos.

A propriedade no mundo greco-romano

A idéia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antigüidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-

---

(1) São os adjetivos empregados no art. 17 da Declaração do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789.

(2) A mesma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou em seu art. 2º que "a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", sendo que "esses direitos são a liberdade, **a propriedade**, a segurança e a resistência à opressão". E o art. 16 reconheceu peremptoriamente: "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição".

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 07 (3ª Fase), jan./jun. 1998, p. 73-87.

lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano. [3]

Na língua latina, aliás, *dominus* e *dominium* vêm de *domus*, significando, respectivamente, o chefe da casa e o poder próprio deste sobre todos os bens familiares. Que o sentido jurídico de *dominium* se vincule originalmente à casa de família nos é confirmado pela definição de **Ulpiano** no *Digesto* (50, 16, 195, § 2): *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet.*

Na civilização greco-romana, a propriedade privada – assim como a família e a religião doméstica – faziam parte da **constituição social**, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada por uma decisão popular, ou dos governantes.

Na organização da cidade antiga, aliás, as instituições que diziam respeito à vida privada eram mais sólidas e estáveis do que as formas de governo, e distinguiam, mais do que estas, uma cidade da outra. Não é de admirar, portanto, que o ponto de partida de **Aristóteles**, em sua pesquisa sobre a constituição ideal da *pólis*, tenha sido a classificação dos regimes de propriedade: a comunhão total, a ausência absoluta de comunhão, e a comunhão ou condomínio de certas coisas juntamente com a propriedade individual de outras. [4] A noção de *politéia* para o filósofo, como foi reconhecido em primorosa tese acadêmica, [5] engloba a vida privada: é "a forma de organização dos cidadãos de um Estado", [6] "a própria comunidade dos cidadãos", [7] ou, de modo ainda mais sugestivo, "um certo modo de vida de uma sociedade política". [8] Não há aí, portanto, nenhuma possibilidade de dissociação nem mesmo de distinção, nesse particular, entre a esfera pública e a privada.

Seja como for, o núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. No direito

---

[3] Cf. Como assinalou o clássico **Fustel de Coulanges**, "há três coisas que, desde os tempos antigos, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade" (*A Cidade Antiga*, livro segundo, cap. VI, na tradução de Fernando de Aguiar, 8ª ed., Lisboa, p. 84).

[4] *Política*, livro I.

[5] **Jacqueline Bordes**, *Politéia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris (Société d'Edition "Les Belles Lettres"), 1982, p. 437.

[6] *Política* 1274b, 1.

[7] *idem*, 1276b, 25.

[8] *idem*, 1295b 1-2.

romano arcaico, [9] este poder fazia parte das prerrogativas do *paterfamilias* sobre o conjunto dos escravos e bens (*familia* [10] *pecuniaque*), que compunham o grupo familiar. Prerrogativas soberanas, porque absolutas e ilimitadas, imunes a qualquer encargo, público ou privado, e de origem sagrada, por força de sua vinculação com o deus-lar. [11]

Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico. Por isso mesmo, o imóvel consagrado a um lar era estritamente delimitado, de forma que cometia grave impiedade o estranho que lhe transpusesse os limites sem o consentimento do chefe da família.

A propriedade privada na civilização burguesa

Ora, a propriedade moderna desvinculou-se totalmente dessa dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica. O direito burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre uma coisa determinada. [12] É o protótipo do direito egocêntrico, visando à utilidade exclusiva do seu titular (*eigennützig*, como dizem os alemães).

Ademais, na concepção prevalecente em todo o século XIX, a propriedade representava o instituto central do direito privado, em torno do qual gravitariam todos os bens, em contraposição às pessoas. Na distribuição sistemática das matérias do Código Napoleão, promulgado no dealbar do século, o livro primeiro é dedicado às pessoas, o livro segundo cuida "dos

---

[9] Cf. **Max Kaser**, *Das Römische Privatrecht*, primeira parte, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Munique (Beck), 1971, § 31.

[10] Não se deve esquecer que o termo *familia* vem de *famulus*.

[11] Cf. **Pietro Bonfante**, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2°, *La Proprietà*, Milão (Giuffrè), 1966, pp. 243 e ss.

[12] Essas duas notas características do direito subjetivo de propriedade – a submissão da coisa à utilidade própria de seu titular (*usus, fructus, abusus*) – e a exclusão de todos os demais sujeitos de direito de qualquer relação com a coisa estão contidas nas definições de propriedade do Código Civil alemão (§ 903: "*Der Eigentumer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahrem und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*") e do Código Civil brasileiro (art. 524: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua"). O Código Napoleão, em sua famosa definição do art. 544, só menciona a primeira característica, a utilidade da coisa para o seu dono: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglements*".

bens e das diferentes modificações da propriedade", e o livro terceiro, "das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade". Neste último livro, vêm reguladas a sucessão, as doações entre vivos e por causa de morte, bem como todos os contratos, inclusive o "contrato de casamento". (13)

Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu a nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo (de onde a expressão "direitos individuais", para indicar os direitos humanos da primeira geração, os quais dizem respeito a todos, independentemente de sua nacionalidade) e o cidadão, como sujeito da sociedade política. A propriedade foi colocada, nesse esquema dicotômico, inteiramente no campo do direito privado, e essa dicotomia foi o alvo preferido da crítica socialista. **Marx**, em particular, considerou a separação entre as esferas pública e a privada da vida social como simples discurso ideológico, pois o Estado acabava sendo também **apropriado** (no sentido técnico) pela classe proprietária.

Ora, havendo perdido o sentido religioso das origens, sobre que outra base de ordem ética poderia a propriedade ser justificada no direito moderno?

Os pais fundadores do constitucionalismo liberal, em particular **John Locke**, não hesitaram em justificar, doravante, o direito de propriedade privada na exigência natural de subsistência do indivíduo, e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, enquanto força emanada do seu corpo, que representa o que cada há de mais próprio em cada pessoa. (14)

No curso do século XVIII, essa justificativa da subsistência individual e familiar transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Trata-se, agora, de resguardar a esfera pessoal de cada indivíduo contra as intrusões de outrem, não mais pela religião, mas pelo direito natural, ou pela idéia de contrato social.

Rousseau foi, nesse particular, malgrado uma certa contradição nas idéias, (15) o grande *maître à penser* de sua geração. No *Discurso sobre a economia*

---

(13) Em seus *Princípios da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Resumo*, **Hegel** deu, de certa forma, o fundamento filosófico da codificação napoleônica, sustentando que a propriedade, base da liberdade, precede teórica e pragmaticamente o contrato, pois "a pessoa, ao se diferenciar de si mesma, entra em relação com outra pessoa, e essas duas pessoas só têm uma existência empírica, uma para com a outra, enquanto proprietárias" (§ 40).

(14) **John Locke** desenvolveu o argumento no § 27 do *Second Treatise of Government*: *"Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a* ***property*** *in his own* ***person****: this no body has any right to but himself. The* ***labour*** *of his body, and the* ***work*** *of his hands we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he has mixed his* ***labour*** *with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his* ***property****".*

(15) A segunda parte do *Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754, abre-se com a afirmação célebre: *"Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire,* ***ceci est à moi****, et trouva des gens assés simples pour le croire, fut le vrai fondateur da la société civile".*

política, publicado na *Encyclopédie*, considerou "certo que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade". "É preciso relembrar aqui", insistiu, "que o fundamento do pacto social é a propriedade, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo tranqüilo do que lhe pertence". Em outro escrito, incluído entre os seus *Fragmentos Políticos*, o grande genebrino chegou mesmo a afirmar que "fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constrangido pela força". (16)

Os documentos políticos do final do século consagraram essa visão de mundo. Tanto o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu primeiro parágrafo, (17) quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional francesa de 1789, em seu art. 2°, (18) apresentam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como "direitos inerentes" a toda pessoa, ou "direitos naturais e imprescritíveis do homem".

Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida constitucionalmente em sua dupla natureza, de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito subjetivo dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial. (19) É o que a elaboração teórica

---

(16) *Oeuvres Complètes*, III, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1964, p. 483.

(17) *"That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety".*

(18) *"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".*

(19) É esta (*Wesensgehalt*) a expressão usada pela Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 19, para definir a competência do legislador ordinário, na regulação do conteúdo e dos limites de um direito fundamental. "Na medida em que, de acordo com esta Lei Fundamental, um direito fundamental pode ser delimitado por meio de lei, ou com fundamento em lei, esta deve ser geral, não podendo valer somente para um caso individual". E na segunda alínea: "Em caso algum pode um direito fundamental ser violado em seu conteúdo essencial". O sentido e o alcance desse dispositivo constitucional foi desenvolvido por **Peter Häberle** em sua monografia *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelbert (C. F. Müller), 1983.

da doutrina alemã denominou uma **garantia institucional** da pessoa humana. [20]

Importa assinalar, aliás, que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou o elo de comunicação entre as duas esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário. A transição do absolutismo político ao governo representativo foi assegurada pela classe proprietária. "Em nossas sociedades atuais", sustentou **Benjamin Constant**, [21] "o nascimento no país e a idade madura não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidade. (...) É preciso uma outra condição, além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o lazer indispensável à aquisição das luzes, à retidão do julgamento. Só a propriedade assegura esse lazer: só a propriedade torna os homens capazes de exercer os direitos políticos".

Seja como for, é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o movimento político reivindicatório. Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois, insofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana.

Transformações funcionais da propriedade na era contemporânea

A evolução sócio-econômica ocorrida a partir de fins do século passado veio, porém, alterar o objeto dessa garantia constitucional. Doravante, a proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente nem principalmente, da propriedade de bens

---

[20] A doutrina alemã contemporânea distingue, aliás, entre *Einrichtungsgarantie, institutionelle Garantie* e *Institutsgarantie*. Cf. **Klaus Stern**, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, vol. 1, Munique (Beck), 1988, pp. 776 e ss.

[21] *Principes de Politique*, cap. VI, in *Oeuvres*, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1957, pp. 1.146/1.147.

materiais, segundo o esquema do *ius in re*, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, materiais ou imateriais, objeto ou não de um direito real. [22]

Antes de mais nada, o advento da civilização industrial expandiu enormemente as relações de trabalho assalariado e gerou demandas crescentes de proteção do emprego e de seguridade social, demandas essas que autores e tribunais assimilaram, sob o aspecto funcional, à propriedade do passado.

Há aí, sem dúvida – é o caso de dizê-lo – uma certa impropriedade conceitual, pois o direito a uma prestação positiva, gerador de pretensão contra um sujeito determinado, não pode ser confundido com o direito de uso, gozo e disposição de uma coisa, sem intermediação de quem quer que seja. Mas o sentido prático da extensão conceitual é bem claro. Nos sistemas jurídicos como o brasileiro, onde os direitos trabalhistas e de seguridade social foram alçados ao nível constitucional, parece menos sensível a necessidade exegética de se recorrer ao conceito ampliado de propriedade, para assegurar-lhes adequada proteção. No entanto, a ressurgência de um capitalismo anti-social agressivo, nos últimos tempos, procurando reduzir ou suprimir na prática tais direitos, quando não tentando votar emendas inconstitucionais à Constituição com esse efeito, veio demonstrar toda a importância de se recorrer, também aqui, ao velho conceito de propriedade, para garantia das condições mínimas de uma vida digna.

Por outro lado, a rápida e maciça concentração populacional urbana, durante este século, aliada à destruição de grandes cidades por efeito de sucessivas guerras, obrigou o Estado, em vários países, a intervir legislativamente nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional de propriedade destes, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, o qual passou, em muitos aspectos, a gozar de uma proteção constitucional semelhante à daquele, enquanto não se constrói, nos diferentes sistemas jurídicos, um autônomo direito fundamental à habitação, tal como preconizado na II Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, realizada em Istambul em junho de 1996.

---

[22] Esta interpretação ampliada da garantia constitucional da propriedade foi admitida na Alemanha desde a Constituição de Weimar. Na doutrina atual, cf. **Konrad Hesse**, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, 1995, nº 444;**Peter Badura**, *Eigentum, in Handbuch des Verfassungsrechts*, organizado por **E. Benda, W. Maihofer** e **H. J. Vogel**, Berlim e New York, 1988, pp. 666 e ss.; *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, organizado por **R. Wassermann**, vol. 1, Neuwied, 1989, pp. 1.073 e ss. No Brasil, defende essa posição**Pontes de Miranda**, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, 2ª ed., São Paulo, 1971, p. 398. Na doutrina portuguesa, **J. J. Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., 1º vol., Coimbra, 1984, pp. 332-333.

Sob outro aspecto ainda, a expansão desregulamentada do movimento de concentração capitalista, nas últimas décadas, tornou sempre mais precária a situação dos pequenos e médios empresários, esmagados pelo poder econômico das macroempresas. Contra os excessos da teoria ordo-liberal alemã e dos teóricos da Escola de Chicago,[23] foi preciso reconhecer que se estava diante de direitos patrimoniais indispensáveis à subsistência individual, e que mereciam, por conseguinte, uma proteção constitucional semelhante à dispensada tradicionalmente à propriedade.[24]

O estatuto constitucional da propriedade privada

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal.

Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida.[25]

Algumas vezes, o direito positivo designa claramente determinada espécie de propriedade como direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção.

É o caso, por exemplo, no direito brasileiro, da pequena e da média propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. A pequena propriedade rural, ainda, como tal definida em lei, desde que trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva e goza, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5° - XXVI).

Mas a proteção constitucional não se limita à propriedade já existente. Garante-se, ainda, o acesso à propriedade a todos os que dela dependam

---

[23] **R. Posner**, *The Law and Economics of antitrust*, The University of Chicago Press, 1976; **R. Bork**, *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., Nova York (The Free Press), 1993.

[24] A jurisprudência alemã reconhece que o "direito ao exercício de uma exploração empresarial organizada" constitui objeto da garantia constitucional da propriedade. Cf. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, cit., vol. 1, p. 1091.

[25] Um dos poucos autores que acentuam a distinção entre a propriedade como direito humano e como direito ordinário é **Hans-Jochen Vogel**, que foi Ministro da Justiça da República Federal Alemã. Cf. a sua conferência pronunciada na *Berliner Juristischen Gesellschaft* em 20 de novembro de 1975, *Kontinuität un Wandlungen der Eigentumsverfassung*, editada por De Gruyter, Berlim e New York, 1976, p. 12.

como meio de subsistência. Reconhece, assim, a Constituição um direito de adquirir, por usucapião, a todo aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, e tendo nela sua moradia (art. 191). Igual direito de acesso à propriedade é garantido a todo aquele que, não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família (art. 183).

Mas, tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.

É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.

A função social da propriedade

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela "atenderá à sua função social" (art. 5° - XXIII).

Não se está, aí, de modo algum, diante de uma simples diretriz (*Leitlinie, Richtschnur*) para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade, como entendeu uma parte da doutrina alemã, a propósito do disposto no art. 14, segunda alínea, da Lei Fundamental de Bonn: "A propriedade obriga. Seu uso deve servir, por igual, ao bem-estar da

coletividade" (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeiheit dienen*). [26] Como bem salientou um autor, "a responsabilidade social incumbe não só ao Estado, como aos particulares; Estado Social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, como ainda obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo". [27]

De qualquer modo, essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão [28] e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5°, § 1°).

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.

Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade?

A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade. O art. 182, § 2° dispõe que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor", sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não edificado, subutilizado ou não utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4°). No art. 187, dispõe-se que "a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - ex-

---

[26] **Badura**, *op. cit.*, pp. 655/656;**Kärl Nüssgens** e **Karl Heinz Boujong**, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, Munique (Beck), 1987, n° 141.

[27] **Hans-Jochen Vogel**, *op. cit.*, p. 13.

[28] Art. 1, terceira alínea, da Lei Fundamental de 1949: "*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung* ***als unmittelbar geltendes Recht***".

ploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

Como se vê, em ambas as disposições a Constituição convoca o legislador para definir o conteúdo da função social da propriedade. À falta de específica lei reguladora, estarão os proprietários dispensados de dar cumprimento à norma constitucional?

De modo nenhum. Como foi salientado, os deveres fundamentais contrapõem-se, logicamente, aos direitos fundamentais. *Ius et obligatio correlata sunt*. A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica obviamente a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente. Em conseqüência, quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais. No caso específico do art. 182, a falta de lei municipal específica obsta, sem dúvida, à aplicação regular das sanções cominadas no § 4º. Mas não impede, por exemplo, que a Administração Pública, quando de uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, reconheçam que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse coletivo, e tirem deste fato as conseqüências que a razão jurídica impõe.

Se, nessas hipóteses, a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deve atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada "propriedade de empresa" [29] não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pe-

---

[29] Cf. nota 22, *supra*.

las empresas privadas. [30]

A responsabilidade pelo descumprimento dos deveres fundamentais, ligados à propriedade

Observe-se, antes de mais nada, que o respeito aos deveres fundamentais, ligados à propriedade privada, não resulta apenas da iniciativa do particular ofendido – o titular do direito fundamental de acesso à propriedade, em particular –, mas constitui objeto de uma política pública, constitucionalmente obrigatória.

Com efeito, quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de uma política de distribuição eqüitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não realização dessa política pública representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão. [31]

Instrumento clássico para a realização da política de redistribuição de propriedades é a desapropriação por interesse social. Ora, essa espécie de expropriação não representa a criação, pelo Estado, no exercício de seu poder de império, de um dano patrimonial indenizável, mas constitui a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização correspondente ao valor venal do bem, como se não houvesse abuso do direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5º - XXIV, quanto no art. 182, § 3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em **justa** indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de

---

[30] Sobre o assunto, cf. a minha comunicação *Estado, empresa e função social*, feita à XVI Conferência Nacional dos Advogados, publicada na Revista dos Tribunais 732/38.

[31] No *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, publicado na Revista dos Tribunais 737/11, aludi ao fato de que, também nesse campo, e não somente em matéria de produção legislativa, pode haver uma inconstitucionalidade por omissão.

proporcionalidade, [32] ou adaptação às circunstâncias de cada caso. Ressarcir, pelo valor venal do bem expropriado, aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio. [33] Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.

É também à luz das normas constitucionais sobre a propriedade que deve ser julgada, no foro criminal, a querela de esbulho possessório (Código Penal, art. 161, § 1°, II). O comportamento da vítima, aqui, não é apenas um fator a ser levado em consideração na fixação da pena (art. 59), mas pode ser tido como uma excludente de ilicitude. Com efeito, se, conforme as circunstâncias do caso, o juiz se convence de que a suposta vítima deixou de atender à função social do imóvel, e de que os réus, embora agrupados, agiram sem violência ou grave ameaça à pessoa, achando-se todos injustamente privados de propriedade, para garantia de subsistência própria e de suas famílias, deve-se reconhecer, conforme o caso, a justificativa do estado de

---

[32] Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, cf. **Georges Xynopoulos**, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Contentieux da la Constitutionnalité et de la Légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris (Librairie Générale de Droit et Jurisprudence), 1995; **Paulo Bonavides**, *Curso de Direito* Constitucional, 7ª ed., São Paulo (Malheiros), 1997, pp. 356 ss.; **Suzana de Toledo Barros**, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, 1996; **Willis Santiago Guerra Filho**, *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*, Revista dos Tribunais 719/57. No direito administrativo, cf. **Carmen Lucia AntunesRrocha**, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte (Del Rey), 1994, p. 52;

[33] *"Die Bindungsklausel, vor allem auf die Bodenordnung gemünzt, gilt für jede Art von Eigentum und erfasst nicht nur den 'Gebrauch' im engeren Sinn, der bei Eigentums-objekten oder bei eigentumslichen Befugnissen möglich ist, sondern den Inhalt des verfassungsrechtlichen Eigentums insgesamt"* (**Peter Badura**, *op. cit.*, p. 673). No mesmo sentido, **Hans-Jochen Vogel**, *op. cit.*, p. 13.

necessidade, ou do exercício regular de direito (art. 23 - I e III). Tratando-se, como se trata, de direito fundamental da pessoa humana, exercido perante aquele que descumpre o dever fundamental de dar à propriedade uma destinação social, não parece acertado entrever no fato o crime de exercício arbitrário das próprias razões. [34] A excludente de criminalidade, prevista na parte final do art. 345 do Código Penal ("salvo quando a lei o permite") deve se aplicar, com maioria de razão, quando se trata de um direito humano, declarado na Constituição.

A integrante circunstancial modal de execução, consistente no concurso de mais de duas pessoas, ao contrário do que deixa entender **Nelson Hungria**, [35] não é semelhante à hipótese de roubo qualificado, definida no art. 157, § 2°, II do Código Penal, porque ela não vem necessariamente acompanhada de violência ou grave ameaça. A sua vinculação mais próxima é com o crime de quadrilha ou bando (Código Penal, art. 288). Mas, justamente, a ocupação de imóvel por pessoas que exerçam o direito fundamental de acesso à propriedade dele se diferencia, nitidamente, uma vez que o objetivo ou dolo específico do agente não existe no caso: o grupo de mais de duas pessoas não se associa "para o fim de cometer crime".

Conclusão

A concepção privatista da propriedade, a que se fez referência no início desta exposição, tem levado, freqüentemente, autores e tribunais à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais.

Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual contra a intrusão do Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, além dessa função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os mais fracos e desamparados.

---

[34] Em sentido contrário, **Nelson Hungria**, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, 2ª ed., Rio de Janeiro (Revista Forense), 1958, n° 40.

[35] *Op. cit., ibidem.*

A doutrina jurídica e a jurisprudência hodiernas pecariam gravemente por anacronismo, se não levassem em consideração essa transformação histórica, que exige a adaptação do velho instituto às suas novas finalidades.

São Paulo, 9 de setembro de 1997.

(*) **Fábio Konder Comparato** é Professor Titular da Faculdade de Direito de São Paulo e Doutor em Direito da Universidade de Paris.



Remédios Constitucionais – Habeas Corpus



O ASPECTO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*

Antonio José Azevedo Pinto

I — *Introdução*

1. *O homem, a sociedade e o direito*

O homem, já o dizia *Aristóteles*, é um animal social e político, porque destinado a viver em sociedade, ao lado de seus semelhantes. Essa sua sociabilidade é, antes de tudo, um imperativo de sua própria natureza, de modo que homem e sociedade constituem um verdadeiro binômio, havendo necessidade de que essa convivência seja caracterizada por uma forma sadia.

Todavia, a vida do homem em sociedade, desde os primórdios, foi caracterizada por conflitos, por lutas e violências que não raras vezes punham em risco a própria sobrevivência do grupo social.

Para procurar limitar as conseqüências desses conflitos, a religião muito contribuiu com seus princípios e mandameentos imperativos, refletindo a vontade dos deuses adorados.

Graças à evolução constante das sociedades, foram surgindo novas normas e regras criadas pelo homem para o controle da vida em sociedade, uma vez que nem só os princípios religiosos tornaram-se suficientes.

O direito, assim criado pelo homem, como um conjunto de regras destinadas a tornar possível a convivência humana, como produto da cultura e do desenvolvimento dos povos, era, primitivamente, nitidamente de cunho religioso, refletindo suas regras, seus princípios, antes de mais nada, comandos religiosos. Daí porque afirmar-se que foram os sacerdotes os primeiros juízes das sociedades.

Com muita propriedade afirma *Paulo Dourado de Gusmão* que "as normas do direito primitivo eram executadas espontaneamente, mas, talvez seja melhor dizer, instintivamente, pelo medo de suas sanções draconianas e desumanas".

De fato, o direito nos povos primitivos possuía um caráter muito severo, com a imposição de sanções por vezes cruéis, vez que buscavam acima de tudo resguardar a figura do soberano.

Aos poucos, e em decorrência da própria evolução da estrutura social, o direito foi se aperfeiçoando, surgindo as primeiras construções doutrinárias, delineando-se os primeiros institutos jurídicos, alicerces da própria sociedade, que encontrou nesse conjunto de regras o meio de manter a própria vida coletiva.

Uma das maneiras encontradas pela sociedade para tornar possível a existência coletiva foi o Estado, instituição política fundamental criada pelo homem e que pode ser considerado como "a

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 23 (2ª Fase), jan./jun. 1986, p. 45-57.

organização do poder com o objetivo de, em determinado território, proporionar segurança e desenvolvimento a um povo nele fixado".

2. *O Estado e o individuo. Tarefa do Estado*

As sociedades humanas organizaram-se. Aperfeiçoaram-se os princípios do direito. O soberano, o chefe, passou a dispor de um mecanismo de controle da atividade social de grande porte.

Ao Estado, assim, desde logo, coube a tarefa de exercer todo esse controle.

Surgiu a idéia de ordem jurídica, "complexo de normas jurídicas positivas dominante, em um momento histórico, numa sociedade determinada".

O direito, imbuído de princípios filosóficos, estabeleceu verdadeiros dogmas, afirmando o ideal de justiça como sendo uma de suas constantes. Desde logo afirmou-se que o homem era o destinatário de todo e qualquer direito.

A idéia de que, um direito que não estava escrito nas leis, mas que a todas elas era superior, ganhou corpo em quase todas as civilizações.

Os gregos, que tinham como dogma racional a observância às leis, ainda que injustas, "porque o bom cidadão deve mesmo obedecer às leis e nunca induzir outros a desobedecerem àquelas necessárias e para garantia do Estado, o que é indispensável à convivência", embora não indagando a respeito dos direitos do homem como indivíduo contra o Estado, afirmavam que ao lado do justo segundo as leis existia um justo segundo a natureza, baseado em leis não escritas, mas de caráter eterno e imutável.

Como afirma *Vicente Greco Filho,* a concepção filosófica dos gregos não concebia um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes, "porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *polis* por força de um julgamento ético e político e não juridicamente institucionalizado".

Todavia, certo é que, por razões filosóficas e mesmo religiosas, tendo para isso o cristianismo muito contribuído, o perfil da existência de certos direitos individuais próprios da pessoa humana, e que pairam até mesmo acima do Estado, foi sendo marcadamente traçado nas sociedades através dos tempos.

Esses "direitos naturais" começaram a sensibilizar o direito positivo que passou a reconhecê-los e a incluí-los em seus ordenamentos. O direito à vida, à liberdade pessoal, à propriedade, à honra, etc., porque inerentes e comuns a todos os homens, impostergáveis por isso mesmo, integraram a "ordem jurídica" do Estado, não sem antes muita luta e muito sangue derramando.

3. *O Estado e o Direito*

O Estado moderno e mesmo o Estado antigo organizou-se em torno da lei.

Por exemplo, o regime jurídico de Atenas, segundo *Sánches Viamonte,* citado por *Sahid Maluf* "repousava na existência de uma ordem constitucional, criada pela vontade popular, mediante leis".

Quer para os gregos, quer para os romanos na antigüidade, quer para os ingleses na atualidade, o conceito de constituição confundia-se com o próprio "conjunto institucional do Estado, a sua forma, o seu governo, em suma, todo o complexo normativo e costumeiro referente ao poder político organizado de uma determinada nação". *(Afonso Arinos de Melo Franco).*

O Estado, chamado a traçar as normas básicas da organização social, através de lento processo de elaboração consolidou as principais diretrizes desse ordenamento social, valendo-se, para tanto, do direito. Se, em razão de lutas e dolorosas conquistas foram reconhecidos certos direitos fundamentais do homem, que a todos interessam, competindo ao próprio Estado assegurá-los, resultando daí que são direitos que limitam os próprios poderes do Estado, certo é que o próprio Estado, por imposição de lógica jurídica, viu-se na contingência de estabelecer as garantias necessárias para esses direitos.

Tornou-se imperioso mesmo que o Estado fosse o guardião desses direitos fundamentais e absolutos do homem, direitos esses erigidos, transformados em cânones constitucionais. Assim, as constituições dos povos, ao mesmo tempo em que afirmavam o respeito devido a tais direitos, estabeleciam a forma de garanti-los não só contra os abusos praticados pelos próprios cidadãos uns contra os outros, como também os abusos cometidos pelo Estado.

II. *O* **Habeas Corpus** — *Suas Origens*

Afirma-se constantemente que a Magna Carta é o ponto decisivo entre o sistema das garantias individuais e o sistema do arbítrio real, onde prevalecia a vontade do soberano sobre qualquer outra.

André Maurois, entretanto, declara que, por ocasião de sua elaboração não existiam, ainda, as idéias modernas de liberdade, que não tinham sido formadas.

Ocorre que, as idéias jurídicas surgidas com a Magna Carta motivaram a fixação da idéia da afirmação e reconhecimento de direitos fundamentais do homem.

Assim é que, nenhum homem livre podia ser preso sem que fosse condenado por seus pares, ou pelas leis do país, *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.*

Como afirma *Pontes de Miranda*, o Direito inglês odiava a detenção injusta do homem livre, procurando, por isso mesmo, conceder meios de direito contra essa ilegalidade.

Segundo *João Mendes Júnior*, o Direito inglês conhecia quatro meios de fazer cessar a prisão mal fundada: o *writ of mainprise;* o *writ* de *odio et atia;* o *writ de homine replegiando* e o *writ* de *habeas corpus.*

Aos poucos, porém, segundo ainda a lição do festejado autor, os três primeiros caíram em desuso, substituídos pelos *writs of habeas corpus:* o *habeas corpus ad respondendum, ad satisfaciendum, ad deliberandum,* sendo o mais importante o *writ of habeas corpus ad subjiciendum,* dirigido ao indivíduo que detém um outro ilegalmente, intimando-o a apresentá-lo, declarando ao mesmo tempo em que dia e por que motivo foi preso *(apud Tourinho Filho).*

A expressão *habeas corpus* adviria das palavras da fórmula ou mandado que o Tribunal concedia, "e era, segundo afirma *Pontes de Miranda,* endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda o corpo do detido".

Pontes de Miranda, com a autoridade de sempre, afirma que tais medidas se fizeram sentir naquela época, em razão de o direito de ir, ficar e vir ser "vaga noção teórica, sem as garantias necessárias que a efetivassem".

Todavia, e segundo o referido autor, "... essa ordem que era eficiente nas espécies de prisão executada por particulares, não o seria quando o opressor fosse o príncipe ou o rei, ou, por ele, alguém que o representasse", surgindo, assim os desmandos, os abusos e a violação dos direitos do povo inglês.

Foi então que, em 1679 surgiu o famoso *Habeas Corpus, Act,* no reinado de Carlos II, *Act* esse considerado por muitos como uma segunda Magna Carta, tal a força de seus termos.

Mais uma vez *Pontes de Miranda* afirma que a importância do *Habeas Corpus Act* de 1679 é muito discutida, não sendo certa a afirmação de que esse *bill* fosse a verdadeira origem do *habeas corpus,* posto que os seus princípios já estavam contidos nos pactos dos barões de 1215 e o seu próprio nome já era usado há séculos.

A grande imperfeição do *Habeas Corpus Act* de 1679 consistia em só se referir às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, não tendo qualquer direito de pedir *habeas corpus* aqueles simplesmente detidos por qualquer outro motivo.

Somente em 1816, com outro *Habeas Corpus Act* é que tal irregularidade, porque atentava contra a própria índole do povo inglês, foi sanada, cercando-se, daí em diante, com essa garantia, o direito de ir, ficar e vir dos cidadãos.

Daí para a frente, o *habeas corpus* ganhou o prestígio como instituto primacialmente de direito processual constitucional porque inserido nos mandamentos constitucionais.

Sua esfera de aplicação, no entanto, como observa *Frederico Marques*, é, mais intensamente, a esfera da justiça criminal, razão por que se encontra nas leis processuais penais o seu disciplinamento legislativo.

Importante é assinalar-se que, o *substractum* desse instrumento de garantia, em que pese o seu disciplinamento legislativo ser cometido às leis processuais penais, continua sendo o Direito Constitucional.

Modernamente, o *habeas corpus*, não se reveste apenas do significado de apresentação do indivíduo que se acha detido.

1. *O habeas corpus no Direito Constitucional Brasileiro*

Fontes de Miranda, referindo-se ao *habeas corpus* na Constituição do Império, declara: A Constituição do Império do Brasil não falou do *habeas corpus*. Todavia, o seu artigo 179, § 8.º era de liberalismo que podia comportar perfeitamente esse remédio jurídico processual.

Segundo o autor, "estava de tal modo propagado o amor da liberdade no espírito brasileiro, na primeira metade do século XIX, graças aos nossos políticos educados na Europa (abeberados de direito inglês e idéias liberatórias da França contemporânea, que se misturavam em sua formação moral) e aos fatores mesmos da alma secular do mundo, que a inserção do *habeas corpus* derivou, facilmente, da nossa primeira carta constitucional".

Do *habeas corpus* fala-nos a Constituição de 24 de fevereiro de de 1891 nos artigos 61, § 1.º e 72, § 22.

Com relação ao citado artigo 72, § 22, declara a Constituição que: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder", sendo certo que o remédio jurídico se aplicava a todo e qualquer indivíduo não se restringindo, como no *caput* do artigo 72 a cidadãos e estrangeiros.

A emenda de 1926 veio aperfeiçoar ainda mais o *habeas corpus*, uma vez que o referido parágrafo 22 passou a ter a seguinte redação: Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Houve, assim, uma ampliação, pelo menos técnica, com a substituição dos termos "cidadão" brasileiro e estrangeiro, e indivíduo.

Com a Constituição de 1934, novamente o *habeas corpus* foi mantido, figurando no Capítulo II referente aos Direitos e Garantias Individuais.

A posterior Constituição de 16 de julho de 1934, acima referida, dispunha em seu artigo 113, § 21 que: Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

No parágrafo 23 vinha expresso o *habeas corpus*, afirmando que "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe *habeas corpus*".

As posteriores Constituições de 1946 e 1967 mantiveram-se fiéis aos preceitos liberais que inspiram o *habeas corpus*.

Vê-se, assim, que esse instituto é medida judicial destinada a tutelar e proteger a liberdade de locomoção de qualquer pessoa física que sofra ou se veja na iminência de sofrer violência ou coação. A liberdade de locomoção expressada nas formas de ir e vir é constitucionalmente garantida pelo Estado, a quem, por seu turno, compete zelar pela sua preservação.

Como o *habeas corpus* encontra a sua intensidade na esfera criminal, como instrumento capaz de remover a ilegalidade ou abuso de poder que firam a liberdade de ir e vir, vamos encontrar em nossas leis ordinárias a sua regulamentação.

Na época das Ordenações, nenhuma referência havia, de forma expressa, ao *habeas corpus*, vigorando o interdito de *Liberis Exhibendis*, que tinha a finalidade de obter o desagravo por constrangimento ilegal à liberdade, "qualquer que fosse a sua natureza".

A primeira lei que cuidou da matéria, ainda no Brasil Império, foi a lei de 29 de novembro de 1832, o Código de Processo Criminal do Império, que dispunha em seu artigo 340 que "todo cidadão que entender que ele, ou outro, sofrer uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* a seu favor".

A conseqüente aplicação desse dispositivo muito concorreu para ampliar o instituto, de modo que a Lei n.º 2.033, de 1871, em seu artigo 18, § 1.º determinava que a simples ameaça na liberdade de ir e vir justificava o pedido de *habeas corpus*. Com isso estabeleceu-se o *habeas corpus* preventivo.

Com o advento da República e, conseqüentemente, com a institucionalização do *habeas corpus* como efetiva forma de garantia

constitucional, pretendeu-se ver no mesmo um remédio contra todo direito que estivesse "ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade", no dizer de *Rui Barbosa.*

O Supremo Tribunal Federal, no pensamento de *Luiz Eulálio Bueno Vidigal,* citado por *Frederico Marques,* optou, entretanto, pela posição de reconhecer o *habeas corpus* como remédio protetor da liberdade de ir e vir.

Muito contribuiu para isso o Decreto n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, a Consolidação das Leis da Justiça Federal, que em seu artigo 360 dispunha sobre a prisão ilegal. O atual Código de Processo Penal veio regulamentar a matéria em seus artigos 647 a 667.

2. *A natureza jurídica do habeas corpus*

A natureza jurídica desse instituto tem ensejado grandes debates doutrinários.

Remédio heróico, recurso ou ação, são as posições tomadas por alguns estudiosos.

O nosso Código de Processo Penal coloca-o no quadro dos recursos. *Frederico Marques,* com a sua inegável autoridade de processualista, esclarece que "o instituto do *habeas corpus,* como já se mostrou, tem caráter proteiforme, uma vez que o seu *nomen juris* é empregado com alusão e referência, à pretensão de *habeas corpus,* à ação de *habeas corpus,* ao processo de *habeas corpus* e ao procedimento do *habeas corpus.*

"A rigor, prossegue o autor, o *habeas corpus* seria o pedido de "reivindicação da liberdade", quando lesado o *jus libertatis,* ou proteção à liberdade quando esta se encontre ameaçada de lesão. No entanto, como esse pedido deve ser feito em juízo, há uma ação de *habeas corpus,* a qual instaura processo de igual nome, caracterizado especificamente, pelo procedimento sumaríssimo, através do qual se movimenta a instância e seus atos se sucedem coordenadamente."

Nega-lhe o autor o caráter de recurso, mesmo encarado o instituto sob o ângulo estritamente processual, apesar de o Código de Processo assim entender.

Fernando Tourinho rotula-o como *remedium juris,* destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir.

Gama Coelho, afirmara por seu turno, "é um recurso extraordinário a uma violência dada, na falta de outro que faça desaparecer, ou a evite".

Contra essa afirmação insurgiu-se *Galdino Siqueira,* "porquanto é interposto, processado e decidido entre agentes e por agentes do Poder Judiciário".

Afirmava ele que o *habeas corpus* é um recurso ordinário e, pela sua maneira de ser processado, um recurso especial.

Borges da Rosa vê nele um "remédio que a lei concede para fazer cessar a violência ou coação ilegal iminente contra a liberdade de ir e vir de alguém".

Pontes de Miranda, por sua vez, menciona ser o *habeas corpus* "remédio jurídico, ação garantia".

Como recurso encara-o *Lafayette Rodrigues Pereira.* Essa concepção doutrinária do *habeas corpus* merece, assim, ser melhor examinada.

Entendemos ser o *habeas corpus,* primordialmente, um instituto de natureza constitucional, ou melhor, de Direito Processual Constitucional. Visto sob esse prisma é, sem dúvida alguma, uma ação judiciária, posto que tem como objetivo fulminar de ilegalidade o ato do Poder Público, representado por uma autoridade mandatária, que se caracteriza por violar o preceito da Lei Maior.

Ora, para obter-se a revogação ou a modificação dessa ilegalidade, ou desse abuso de poder, somente assumindo a natureza de ação, que encontra na Constituição a sua gênesis, é que o *habeas corpus* pode atender aos seus fins.

Diga-se de passagem que pelo fato de estar o *habeas corpus* rotulado como recurso em nossa legislação processual, e também pelo fato de, em alguns casos, ser usado para atacar despacho ou decisão nulos, tal não lhe tira o caráter de ação, porque, na verdade, é ele ação visando o pedido de determinada providência jurisdicional em virtude da violação ou ameaça de violação da liberdade de locomoção, liberdade essa que se constitui um verdadeiro direito de cunho constitucional.

Assim, e repetindo a lição de *Rogério Lauria Tucci,* "é o *habeas corpus* ação pela qual, originada a instauração de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, se reivindica a liberdade de locomoção".

Se o *habeas corpus* é aqui entendido como uma ação penal, resta-nos questionar que tipo de ação penal ele é.

A ação, como direito abstrato que é, fundada em norma de direito constitucional, consoante afirma *Frederico Marques* é uma só como instituto jurídico em que se contém as regras sobre o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado.

Entretanto, é ela um direito instrumental conexo a uma pretensão e, como figura de direito processual, pode agrupar-se em diver-

sas categorias que se distinguem entre si em razão da tutela jurisdicional invocada.

No Direito Penal encontramos diversos tipos de ação de conhecimento, em que a prestação jurisdicional consiste numa decisão sobre a situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal. Esta pode ser declaratória, constitutiva e condenatória.

Ao lado dessas ações, figura, ainda, a ação penal de execução, que tem por finalidade tornar definitiva a sanção estabelecida em sentença condenatória, havendo, sempre, como pressuposto, a existência de um título executivo.

Resta, finalmente, a ação cautelar, cuja finalidade é efetuar providências provisórias visando assegurar os efeitos de um procedimento principal.

O *habeas corpus*, como ação que é, reveste-se de uma roupagem de garantia constitucional; assume a natureza de uma ação declaratória, de uma ação constitutiva, ou mesmo de uma ação cautelar.

Esse tríplice aspecto de que o *habeas corpus*, como ação, se reveste, funda-se na sua própria finalidade, pois que objetiva ele, de imediato, um pronunciamento meramente declaratório, constitutivo ou uma providência cautelar, tudo visando à liberdade individual.

Como ação cautelar, visa o *habeas corpus* impedir a prisão injustificada ou por tempo indeterminado. É por exemplo o que se vê do disposto no artigo 648, números II, III, IV e V do C.P. Penal.

Como ação constitutiva, objetiva desfazer uma situação jurídica limitadora da liberdade de locomoção, como se vê dos incisos VI e VII do referido artigo.

Finalmente, como ação declaratória, visa ele obter a simples declaração de uma situação jurídica, como por exemplo no caso da extinção da punibilidade.

3. O *habeas corpus no Código de Processo Penal*

O nosso Código de Processo Penal disciplina o *habeas corpus* no Capítulo X, do Título II, que trata "Dos Recursos em Geral".

Preceitua o artigo 647 do diploma processual que, "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Da leitura desse artigo vislumbra-se, logo, que o instituto pode ser aplicado em dois casos: ou se já houve a violência ou coação ilegal, ou se estes estão iminentes.

Temos, assim, dois tipos de *habeas corpus:* o liberatório, no primeiro caso e o preventivo, no segundo.

No primeiro, busca-se restabelecer a liberdade de locomoção restringida; no segundo, objetiva-se evitar que essa restrição à liberdade de ir e vir se materialize.

Imperioso é que a liberdade de ir e vir seja abalada por ato ilegal, ilegalidade essa precisada pelo artigo 648.

Ora, há que se associar essa ilegalidade às noções de violência e coação, uma vez que a só existência dessas duas não autoriza pura e simplesmente o pedido.

Interessante é notar-se que o Código não define, nem explicita os casos em que se considera a violência ilegal, a exemplo do que faz com a coação.

É de *Borges da Rosa*, entretanto, a seguinte lição: "no caso de *habeas corpus*, a violência caracteriza-se pela prática de ato que force alguém, impedindo, cerceando ou reduzindo a sua liberdade de ir e vir".

"Para ter cabimento o *habeas corpus*, é imprescindível que seja ilegal a violência à liberdade de ir e vir do paciente. A prisão deste é sempre um ato de violência, senão física, pelo menos moral. Mas, se tal ato provém de origem legal da autoridade, por motivo de crime praticado pelo paciente (crime que dê lugar à prisão), não tem lugar o *habeas corpus*, porque a violência não é ilegal, e, sim, legítima."

"A violência será ilegal", prossegue o autor: "a) quando o caso não a comportar ou permitir; b) quando não houver justa causa; c) quando quem a ordenar ou praticar não tiver competência para fazê-lo; d) quando for praticada sem o cumprimento das exigências legais; e) quando houver cessado o motivo que a autorize."

Dentre as hipóteses versadas pelo artigo 648 do Código de Processo Penal, merece ser vista a "justa causa".

Pedro Nunes, entende que justa causa é o "motivo lícito, conforme o Direito".

Partindo dessa idéia, a falta de justa causa haveria sempre que não existisse um motivo lícito conforme o Direito, para justificar o ato de tutela da liberdade.

Bento de Faria, afirma que há falta de justa causa "se o ato de que se queixa o cidadão ou não tem sanção da lei ou não satisfaz seus requisitos".

Florêncio de Abreu sustenta dizendo que "o conceito de justa causa não se pode estabelecer *a priori*, cabendo ao juiz apreciá-la no caso concreto".

Essa é, inclusive, a opinião de *Oliveira Machado*, citado por *Sadi Cardoso de Gusmão:* "justa causa não pode ser definida em absoluto.

Depende da integridade e escrupulosa apreciação do juiz que aquilatando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a injustiça da causa para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça".

Desse modo, não sendo a causa *secundum jus*, o cerceamento ou ameaça ao direito de ir e vir será ilegal, vale dizer, portanto, que haverá justa causa para o *habeas corpus*.

É de se observar que o fato de o ato coativo não ser contrário à lei, nela encontrando dispositivo legal que a ampare, não torna todo ato inocorrente de ser rotulado como carente de justa causa. Desde que o aludido constrangimento fira um princípio da já referida "ordem jurídica", ter-se-á como presente o motivo para a ordem.

Assim, basta que um dos preceitos constitucionais seja violado, para que se torne caracterizada a falta de justa causa, pois, em última análise, compete à Constituição velar pela existência e aplicabilidade desses preceitos.

Justa causa importa, ainda, em legítimo interesse que ocorre sempre que o ato coativo provenha da prática ilícita por parte do indivíduo que sofre a coação. Desse modo, só haverá legítimo interesse na prática de ato coativo quando houver correlação deste com algum fato ilícito que torne justificável o cerceamento da liberdade.

Esse é o entendimento da jurisprudência: "*Habeas corpus* — Não configura constrangimento ilegal mero indiciamento em inquérito policial determinado pelo juiz, em face de requerimento do Ministério Público, à vista de fatos apurados em autos de inventário" (RHC n.º 49.630 — SP; RTJ 61, 355).

"Verificado que a prova indiciária não passa de mera suposição que não autoriza a conclusão de haver o paciente constituído o crime, concede-se-lhe a ordem de *habeas corpus*" ("Rev. Forense", vol. 211).

Modernamente, o critério e entendimento sobre o conceito da justa causa, como bem observa *Sergio Demoro Hamilton*, vêm tomando feição bem mais ampla do que a do seu sentido histórico, ganhando elasticidade cada vez maior.

O critério de ilegitimidade de ato passa, assim, a integrar o conceito de justa causa.

Por exemplo, a 2.ª Câmara Criminal do T.J. do antigo Estado da Guanabara, no RHC n.º 29.886, fulminou de ilegitimidade o constrangimento da autoridade policial de obrigar o cidadão a comparecer à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos que nada tinham a ver com o fato delituoso.

Forçoso é reconhecer-se que, no âmbito do inquérito policial, terá cabimento o *habeas corpus* quando o fato *in thesi* não constituir crime.

Com referência à justa causa, surgem alguns problemas interessantes, como por exemplo, o que diz respeito à indagação da prova. No rito sumaríssimo do *habeas corpus*, evidentemente que a pesquisa acerca da prova não tem total e pleno cabimento.

Todavia, é de se reconhecer que inúmeros são os julgados que admitem um exame da prova no processo sumaríssimo do *habeas corpus*.

A reação inicial oposta a esse exame foi cedendo lugar a uma corrente mais ampla que se orientou no sentido de admitir que se examinasse a prova, salvo se tal exame penetrasse no terreno profundo da prova.

Realmente, tal verificação da prova, não só nos casos de aferição da justa causa, como naqueles casos em que se busca, via do *habeas corpus*, o trancamento da ação penal é de todo necessária e conveniente, uma vez que as situações alegadas nem sempre emergem do fato alegado. A verdade a respeito da chamada justa causa é que esta, tanto envolve a matéria de mérito como a própria questão processual em seus múltiplos aspectos.

Exemplo típico é o do RHC n.º 12.647 do T.A. Crim. de S.P. da 3.ª Câm. Crim., datado de 30-10-75, que entendeu: "*Habeas corpus*. Inquérito — Trancamento. Não é o *habeas corpus* terapêutica adequada para o trancamento de inquérito. Ilide-se esta regra geral salvo quando a atipicidade do fato que se pretende apurar é constatável à primeira vista".

No mesmo sentido, a decisão que entendeu: "*Habeas corpus* — Constrangimento ilegal. Cognição dos Fatos. Em *habeas corpus* a cognição dos fatos perseguidos no inquérito ou na ação penal é parcial e limitada, mas a cognição dos fatos qualificados de constrangimento ilegítimo deve ser exaustiva e que propõe ao impetrante o dever da informação suficiente" (RHC n.º 14.221, do T.J. do R.S.).

Outra questão, dentre as muitas que o *habeas corpus* suscita, que merece ser posicionada, ainda que com brevidade motivada pela natureza despretensiosa do presente trabalho, é a referente ao trancamento do processo.

Dispõe o artigo 651 do C.P. Penal que "a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele".

Esse princípio não é regra absoluta. Em verdade, muito dependerá do caso. Assim sendo, quando concedida a ordem por

falta de justa causa, é evidente que o trancamento da ação penal, vale dizer do processo, ocorrerá. É ele, aqui, verdadeira ação penal constitutiva que impede todo o prosseguimento do processo.

Todavia, no caso do inciso VI do artigo 648, muito embora visto como ação constitutiva, não trancará, evidentemente, o processo, pois, anulado este, nova relação processual se estabelecerá, já agora sanada da nulidade que a afetava.

No caso da *abolitic criminis*, reveste-se o *habeas corpus* do conteúdo de uma ação declaratória que trancará o processo, face à ausência das condições de procedibilidade necessárias.

Nesse caso, pode-se afirmar que a própria *persecutio criminis* morrerá, atacada pelo *habeas corpus*.

Se, a finalidade do *habeas corpus*, via de regra, não é pôr fim à relação processual, nem por isso se pode afirmar o contrário.

Apesar de ser ele um instituto destinado a coibir os abusos, a proteger o direito constitucional de liberdade do indivíduo, que não se vê violado ou ameaçado apenas com um ato ilegal ou ilegítimo de custódia, certo é que pode ele funcionar com uma finalidade mais ampla, bastando ver-se o sentido de justa causa, como já acima examinado.

O *habeas corpus* revestido das características da ação cautelar não tranca, por seu turno, o processo, pois, visa-se aqui, acautelar o direito de liberdade do indivíduo. É o que se entende da seguinte decisão: "Verificado o excesso de prazo da prisão, defere-se a ordem de *habeas corpus* a fim de que os pacientes aguardem em liberdade o julgamento da respectiva ação penal" ("R. Forense", vol. 223).

De tudo o que se pretendeu afirmar, podemos tirar algumas conclusões:

1 — O *habeas corpus* é uma ação de conteúdo constitucional ou constitucionalístico, que visa a proteger a liberdade física do indivíduo, ameaçado ou violado por coação ilegal;

2 — Apesar do âmbito sumaríssimo de seu processamento, a tendência moderna é permitir um exame da prova, ainda que não profundamente, em face da amplitude do conceito de "justa causa", que envolve, por sua própria natureza, tanto matéria de processo como de mérito;

3 — Há que se distinguir, na prática, os casos em que o *habeas corpus* tem o poder de trancar a ação, de forma definitiva, daqueles casos em que, acautela, apenas, o *jus libertatis* do indivíduo, sem contudo impedir o prosseguimento da relação processual.



As origens da liminar em Habeas Corpus no direito brasileiro

ARNOLDO WALD

1. Por mais estranho que pareça, não se concebia a concessão da medida liminar em *habeas corpus* até 1964, enquanto a mesma se tinha consolidado, em virtude de normas legais expressas, na legislação do mandado de segurança. Embora este tivesse sido decorrente da ampliação dada ao *habeas corpus* e da idéia de se estruturar, no direito brasileiro, um *habeas corpus* civil, em matéria processual [1], a liminar foi prevista pelo legislador no mandado de segurança, sem que, por mais de meio século, a jurisprudência a tivesse estendido ao remédio em defesa da liberdade de ir e vir.

2. Em recente obra, o Ministro Evandro Lins e Silva assinala que teria ocorrido no Supremo Tribunal Federal, no caso do *habeas corpus* impetrado, em 13.11.64, por SOBRAL PINTO, em favor de Mauro Borges, o primeiro caso de concessão de medida liminar em *habeas corpus*. Afirma o eminente criminalista que se tratou de:

> *"um fato inédito na história do* ***habeas corpus*** *em nosso país. Até aquele dia jamais se concedera medida liminar para evitar a ameaça de constrangimento ilegal por parte da autoridade. A decisão foi comunicada aos responsáveis pela arbitrariedade iminente e abortou a violência premeditada e em andamento."* [2]

3. Na realidade, no caso do Governador Mauro Borges, o Ministro Gonçalves de Oliveira concedeu a medida liminar no *Habeas Corpus* nº 41.296, em 14.11.1964, e, em 23.11.1964, levou o processo ao plenário, que confirmou a medida liminar para que:

---

[1] ARNOLDO WALD, *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 35.

[2] EVANDRO LINS E SILVA, *O Salão dos Passos Perdidos*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira S.A., 1997, p. 390.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 08 (3ª Fase), jul./dez. 1998, p. 67-73.

"não possa a Justiça Comum ou Militar processar o paciente sem o prévio pronunciamento da Assembléia Estadual, nos termos do art. 40 da Constituição do Estado de Goiás, decisão unânime". [3]

4. No seu voto proferido no plenário, o Ministro Gonçalves de Oliveira fundamentou a concessão da liminar, invocando a jurisprudência já existente em mandado de segurança e lembrou a existência de decisão concessiva de liminar em *habeas corpus*, que acabava de ser proferida pelo Superior Tribunal Militar. Assim foi justificada a concessão da medida liminar em *habeas corpus*:

"O ***habeas corpus****, do ponto de vista da sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança. Quando este último foi instituído na Carta Política de 1934, dispôs o art. 113, § 33, que o seu ' processo será o mesmo do* ***habeas corpus****.' O processo, como se vê, é o mesmo. A Constituição de 1946 trata do* ***habeas corpus*** *e do mandado de segurança num dispositivo junto ao outro, os parágrafos 23 e 24. Se o processo é o mesmo, e se no mandado de segurança* ***pode o relator conceder a liminar*** *até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no* ***habeas corpus preventivo, não pudesse ser concedida, principalmente, quando o fato ocorre*** *em dia de sábado, feriado forense, em que o Tribunal, nem no dia seguinte, abre as suas portas. Se qualquer dúvida pudesse subsistir ao propósito, Vossa Excia., Senhor Presidente, as dissipou na nota que o Supremo Tribunal distribuiu à imprensa e redigida por Vossa Excia., nota amplamente divulgada, em que V. Excia.* ***relembra precedente****, a saber,* ***liminar recentemente concedida pelo Almirante Espíndola****, do Superior Tribunal Militar,* ***em favor do Dr. Evandro Correia de Menezes, Procurador da Caixa Econômica, para isentá-lo de injusto procedimento****. Foi suspensa a investigação, diz a nota fornecida à imprensa, e a ordem deferida pelo Superior Tribunal Militar, unanimemente."* [4]

---

[3] RTJ 33/616.

[4] RTJ 33/597.

5. Assim, na realidade, a decisão do Superior Tribunal Militar no *Habeas Corpus* nº 27.200, na qual o Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola concedeu, em **31.8.64**, a medida liminar em *habeas corpus*, por mim impetrado, em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, foi anterior ao acórdão do STF de **23.11.64**, que a invocou como precedente, e ao próprio deferimento da liminar pelo Ministro Gonçalves de Oliveira, em 14.11.64.

6. Em despacho conciso, mas preciso, que se tornaria documento histórico, o Ministro Espíndola, atendendo ao pedido do impetrante de 27.8.64 e ao aditamento do mesmo, salientando a necessidade urgente de concessão da liminar, de 31.8.64, assim decidiu, no mesmo dia:

> *"À Secretaria*
> *Sejam solicitadas as informações necessárias ao Sr. Encarregado do Inquérito Policial Militar Tenente-Coronel Paulo Ignácio Domingues, esclarecendo o mesmo qual o motivo da abertura do inquérito.*
> ***Como preliminar, determino que o Sr. Encarregado do Inquérito se abstenha de praticar qualquer ato contra o paciente** até definitivo pronunciamento deste Egrégio Tribunal, telegrafando-se ao mesmo, com urgência, para o referido fim".*

7. Após a prestação das informações em 8.9.64, o Superior Tribunal Militar ratificou a liminar e concedeu o *habeas corpus* por unanimidade, em 12.9.1964, nos seguintes termos:

> "**Ementa**: *Habeas Corpus concedido. Incompetência da Justiça Militar para conhecer de fato ocorrido em repartição que nenhuma relação tem com a administração militar. Não cabe o exame da matéria transitada em julgado, por falta de justa causa.*
>
> *Relator: Ministro Alm. Esq. José Espíndola*
> *Paciente: Evandro Moniz Corrêa de Menezes, alegando, por seu advogado, que está sofrendo coação por parte do Encarregado do IPM junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, pede liminarmente para não comparecer no dia marcado para o depoimento, bem como seja excluído do referido IPM.*

Vistos e relatados os presentes autos de Habeas Corpus, impetrado em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, civil, Consultor Jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, por seu advogado Dr. Arnoldo Wald, deles se verifica o seguinte:

Pede liminarmente o paciente, para não comparecer no dia marcado para o depoimento, como se vê do documento de fls. 10.

A liminar foi concedida até o pronunciamento final deste Superior Tribunal.

A petição é longa e está dividida em cinco partes, para o seu melhor entendimento.

Consta do pedido abundante prova documentária em que se fundamenta o impetrante, para pedir a exclusão do paciente do Inquérito Policial Militar, em causa.

Alega o impetrante que se verifica pelo Doc. nº 1 que se trata, especificamente, de um enquadramento no artigo 227 do C.P.M., como crime de desobediência passível pela lei penal, decorrendo a competência do Superior Tribunal Militar, para conhecer do pedido.

O impetrante aprecia à luz de dispositivos legais a incompetência da autoridade militar para determinar, como no caso, que se trata de ato do funcionário civil praticado em exercício de suas funções em repartição civil, e matéria que pela sua própria natureza escapa à competência da Justiça Militar, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.

Diz o impetrante que o inquérito envolvendo a administração dos Drs. Evandro Menezes, paciente, e Manoel Franco, na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi julgado e arquivado há cinco anos. Ambos foram punidos e demitidos da direção da Caixa.

Talvez, jamais tenha havido no Brasil, um processo que haja ensejado tantos pronunciamentos definitivos das autoridades competentes, quer judiciais, quer administrativos.

Espera a concessão da ordem a fim de excluir do Inquérito Policial Militar, em causa, o paciente, cuja atuação na Caixa Econômica Federal do Paraná, já foi definitivamente apreciada pelos órgãos administrativos e tribunais do país.

Solicitadas informações, foram estas prestadas pelo Tenente Coronel Paulo Domingues, Encarregado do IPM,

considerada autoridade coatora, por via telegráfica e por via postal, como se vê dos documentos de fls. 45 e 49.
Isto posto:
Considerando que da intimação feita pelo Encarregado do IPM (doc. de fls. 10) verifica-se ameaça à liberdade de locomoção do paciente;
Considerando que a abundante prova documentária do processo, mostra à sociedade que o paciente foi devidamente julgado e demitido do cargo, pelos atos praticados durante a sua gestão na Caixa Econômica Federal do Paraná, quer administrativamente, quer judicialmente, e, posteriormente dado como inocente;
Considerando que da informação prestada (fls. 49) se trata de apurar os mesmos atos da improbidade praticados pelo paciente quando Presidente da Caixa Econômica do Paraná, o que já foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal e considerado transitado em julgado;
Considerando que não há como estender-se aos civis o foro especial da Justiça Militar, fora dos casos definidos em lei, ACORDAM os Ministros deste Superior Tribunal, a unanimidade de votos, em conceder a ordem, por incompetência da Justiça Militar, para o fim de ser o paciente excluído do IPM, por se tratar de matéria já transitada em julgado".

8. O fato foi narrado pelo advogado Dr. Jurandir Scarcela Portela nos seguintes termos:

*" Embora nunca tenha funcionado anteriormente em processos criminais, Arnoldo Wald, na fase mais difícil da Revolução de 1964, atendeu a apelos de clientes para impetrar **habeas corpus**, tanto no STM quanto no STF. Num caso do Paraná, pleiteou a concessão de medida liminar em **habeas corpus**, perante o STM, o que na época ainda não era comum, e o Relator do processo, Alm. Espíndola, embora não tendo formação jurídica específica, convenceu-se de suas razões. A medida liminar foi concedida e, dias depois, o STF, ao apreciar o caso do Governador Mauro Borges, fundamentava-se na decisão do STM para, por sua vez, conceder a liminar em **habeas corpus** (HC 41.296). Comentava-se, na ocasião,*

que era a primeira vez que o STF adotava nova jurisprudência com base nas decisões da Justiça Militar". [5]

9. Por longo tempo, tivemos dúvida quanto a ser realmente a decisão do Superior Tribunal Militar a primeira existente na matéria, pois embora não se encontrassem referências na doutrina e na jurisprudência, era possível que, em determinado caso, a liminar em *habeas corpus* tivesse sido conhecida anteriormente e não houve a possibilidade de fazer pesquisa aprofundada, na matéria, em todos os tribunais do país.

10. O recente depoimento do mestre Evandro Lins e Silva, que foi Procurador-Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal e, anterior e posteriormente, advogou no crime, por mais de cinqüenta anos, e julgou inúmeros processos criminais na Corte Suprema, nos parece esclarecer definitivamente a matéria.

11. Do ponto de vista histórico e em relação aos problemas da interpretação construtiva do direito, é interessante notar que a primeira liminar em *habeas corpus* no Brasil foi dada, em pleno regime militar, por um ilustre Almirante-de-Esquadra, no exercício do cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, cuja sensibilidade e bom senso fizeram com que, após verificar a ampla documentação constante do processo, atendesse o pedido e os argumentos de um então jovem advogado.

12. Por outro lado, tendo o mandado de segurança se inspirado na doutrina brasileira do *habeas corpus*, houve um fenômeno reflexo, argüindo-se a analogia entre os dois institutos, para conceder, para a proteção da liberdade de ir e vir, a medida liminar que constava da legislação do mandado de segurança. Essa decisão do Superior Tribunal Militar acabou influenciando e justificando, pela existência de um precedente, a posição do Supremo Tribunal Federal e, daí por diante, tornou-se um procedimento banal e corriqueiro em favor da liberdade individual.

13. Decorridas mais de três décadas da decisão proferida no regime militar, pareceu-me importante restabelecer a verdade histórica, utilizando o depoimento imparcial do Ministro Evandro Lins e Silva (que participou da primeira decisão no Supremo Tribunal Federal) e prestando uma justa homenagem à Justiça Militar e especialmente ao Superior Tribunal Militar. Se a coragem é a dignidade sob pressão, conforme lembra Ernest Hemingway, a concessão da medida liminar em *habeas corpus*, pelo Superior Tribunal Militar

---

[5] *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos (Estudos em Homenagem ao Professor Arnoldo Wald)*, obra coordenada por Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 447/448.

e pelo Supremo Tribunal Federal, nas condições existentes na época, representou tanto uma construção jurídica necessária e fecunda quanto uma importante contribuição para a defesa do Estado de Direito e uma prova inequívoca da independência e da coragem cívica da nossa magistratura.


DIREITO
ROMANO

DO HABEAS CORPUS

José Barcelos de Souza *

Sumário. 1- Considerações iniciais. 2- Origem. 3- Evolução doutrinária. 4- História na Jurisprudência. 5- Outros recursos e a opção pelo *habeas corpus*. 6- 7- A função de tutelar a liberdade. 8- Natureza Jurídica. 9- Características essenciais. 10- A concessão de liminar. 11- O Mandado de Segurança como remédio a tutelar as liberdades da profissão e o *Habeas Corpus*. 12- Características comuns entre o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*. 13. Uma nova tendência equivocada[1].

1. Garantia constitucional de proteção da liberdade de locomoção[2], o *habeas corpus* é remédio jurídico que ganhou contornos particulares em nosso direito processual, sendo tanto uma ação como um recurso.

Já não mais guarda apenas aquele seu sentido constitucional de "ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção", como o definiu João de Oliveira Filho no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, publicado em 1927, mas ganhou uma nova face, com que se apresenta em um dos lados como remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode ser perfeitamente utilizado *ainda que o réu não se ache preso nem concretamente ameaçado de prisão*.

Assim é que, incluído no Código de Processo Penal entre os recursos, e posto utilizável também como uma ação de impugnação (dele se valeu um ex-presidente da República, no período ditatorial, para que pudesse sair do País para tratamento médico no exterior)[3], assumiu o papel de um grande recurso, um *recurso-ônibus*,

* Advogado. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-geral da República aposentado. Livre-docente pela UFMG. Professor dos cursos de pós-graduação das Faculdades Milton Campos. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-membro do Tribunal de Ética e Disciplina e da Comissão de Exame de Ordem da OAB/MG.

1 Conferência pronunciada em Congresso promovido pela OAB, seção de Minas Gerais. O item 13 é um acréscimo agora feito ao texto, tendo em vista o surgimento de uma nova orientação jurisprudencial.

2 "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (Constituição, art. 5º, inc. LXVIII).

3 Cumpre salientar que o *direito de ir e vir* (expresso na fórmula latina como *jus ambulandi, manendi, eund ultro citroque*) compreende o direito de locomoção tanto no sentido estático como dinâmico, como

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 49 (3ª Fase), jul./set. 2013, p. 165-186.

como o tenho chamado, um *super-recurso*, como muitas vezes a ele se referiu o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, o que na atualidade o torna – ainda mais com a notável evolução e aplicação que vem tendo – um remédio extraordinário[4], como de há muito foi considerado, um *remédio heróico*, como costuma ainda ser chamado.

Se utilizado, por exemplo, contra ato coativo de particular – como o de retenção em hospital de paciente já com alta, por não ter sido paga a conta, ou o de impedimento da entrada de alunos em faculdade, barrados por grevistas – , sem relação, portanto, com processo judicial, identifica-se como uma ação judicial. Já se impetrado contra uma sentença condenatória manifestamente nula, apresentar-se-á no papel de um recurso contra ato judicial. Mas o impetrante não diz, em um caso, que "move uma ação"; nem, em outro, que entra com "um recurso de *habeas corpus*", mas, em qualquer dos casos, que "impetra", ou "requer", ou "pede" um *habeas corpus* (ou uma ordem de *habeas corpus*.

Faço, desde já, essa distinção, em primeiro lugar porque estudantes têm estranhado esse dúplice papel do remédio, pensando que, como ação, o *habeas corpus* se subordinaria a uma petição inicial complicada, com indicação de valor da causa, pagamento de taxas, etc., e como recurso, teria que ser endereçado ao juiz da causa e processado nos autos da decisão impugnada, quando, em verdade, nada disso acontece, sendo que, em qualquer caso, a petição é muito simples e não varia, pois o que muda não passa do conceito ou classificação que o remédio teoricamente teria em um caso ou outro. Apesar de caber tanto no primeiro grau jurisdicional, como originariamente na segunda ou superior instâncias, não há maiores diferenças. Em segundo lugar, porque muitos negam sua condição de recurso, sobre o que diremos mais ao fim.

O uso do *habeas corpus* por motivo de ilegalidade processual, mesmo não estando o paciente preso nem ameaçado de prisão, é uma importante prestabilidade desse remédio, que se acha ameaçada de eliminação por um infeliz projeto de novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional[5].

Dada a importância da matéria, e considerando que o tema é muito extenso para os limites de uma conferência, esta ficará destinada especialmente à discussão de aspectos muito característicos, mas também hostilizados, da aplicação do remédio em nosso

lembrou antigo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao conceder uma ordem de *habeas corpus* a prostitutas que eram impedidas por delegado de polícia de sair da zona em que residiam. O energúmeno que exercia a coação ilegal informara que não estava prendendo ninguém! E aqui está, por coincidência, mais um exemplo do emprego do remédio como ação não relacionada com o processo penal.

4 Na lição de Rogério Lauria Tucci, "tem-se acentuado, apropriadamente, a nosso ver, que, tanto histórica e tradicional, como filosoficamente, o *habeas corpus* sempre foi tido como *mandado-remédio*, e da classe dos *remédios excepcionais* (*extraordinary remedies*)" ("*Habeas corpus*", *ação e processo penal*, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).

Na observação de Vicente Sabino Júnior, "o vocábulo 'remédio' corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja êle representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito" (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40).

5 Até parece que fui profético quando escrevi no livro **Doutrina e Prática do *Habeas Corpus*** o seguinte: "Tão prestimoso é o remédio que não seria fantasioso recear surja alguma lei que lhe cerceie a utilização, nestes tempos em que tribunais clamam contra serviço".

direito, fora de seus moldes clássicos de ação para reivindicar a liberdade, não sem fazer uma pequena introdução sobre suas origens e algumas considerações gerais.

2. O instituto do *habeas corpus*, como é sabido, é originário da Inglaterra, onde, em 1215, ocorreu o importante acontecimento da assinatura da declaração de liberdades denominada *Magna Charga*, imposta ao despótico rei João Sem Terra pelos condes e barões, revoltados diante das arbitrariedades do governo daquele monarca, que, aliás, desrespeitara repetidamente a Carta que assinara.

Não há dúvida de que o *habeas corpus*, nos moldes e com o nome que nos foram legados, é uma instituição inglesa; mas sua origem, tem-se admitido, remonta ao interdito *de líbero homine exhibendo* dos romanos.

O nome vem das duas primeiras palavras, em latim, que significam "tome o corpo", palavras iniciais do *writ*, ou mandado que, como acontece nas encíclicas, ou *bulas* papais (*Rerum novarum, Pacem in terra*, etc), deram nome ao instituto.

O mandado dizia: "Tome o corpo do preso e o apresente à Corte". Nosso Código de Processo Penal conserva até hoje um resquício daquele mandado inglês. Lá está, com efeito, em um de seus artigos, que "Se o paciente estiver preso, o juiz mandará que ele seja trazido imediatamente à sua presença". Só que, atualmente, isso não ocorrerá de modo rotineiro, mas quando pedido pelo impetrante[6], visto que se firmou a praxe de, em vez disso, pedirem-se informações ao coator, tal como se faz nos tribunais, nos casos de competência originária.

O vocábulo "ordem", que aparece na expressão "ordem de *habeas corpus*", tradução do inglês ***"writ of habeas corpus"***, serve, primordialmente, para compor o nome do remédio, que também pode ser chamado simplesmente de *habeas corpus*, e ao qual se costuma referir também como *ordem* e, até mesmo, *writ*[7], como por vezes se vê em trabalhos forenses ou outros escritos jurídicos.

Significa também a expressão a própria ordem escrita, de soltura[8] ou do que for, que o juiz ou tribunal concede, tendo aí o sentido do vocábulo inglês *writ*.

O instituto se incorporou à legislação brasileira em 1832, com o Código de Processo Criminal, que a ele dedicou os arts. 340 a 355 – "que formam um dos mais belos capítulos de nossa legislação", nas palavras de Borges da Rosa[9]. Dispunha o citado Código de Processo Criminal no art. 340:

6 Muitos anos atrás, como promotor de Justiça, tive oportunidade de fazer isso, ao impetrar uma ordem em favor de preso que, além da ilegalidade da prisão, queixava-se de ter sido espancado pela autoridade policial coatora. E requeria mais: que o juiz interrogasse o paciente sobre a autoria da alegada violência, requisitasse um exame de corpo de delito e, após, encaminhasse, nos termos do art. 41 do CPP, cópia do expediente ao Ministério Público, para os devidos fins.

7 O "i" de *writ* não se pronuncia como "ai", barbarismo fonético ouvido de muitas pessoas ilustres. Contou-me colega amigo, hoje excelente jurista, que em sua primeira petição, por sinal dirigida a um Tribunal de Justiça, praticara o barbarismo gráfico de pedir a concessão do "right"!

8 Para Eliézer Rosa (*Dicionário de processo penal*, verbete **Habeas Corpus**), "ALVARÁ de liberdade (e não de soltura, que é palavra que soa mal)". A expressão "alvará de soltura", contudo, é tradicional e dificilmente sua substituição seria aceitável.

9 Inocêncio Borges da Rosa, *Processo penal brasileiro*, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.

"Todo cidadão que entender que ele, ou outrem, sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor".

Com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito, como visto, pelo Código de Processo Criminal do Império, de 1832, à categoria de garantia constitucional, inscrita que foi em seu art. 72.

3. O instituto do *habeas corpus* tem passado, entre nós, ao longo de sua história, por notável evolução, com avanços realmente espetaculares, e, curiosamente, quase sempre por criação doutrinária, por construção pretoriana e pela força de praxe forense, que têm sido mais significativas que a contribuição legislativa, esta algumas vezes até em desfavor de uma melhor proteção à liberdade individual.[10]

Ainda no passado, alcançara essa garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, como o de fazer comícios, tomar posse em cargo público (o senador Nilo Peçanha, recorde-se, só tomou posse no Governo do Estado do Rio por força de um h.c.), promover culto religioso etc., até que, com a reforma constitucional de 1926, retomou o *habeas corpus* seus moldes clássicos de remédio de proteção exclusivamente da liberdade de locomoção.

É que, com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito pelo Código de Processo Criminal de 1832, do Império, à categoria de garantia constitucional. Mas não se fazia alusão a liberdade de locomoção, numa redação que, assim, não restringia a proteção do remédio à liberdade de ir e vir. Era nos seguintes termos o texto constitucional: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder".

Falando assim, indeterminadamente, em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por Rui Barbosa, de que o âmbito da garantia comportava ampliação. Isso certamente seria de encontrar boa receptividade, à falta de um outro remédio, como o mandado de segurança, inexistente na época.

Era o que Rui alegava em impetrações perante o Supremo Tribunal Federal e em discursos, como o proferido em sessão do Senado de 22 de janeiro de 1915,

---

10 A lei determinou que em todas as comarcas haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação de pedidos de prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/89, art. 5º). Mas não cuidou de estabelecer plantão para apreciar *habeas corpus*, providência que tem sido, entretanto, adotada por tribunais.
A Constituição de 1934, art. 73, I, letra *h*, havia incluído na competência do Supremo Tribunal Federal a concessão de *habeas corpus* em qualquer caso em que houvesse perigo de consumar-se a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecer do pedido. Na Constituição de 1967 havia preceito semelhante, mas a Emenda n. 1 suprimiu aquele interessante caso de competência originária, que vez ou outra poderia ser de utilidade. Em época de greve (!) na Justiça, por exemplo.

em que argumentava:

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*".

De outra feita, argumentava:

"Logo, srs. senadores, o *habeas-corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma illegalidade. Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas-corpus*, queria proteger contra a coacção ou contra violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coacção todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações"[11].

Isso não obstante, havia uma corrente igualmente radical, que não admitia o remédio senão para amparar exclusivamente o direito de locomoção. A tese de Rui, porém, ganhou terreno no Supremo Tribunal, quase sempre não com a elasticidade por ele pretendida, mas com os temperamentos aduzidos pelo Ministro Pedro Lessa, que restringia a extensão do *writ* a outros direitos aos casos em que, para a proteção de um direito-escopo, que não fosse nem pudesse ser razoavelmente contestado, houvesse necessidade de proteger-se o direito-meio, ou seja, a liberdade de locomoção.

E a jurisprudência desenvolveu, então, um memorabilíssimo trabalho construtivo, reconhecendo ao *habeas corpus* uma latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera", como observou Seabra Fagundes[12].

Pode-se, no que diz respeito à aplicação extensiva do *habeas corpus*, dizer, com Arnoldo Wald, que a jurisprudência adotou a lição de Pedro Lessa, inspirada em Rui[13].

Era a histórica e famosa teoria brasileira do *habeas corpus*. Nas palavras de Castro Nunes, foi "o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária".[14]

Não faltaram declarações de que decisões do Supremo Tribunal não seriam cumpridas[15].

Mas foi assim que se concederam *habeas corpus* para que deputados pudessem ter seus discursos publicados, para que cultos religiosos fossem realizados, para que Rui Barbosa e correligionários fizessem comícios na Bahia.

11 "O *habeas-corpus*", *in Coletânea jurídica*, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.
12 Seabra Fagundes, *Ob. cit.*, p. 252.
13 *O mandado de segurança*, Rio, 1955, p. 36.
14 José de Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.
15 Cf. Edgard Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal*, p. 51-53.

O Congresso Nacional, em 1926, sob a presidência Artur Bernardes, reformou a Constituição de 1891.

Como disse o citado Seabra Fagundes, "a reforma constitucional de 1926, retrogradando no campo das garantias individuais, procurou cercear, com a nova redação do texto relativo ao *habeas corpus*, a orientação até aí acolhida pela jurisprudência do Supremo".[16]

Encerrava-se, assim, já com a expectativa da regulamentação do mandado de segurança – notável criação do direito brasileiro – a aplicação da chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*".

O *h.c.* voltou a seu padrão clássico: só para a liberdade de locomoção.

4. A influência daquele uso do *habeas corpus* para a defesa de direitos que hoje são protegidos pelo mandado de segurança podem ser responsáveis por equívocos que tempos depois ainda sucederam.

Veja-se, por exemplo, o que aconteceu na capital do Estado de São Paulo:

Um Secretário de Segurança Pública daquele Estado – não faz assim tanto tempo, foi em 1970 –, baixou portaria proibindo o exame por advogados nas delegacias de autos de inquérito e de prisão em flagrante. Pois bem. Advogados inconformados impetraram *habeas corpus*. Juiz da capital de São Paulo concedeu a ordem de *habeas corpus* preventivo para que os impetrantes – advogados da comarca –, não sofressem constrangimento no interior do edifício de delegacia de polícia, no que era ou seria legítimo direito relativo ao exercício da profissão de advogado.

As Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, em 30 de setembro de 1970, no recurso *ex officio* de HC 101.444, cassaram a ordem.

Resume a ementa do acórdão, que recolhi no livro **A Defesa na Polícia e em Juízo**: "A concessão de *habeas corpus*, para a salvaguarda da liberdade de ofício ou profissão, não se enquadra dentro dos estritos termos do instituto. A questão seria pertinente ao mandado de segurança" (*RT*, 421/53)".

Correto o acórdão, já que se tratava de uma medida generalizada, desvinculada de qualquer caso concreto, visando tão somente à proteção de direitos profissionais. Se estivesse em causa a defesa de algum cliente em particular, já se poderia pensar em um *habeas corpus*.

É o mandado de segurança o remédio legal para fazer cessar constrangimento contra o exercício da profissão.

Como explicar semelhante equívoco, tanto dos advogados como do juiz de primeiro grau?

O uso inadequado do *habeas corpus* em hipóteses semelhantes, por vezes

16 *Ob. cit.*, p. 254.

verificado na prática, tem decorrido, certamente, da influência da concepção elástica que o remédio alcançou no Supremo Tribunal Federal antes da criação do mandado de segurança, de maneira tão notável que veio a constituir a chamada "concepção brasileira do *habeas corpus*".

5. Se, ainda no passado, alcançara aquela garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Temos, em verdade, uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Trata-se de sua utilização como um remédio contra a ilegalidade em processo penal, um recurso de larga abrangência independentemente da existência de prisão ou de ameaça concreta à liberdade de locomoção.

É a sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção, razão por que o tenho chamado de *habeas corpus* processual[17].

Hoje largamente utilizado para anular ou trancar processo criminal que não tenha justa causa, décadas atrás isso soaria como uma heresia jurídica.

Dizia, por exemplo, a ementa de um acórdão do respeitado e acatado Tribunal de Justiça de Minas Gerais, datado de 3 de junho de 1958, que "Não é o '*habeas-corpus*' meio adequado par obstar o curso de processo penal", tendo o voto do relator salientado que, "em acórdão recente (Revista Forense, vol. 174, p. 306) o Supremo Tribunal Federal decidiu, *soberanamente*, nestes termos: 'É pacífico nos domínios da jurisprudência que o 'habeas-corpus' não constitui meio idôneo para obstar a marcha do processo criminal'..." (*Jurisprudência Mineira*, v. XIV, n. 6, p., 117-118).

Empanada pela ideia de que o *habeas corprus* era um remédio para a proteção exclusivamente do direito de locomoção, passava despercebida a realidade de que nosso Código de Processo Penal, ao tratar do *habeas corpus*, ao mesmo tempo em que atendia à necessidade de regulamentar o processo da garantia constitucional, entre nós sempre afeto ao estatuto processual penal, que já cuidava do instituto antes de seu aparecimento na Constituição, estabeleceu hipóteses específicas em que uma coação no processo penal há de considerar-se ilegal (para fins de

17 Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, n. 1 (artigo) e *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

A expressão "*habeas corpus* processual" foi também utilizada pela doutrina, raramente embora, para distinguir do "*habeas corpus* constitucional", isto é, da ação que veio a ser prevista pela Constituição, o remédio de que anteriormente só cuidava o Código de Processo Criminal de 1832.

cabimento do remédio, claro), erigido, em conseqüência, em um recurso, como de fato se achava também com sua inclusão no capítulo dos recursos. Essas hipóteses são as de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em "auto ou decreto de prisão", mas em – **processo)** e a falta de justa causa para o **processo**.

Trata-se de uma extraordinária ação-recurso, a que nos temos referido com a expressão "*habeas corpus* processual", exatamente porque utilizável na justiça criminal independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção.[18]

Semelhante entendimento, porem, era recebido com resistência.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, pelo sucinto e expressivo voto do Min. Luiz Gallotti, em 18 de abril de 1969, reformou acórdão de tribunal estadual que não conhecera do pedido exatamente porque a ordem fora impetrada em favor de réu que não se achava preso nem na iminência de prisão, vale dizer, porque não estava em causa a liberdade de locomoção.

Eis a ementa do acórdão, de que demos notícia em nosso ***Doutrina e Prática do Habeas Corpus***': *"Cabe o habeas corpus e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do reu".*

E frisou o douto relator:

"Tenho votado e, o que mais importa, tem decidido o Supremo Tribunal, que o âmbito do *habeas corpus* não se confina nos limites em que o entende a respeitável decisão recorrida".

Com efeito, enquanto o *habeas corpus* constitucional é ação que protege *exclusivamente* a liberdade de locomoção, no processo penal o *habeas corpus* é remédio que assume o papel de um grande recurso.

E assim é que, além de algumas vezes suprir a falta de um recurso próprio, como no caso de decretação da prisão preventiva, tem sido de utilidade em caso de recebimento da denúncia ou queixa, para o qual também não há recurso próprio, nada importando o fato de poder ser remota a probabilidade de uma prisão. É que denúncia ou queixa podem se mostrar ineptas, ou podem existir vícios diversos – incompetência, falta de condição de procedibilidade, punibilidade extinta, etc. – e, além disso, a ação penal pode mostrar-se ilegal ou injusta por razão ligada ao mérito da causa. O remédio heróico teria o objetivo, então, de trancar o processo, providência que o art. 651 do Código de Processo Penal abona.

Outras vezes, mesmo comportando a decisão recurso especifico, serve como outra opção, visto que, em princípio, e em que pese a uma ou outra manifestação jurisprudencial em contrário, a existência de um recurso não exclui a possibilidade da impetração e da concessão de *habeas corpus*, se for caso dele.

Veja-se, a esse respeito, o recurso em sentido estrito cabível da decisão que

18 Cf. José Barcelos de Souza, *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

negar fiança. Está praticamente em desuso diante da opção do *habeas corpus*, que não pode ser recusado pelos tribunais, visto que está escrito com todas as letras no art. 648, inc. V, que a coação considerar-se-á ilegal "quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autorize".

O que muito o distingue da generalidade dos recursos é exatamente a maior rapidez. Por isso mesmo, costuma ser usado de preferência ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária tida por substitutiva, que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura[19]. Por isso mesmo, muitas vezes certamente preferirá ao recurso ordinário constitucional, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e chamada substituição deste por aquele, decorrente de Ato Institucional caduco, é apenas lembrança de uma época difícil.

Hoje não mais se põe em dúvida a possibilidade da utilização do *writ*, nos limites de seu cabimento, quando couber apelação, e até mesmo o uso concomitante desta e daquele. Mas, ainda poucas décadas atrás, tribunais não conheciam do pedido ou denegavam a ordem ao fundamento da existência de recurso específico. Até mesmo a apelação não impede o uso até simultâneo do *habeas corpus*, muitas vezes também apropriado, como quando manifesta a nulidade, por incompetência absoluta do juiz, por exemplo. Mas aí, sem a amplitude da apelação, que permite discussão mais aprofundada da matéria de fato. É curioso notar que, entretanto, pode até ter um âmbito mais amplo que o de um recurso específico, como o recurso especial, que é limitado a questões de direito unicamente.

Tempos atrás, chocou-nos a resposta estapafúrdia na prova de um aluno à questão que indagava qual o recurso cabível da decisão do juiz que indeferira, por suposta intempestividade, um recurso em sentido estrito. Inconscientemente, e com certeza sem qualquer noção a respeito de carta testemunhável, a despeito de sua segunda repetência, escreveu apenas isto: "*habeas corpus*". A perplexidade ante a inusitada resposta, já que existe recurso próprio e o *habeas corpus* não é específico para o caso, como ocorre no de fiança negada, nos fez parar para pensar a respeito, e ponderamos que a finalidade da carta, de corrigir a decisão errada, que prejudicava a defesa do réu, bem poderia ser alcançada através do remédio heróico. Por outro lado, objetávamos, seria uma opção injustificável e além disso descartável por se tratar, na hipótese, de medida até, por estranho que possa parecer, mais demorada, uma vez que, com ela, apenas se obteria a ordem de subida do recurso denegado, ao passo que a carta levaria para a apreciação desde logo pelo Tribunal, se já em condições para isso, o recurso negado. O remédio heróico, entretanto, poderá realmente ser de excepcional e grande valia se a parte perder o prazo para a carta (de apenas 48 horas para requerê-la ao

19 Em verdade, de há muito temos criticado a jurisprudência que chama de *substitutiva* a impetração em casos de cabimento de recurso ordinário. O que há é simples opção, como acentuou em importante acórdão o Superior Tribunal de Justiça (HC n. 15613 de Santa Catarina), relator o douto ministro Paulo Medina. Como não era caso de o Tribunal conhecer do recurso, por intempestividade, lembrou o douto relator que o *habeas corpus* era também cabível e não tinha prazo, pelo que poderia ser concedido de ofício, se fosse o caso, isto demonstrando o zelo do relator e da Turma, bem como a boa aplicação do Direito.

escrivão). E assim é que alguns pontos foram atribuídos à resposta do aluno.

6. Se o *habeas corpus* hoje não é apenas um remédio para quem se ache preso ou ameaçado de prisão, tendo evoluído para proteger também quem, mesmo solto e sem ameaça concreta de prisão, sofra o constrangimento de um processo ilegal, sendo utilizado, assim, para o trancamento de um processo criminal indevido, essa conquista corre perigo.

É que o intempestivo projeto de novo Código de Processo Penal, num tremendo retrocesso, trouxe a barbaridade de suprimir aquela notável conquista que tornou o *habeas corpus*, no direito processual penal, um remédio também contra a ilegalidade em prejuízo do réu.[20] Quer o projeto que o *habeas corpus* volte a proteger apenas a liberdade de ir e vir.[21]

7. Venho repetindo que o *habeas corpus* é também um remédio contra a ilegalidade no processo criminal. *Mas*, muito cuidado!

Remédio contra a ilegalidade no processo penal sim, mas bem entendido: ilegalidade contra o réu, dada sua índole de remédio referente à liberdade. O saudoso ex-procurador de Justiça e desembargador mineiro Lima Torres, diante de impetração de assistente da acusação contra despacho do juiz que indeferira requerimento de prisão preventiva, proferiu, na qualidade de relator, despacho indeferindo liminarmente o pedido, nos termos seguintes, como noticiado pelo jornal ESTADO DE MINAS: "o *habeas corpus* é peregrino remédio para alguém que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. É um meio de tirar alguém da cadeia, e não um meio de enviar alguém para lá".

Uma outra impetração insólita foi a que objetivava a inclusão na ação penal de eventuais corresponsáveis no crime imputado ao paciente. Inadmitindo o *h.c.*, de que foi relator o Juiz Azevedo Franceschini, assim se manifestou a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Criado para, sob forma preventiva ou liberatória, tutelar o direito constitucional da liberdade de locomoção, jamais se poderá admitir postulação de *habeas corpus* com vistas a objetivo inverso, ou seja, por exemplo, para obter-se que eventuais corréus não denunciados venham a ser alcançados pelas malhas de um processo penal" (*RF*, 254/351).

20 Foi exatamente por isso que, ao responder à indagação de colega sobre o que achava do projeto de novo código, respondi-lhe simplesmente: "Não li e não gostei". É que já havia tido notícia daquela esdrúxula proposição.

21 É um tremendo equívoco pensar que a eliminação do recurso favorecerá o combate à morosidade da justiça e conseqüentemente à impunidade. Muito antes pelo contrário. .A grande vantagem que leva, por exemplo, como opção frente ao recurso especial está em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito.

Além disso, em razão da maior rapidez na tramitação, é remédio preferido por profissional que não tem a menor intenção de procrastinar a tramitação do processo penal. É que só indiretamente, isto é, em sendo concedido, que poderá, anulando um decisão ilegal, de algum modo embaraçar a marcha normal do processo..Já um recurso específico poderá travar o andamento do feito.

Por que não seria isso possível? É por causa do gênio do remédio, voltado que é para a proteção da liberdade.

E é por isso que o direito que tem o Ministério Público, outorgado pelo Código, de impetrar *habeas corpus*, há de ser exercido, sempre, em favor da proteção da liberdade.

8. Voltemos, agora, à naturea jurídica do *habeas corpus*, se de recurso ou de ação. Se, em verdade, é um grande recurso – e foi incluído no Código entre os recursos – é bem de ver, por outro lado, que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que não constitui um ato de movimentação do processo, mas com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de um recurso. Repetindo Lopes da Costa a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que nesses casos "é um recurso vestido de ação"[22].

Eis aí a natureza jurídica do *habeas corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso (para repetir expressão do autor citado), ou recurso-ação. Tanto assim que cabe não só contra decisões proferidas no curso do processo, mas até mesmo contra decisão transitada em julgado, quando for caso dele. E caso típico será o do processo ou da sentença eivada de nulidade manifesta.

Entretanto, sua natureza recursal sempre foi e tem sido negada. Projetos de Código em geral o deslocam dos recursos, para considerá-lo uma ação autônoma de impugnação. Afirmar, *tout court*, que o *habeas corpus* é uma ação peca por excesso, já que, podendo ser concedido de ofício[23], por isso mesmo nem sempre apresenta uma característica própria da ação: o pedido. De fato, quando concedido de ofício, como permite a lei (CPP, art. 654, § 2º), a jurisdição se exerce sem ação, como ensinava Carnelutti. Aí, então, simplesmente um remédio jurídico[24].

A respeito de sua inclusão entre os recursos, já até se escreveu que se trata de "indesculpável erro técnico".[25] A meu ver, simplesmente o peso da tradição.

Para afirmar-se, porém, que o *habeas corpus* é ação – e de fato também o é sempre que impetrado, pois que se requer uma sentença ao Judiciário, com a formação, sempre, de relação jurídica independente –, não é necessário negar que se trata também, quando utilizado como meio de impugnação de decisão ou despacho judicial, de acordo com o Código de Processo Penal, verdadeiramente

22 Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.
23 Uma ocasião, em tese de concurso para livre-docência, o candidato, ao fazer uma referência ao *habeas corpus*, fez uma observação intempestiva, que nada tinha a ver com objeto da tese, por isso mesmo dando a impressão de que estaria pretendendo mostrar erudição, de que aquele remédio não era recurso, mas sim ação. Reservei para ele a seguinte indagação: "Gostaria, e muito, que V. Sª me informasse quem seria o autor da ação, quando a ordem fosse concedida de ofício".
24 Na observação de Vicente Sabino Júnior, já mencionada, "o vocábulo 'remédio' corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja êle representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito" (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.
25 Cf. J.M. Othon Sidou, *Os recursos na história do direito*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 81.

de um recurso, veiculado, entretanto, diferentemente do que ocorre em geral com os recursos, de modo autônomo em relação ao processo em que se acha o ato impugnado, isto é, nos moldes de uma ação. Será, então, no caso, um misto de ação e de recurso.

É verdade que o *habeas corpus* destoa de outros recursos em mais de um aspecto. Assim é que com sua impetração se instaura nova instância, e não um procedimento recursal próprio dentro da mesma relação processual já existente; não tem prazo para interposição; cabe contra decisão passada em julgado; admite repetição, especialmente quando com novo fundamento; e não reclama, para que possa ser requerido, decisão com forma ou figura de juízo, pois cabe contra a ameaça de prisão ou a realidade de um processo sem justa causa, atendendo ao sentido comum e amplo do vocábulo recurso, de meio empregado em defesa de um direito.

Mas nem por isso é de lhe ser negada a qualidade técnica de recurso, que a lei mesma lhe empresta.

Disciplinar um meio de impugnação de decisão judicial como recurso ou como ação autônoma de impugnação de decisão judicial é questão de critério do legislador. Entre nós, a ação rescisória era tratada no Código de Processo Civil de 1939 como recurso. E essa, conforme informação que vi há algum tempo, se não me engano na obra de Barbosa Moreira, era a tendência de códigos europeus modernos, como o Código de Processo Civil de Portugal, de 1967, que, abandonando a distinção entre *recurso e ações autônomas de revisão* (tendo-se em vista tratar-se de meio que obsta o trânsito em julgado, ou ao contrário, que pressupõe a formação da coisa julgada), incluiu entre os recursos o de *revisão*, cabível contra sentença passada em julgado.

Não é comum, aliás, falar em "ação de *habeas corpus*", a não ser por conveniência de enfatizar sua natureza de ação ou para distinguir a ação do recurso que cabe da sentença que a julgar. Nem em "recurso de *habeas corpus*", a não ser com referência a recursos contra sentença ou acórdão em processo de *habeas corpus*, como o recurso em sentido estrito, ou o recurso ordinário.[26]

Se a lei diz que é recurso, o intérprete não poderá dizer que não é, porque cabe à lei, e não ao intérprete, dizer o que é recurso.

Por outro lado, considerando-se também que os outros recursos são diferentes dele, já que não se prestam, como ele, a invalidar também decisões administrativas, cumpre se faça a separação necessária, classificando-se os recursos em "recursos propriamente ditos" e "recurso impropriamente dito", como já o catalogava o insigne José Frederico Marques.

---

26 Assim é que, nas publicações referentes à entrada de ação de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, falava-se em "petição de *habeas corpus*" (atualmente "*Habeas corpus*", ou "HC") e naquelas referentes à entrada do recurso, o registro mencionava a abreviação RHC (recurso de *habeas corpus*, que outro não era senão o recurso ordinário) seguida do número tomado pelo recurso. No Superior Tribunal de Justiça adotaram-se as indicações "*Habeas Corpus* (HC)" e "Recurso em *Habeas Corpus* (RHC)". Em alguns tribunais estaduais, contudo, RHC indica o recurso de ofício e o recurso em sentido estrito.

Trata-se, apenas, de um recurso diferente dos outros. Já dizia, por isso mesmo, Galdino Siqueira, "que é um recurso *especial* pelo *modo* de sua impetração e pela sua marcha processual.[27]

9. E, de fato, assistia razão ao eminente jurista . O grande recurso, cuja versatilidade já foi apontada, apresenta atualmente características que verdadeiramente o tornam especial.

Vejamos algumas das características que o diferenciam dos recursos em geral e o torna muito especial.

A simplicidade da petição (e pensar que certa feita o Supremo chegou a legislar sobre a maneira pela qual deveria ser elaborada a petição do recurso!) é outro fator que muito favorece a utilização do *habeas corpus*.

Outra característica, que o aparta dos recursos específicos, é a de não estar sujeito, como estes, a prazo para interposição, o que é mais cômodo para o advogado e não lhe traz o risco de uma contagem errada pelo tribunal.[28]

Quanto à capacidade postulacional, veja-se o seguinte:

Qualquer pessoa pode requerer *habeas corpus*, em favor próprio ou de outrem, isto é, todo mundo é parte legítima para impetrá-lo, o que se poderá fazer pessoalmente, sem a intervenção de advogado. Assim ele é uma ***ação popular***, não naquele sentido do Direito Administrativo, mas no sentido de medida utilizável por qualquer do povo.

Interessante é notar que a sentença concessiva da ordem é um bom exemplo de sentença **mandamental**, categoria pouca aceita, mas nem por isso sem importância.

E, utilizado como opção ao recurso especial, não tem aquela de ter de demonstrar a divergência jurisprudencial, ou a ofensa à letra da lei. Nem muito menos o célebre prequestionamento. A grande vantagem que leva sobre o recurso especial está, porém, em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito[29].

Vou ficar por aqui, mas não poderia deixar de mencionar que até impetração oral, posto não prevista em lei, tem sido aceita.[30].

---

27 "*Curso de processo criminal*, 2a. ed.,1930, p.384.

28 Há por vezes casos complicados, e a ocorrência de um feriado local no início ou no fim do prazo pode levar a equívoco, principalmente se o advogado não chamar a atenção para o fato.

29 Mas é de ver que nem sempre o *habeas corpus* será uma opção preferível a um recurso próprio, e essa opção, mesmo se em tese existente, poderá faltar no caso concreto. É o que acontece com a apelação (nada impede nem mesmo seu uso concomitante do *habeas corpus*), recurso amplo no qual poderão ser debatidas as questões de fato e de direito pertinentes. Só excepcionalmente é que se pensará em *habeas corpus* em lugar da apelação, hipótese em que terá cabimento somente quando for caso dele, como, por exemplo, se presente uma nulidade manifesta.

30 Em Belo Horizonte, recebido um pedido telefônico de advogado em favor próprio, secretaria da Justiça

10. Outro grande marco na história e na prática do *habeas corpus* foi o aparecimento, na década de 60, hoje verdadeiro *jus receptum*, da concessão de **liminar** anteriormente ao julgamento do pedido, "uma das mais belas criações de nossa jurisprudência", no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho[31].

Hoje, poderá o juiz conceder uma liminar, se o caso a comportar, à semelhança do que prevê a lei do mandado de segurança,[32] invocada supletivamente nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Providência já plenamente aceitável e aplicada sem causar espécie, prevista em regimentos de muitos tribunais, foi utilizada, há mais de trinta anos, no Tribunal Superior Militar e no Supremo Tribunal, neste em favor de um ex-governador de Estado, com prisão decretada em Auditoria Militar por crime político.[33]

A medida, à qual alguns magistrados ainda têm aversão, já encontrava, aliás, inteiro amparo no Código de Processo Penal, que preceitua no art. 649 que "o juiz ou tribunal, dentro dos limites de sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora"; e dispõe no § 4º do art. 660 que "se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz"; e esclarece, no art. 651, que "a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele".

11. E a evolução do instituto continua. Agora, parece, vai assumindo muitos casos de mandado de segurança no processo penal, sabido que não há repúdio a este em sede penal.

Federal reduziu o pedido escrito, não antes de retornar a ligação para conferir, levando o expediente ao digno Juiz Newton Miranda, da 4ª Vara, que logo concedeu liminar. É que o colega, perseguido por agentes da Polícia Federal que pretendiam prendê-lo, correu e entrou em prédio em que funcionava um órgão da Polícia Militar, da qual era advogado, adentrando logo ao cômodo em que havia um telefone e requereu a ordem. Barrados pelo oficial militar presente, os policiais federais se retiraram.

31 Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 441.

32 Lei nº 1533/51, art. 7º, II, que prevê ordene o juiz, ao despachar a inicial, "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

33 A respeito do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do h.c. nº 41.296, em que fora concedida a referida liminar pelo relator, Min. Gonçalves de Oliveira, observou Heleno Cláudio Fragoso que "deu, assim, o ilustre magistrado, como assinalou em seu voto, contornos construtivos ao h.c., para assegurar, de maneira pronta e precisa, o princípio de defesa das liberdades públicas. E salientava: 'se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no h.c. preventivo, não pudesse ser concedida'". Ainda segundo Fragoso, "havia, aliás, precedente na concessão de *liminar* em h.c. no STM, em caso de h.c. preventivo em que foi relator o antigo e excelente juiz Almte. José Espínola". "É esta uma das mais importantes decisões do STF, pois veio dar uma nova dimensão ao h.c. preventivo", acrescentou (*Revista brasileira de criminologia e direito penal*, nº 12, jan-março – 1966, p. 141).

Observou Arnoldo Wald, em artigo na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 4, julho-dezembro de 1998, que, ao contrário do que registrou o Min. Evandro Lins e Silva no livro *O salão dos Passos perdidos*, a referida liminar em favor do então governador goiano não foi a primeira concedida por um de nossos tribunais, pois que, em verdade, antes dela, houve a também acima mencionada do ministro do Superior Tribunal Militar, esta em *habeas corpus* impetrado por ele, enquanto a outra, no Supremo Tribunal, relacionava-se a pedido formulado pelo advogado Sobral Pinto, tendo o relator, Min. Gonçalves de Oliveira, feito em seu voto referência ao precedente então recente.

Exemplo elucidativo do cabimento, em tese, do mandado de segurança, é a denegação da admissão de assistente da acusação, decisão da qual não cabe recurso (CPP, art. 273), nem mesmo *habeas corpus*, que não teria pertinência alguma no caso, que de modo algum combinaria com a natureza do remédio. E, claro, casos como o de negativa devolução de bens apreendidos em inquérito policial, são de mandado de segurança, sim, visto que nada têm a ver com a liberdade de locomoção.

Direitos profissionais como os de examinar autos de inquérito e de prisão em flagrante são protegidos exclusivamente pelo mandado de segurança.

Grosso modo, o *habeas corpus* livra o réu de constrangimentos relacionados com a liberdade (assim, para não ser indevidamente identificado, para não ser impedido de viajar ao exterior, para não permanecer em prisão comum, se a prisão especial tiver direito, para obter *sursis* não concedido); o mandado de segurança assegura à parte direito processual (retirar autos do cartório, obter certidão de folha-corrida); e a correição parcial corrige desvios do devido procedimento legal que firam interesse da parte (exigência descabida de custas para a prática de atos processuais, retardamento de atos que devam ser apressados, omissões e irritualidades diversas).

Assim, cabível é a segurança para assegurar-se ao réu foragido o direito, se negado, de defender-se por advogado constituído (esse foi, aliás, o tema de um modelo de mandado de segurança que elaboramos, tempos atrás, para o livro *A Defesa na Polícia e em Juízo*). Ficaria reservado o *habeas corpus* para a anulação do processo ante o eventual e evidente prejuízo decorrente do cerceamento da defesa.

Hoje, preferiríamos o *habeas corpus*, na certeza de que não seria repelido, sem prejuízo do manejo do mandado de segurança, se necessário fosse, mas esse em favor não do réu foragido, cuja defesa estaria sendo prejudicada, mas do advogado, cujo direito profissional era cerceado.

Pode ocorrer, com efeito, que ao lado do direito profissional líquido e certo que for violado exista também um constrangimento, ilegal ou sem justa causa, a terceiro, relacionado com sua liberdade de locomoção ou com o processo penal. Assim, o direito do advogado, de um lado, de comunicar-se com o constituinte preso, e o deste, de outro lado, de comunicar-se com aquele. Um, amparável por mandado de segurança, e, o outro, por *habeas corpus*, em favor do preso. Este, ainda que legal a prisão em si mesma, estaria sofrendo constrangimento ilegal, dela decorrente, ante a exorbitância das condições processuais de sua execução. Posto que também presentes, no caso, as condições do mandado de segurança (direito líquido e certo denegado), tem preferência, em favor do preso, o *habeas corpus* (sem prejuízo da utilização do mandado de segurança pelo advogado), com a vantagem de ser suficiente, para a impetração, a simples falta de justa causa, visto ligar-se o constrangimento a procedimento penal.

Nessas condições, se porventura usado equivocadamente o *habeas corpus* pelo advogado em favor próprio, pode e deve o juiz ou tribunal, não conhecendo do

pedido, de ofício conceder a ordem de *habeas corpus* em favor do preso, nos termos do art. 645, § 2º, do Código de Processo Penal, se for o caso.

Foi exatamente para lhe assegurar seu direito da entrevistar-se com cliente preso incomunicável por autoridade militar, que o saudoso advogado Serrano Neves – no dizer de Heleno Cláudio Fragoso, que noticiou e comentou o caso em seu *Jurisprudência Criminal*, "sem dúvida, uma das maiores expressões da advocacia criminal brasileira" – impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal Militar, que não conheceu do pedido por entender que não estava em causa direito a ser assegurado pela via do *habeas corpus*.

O mandado de segurança, posto adequado, deve ter sido descartado pelo eminente advogado pelo fato de não ter a Justiça Militar jurisdição em matéria cível, de modo que a impetração seria de ser feita a outro Tribunal, o que tornaria mais demorado ainda o julgamento. Talvez, mais exatamente, porque seria difícil obter a procuração no caso.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal, entretanto, apreciando o recurso interposto, relator o Ministro Luiz Gallotti, deu-lhe provimento para que o tribunal *a quo*, afastada a preliminar do cabimento, julgasse o pedido como de direito, firmando o acórdão:

> "Quando está em causa a liberdade de locomoção, o caso é de *habeas corpus*; se se tratar de direito ao exercício de uma profissão, o remédio admissível será o mandado de segurança. Na espécie, porém, a impetração, embora feita pelo advogado em causa própria, vincula-se a um processo criminal em curso e impugna uma incomunicabilidade da ré, prejudicial à sua defesa. Existe, pois, interesse desta a ser apreciado. Compreende-se a matéria, por isso, no âmbito do *habeas corpus*" (DJU, 4-12-70, p. 6.037).

Decisão da maior importância e significação, como acentuou Fragoso. Situa-se ela, observou, "como se percebe, na linha de ampliação do remédio heróico, para remover ilegalidades praticadas no curso do processo em detrimento da defesa, que não podem de outra forma receber pronta correção".[34]

12. Há em nosso direito esses dois remédios apropriados à proteção de direitos, quer na vida das pessoas, quer dentro de um processo judicial, como, neste caso, o direito à ampla defesa e ao contraditório. São esses dois remédios o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Algumas semelhanças aproximam os dois institutos.

Um e outro **são garantias** constitucionais.

Ambos **são remédios contra a ilegalidade** ou **abuso de poder.**

Tanto um quanto outro têm **até procedimento semelhante** (ao criá-lo, a lei adotou para o mandado de segurança o procedimento do *habeas corpus*), **que os distinguem de outras ações, com as características da** maior rapidez, da

34 Heleno Cláudio Fragoso, *Jurisprudência criminal*, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.

preferência para julgamento, da admissibilidade da impetração preventiva e da sujeição das sentenças concessivas ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Mas é o fato de um e outro ser utilizável contra a ilegalidade ou abuso de poder – nada importando que isso ocorra no processo penal –, que por vezes torna difícil a opção por um deles, embora nítida a diferença entre os dois. Já se firmará, com certeza, uma tendência no sentido de, sendo possível, aceitar-se a preferência pelo *habeas corpus*, não obstante as resistências.

Um eminente autor, hoje desembargador, cuja obra no momento não temos em mãos, manifestou sua incompreensão diante da utilização do *habeas corpus* para evitar uma identificação criminal ilegal.

Esse caso já é, pelo menos, consagrado pela tradição. Mas muito importa, porém, considerar que, embora cabível o mandado de segurança para a garantia de direito relacionado com o procedimento penal, substituível em muitos casos pela correição parcial, quando prevista na legislação local e a violação do direito ocorre em juízo, no bojo dos autos, o *habeas corpus* se apresentará como o remédio apropriado sempre que não se tratar primordialmente de garantia ou direito invocado e denegado, mas, antes, de constrangimento processual efetivado ou ameaçado, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, como a identificação criminal abusiva. É evidente que, se o direito denegado diz respeito à liberdade de ir e vir, o caso é de *habeas corpus*.

E assim é que, em casos em que seria de admitir-se, em tese, uma ou outra das ações, deverá ser feita a escolha conforme as circunstâncias.

E grandes são as vantagens do *habeas corpus* :

Com efeito, ele se desenvolve, pelo menos **no primeiro grau jurisdicional, sem a formalidade da vista ao Ministério Público, sendo que, no segundo grau, a vista é por menor número de dias que no mandado de segurança,** em que, demais disso, o prazo costuma ser, quase sempre, ultrapassado, não raro de muitos dias, até meses.

O *habeas corpus*, aliás, **processando-se na justiça penal, tem de modo geral mais agilidade na tramitação. A nova lei do mandado de segurança dá o prazo de 30 dias para o juiz decidir. Era de 5. No h.c. não deve passar de 24 horas.**

Dispensa procuração. Além do mais, há **isenção de custas, não havendo, pois, necessidade de pagamento de taxa** judiciária como condição para a distribuição, **nem preparo, no que, quase sempre, mais que o pagamento pesam o trabalho, a correria, o desgaste para o depósito, com o preenchimento de guias e perda de tempo em filas na distribuição e na agência bancária,**[35] pois a justiça, não confiando muito em seus serviços e gostando muito de pagamento antecipado, exige o depósito em estabelecimento bancário. Daí ser facilmente enviada a petição

35 Essa foi uma das dez razões que me levaram, em capitulo do livro *Recursos, artigos e outros escritos*, a considerar os Juizados Especiais Cíveis uma justiça de quinta categoria.

pelo correio. Veja-se mais:

A simplicidade da petição.

Prazo menor para informações do impetrado.

Não estar sujeito a prazo (para o mandado de segurança ocorre decadência em 120 dias).

Cabe até mesmo **contra decisão transitada** em julgado, quando for caso (o que, no mandado de segurança, só excepcionalmente se admitiria). E decisões judiciais.

Se for negada a ordem, não é preciso esperar publicar o acórdão para recorrer. Faz-se outro, como se fora um recurso, diretamente ao tribunal competente.

Não se exige pré-constituição de prova, podendo o juiz interrogar o paciente.

13. Vem surgindo, entretanto, a partir do terceiro quartel do corrente ano de 2012, uma tendência involutiva do instituto no mesmo STF, de tão ricas tradições, que tem sofrido influência, no ponto, de novo entendimento já observado no STJ, o que nos leva a acrescentar mais este número à descolorida palestra, dita conferência, pronunciada não faz muito em congresso promovido pela seção mineira da OAB.

Trata-se do retorno, promovido por jurisprudência daqueles tribunais, à limitação nada democrática imposta por emenda à Carta de 67, que proibiu a preferência do *habeas corpus* ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária, tida equivocadamente por substitutiva, e que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura desde o advento da Constituição dita cidadã em 1988.

Por isso mesmo, muitas vezes certamente se preferirá ao recurso ordinário constitucional o *habeas corpus*, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e erradamente chamada substituição daquele por este, decorrente de Ato Institucional caduco, não mais existe.

Efetivamente, entre os casos de cabimento do *habeas corpus* estão os de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em "auto ou decreto de prisão", mas em – **processo)** e a falta de justa causa para o **processo**. Por isso mesmo, um processo nulo ou indevido é uma coação ilegal para fins de *habeas corpus* (um italiano, aliás, já dizia que um processo injusto é mais vergonhoso que a própria condenação).

Por isso mesmo, um dos maiores juízes do Supremo, o ínclito Ministro Luiz Gallotti, com a experiência de cerca de vinte anos de casa, proclamou o cabimento da medida contra a ilegalidade desfavorável ao réu. E, acolhendo-lhe a lição, com o descortino de sempre, o excelente Ministro Fernando Gonçalves assim se manifestou no STJ, no julgamento do *habeas corpus* nº 11.743 – Pará, em 26-04-2.000:

"A competência é determinada pelo lugar onde consumada a infração que, uma vez estabelecido, apenas poderá ser afastado dentro das hipóteses rigorosamente previstas, sob pena de maltrato ao princípio do juiz natural e, reflexamente, ao direito de ir e vir. Não sendo o Juízo competente, haverá, evidentemente, coação, e coação ilegal, dado que a lei impõe onde deve ser o réu julgado. Vale, a propósito, observação do Ministro LUIZ GALLOTTI, do STF, em 18 de abril de 1969:

> '*Cabe o* ***habeas corpus*** *e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do réu* (Doutrina e Prática do **Habeas Corpus** - José Barcelos de Souza - SIGLA Editora 1998 - pág. 38)'.

Impende, portanto, destacar a adequação da via eleita que não se apresenta como sucedânea de recurso, mas como remédio próprio ao debate e decisão acerca da legalidade ou não do desaforamento, em função dos reflexos provocados pelo deslocamento da competência no direito de locomoção do acusado".

Pretender um tribunal mudar isso é pretender legislar, função que não é sua, mas que costuma ser usurpada. Isso, aliás, é velho na justiça. Já na Roma antiga um imperador, que não era bobo, instituiu a máxima "*Interpretatio cessat in claris*" ("Onde houver clareza não cabe interpretar") precisamente pare impedir que pretores, a pretexto de interpretar a lei, ficassem legislando. E o juiz, muitas vezes, não é bom legislador. Foram lastimáveis, por exemplo, as limitações feitas ao recurso extraordinário pelo próprio Supremo Tribunal, com o Regimento Interno de 1970, que embaraçou o recurso em certas infrações penais mais benignamente apenadas, como se a honra do cidadão não merecesse proteção. Algumas súmulas, sem dúvida, exorbitaram.[36] Li, certa feita, ainda estudante, a opinião de um jurista de que a pior das ditaduras é a do Judiciário.

O que muito importa considerar, porém, é que não existe a figura de "*habeas corpus* substitutivo" O que há é mera opção, como já teve oportunidade, mais de uma vez, de salientar o Superior Tribunal de Justiça. Assim:

"Estamos, assim, perante uma inequívoca situação em que um direito é conferido em lei: o de escolha quanto ao caminho a ser trilhado, com vistas à obtenção da anulação do ato considerado ilegal. Se este direito é dado pelo ordenamento jurídico, somente à parte interessada compete eleger qual via pretende seguir; se irá exercer o direito ao recurso ou o direito à impetração do pedido originário; somente a ela compete optar por um ou outro caminho, segundo suas próprias motivações. Esta é a razão pela qual entendo não cabe falar em impetração substitutiva. Ora, de substituição não se trata, pois se a parte pode eleger a via da impetração originária do pedido, sem nenhuma importância é o fato de caber também o recurso ordinário. Tampouco é de exigir-se que a parte intente, por primeiro, a via recursal. A preferência é motivada pela conveniência que somente à parte cabe avaliar. A verdade é que não há critério outro a ser extraído das normas aplicáveis que não o de conveniência deixada à exclusiva faculdade da parte interessada na demonstração da ilegalidade do ato ofensivo à liberdade.

36 Cf . José Barcelos de Souza, *Recursos, artigos e outros escritos* cit., artigo "Súmulas vinculante e impeditiva de recursos".

É esse o entendimento de abalizada doutrina (José Barcelos de Souza, Doutrina e Prática do *Habeas Corpus* . Belo Horizonte: Sigla Editorial Ltda., 1998, p. 118): *'Em realidade, não existe a figura da impetração 'substitutiva', mas o direito à impetração do habeas corpus, nada importando o fato de caber também, no caso, o direito ao recurso ordinário'"*. (Recurso ordinário em habeas corpus nº 15.613 – SC (2004/0006038-8). Relator, o Exmº Sr. Ministro Paulo Medina.. 26/05/2004. Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Intempestividade. Recurso não conhecido, sem prejuízo do disposto no artigo 654, § 2º,CPP).

Tanto se trata de mera opção, que o réu poderá optar pelo recurso ordinário, por simples conveniência prática, se o caso, por exemplo, estiver nas vizinhanças da prescrição, tendo em vista a morosidade da justiça.

Eis, por fim, as ementas dos falados acórdãos do STF:

"HC n. 104.633-SP, relatora: Min. Rosa Weber. Ementa: Habeas corpus. Processo penal. Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita Tráfico de drogas. Crime do art. 13 da lei nº 6.368/1976. Subsidiariedade.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. No art. 13 da Lei nº 6.368/1976, o legislador antecipou o momento consumativo do crime de tráfico de drogas do art. 12 do mesmo diploma legal, na modalidade específica de produção ou preparo de drogas, tipificando a mera conduta de possuir ou guardar máquinas ou instrumentos destinados a essa finalidade. O crime em questão é, em regra, subsidiário e só se aplica quando não configurada a figura delitiva do art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

3. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com a concessão da ordem de ofício para exclusão da pena cominada ao crime do art. 13 da Lei nº 6.368/1976, sem prejuízo das demais condenações. Ordem estendida aos condenados na mesma situação".

*Noticiado no Informativo 679

HC N. 113.281-SP. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

"EMENTA: Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de

flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto.

1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

2. Nada impede, entretanto, que essa Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual eleita".

Engraçadas as decisões acima. A primeira delas, se concedeu de ofício a ordem, é porque enxergou a existência de uma coação ilegal. E se o *habeas corpus* é remédio constitucional exatamente para coações ilegais, por que não deferir logo a ordem impetrada para, ao invés disso, vir a concedê-la de ofício? Isso só seria necessário se, em vez de impetrar a ordem, a parte tivesse optado pelo recurso ordinário e este se mostrasse, por exemplo, intempestivo, tal como fez o Min. Medina no caso acima citado. E, se o *habeas corpus* é remédio contra a ilegalidade, seria amesquinhá-lo ou vulgarizá-lo sua utilização exatamente contra a ilegalidade?

E a segunda, se entendeu razoável a coação, por que não indeferir o pedido, para, em lugar disso, declarar que não era caso de concessão de ofício?

Não há dúvida de que, no fundo, o que se esboça é a chamada "jurisprudência defensiva", uma reação contra um excessivo número de *habeas corpus* naquelas altas cortes. E com ela se procura destruir a notável construção que conceituei como uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Opinarei com franqueza: Se há pedidos demais, é porque há ilegalidades demais praticadas nas justiças locais. Então a solução mais conveniente é a de fazer passar assessores e estagiários por uma boa reciclagem. E, depois disso, proibir a estes, terminantemente, a terceirização de votos.

Referências:

Barbosa, Rui. O habeas-corpus", in Coletânea jurídica, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

Costa, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito processual civil, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.

Costa, Edgard. Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal, p. 51-53.

Fragoso, Heleno Cláudio. Jurisprudência criminal, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.

Fragoso. Revista brasileira de criminologia e direito penal, nº 12, jan-março – 1966

Rosa, Inocêncio Borges da. Processo penal brasileiro, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.

Nunes, José de Castro. Do mandado de segurança, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.

Othon Sidou, J.M. Os recursos na história do direito, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978

Rosa, Eliézer. Dicionário de processo penal, verbete Habeas Corpus.

Sabino Júnior, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.

Sabino Júnior, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.

Siqueira, Galdino. Curso de processo criminal, 2a. ed.,1930, p.384.

Souza, José Barcelos de. Direito processual civil e penal, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

Souza, José Barcelos de. A Defesa na Polícia e em Juízo.

Souza, José Barcelos de. Doutrina e Prática do Habeas Corpus.

Souza, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo penal, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986.

Tucci, Rogério Lauria. "Habeas corpus", ação e processo penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).

Wald, Arnoldo, em artigo na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 4, julho-dezembro de 1998.

Wald, Arnoldo. O mandado de segurança, Rio, 1955, p. 36.





Remédios Constitucionais – Habeas Data



O *Habeas Data* na Lei Nº 9.507/97

ARNOLDO WALD
RODRIGO GARCIA DA FONSECA (*)

1. *Introdução*

O *habeas data* foi introduzido, no Direito Brasileiro, com a Constituição Federal de 1988. Conforme a definição constitucional, no inciso LXXII do art. 5º da Carta Magna, trata-se de meio posto à disposição das pessoas para que conheçam as informações a seu respeito constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, permitindo ainda que seja feita a retificação dos dados eventualmente inexatos.

Embora sem o nome específico de *habeas data*, instrumentos semelhantes constaram da Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, "b"). Nos Estados Unidos, o *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, permite o acesso dos particulares às informações de registros e bancos de dados públicos. Mais recentemente, o *habeas data* foi introduzido no direito argentino, na revisão constitucional de 1994, como uma das modalidades de *acción expedita y rápida de amparo* (1).

No Brasil, como vinham afirmando a doutrina e a jurisprudência, desde a criação constitucional do *habeas data*, fazia-se necessária a edição de uma legislação específica para a disciplina deste novo instituto. (2) Assim, foi apro-

(1) Novo art. 43 da Constituição da Argentina. Sobre o *habeas data* no direito argentino, destacamos as obras de **Enrique M. Falcón** (*Habeas Data – Concepto y Procedimiento*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996) e **Miguel Ángel Ekmedjiam** e **Calogero Pizzolo** (*Habeas Data – El Derecho a la Intimidad Frente a la Revolución Informática*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996). Em ambos os livros há uma boa quantidade de informações sobre o *habeas data* no direito comparado.

(2) A literatura jurídica brasileira não é muito rica na matéria. Além de vários artigos publicados em revistas especializadas por **Célio Borja** (*Revista Forense*, 306/43), **Joaquim Portes de Cerqueira Cesar** (*Revista Forense*, 310/29), **Pedro Henrique Tavora Niess** (*Justitia*, v. 149/38), **Carlos Ari Sunfeld** (*Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, v. 153/176) e **Humberto Theodoro Junior** (*Revista da Faculdade de Direito de UFMG*, vol. 33), o *habeas data* tem sido tratado nos livros referentes às garantias constitucionais entre os quais se destacam o *Mandado*

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 07 (3ª Fase), jan./jun. 1998, p. 45-59.

vada a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 (DOU 13.11.97), sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso com alguns poucos vetos, que "regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*". [3]

Consagrando o princípio já consolidado pela Súmula nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não será cabível a ação de *habeas data* se não houver a prévia recusa de informações por parte da autoridade administrativa, a Lei nº 9.507/97 reservou os primeiros artigos ao regramento da fase extrajudicial da postulação, deixando para uma segunda parte as regras processuais sobre a ação judicial.

2. *O acesso extrajudicial às informações*

A Constituição de 1988, ao criar o *habeas data* no inciso LXXII do art. 5º, assegurou às pessoas em geral o acesso às informações sobre elas constantes de "registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público". Do texto constitucional deduz-se que, em princípio, todos os registros e bancos de dados "oficiais" – de entidades governamentais – estão sujeitos à regra (ressalvadas as informações sigilosas por questão de segurança da sociedade e do Estado, como restringido pelo inciso XXXIII do mesmo art. 5º da Constituição, regulamentado pela Lei nº 8.159/91). Mas também os registros ou bancos de dados particulares poderão ser acessados pelos interessados, desde que sejam caracterizados como de "caráter público".

---

de Segurança de **Hely Lopes Meirelles**, atualizado por **Arnoldo Wald**, com a colaboração de **Rodrigo Garcia da Fonseca** (18ª edição, Malheiros Editores, 1997), **Cretella Junior** (*Os Writs na Constituição de 1988*), **Vicente Greco Filho** (*Tutela Constitucional das Liberdades*), **Calmon de Passos** (*Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*), e **Othon Sidou** (*Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular*) e pelos comentadores da Constituição de 1988 em geral, como os Professores **Yves Gandra Martins** e **Celso Bastos** (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1989, vol. 02, p. 361-367). Existe ainda uma monografia de **Tereza Baracho Thibau** (*O Habeas Data*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997) e um ensaio da Juíza **Diva Prestes Malerbi** (*Perfil do Habeas Data*), ambos anteriores à nova legislação. A jurisprudência, especialmente dos tribunais superiores, é parca.

[3] Enquanto estava sendo discutido o projeto no Congresso Nacional, foi nomeada pelo Ministro da Justiça, em virtude da Portaria nº 634 de 23/10/96, Comissão de juristas para rever a legislação sobre argüição de inconstitucionalidade, mandado de injunção, mandado de segurança e *habeas data*. Na mencionada Comissão, que foi presidida pelo Professor **Caio Tácito**, dela participando, entre outros, os Ministros **Carlos Alberto Direito** e **Rui Rosado** e os professores **Ada Pellegrini Grinover** e **Arnoldo Wald**, foi elaborado um anteprojeto referente ao *habeas data*, regulamentando o inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal, que pode ter influenciado os vetos do Poder Executivo ao projeto de lei encaminhado pelo Congresso Nacional.

Logo no Parágrafo Único do art. 1° da Lei n° 9.507/97 é definido como de caráter público "todo o registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam do uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações". Com efeito, inúmeros registros tipicamente comerciais, como serviços de proteção de crédito ou listagens de mala-direta, estarão englobados na definição legal, na medida em que normalmente são idealizados justamente para transmissão de informações a terceiros. Como a definição legal é bastante ampla, entendemos que deve ser interpretada com temperamentos, verificando-se, caso a caso, a natureza das informações registradas e o seu potencial eventualmente lesivo aos particulares.

Não se pode esquecer que o *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações – SNI durante o regime militar de 1964 [4] , embora a finalidade da lei ordinária seja mais ampla.

A preocupação quanto ao alcance das regras da Lei n° 9.507/97 foi expressamente manifestada pelo Presidente da República nos vetos ao *caput* do art. 1°, ao parágrafo único do art. 3° e à íntegra do art. 5°. Nestes dispositivos, originalmente aprovados pelo Congresso Nacional, mencionava-se simplesmente o direito irrestrito ao acesso às informações nos registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, sem a ressalva quanto às informações sigilosas, garantida na própria Constituição Federal. Ademais, estabelecia-se a obrigação de fornecimento imediato de cópias de documentos aos interessados, além da comunicação à pessoa interessada da prestação de informações a seu respeito a qualquer usuário ou terceiro. Como bem salientado nas razões de veto, tais obrigações seriam inviáveis e desproporcionais, tanto do ponto de vista prático quanto jurídico.

A lei disciplinou um rito extrajudicial, estabelecendo que o interessado apresentará o seu requerimento de fornecimento de informações ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, o qual deverá ser apreciado em 48 horas (art. 2°, *caput*). A decisão deverá ser comunicada ao requerente em 24 horas (art. 2°, Parágrafo Único), sendo que, em caso de deferimento, marcar-se-á dia e hora para a divulgação das informações (art. 3°, *caput*).

Embora haja uma louvável preocupação com a celeridade do procedimento, a lei nada dispôs quanto à inobservância destes prazos. Em se tratan-

---

[4] **Jesus Costa Lima**, *Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, vol. I, 2ª ed., Brasília Jurídica, 1993, p. 38.

do de órgão público, o funcionário em atraso estará sujeito às penalidades administrativas cabíveis em função da desobediência a uma obrigação legal, mas em se tratando de entidades privadas (apesar do caráter público), há muito pouco que o interessado possa fazer para que os prazos sejam rigorosamente respeitados. É verdade que o art. 6° estabelecia multas para o descumprimento das obrigações impostas às entidades depositárias dos dados ainda na fase extrajudicial, mas a falta de especificação quanto à destinação e à gestão das verbas arrecadadas, além de uma anômala intervenção do Ministério Público, prevista nos Parágrafos 1° e 2°, levaram o Presidente da República a vetar a norma.

O art. 4° da Lei do *Habeas Data* disciplina a retificação de dados inexatos. O interessado deverá pedir a retificação em petição acompanhada de documentos comprobatórios da inexatidão (art. 4°, *caput*), a qual deverá ser efetuada e comunicada ao requerente em 10 dias (art. 4°, par. 1°). Há, ainda, uma situação intermediária, quando não se verificar propriamente uma inexatidão, mas houver alguma pendência sobre o fato objeto do dado registrado. Nesta hipótese, o interessado poderá apresentar "explicação ou contestação", que deverá ser anotada no cadastro (art. 4°, par. 2°).

Entendemos que, em toda a fase extrajudicial, quando o banco de dados ou o registro for de órgão ou entidade integrante da Administração Pública, serão cabíveis os recursos administrativos ordinários, às autoridades hierarquicamente superiores, em caso de indeferimento de quaisquer requerimentos [5]. Não obstante, embora o recurso administrativo possa ser cabível, não se poderá exigir do interessado a prévia exaustão das vias administrativas para que ajuíze o seu pedido de *habeas data* perante o Poder Judiciário, em virtude da expressa vedação constitucional (C.F., art. 5°, XXXV) e de acordo com a jurisprudência dos tribunais.

3. *O cabimento do habeas data*

O art. 7° da Lei n° 9.507/97 repete a redação do inciso LXXII do art. 5° da Constituição, assegurando o cabimento do *habeas data* para o conhecimento de informações sobre a pessoa do impetrante e a retificação de dados. Acrescentou-se, porém, uma terceira hipótese de cabimento do *habeas data*, não prevista na Constituição, "para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável" (art. 7°, III).

---

[5] Sobre a matéria, ver **Hely Lopes Meirelles**, *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 585.

Quanto à retificação de dados (art. 7º, II), a lei repete a Constituição Federal ao prever a opção, para o interessado, de requerimento mediante "processo sigiloso, judicial ou administrativo". Como a própria Lei do *Habeas Data* não disciplina este processo judicial sigiloso, entendemos que deverá seguir o rito ordinário, correndo sob segredo de justiça, na forma do Cód. Proc. Civil, art. 155. O processo administrativo sigiloso, evidentemente, só será aplicável às "entidades governamentais".

O *habeas data* para anotação de contestação ou explicação de dado sujeito a pendência deve ser empregado com parcimônia, pois não pode servir para satisfação de meros caprichos dos particulares. A explicação não só deverá ser devidamente instruída e justificada, como o requerente deverá provar o seu interesse processual (Cód. Proc. Civil, art. 3º), consistente na necessidade de fazer constar a anotação para evitar algum tipo de prejuízo material ou moral. Como regra geral do processo civil, o autor de uma ação deve provar a necessidade que tem de recorrer ao Poder Judiciário, e portanto não bastará a mera vontade do impetrante para justificar o cabimento do *habeas data* para simples anotação.

Por fim, o *habeas data* poderá ser impetrado tanto pela pessoa física quanto pela pessoa jurídica [6] . Não há motivos para excluir as pessoas jurídicas se a Constituição não o fez. Assim, da mesma forma como podem impetrar mandado de segurança, as pessoas jurídicas também podem impetrar *habeas data*. Neste particular, vale lembrar que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça vem aceitando a reparabilidade do dano exclusivamente moral causado à pessoa jurídica, a partir do acórdão no REsp nº 60.033-2-MG, Rel. Min. **Ruy Rosado**, RSTJ 85/268, e o *habeas data* (especialmente para retificação de dados) pode ser um importante instrumento na defesa do patrimônio moral, evitando a difusão de informações inexatas ou deturpadas.

4. *A ação judicial*

O legislador, nos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.507/97, copiou a técnica da Lei nº 1.533/51, arts. 6º e 7º (Lei do Mandado de Segurança). Assim, a petição inicial do *habeas data* deverá atender os requisitos do Código de Processo Civil para as demais petições iniciais (C.P.C., arts. 282 a 285), e deverá ser apresentada em duas vias (inclusive dos documentos). O coator será

---

[6] Essa já era a opinião de **Hely Lopes Meirelles** desde a criação do *habeas data*, como se pode ver no Capítulo 1 da quinta parte da 18ª ed. de seu livro *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, Malheiros, 1997, atualizada por **Arnoldo Wald** com a colaboração de **Rodrigo Garcia da Fonseca**.

notificado para prestar informações em dez dias, recebendo a segunda via da petição e documentos. Inexistindo previsão específica quanto à forma da notificação, entendemos que deverá ser feita por oficial de justiça ou correio, na forma da lei processual (C.P.C., art. 221), contando-se o prazo da juntada aos autos do ofício (Lei nº 9.507/97, art. 11, c/c C.P.C., art. 241, I e II).

Disciplinando-se a ação dessa forma, deu-se ao *habeas data* uma feição similar ao mandado de segurança, no qual não há propriamente um réu, mas uma autoridade coatora (no caso, a Lei nº 9.507/97, nos arts. 9º, 13 e 14, fala simplesmente em "coator"). Neste ponto, porém, concordamos com a opinião de **Hely Lopes Meirelles** [7] no sentido de que o rito do mandado de segurança não seria o mais adequado para o *habeas data*.

Com efeito, um problema que pode surgir para o impetrante é a identificação de quem é o responsável pelo registro das informações sobre a sua pessoa, dentro de uma entidade depositária de registros ou bancos de dados (que pode ser pública ou privada). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora, no mandado de segurança, leva à extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação, embora haja algumas decisões nas quais o relator determinou a citação da autoridade que entende ser a coatora, mesmo não sendo a apontada pelo impetrante. Para que se facilite a impetração do *habeas data*, e considerando que, no âmbito administrativo, o requerimento deve ser feito "ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados" (Lei nº 9.507/97, art. 3º), o coator deve ser considerado, sempre, este órgão ou entidade, e não uma pessoa que ocupe um determinado cargo. Assim, será legitimado passivo para o *habeas data* o próprio órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, que poderá ter personalidade jurídica independente ou não, e que será representada em juízo por quem de direito, de acordo com os seus atos constitutivos, estatutos ou regimentos. Trata-se, pois, de uma situação diferente da existente no mandado de segurança no qual o coator é sempre e necessariamente uma pessoa física.

É indispensável, sob pena de indeferimento da inicial, a prova de que a entidade depositária do registro ou banco de dados se recusou a prestar as informações (ou deixou de decidir sobre a matéria em dez dias) ou se recusou a fazer as retificações ou as anotações cabíveis (ou deixou de decidir sobre a matéria em quinze dias).

Consoante o disposto no art. 10 da Lei do *Habeas Data*, do eventual indeferimento da inicial, por falta de qualquer dos requisitos legais, caberá

---

[7] **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de Segurança*, cit., capítulo 3 da quinta parte.

apelação. A lei não prevê a hipótese de emenda da inicial, mas entendemos que, por medida de economia, o juiz poderá determiná-la, por aplicação do art. 284 do Código de Processo Civil [8]. Da mesma forma, enquanto não for notificado o coator, caberá o aditamento à petição inicial (C. P.C., art. 294). De qualquer maneira, a decisão denegatória do *habeas data*, que não tenha apreciado o mérito, não impede o ajuizamento de novo pedido (Lei do *Habeas Data*, art. 18).

As informações do coator poderão contestar o cabimento do *habeas data*, por diversos motivos (por faltar caráter público ao banco de dados, por faltar algum documento à inicial, por serem as informações sigilosas, por não ter havido a prévia recusa administrativa, ou por qualquer outro fundamento relevante). Também poderão, no caso de pedido de retificação ou anotação, contestar a correção dos dados apresentados pelo impetrante.

Passado o prazo para as informações, prestadas ou não as mesmas, o processo será encaminhado ao representante do Ministério Público para parecer (Lei do *Habeas Data*, art. 12). A necessidade de oitiva do *Parquet*, em redação semelhante à do art. 10 da Lei do Mandado de Segurança, leva a crer ser aplicável ao *habeas data* a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera nulo o *writ* se não houver a efetiva manifestação do Ministério Público, não bastando a mera intimação [9].

Voltando os autos do Ministério Público, caberá ao juiz proferir a sentença. Se julgar procedente o pedido, marcará dia e hora para que as informações sejam prestadas ao impetrante ou, no caso de *habeas data* para retificação de dados ou anotações, para que o banco de dados apresente em juízo a prova dos novos assentamentos (*Lei do Habeas Data*, art. 13).

Ao longo de toda a Lei nº 9.507/97 percebe-se a grande preocupação do legislador com a celeridade do procedimento, tanto na fase extrajudicial quanto em juízo. São estabelecidos os prazos de cinco dias para o parecer do Ministério Público e para a prolação da sentença (art. 12), e o prazo de 24 horas para conclusão a partir da distribuição, além da prioridade sobre os demais feitos judiciais, excetuados o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 19). Também determina a lei que, nos tribunais, os processos de *habeas data* sejam levados a julgamento na primeira sessão seguinte à conclusão ao relator. Infelizmente, como se sabe, prazos dessa natureza raramente são observados, até mesmo em função do enorme acúmulo de processos e da sistemática falta de pessoal no Poder Judiciário.

---

[8] A aplicação subsidiária desta regra pode ser inferida pelo art. 8º da Lei nº 9.507/97, ao impor como requisitos da petição inicial de *habeas data* os mesmos dos arts. 282 a 285 do C.P.C.

[9] Ver, por exemplo, REsp nº 9.738-0-AM, Rel. Min. **José de Jesus Filho**, RSTJ 59/205, EDREsp nº 9.209-0-AM, Rel. Min. **Peçanha Martins**, RT 703/159 e EDREsp nº 9.271-8-AM, Rel. **Antônio de Pádua Ribeiro**, Revista *Renovar*, vol. 04, p. 128.

Em virtude do seu caráter essencialmente célere e preferencial, entendemos que, tal como o mandado de segurança, o *habeas data* também deverá tramitar durante as férias forenses coletivas.

De qualquer maneira, o art. 14 da Lei do *Habeas Data* traz uma salutar inovação, ao prever a possibilidade de comunicação da sentença ao coator, por meio de correio, telegrama, radiograma ou mesmo telefonema. A utilização de serviços ou tecnologias que permitam a celeridade da prestação jurisdicional deve ser encorajada, desde que preservada a segurança das partes envolvidas (seria o caso de se pensar, no futuro próximo, na notificação eletrônica, via *Internet*). Aliás, ao permitir a comunicação por telefone, a lei nos parece ter autorizado o emprego do *fax*. Embora a lei silencie a este respeito, parece-nos evidente que a notificação da sentença também poderá ser efetivada mediante diligência de oficial de justiça, se assim requerer o impetrante.

A sentença do *habeas data* comporta recurso de apelação (art. 15 da Lei nº 9.507/97). Na omissão quanto ao prazo, aplica-se a regra geral da lei processual, sendo o prazo de quinze dias (C.P.C., arts. 506 a 508). O recurso contra a sentença concessiva do *habeas data* terá efeito meramente devolutivo (Lei nº 9.507/97, art. 15, Par. Único), cabendo, nesse caso, o pedido de suspensão da execução da sentença ao Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso (Lei do *Habeas Data*, art. 16). Do despacho que deferir a suspensão, caberá agravo para o Tribunal (o prazo do agravo e o respectivo órgão julgador dependerão dos regimentos internos de cada tribunal).

Como a lei só previu o agravo para a hipótese de deferimento do pedido de suspensão, resta saber se, indeferido o pedido pelo Presidente do Tribunal, o apelante terá algum outro remédio para impedir a execução provisória da sentença. A questão é especialmente delicada nos *habeas data* em que se pedir o fornecimento das informações. Se o coator entender que não pode divulgá-las ao impetrante (em razão do sigilo constitucional, por exemplo), o provimento da apelação poderá não servir de nada se as informações já tiverem sido fornecidas e o sigilo quebrado. Em tais situações excepcionais, entendemos que também poderá ser cabível o agravo contra o indeferimento do pedido de suspensão (até mesmo em respeito à isonomia e ao devido processo legal – C.F., art. 5º, *caput*, LIV e LV). Se não houver tempo hábil para o julgamento do agravo, também entendemos cabível o mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo à apelação [10].

---

[10] Ver notas de atualização à 18ª edição da obra de **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de Segurança*, já citada, capítulo 6 da primeira parte, págs. 44 e 45.

Qualquer coator – entidade governamental ou privada– terá legitimidade para requerer ao Presidente do Tribunal a suspensão da execução da sentença, pois a lei não fez qualquer distinção entre os coatores "oficiais" e os "privados" de caráter público.

Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo (Lei do *Habeas Data*, art. 17). Entendemos que nestes processos, por analogia, também serão cabíveis os pedidos de suspensão de execução do acórdão ao Presidente do Tribunal Superior ao qual couber o eventual recurso.

Tanto nos *habeas data* de competência originária dos tribunais, quanto naqueles decorrentes de recursos, será obrigatório o parecer do Ministério Público, tal como nos mandados de segurança.

O art. 20 da Lei nº 9.507/97 define as competências para julgamento do *habeas data*, tanto originariamente como em grau de recurso. A maior parte do texto se limita a reproduzir as regras de competência da Constituição Federal. Embora o inciso III se limite a mencionar o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, também será cabível o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando o acórdão for proferido por um Tribunal Estadual ou por um Tribunal Regional Federal em apelação, conforme o permissivo do inciso III do art. 105 da Constituição.

Tanto o procedimento administrativo quanto a ação judicial de *habeas data* são gratuitos (Lei do *Habeas Data*, art. 21). Assim, estão vedadas quaisquer cobranças de custas ou taxas judiciais dos litigantes. Também os recursos serão isentos de preparo. A gratuidade do *habeas data* já fora consagrada na própria Constituição Federal (art. 5º, LXXVII).

5. *Algumas questões processuais*

De toda a exposição acima, viu-se que acabou prevalecendo, na Lei nº 9.507/97, a aproximação do rito do *habeas data* com o procedimento do mandado de segurança. Pode não ter sido a melhor solução, mas foi a opção do legislador, e, portanto, *legem habemus*. Fazemos abaixo algumas considerações sobre questões que poderão vir a surgir na aplicação da nova lei, esperando que a jurisprudência se defina o mais rapidamente possível sobre os temas mais delicados.

Prova pré-constituída – O procedimento do *habeas data*, como se encontra disciplinado na Lei nº 9.507/97, não comporta dilação probatória. Aplica-se o mesmo princípio da prova pré-constituída do mandado de segurança. Assim, a documentação acostada à inicial deverá comprovar, por si só e de plano, o direito do impetrante.

A prova pré-constituída poderá ser extremamente difícil de produzir nas hipóteses de *habeas data* para retificação de dados ou anotação de justificativa de informação. Como se sabe, a prova pré-constituída diz respeito aos fatos da causa e, dependendo da natureza das informações e do banco de dados, os fatos podem ser altamente complexos.

De qualquer forma, tanto as retificações quanto as anotações de justificativas só poderão se fazer sobre fatos concretos, passíveis de prova documental prévia e incontestável.

Limites do procedimento – Um outro aspecto decorrente da aproximação do *habeas data* ao mandado de segurança foi a impossibilidade de se obter, no mesmo processo, tanto o fornecimento da informação quanto, num segundo momento, a sua eventual retificação. Se o *habeas data* for impetrado para fornecimento de informações, e estas devam ser retificadas, só poderão sê-lo através de um novo procedimento administrativo e/ou judicial.

Sugerimos, anteriormente, que o *habeas data* tivesse um rito assemelhado ao da ação de prestação de contas, desenvolvendo-se em duas fases [11]. Evitar-se-ia, dessa maneira, a necessidade de dois processos, fazendo-se tudo nos mesmos autos, num só feito. E na segunda fase poderia haver a produção de provas para a confirmação da exatidão das informações constantes do banco de dados. O legislador, porém, optou pelo caminho da analogia com o mandado de segurança.

Aplicação analógica do Código de Processo Civil – Embora a Lei nº 9.507/97 não determine a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao *habeas data*, esta nos parece indispensável, naquilo que não for contrariar o regramento específico e a natureza do instituto. Assim, em matéria de analogia, dever-se-ia recorrer, em primeiro lugar, à legislação sobre mandado de segurança e, somente não dando a mesma a solução adequada, em seguida, ao Código de Processo Civil. Como se viu acima, há inclusive algumas lacunas importantes que devem ser supridas pela aplicação dos princípios gerais do processo civil.

Assim, por exemplo, se o coator juntar documentos novos com as suas informações, o impetrante deve ter o direito de se manifestar sobre eles (C. P.C., art. 398), até em homenagem ao devido processo legal e ao princípio do contraditório. Não obstante, não poderá juntar novos documentos que devessem constar da inicial, pois, como se viu, a prova pré-constituída é indispensável para o deferimento do pedido.

[11] Atualização da 18ª ed. de **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de Segurança*, cit., p. 221. Lá sugerimos que o *habeas data* seguisse um procedimento semelhante ao da ação de prestação de contas, no qual haveria uma primeira fase para a decisão acerca da obrigatoriedade do fornecimento das informações, e uma segunda parte na qual a correção dos dados seria verificada. No capítulo 1 da quinta parte, p. 217, vê-se que o próprio **Hely Lopes Meirelles** entendia ser preferível a ação em duas fases distintas.

Questão interessante é saber se é cabível a ação declaratória incidental (C. P. C., art. 5º) no âmbito de um *habeas data*. Se aplicarmos o mesmo princípio do mandado de segurança, a declaração incidental será incabível [12], remetendo-se a questão para as vias ordinárias. Não obstante, parece-nos que a declaratória incidental poderá ser cabível em torno da autenticidade ou falsidade de documento (C. P. C., art. 4º, II). Como se viu, a exigência da prova pré-constituída pode ser um entrave a certos pedidos, sendo razoável que, neste particular, haja um pouco mais de flexibilidade no *habeas data* do que no mandado de segurança.

Recursos e liminar – Muito se discutiu, em matéria de mandado de segurança, quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias. É verdade que a questão sempre se colocou, no mandado de segurança, essencialmente em função dos deferimentos ou indeferimentos de liminares, e a Lei do *Habeas Data* não contemplou a concessão liminar do pedido.

A liminar e a antecipação de tutela não fazem muito sentido no *habeas data*, em razão da extrema celeridade prevista no seu procedimento. Ainda assim, em casos excepcionais, se forem relevantes os fundamentos, a falta de previsão na lei específica não deve impedir a parte de requerer uma cautelar inominada ou até a medida liminar, [13] que tem sido dada em *habeas corpus*.

Na realidade, nenhum obstáculo existe para a concessão da liminar em *habeas data*, pois o silêncio da lei não impede que seja dada. Basta lembrar que foi reconhecida, mediante a construção jurisprudencial, a possibilidade de concessão de liminar em *habeas corpus*, que não se admitia até 1964 e que passou a ser deferida, pelo Superior Tribunal Militar e, em seguida, pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude das circunstâncias excepcionais existentes em determinados casos, [14] para, em seguida, ser consagrada amplamente pelo Poder Judiciário.

---

(12) **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de Segurança*, cit., p. 98 e 99.

(13) Imaginamos, como exemplo, uma situação na qual a parte queira impedir que as informações inexatas sobre a sua pessoa sejam transmitidas a terceiros na pendência do pedido de retificação, ou a menos que delas conste referência ao ajuizamento da demanda.

(14) A primeira decisão concessiva de liminar foi dada, em 31.8.1964, no *Habeas corpus* nº 27.200 impetrado no Superior Tribunal Militar, por **Arnoldo Wald**, e a segunda, oriunda do Supremo Tribunal Federal, data de 14.11.1964, com despacho do Ministro **Gonçalves de Oliveira**, no *Habeas Corpus* nº 41.296, impetrado por **Sobral Pinto**, reportando-se o relator, no acórdão do plenário de 16.12.1964, à decisão castrense (RTJ, vol. 33, p. 590). Tratam da matéria **Evandro Lins e Silva**, *O Salão dos Passos Perdidos*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 389-390 e o estudo de **Jurandir Portela** *in* **Paulo Dourado de Gusmão** e **Semy Glanz**, *O Direito na Década de 1990, Novos Aspectos – Estudos em Homenagem ao Professor Arnoldo Wald*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 447/448).

Embora dentro do procedimento específico do *habeas data* não haja margem, em princípio, para decisões interlocutórias (o procedimento se resume ao ajuizamento, notificação do coator, parecer do Ministério Público e sentença), entendemos que o agravo de instrumento deva ser cabível, pelos mesmos motivos que deve caber no mandado de segurança.

A realidade é sempre mais criativa do que o legislador, e certamente haverá situações nas quais a falta de um recurso como o agravo poderá causar prejuízo irreparável a uma das partes.

Quanto ao recurso de embargos infringentes nas apelações julgadas por maioria de votos, nos parece que a tendência da jurisprudência deva ser no sentido de aplicar, analogicamente, as Súmulas nºs 597 do Supremo Tribunal Federal e 169 do Superior Tribunal de Justiça, fazendo prevalecer a interpretação dada à lei do mandado de segurança sobre os textos do Código de Processo Civil. Assim, tal como nas apelações em mandado de segurança, não serão cabíveis os embargos infringentes nas apelações em *habeas data*.

Honorários de advogado – Da mesma forma, no silêncio da Lei nº 9.507/97, a tendência dos tribunais deve ser no sentido de isentar o sucumbente de honorários advocatícios. A gratuidade a que se refere o art. 21 diz respeito exclusivamente às custas e taxas, mas revela a vontade do legislador de facilitar o máximo possível o acesso de todos a este tipo de ação. Assim, também serão aplicáveis analogicamente as Súmulas nºs 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Litisconsórcio e Assistência – Como já tivemos a oportunidade de afirmar, entendemos que se aplicam ao *habeas data* as regras do Código de Processo Civil relativas ao litisconsórcio e à assistência, sempre que as informações em foco disserem respeito também a interesses jurídicos de terceiros [15].

Assim, se o juiz vislumbrar uma hipótese de litisconsórcio necessário (se uma informação não puder ser retificada sem que se afete a informação sobre um terceiro, por exemplo), deverá determinar que o impetrante providencie a citação deste terceiro para integrar a lide, aplicando-se, por analogia, as regras do mandado de segurança.

Na falta de previsão legal, entendemos ser inviável o ajuizamento de *habeas data* coletivo, embora seja possível a formação de litisconsórcio ativo se as informações em questão forem do interesse dos vários impetrantes.

Não se coadunam com o procedimento do *habeas data* as modalidades de intervenção de terceiros.

---

[15] Atualização à 18ª ed. de **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de Segurança*, cit., pág. 222.

Valor da causa e competência – Embora a atribuição de valor à causa seja indispensável de acordo com o Código de Processo Civil, a natureza do pedido, a gratuidade da ação e a isenção de honorários advocatícios tornam a sua fixação quase irrelevante. Caberá a atribuição de um valor estimativo pelo autor. Se a fixação do valor da causa tiver alguma influência na futura competência para julgamento de recursos, deve-se evitar que o valor atribuído proporcione algum tipo de vantagem a uma das partes. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a fixação de alçada para recursos não se aplica ao mandado de segurança, e o mesmo princípio incide no *habeas data*. Ainda que se atribua um valor baixo à causa, não será possível o seu julgamento por Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), pois a competência está enumerada no art. 20 da Lei nº 9.507/97 e não contempla esta possibilidade.

A competência federal ou estadual se define de acordo com a pessoa do coator (C.F., art. 109, I). Em cada Estado, a competência da primeira instância e dos tribunais será definida de acordo com as respectivas Constituições Estaduais e leis de organização judiciária (C.F., art. 125, par. 1º e Lei do *Habeas Data*, art. 20). Por falta de previsão legal, não será cabível o *habeas data* na Justiça do Trabalho, ainda que as informações do registro ou banco de dados digam respeito a relações de emprego.

O legislador parece ter esquecido a regra constitucional do art. 121, par. 4º, V, que trata do cabimento de recurso ao Tribunal Superior Eleitoral contra as decisões de Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem *habeas data*. Enquanto a lei não der competência aos TREs para julgamento de *habeas data*, o recurso previsto na Constituição não existirá na prática. Parece-nos de toda lógica que os *habeas data* relacionados a matérias eleitorais – relativos a bancos de dados governamentais utilizados em eleições ou bancos de dados acessados por partidos políticos – devam ser julgados no âmbito da Justiça Eleitoral, o que demandaria a alteração do art. 20 da Lei do *Habeas Data*. Modificação análoga poderia ser feita, *de lege ferenda*, em relação à Justiça do Trabalho.

Desistência e perda de objeto – O impetrante poderá desistir do *habeas data* a qualquer momento, independentemente do consentimento do coator.

O acolhimento voluntário do pedido antes de proferida a sentença, porém, acarretará a extinção do processo por perda de objeto. Se a parte não pode impetrar o *habeas data* sem a prova de que o pedido administrativo lhe foi negado, não faria sentido prosseguir-se com o julgamento do pedido se o mesmo já foi atendido.

Se o coator corrigir um dado conforme a vontade do impetrante, antes de proferida a sentença, o processo deverá ser extinto. Se a correção já feita for posteriormente cancelada ou alterada, caberá, em tese, uma nova impetração, mas a primeira ação já estará encerrada.

Prazo para impetração – Tendo em vista o caráter dinâmico dos bancos de dados, com o constante registro de novas informações, o *habeas data* em princípio não estará sujeito a qualquer prazo decadencial ou prescricional. O pedido sempre poderá ser encaminhado. É possível, até mesmo, que se façam pedidos periódicos a um determinado banco de dados, para verificar se as informações continuam as mesmas ou se houve a anotação de alguma alteração.

Assim, pelo princípio da *actio nata*, a cada pedido administrativo negado estará nascendo a possibilidade de uma nova impetração. E os pedidos administrativos poderão ser apresentados a qualquer momento.

Seria recomendável, porém, que se estabelecesse um prazo entre o requerimento administrativo e o ajuizamento da ação. Por analogia, poderia ser aplicado o prazo de cento e vinte dias do mandado de segurança. Passados os cento e vinte dias do requerimento administrativo não atendido, a ação não mais poderia ser ajuizada antes que o pedido administrativo fosse renovado. O prazo não seria fatal, na medida em que um novo pedido administrativo reabriria a possibilidade de impetração do *habeas data*. Entretanto, a fixação do prazo parece relevante na medida em que a prolongada inércia do impetrante caracteriza a sua momentânea falta de interesse para o pedido.

Prevenção – Em princípio não haverá prevenção entre uma impetração e outra, ainda que entre as mesmas partes. Aplica-se a mesma regra do mandado de segurança, tratando-se cada impetração como um feito processual autônomo.

Coisa julgada – Considerando-se a natureza dinâmica e mutante dos bancos de dados, já mencionada acima, os efeitos da coisa julgada material serão limitados e raros. Afinal, uma determinada informação poderá ser exata num momento e incorreta pouco depois, ou vice-versa.

Não obstante, caso o pedido de fornecimento de informações seja negado com julgamento de mérito (com base no sigilo da informação ou no caráter privado do registro, por exemplo), a coisa julgada impedirá a renovação do pedido.

A coisa julgada, no caso de procedência do pedido para retificação de dados ou anotação de justificativa, não impedirá a entidade depositária das informações de fazer novos registros, desde que baseados em novas informações devidamente comprovadas.

Aliás, nos casos de procedência do pedido, seria recomendável a fixação de certas regras para uma nova impetração entre as mesmas partes. Se um *habeas data* para fornecimento de informações for deferido, não fará sentido que poucos dias depois a parte impetre uma nova ação, sem que haja qualquer indício de que as informações tenham sido alteradas. Como disse-

mos acima, é necessária a demonstração do interesse processual, e os potenciais coatores – as entidades depositárias de informações de caráter público – não podem ficar sujeitos aos caprichos de particulares que impetrem uma ação atrás de outra.

Assim, caso o primeiro *habeas data* tenha sido deferido, entendemos que uma nova impetração só se justificará na medida em que a parte demonstrar, pelo decurso de um prazo razoável, ou por algum fato concreto, que tem fundados receios de que as informações anteriormente prestadas e/ou corrigidas foram alteradas ou aditadas.

6. *Conclusão*

Estas são apenas algumas considerações iniciais em torno da recente legislação disciplinadora do *habeas data*. Procuramos, assim, levantar alguns pontos que nos pareceram relevantes, manifestando a nossa opinião e esforçando-nos a vislumbrar qual será a tendência de nossos tribunais.

De qualquer forma, ainda há um importante papel a ser cumprido pela jurisprudência na interpretação da Lei nº 9.507/97, e esperamos que haja coragem e moderação, de modo a não se restringir, e tampouco se ampliar exageradamente, o cabimento do *habeas data* para que possa exercer o seu papel de instrumento de informação, transparência, equilíbrio e paz social, numa época em que a comunicação de massas passou a ter a maior importância. A informação tornou-se uma forma de poder. Deve transitar livremente para garantir a democracia, mas os seus abusos e desvios devem ser evitados e impedidos e não apenas reprimidos *a posteriori*, como acontecia, no passado.

Assim, o *habeas data* se torna, ao lado do *habeas corpus* e do mandado de segurança, um dos fatores do desenvolvimento cultural e político do país, pois consolida a sua estrutura jurídica e fortalece o Estado de Direito.

(*) **Arnoldo Wald** é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ e advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro, tendo dedicado várias obras ao Mandado de Segurança desde 1955. **Rodrigo Garcia da Fonseca** é advogado e autor de artigos e estudos jurídicos.



Remédios Constitucionais – Mandado de Injunção


DIREITO
ROMANO

O MANDADO DE INJUNÇÃO

Mauro José Ferraz Lopes

A Assembléia Nacional Constituinte aprovou, em primeiro turno, as garantias da realização dos direitos e liberdades constitucionais, mediante ordens judiciais consistentes em (a) *habeas-corpus,* (b) mandado de segurança, (c) *habeas-data* e (d) mandado de injunção.

A injunção, gramaticalmente, é o ato de "injungir" que significa "impor obrigação a; obrigar; forçar; constranger". Mandado ou mandamento é o ato de mandar que tem, também, o mesmo significado gramatical, daí resultando certa redundância, na denominação da nova garantia constitucional.

Do ponto de vista jurídico, injunção é a ordem, essencialmente judicial, de natureza mandamental, em função da qual alguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou seja, a praticar ou a se abster da prática de algum ato específico.

Nesse sentido, todas as garantias acima enumeradas constituem "injunção", porque todas consistem em ordens judiciais que obrigam ou proibem a prática de certos atos, mas o mandado de injunção difere das outras, por causa de suas peculiaridades, decorrentes da sua previsão constitucional, explicitada nos seguintes termos:

> *"Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."*

Os remédios tradicionais do *habeas-corpus* e do mandado de segurança, bem como o recém-aprovado *habeas-data,* de acordo com os termos da nova Constituição, se destinam a proteger as pessoas contra abusos de autoridade cometidos por órgãos ou agentes do Poder Público.

O mandado de injunção deles difere porque tem aplicação, não só contra as autoridades ou os agentes do poder, como também contra quaisquer outras pessoas, físicas ou jurídicas, que, por sua ação ou omissão, impeçam o livre exercício de liberdades ou a plena realização de direitos alheios.

Os mandados de injunção têm origem histórica na Inglaterra do Século XIV e, desde esta época, as cortes judiciais os vêm utilizando com fundamento na "eqüidade". Pela injunção, os conflitos de interesse são compostos, segundo o ideal de justiça, independentemente do mandamento da lei positiva. A injunção, portanto, prescinde da lei e, de acordo com os termos da nova Constituição Brasileira que se está a votar, a inexistência da lei é, precisamente,

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 27 (2ª Fase), jan./jun. 1988, p. 69-74.

o pressuposto para legitimar o Poder Judiciário a conceder esta espécie de mandado, para o que se deverá usar a eqüidade, não mencionada, mas contida implicitamente no mandamento constitucional.

As condições para a concessão da medida são:

a) inexistência de regulamentação legal que defina as condições do exercício do direito ou liberdade ou que estabeleça os meios necessários para tal exercício;

b) inviabilidade do efetivo exercício do direito ou liberdade, em decorrência da falta de regulamentação da matéria.

Isto significa, em síntese, que qualquer um dos direitos e liberdades previstos na Constituição independe de regulamentação, para ser efetivamente exigido ou realizado por seus respectivos titulares, eis que, mesmo sem regulamento, o interessado poderá, sempre, pleitear, perante o Poder Judiciário, a ordem injuntiva que determinará imperativamente a realização concreta dos direitos e liberdades violados ou cerceados.

Mesmo nos casos em que a Constituição fixar prazos expressos para a regulamentação de certas matérias, a injunção pode também ser concedida, porque, no texto aprovado, nenhuma restrição expressa foi feita neste sentido.

Não será necessário regulamentar, inclusive, os aspectos processuais dessa nova garantia. Tal exigência seria de manifesta incoerência, porque o próprio mandado de injunção constitui, por si, um dos direitos constitucionais cujo exercício está assegurado independentemente de regulamento.

A primeira proposta sobre o assunto, de iniciativa do Constituinte, José Paulo Bisol, previu que a injunção deveria seguir o rito processual do mandado de segurança. A medida foi aprovada, com a referência de que o rito processual do novo mandado deveria ser previsto em lei e, finalmente, esta questão foi resolvida, pela aprovação de emenda que suprimiu do texto original do projeto a referência de que o mandado de injunção seria concedido "nos termos da lei", ficando omitido no texto constitucional qualquer referência à matéria processual.

Andou certo a Assembléia Constituinte, porque a garantia, no caso, é essencialmente constitucional e não deve, mesmo, depender de qualquer lei regulamentadora, ainda que processual, baixada pelo legislador infraconstitucional.

Nada impede, evidentemente, que o processo do mandado de injunção seja regulamentado em lei, mas, enquanto isto não se fizer, caberá ao próprio juiz que conhecer o pedido conduzir e dirigir

o processo, segundo as regras que julgar adequadas, podendo socorrer-se, para este fim, não só dos pricípios gerais do processo, como ainda da analogia e da própria eqüidade.

Repita-se que o mandado de injunção é garantia constitucional, fundada exclusivamente na própria Constituição e na eqüidade, prescindindo de lei regulamentadora, razão pela qual o juiz, quo o conhecer e julgar terá, simultaneamente, o amplo papel de legislador e julgador, assumindo, assim, a enorme responsabilidade social pelas conseqüências do seu julgamento.

Aparentemente, pelo texto constitucional aprovado, os direitos e liberdades já regulamentados não poderão ser protegidos pelo mandado de injunção, mas, por certo, tratando-se de medida judicial que se baseia, fundamentalmente, na eqüidade, não será desarrazoado admitir que o Poder Judiciário venha a aplicar, efetivamente, a injunção nos casos em que o exercício do direito constitucional se tornar inviável, em virtude de uma regulamentação malfeita, inadequada ou deficiente.

Afinal de contas, a regulamentação que tornar inviável o exercício do direito regulamentado, na verdade, ofenderá a própria Constituição e, padecendo deste vício, não poderá produzir efeitos jurídicos. O regulamento inconstitucional é írrito e nulo e, portanto, equiparado a regulamento inexistente.

Verifica-se, assim, diante das características acima mencionadas que o mandado de injunção amplia bastante a força de atuação do Poder Judiciário e dá ao juiz a competência, hoje inexistente, para, substituindo o legislador omisso, suprir a omissão e criar, no ato da concessão da injunção, o regulamento que lhe convier, guiado exclusivamente pelo seu prudente (ou imprudente) arbítrio.

O juiz, nesse caso, age como se legislador fosse e a injunção, neste particular, assume a nítida característica de sentença normativa, que estabelece normas de conduta para a parte obrigada a suportar os seus efeitos.

Além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, estão protegidos pela injunção todos e quaisquer direitos, bastando que estejam definidos na própria Constituição, motivo pelo qual poderão ser postulados, por esta via porcessual, os direitos políticos, civis, comerciais, sociais, econômicos, trabalhistas ou previdenciários, inclusive os direitos do contribuinte, perante o poder financeiro-fiscal do Estado.

São amparados pela injunção, tanto os direitos individuais, como os coletivos e, também, aqueles que se asseguram a entidades, associações ou corporações criadas para amparar ou proteger direitos ou interesses difusos.

A injunção não se confunde, igualmente, com as demais medidas cautelares que a legislação ordinária vigente instituiu para proteção de direitos ameaçados de lesão irreparável, antes ou durante a pendência de demanda judicial. As ações cautelares visam, também, a obrigar ou a proibir a prática de certos atos, por qualquer das partes litigantes, mas tais ações são, sempre, acessórias de uma ação principal, onde se controverte a respeito da existência ou não do direito material objeto da cautela.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, a injunção *(injunction)* pode ser utilizada como medida cautelar acessória, mas, nos moldes em que está idealizada na Constituição Brasileira, em elaboração, ela difere de tais ações, porque pode ser postulada de forma autônoma e desvinculada de qualquer outra ação ou pleito principal. O seu requisito fundamental, como se viu, é a falta de regulamentação legal que inviabiliza o exercício de certos direitos e liberdades e, assim, a ordem injuntiva pode ser concedida independentemente de qualquer outra ação ou demanda judicial, cuja admissibilidade — em regra — dependerá da existência efetiva de regulamentação. A injunção, assim, não é acessória de qualquer outra ação, mas substitui aquela que não pode, ainda, ser proposta por falta de regulamento legal.

A força coativa da ordem judicial não foi objeto de previsão expressa no texto constitucional, mas, observada a natureza excepcional da medida, as suas finalidades e, ainda, as pertinentes considerações de eqüidade, nada impede que o próprio juiz, ao conceder a medida, estabeleça ele próprio as sanções para o seu descumprimento, que poderão abranger quaisquer penalidades de natureza civil ou administrativa, pecuniárias ou não.

As penas criminais também poderão incidir e é comum que assim seja nas ordens injuntivas, mas, quanto a elas, o princípio *nullum crimen, nulla poena, sine lege,* instituído na Constituição, impede que o juiz crie pena não prevista em lei. O descumprimento de ordem judicial é, ordinariamente, punido como crime de desobediência.

Se o juiz, ao conceder a ordem, nada estabelecer a título de sanção, aplicar-se-ão, em caso de descumprimento da medida, as normas legais, criminais, cíveis ou administrativas que tiverem pertinência com a espécie de injunção concedida.

Quanto ao tempo de sua duração, o mandado de injunção deverá ter vigência temporária, devendo produzir efeitos até o momento em que começar a vigorar a regulamentação legal do direito ou liberdade por ele amparada. A faculdade concedida ao Poder Judiciário de suprir omissão dos demais Poderes Executivo ou Legislativo, mediante a concessão de ordem injuntiva, não retira destes últimos a atribuição de baixar, no âmbito das respectivas compe-

tências, as normas complementares destinadas a regulamentar os direitos e liberdades constitucionais, observados os limites previstos na Constituição.

Assim, baixada a regulamentação competente, cessam os efeitos da ordem judicial, cabendo aos interessados obedecer às novas regras pertinentes.

Conclusão:

O mandado de injunção tem, em síntese, as seguintes características:

a) pode ser requerido por qualquer pessoa, física ou jurídica, contra qualquer outra, física ou jurídica, pública ou privada;

b) tem fundamento básico na eqüidade, assegurado ao órgão competente do Poder Judiciário o direito de escolher o modo ou a forma pela qual o direito não regulamentado deverá ser exercido, estabelecendo o regulamento a ser obedecido, como se legislador fosse;

c) ampara qualquer um dos direitos e liberdades, individuais ou coletivos, previstos expressamente na Constituição, bem como as prerrogativas constitucionais inerentes à soberania, nacionalidade e cidadania, cujo exercício seja inviável em virtude da falta de regulamentação;

d) pode ser requerido antes da regulamentação, por via de lei complementar, lei ordinária ou qualquer outra forma de ato normativo, do direito, liberdade ou prerrogativa a amparar, ainda que esteja em curso o prazo legal fixado na própria Constituição para este fim, sendo, igualmente, admissível, mesmo nos casos em que exista regulamentação que, por deficiência ou inadequação, impeça o efetivo exercício do direito ou da liberdade constitucional;

e) é medida autônoma e não depende de qualquer outra ação ou demanda judicial, na qual se pleiteie o reconhecimento da existência do direito material que se quer exercer, sem regulamentação;

f) deve ter o seu descumprimento sancionado, na forma determinada pelo próprio juiz que o conceder, aplicando-se, à falta de sanção expressa, as normas legais pertinentes ao caso de desobediência a ordens judiciais em geral;

g) tem vigência temporária, perdurando seus efeitos, até que os direitos ou liberdades a que se refira venham a ser, efetivamente, regulamentados.

O tema aqui examinado é rico de conteúdo político, social e jurídico, merecendo considerações mais amplas e pormenorizadas, em

estudo de maior profundidade, mas, certamente, a sua principal característica é a de permitir que não se crie, uma vez já promulgada a Constituição, qualquer "buraco negro" ou vazio, no que concerne à efetiva realização e concretização dos direitos e das liberdades constitucionais ou das prerrogativas da nacionalidade, cidadania e soberania.

O papel do Poder Judiciário assume, com o mandado de injunção, importância transcendental, pois caberá a ele tornar de fato eficaz os mandamentos constitucionais. Espera-se dele a capacidade, a competência e o discernimento necessários para que a sociedade brasileira se sinta realmente amparada e protegida, com seus direitos efetivamente exercidos e respeitados, obedecida a regra tradicional do direito e da justiça, consagrada na fórmula *neminem laedere, honeste vivere, suum cuique tribuere.*

O MANDADO DE INJUNÇÃO

HÉLIO TORNAGHI*

O Mandado de Injunção é instituto novo no Direito brasileiro. Isso explica as dúvidas e perplexidades que vêm surgindo a seu respeito. Acredito que este despretensioso estudo contribuirá para torná-lo mais conhecido. E até mesmo as indagações que este trabalho possa suscitar ou as correções que venha a atrair ajudarão a aperfeiçoar o conhecimento desse novo remédio. Por isso me encorajo a apresentá-lo aos mais doutos, com a declaração de que receberei com prazer e humildade as censuras e as emendas.

Quero deixar consignado que não tive a pretensão de dizer novidade. E, na parte relativa ao Direito inglês e ao americano, segui a lição daqueles que, antes de mim, escreveram sobre o assunto no Brasil ou fora dele.

Em tema tão árduo e penoso, não tenho a presunção de tudo esclarecer; esta pequena obra é feita de luz e de sombra. Talvez até mais de sombra do que de luz. Nem por isso me parece desprezível o pouco de claridade que possa conter se *natura in operationibus suis non facit saltum,* o mesmo não se pode dizer do conhecimento humano, feito de avanços e recuos. Mas é exatamente essa inquietude, esse perpétuo vir a ser, que faz o progresso da ciência. É essa ingente batalha do pensamento contra a ignorância que dá beleza ao esforço para alcançar o brilho da verdade.

Em matéria jurídica, o labor nunca estará terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não pára. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários os mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido sempre o papel da *eqüidade social*, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que agora se introduz entre nós para a proteção "dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania", sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI). Trata-se de instrumento de proteção e, ao mesmo tempo, de ferramenta forjadora de direitos.

É natural que o juiz brasileiro, acostumado a ser fiel aplicador da lei, se encontre perplexo diante de um texto que o aproxima dos movimentos em prol do "Direito justo" (Stammler), da "Livre investigação" (Geny), do "Direito livre" (Kantorowicz) e de outros semelhantes. A decisão por eqüidade só lhe parece aceitável nos casos em que a carência de lei anterior lhe permite recorrer a ela.

Em notável ensaio sobre "O significado constitucional das jurisdições de eqüidade" (1) lembra Calamandrei a existência de dois sistemas de manifestação do Direito.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 01 (3ª Fase), jan./jun. 1995, p. 54-68.

O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao órgão legislativo, e a de aplicá-la, ao judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o "sistema da formulação judicial do Direito". Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por eqüidade. Nesse caso, diz o Mestre italiano, "o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira a inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria mas encontra já existentes". "Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução."

Mesmo na "jurisdição legal", o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo o seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. O Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência. Afinal, a verdade é que direito vivo é o que os tribunais consagram.

Em debate travado no Rio de Janeiro, em 14.12.88, perguntou-me o eminente Min. José Carlos Moreira Alves onde está dito no texto constitucional que o julgamento do pedido de Injunção deve ser feito com base na eqüidade social. Segundo S. Exa., eu estaria incindindo em petição de princípio ao partir da afirmação daquilo mesmo que eu deveria provar, isto é, que o julgamento do Mandado de Injunção é feito segundo o estilo da eqüidade social.

Ora, quem sabe o que é a Injunção, tal como a fomos buscar no Direito inglês e no americano, não ignora que ela é um remédio da *Equity*. Se trago para o Brasil uma planta aquática, posso presumir que ela há de ser transplantada para a água, que é o seu ambiente natural. Igualmente, se vem para nossa pátria um remédio do campo da eqüidade *(equitable relief)*, é de supor, sem que isso precise ser demonstrado, que é nessa área que ele deve funcionar. Isso me parece óbvio, e é totalmente desnecessário provar o óbvio. Pode-se partir daí para então tirar todas as naturais conseqüências. Acredito que o insigne jurista, melhor considerando, reconhecerá que não há petição de princípio, porque não se parte daquilo que deve ser provado, mas sim daquilo que é axiomático, evidente por si mesmo, que é da própria natureza do instituto.

Ao trazer para o Direito brasileiro a instituição do júri, foi preciso provar que ele é um tribunal popular? Ao introduzir entre nós o *habeas corpus*, foi necessário demonstrar que se trata de um remédio contra a lesão da liberdade de ir e vir? Será mister apresentar prova de que o *leasing* é um contrato de locação com opção de compra? Os exemplos poderiam ser multiplicados. Igualmente, não é necessário justificar a afirmativa de que a Injunção é um remédio do campo da eqüidade. Quem

sabe o que é a Injunção e de que modo ela funciona nos países de origem, sabe também que ela é um *relief at equity,* ou seja: que o julgamento do pedido é feito segundo as normas da eqüidade social.

Outra questão é a de saber se o Poder constituinte fez bem em adotar o Mandado de Injunção; ela entra no terreno da conveniência. Se atentarmos para o motivo que levou a introduzir na Constituição esse remédio, creio que daremos razão ao constituinte. O que se pretendeu foi tornar efetivamente auto-aplicáveis os dispositivos referentes aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, sem que o pretexto da falta de norma regulamentadora pudesse levar a uma denegação de justiça.

De qualquer modo, o problema da conveniência não se põe ao juiz: esse tem diante de si o preceito constitucional. Só lhe resta aplicá-lo.

Origem e natureza do mandado de injunção

Parece acertado afirmar que o Mandado de Injunção surgiu no Direito brasileiro pela mesma razão que provocou na Inglaterra o aparecimento do *Writ of Injunction.*

Aqui, como lá, o sentimento de eqüidade não tolera a existência de lesão para a qual não haja remédio jurídico. *(Equity does not suffer a wrong to be without a remedy).*

Em excelente trabalho, apresentado a um Seminário reunido no Rio de Janeiro em dezembro/88, o ilustre Prof. Galeno Lacerda afirma que a Injunção brasileira e a *Injunction* anglo-americana têm uma semelhança e uma diferença:

> · são semelhantes pelo fato de serem empregadas, "na ausência de norma específica'', pois a *Injunction* se baseia *in equity* e não *in law*;
>
> · diferem uma da outra, porque "a *Injunction* se esgota na imposição de um fazer ou de um não fazer ao requerido", enquanto que "a Injunção brasileira se alça a direito e garantia fundamental da pessoa, a obter desde logo, através do Poder Judiciário, o suprimento da falta de norma regulamentadora, de modo a lograr o amparo a direitos e liberdades constitucionais e a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, os quais, de outra forma, teriam sua eficácia suspensa à espera de regra geral".

Como se verá no desenvolvimento deste modesto trabalho, concordo com o eminente Mestre. Dele, porém, me afasto no que toca à sua afirmação de que os constituintes brasileiros se limitaram a tomar de empréstimo o nome (Injunção - *Injunction*) e a área de emprego do instituto (a da falta de norma específica). A mim me parece que o constituinte pátrio transplantou para o Direito Público um instituto que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, é empregado na esfera do Direito Privado.

Para bem entender o que é o Mandado de Injunção, convém recordar como ele surgiu e se desenvolveu no Direito inglês.

Tal como acontecia no Direito Romano, em que a *actio* era um pressuposto do direito subjetivo,[2] assim também na Inglaterra, o *Common Law* foi uma criação do Direito Processual. Os direitos subjetivos foram ali surgindo de maneira empírica, à

medida em que era criada cada ação judiciária (*remedy*), que garantia determinado interesse. No moderno Direito de tipo continental europeu, o direito subjetivo é um *prius* e a ação um *posterius* (*ubis jus, ibi remedium*); no Direito de tipo inglês, onde não há ação não há direito *(where there is no remedy, there is no right*).

O *Common Law* foi criado mais pelos tribunais, que aplicavam normas costumeiras, do que pelo órgão legislativo. A sentença proferida num caso concreto (*case)* tinha (e tem) força vinculativa *(precedent*) nos casos semelhantes. Depois dela, os juízes têm de manter o decidido *(stare decisis*). (3)

Anteriormente à promulgação da Magna Carta, o Rei gozava da prerrogativa de exercitar a justiça. Com o tempo, essa prerrogativa passou a ser uma ficção: a justiça ordinária não se fazia *coram ipso Rege*, isto é, perante o próprio Rei, mas, *de facto*, perante os juízes e tribunais, embora *de jure* esses julgassem em nome do Rei. Eles eram os juízes de Sua Majestade (*His Majesty's Justices*). Continuou, entretanto, a existir um poder residual do Rei de julgar ele próprio *(the King's residuary jurisdiction).* (4) E nada impedia que qualquer dos litigantes se dirigisse diretamente a Sua Majestade.

Os próprios juízes, especialmente os de circuito, juízes itinerantes (*Justices in Eyre)*, diversos dos juízes sedentários (*Justices in Bank*), apresentavam suas dúvidas ao Rei, considerado fonte da justiça; ou mesmo lhe reservavam as questões mais delicadas. E o soberano as decidia, ouvindo o conselho dos homens prudentes e avisados.

As decisões do Tribunal de Westminster passaram a não ser definitivas, pois eram passíveis do "recurso" ao Rei. Esse, porém, não exercia pessoalmente a sua jurisdição; ele a transferia a um Conselho Privado (*King's Council)*, no qual o Chanceler (*Chancellor*) e seus juízes, que eram clérigos e não juristas, temperavam o *summus jus* pela eqüidade individual, isto é, pela consideração das circunstâncias de cada caso. Alargando a própria jurisdição, a Corte do Chanceler (*Court of Chancery*) passou a julgar também os casos não regulados no *Common Law*. Fazia-o segundo a *equity*, ou eqüidade social, que levava o juiz a aplicar a norma que ele próprio formulava.(5)

No reinado de Eduardo, o Confessor, firmou-se a jurisdição de eqüidade da *Court of Chancery*. A princípio, o Chanceler era o guarda-selo e escrivão-mor (*Clerk*, isto é, clérigo) do Rei. A partir de Thomas Becket (1118 a 1170), essa corte passou a contar com cinco clérigos: o capelão do Rei (*King's chaplain*), que era o guardião da consciência do Rei (*Keeper of the King's conscience*) e do Grande Selo (*Great Seal*). Ele ratificava os atos reais e agia como sumo juiz. Com a abolição do ofício de distribuidor de justiça (*Justiciar*), por Eduardo I, o Chanceler tornou-se a segunda pessoa do Reino. Os atos do Rei só seriam autênticos e dotados de força coercitiva quando "selados" pelo Chanceler. O Grande Selo passou a ser a "chave do Reino" (*Clavis regni*), olhada com supersticiosa reverência por estadistas e homens do Direito. E, repita-se, o Chanceler e seu conselho julgavam por eqüidade individual levando em consideração as particularidades de cada caso e por eqüidade social preenchendo as lacunas do *Common Law*, o que faziam aplicando ao caso não disciplinado em lei a norma que eles próprios formulavam.

No reinado de Henrique VI (1422 a 1461), o Chanceler criou o Mandado de Injunção, típico *equitable writ*, isto é, concedido segundo as normas da eqüidade (*on a basis of equitable considerations*) para aqueles casos para os quais o *Common Law* não oferecia remédio adequado (*those cases in which the Common Law offered no adequate remedy)*.

A primeira lei de Organização Judiciária *(Judicature Act*), em 1873, fundiu as jurisdições de *Common Law* e de *Equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados no *Common Law* e daqueles fundados na *Equity*. Entre esses últimos, o mais característico de todos é *Writ of Injunction*, o Mandado de Injunção, agora introduzido no Brasil. Que vem a ser esse Mandado de Injunção?

A origem dos mandados (Writs)

A partir da invasão normanda (1066), aquele que desejasse mover uma ação deveria adquirir uma ordem escrita (daí o nome: *Writ*), mediante pagamento de uma taxa (*fee*). O *writ* (ou breve, pois a língua latina era usada em documentos oficiais) era uma intimação feita, *de jure*, pelo Rei. Isto é: era uma ordem ao réu para praticar (*ad faciendum*) ou para abster-se de realizar (*ad ommitendum*) algum ato. Encarregado de executar a intimação era o Sherif local. Se o réu atendia à ordem, o caso estava encerrado. Se não obedecia, ele era compelido a comparecer diante do juiz para se justificar.[6]

Cada *writ* dizia respeito a uma determinada pretensão. Não havia *writ* genérico e, muito menos, *writ* em branco para ser preenchido pelo autor da causa. Esse devia cuidar para que o *writ* correspondesse exatamente à sua pretensão. Cabia-lhe, durante o processo, demonstrar a existência dos requisitos de fato daquele *writ*. Se não o fazia, o juiz arquivava o processo. Nesse caso, não havia como propor novamente a ação, pois ao autor "já lhe fora dada a sua oportunidade".

Tampouco lhe era permitido alterar o pedido ou a *causa petendi*, ainda que durante o processo ficasse demonstrado que o autor teria podido requerer outro tipo de *writ*.

Durante o reinado de Henrique II (segunda metade do século XII), apareceram os *writs* típicos (breves), para cuja obtenção não houvesse dúvida (*writs of course*), relativos a casos freqüentes. Mas se os *writs* puderam se estereotipar, a vida não parou: as relações sociais foram criando novas situações, outros tipos de litígio que não se adaptavam aos *writs of course*. Novos *writs*, ou melhor, novos tipos de *writ* foram criados, apesar da oposição do Parlamento, que se considerava esbulhado em sua competência para gerar. O Estatuto de Westminster, de 1285, concedeu ao Chanceler o poder de criar novos *writs*, contanto que para casos semelhantes a um anterior (*writ in consimili casu*) e que comportasse um *writ of course*. Era um pretexto que só servia para coonestar, pois se o caso era semelhante não haveria dificuldade em conseguir um *writ of course*.

O cerceamento da expedição de novos *writs* trouxe consigo alguns inconvenientes. Nos casos em que não houvesse um *writ* adequado (*adequate remedy at law*), o direito ficava sem proteção. Essa foi uma das causas do aparecimento da jurisdição de eqüidade e dos remédios nela baseados (*remedies at equity*).

Um segundo estorvo resultou do fato de que o *Common Law* quase não tinha em seu arsenal providências capazes de prevenir os atos ilícitos. Limitava-se a reprimi-los, mediante sanções penais, ou a impor a obrigação de ressarcir o dano (*Money damages*). Isso tirava a força dos contratos, pois o obrigado podia optar entre cumpri-los ou pagar os prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Outro inconveniente era o de não possibilitar a intervenção de terceiros nem o litisconsórcio.

Ao lado disso, aconteceu também que os tribunais do *Common Law* se tornaram mais uma vez atreitos e agarrados aos remédios já existentes. Esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), fosse ela de fazer ou de abster-se, eles passaram a resolver tudo em perdas e danos.

Para obviar a esses inconvenientes, as próprias *courts of law*, isto é, tribunais que julgavam segundo o *Common Law*, passaram a recorrer aos remédios de eqüidade, tanto da eqüidade individual (epiquéia), com que temperavam o rigor da lei (*duress*), quanto da eqüidade social, com que lhe preenchiam as lacunas, evitando a denegação de justiça (*unfairness*). Como sempre acontece, a eqüidade entrou no Direito pela mão esquerda de juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de eqüidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (*Eyre*) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (*Justices in Bank*). Isso explica que o procedimento nos condados distantes da capital apresentasse características que depois iriam encontrar-se no processo *in equity*.

Mas, no meado do século XIV, os juízes de circuito (*Justices in Eyre*) começaram a ser substituídos por juízes de paz (*Justices of the peace*). Ao mesmo tempo, principiaram a surgir os ritos procedimentais (*forms of action*); desapareceu a execução específica da obrigação (*specific performance*), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade, para os tribunais, de fazer justiça. Aconteceu, então, um fenômeno parecido com aquele que fez surgir o recurso de agravo. [7] Talvez o mesmo fenômeno. Aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de *Common Law* invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (*outrage*). E como o "guardião da consciência do Rei" era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no *Common Law* remédio adequado (*adequate remedy at law*), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso *ex informata conscientia*. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de *equity*, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (eqüidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (*decree*), verdadeiras sentenças baseadas na *equity*. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o *Common Law* e uma quase-jurisdição que julgava por eqüidade: a *Chancery Court*. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

Note-se que a *Chancery Court* julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava *decree*.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de *equity (suit in equity)* era quase informal. Em simples petição (*bill in equity*), o reclamante pedia as providências necessárias para proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O *decree* era concedido *rebus sic stantibus*: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o *decree*, era processado por desobediência ao tribunal (*contempt of Court*).

A Injunction

O principal remédio (*remedy at equity*) existente no Direito inglês e no americano para os casos não contemplados pelo *Common Law* é a *Injunction*. Ela é a ordem pela qual o Judiciário junge alguém ao dever de fazer ou omitir algo.

Daí:

a *Mandatory Injunction* (determinação de fazer) e
a *Restraining or Prohibitory Injunction* (determinação de abster-se).

Como se vê, ela se chama *Injunction* porque o destinatário da ordem fica jungido a um dever jurídico.

A *Restraining Injunction* guarda algum parentesco com o Interdito Proibitório; tem, entretanto, uma aplicação mais ampla.

A *Mandatory Injunction* — que não se confunde com o *Mandamus* — pode ter por fim o cumprimento específico de uma obrigação: (*specific performance*), desde que não seja necessária a coação física *(nemo ad faciendum cogi potest)*.

Por vezes é suficiente a condenação por perdas e danos e o Judiciário não obriga ao cumprimento específico da obrigação. Em outras ocasiões, entretanto, a condenação ao ressarcimento do dano seria ilusória. Foi isso que levou a Corte da Chancelaria inglesa, em sua jurisdição de eqüidade, a suprir a falha, obrigando o devedor ao cumprimento da obrigação *in natura*, mediante um *decree of specific performance*.

A *Injunction* é final (*permanent*) quando concedida na decisão de mérito; é liminar (*preliminary*) quando deferida, como providência acautelatória, *in limine litis*.

Ela é sempre supletiva: só é concedida quando não existe em lei um remédio adequado (*adequate remedy at law*).

A *Injunction*, criada para direitos individuais, estende-se hoje aos direitos sociais; por exemplo: no caso de alguém ser expulso de uma agremiação sem ser devidamente ouvido (*without a'fair hearing*).

No Texas (40 Texas Or. R. 413, 50 S.W., 933), um tal de Warfield conseguiu uma *Injunction* para proibir um rival de cortejar sua mulher...

O mandado de injunção no Brasil

Diz a Constituição da República, no art. 5º, LXXI:

> "Conceder-se-á mandado de injunção: sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);

b) das prerrogativas inerentes:

- à nacionalidade (art. 12);
- à soberania (arts. 14 a 16);
- à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Conseqüências do disposto no citado dispositivo

1º) alarga o campo da jurisdição de eqüidade;

2º) transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;

3º) abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais.

Quanto à primeira conseqüência:

Ampliação do campo da jurisdição de eqüidade

Não é a primeira vez que uma Constituição brasileira recorre à eqüidade como fonte supletiva do Direito.

A de 1934 o fazia explicitamente no art. 113, nº 37, a saber:

"Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por eqüidade."

A primeira parte desse dispositivo está inspirada no art. 4º do Código Civil francês, segundo o qual: *''Le juge qui refusera de juger, sous pretexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice''.* (8)

Para se ter em conta como é premente a necessidade de preencher as lacunas da lei por meio da eqüidade, basta recordar o que se passou em França ao tempo da feitura do Código Civil.

O projeto do ano VIII dizia, no art. 11 do tít. V, do Livro Preliminar, que: *dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi precise, est un Ministre d'équité.* (9)

Esse Livro Preliminar não foi acolhido no Código Civil, segundo a superstição de que a lei não tem lacunas. É curioso que o art. 565 desse mesmo Código subordine o direito de acessão, relativamente às coisas móveis, *aux principes de l'équité naturelle.*

Diante do texto constitucional brasileiro, uma coisa é certa:

Os problemas do Mandado de Injunção estão ligados à razão de ser da jurisdição de eqüidade:

a) Onde houver norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (arts. 12 e 13); à soberania popular (arts. 14 a 16); ou à cidadania (arts. 12 e 13), funcionará a jurisdição legal, se qualquer deles for ameaçado ou ferido. O Judiciário aplicará a norma de lei, abstrata e geral, ao caso

concreto e os remédios serão o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e as ações pertinentes.

b) Quando não houver lei regulamentadora, funcionará a jurisdição de eqüidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Já dispunha assim o art. 1º do Código Civil suíço: *À defaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une cotume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de legislateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.* (10)

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a eqüidade individual, ele usaria também da eqüidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Dispondo a vigente Constituição tal como se vê do art. 5º, LXXI, alarga-se no Brasil a jurisdição de eqüidade.

Derroga-se o princípio: *aequitas legislatori, jus judici magis convenit*, isto é, a eqüidade é própria do legislador e o Direito o é do juiz.

O Judiciário vai, então, buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

Atente-se, mais uma vez, para o fato de que não se trata da eqüidade individual (epiquéia), como acontece, por exemplo, na aplicação da Lei de Luvas, em que o juiz leva em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, ao contrário, da eqüidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular uma norma, em seguida aplicada ao caso concreto.

Como foi dito acima, já Aristóteles estabelecia, com precisão, a diferença entre esses dois tipos de eqüidade. Ela é sempre um modo de determinar o que é justo em cada caso. É completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1º) a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A eqüidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí, funciona como a fita métrica usada pelos operários da Ilha de Lesbos (semelhante à que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a eqüidade individual;

2º) de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a eqüidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a eqüidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio. A tanto não chega a Constituição brasileira, que admite apenas a aplicação *praeter legem*: "sempre que, à falta de norma regulamentadora..."

A diferença entre esses dois tipos de eqüidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (eqüidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (eqüidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse o legislador. Nessa hipótese, a eqüidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção.

Note-se, porém: na hipótese de eqüidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma eqüitativa, ou seja: norma, sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à eqüidade nos casos do art. 5º, LXXI.

Não se deve, entretanto, supor que o juiz exerça, então, o mesmo papel do legislador. Ele não impõe normas gerais; apenas formula, em mente, a norma que aplicará ao caso *sub judice*. A formulação da norma pode até ser subentendida.

E a decisão não tem a mesma força vinculadora do precedente no Direito inglês e no americano.

Pode, isto sim, surgir, da reiteração dos julgados, uma regra consuetudinária. Acontecerá, então, o mesmo que ocorreu no campo do Direito Trabalhista em que, da aplicação dos dispositivos sobre a locação de serviços, se desenvolveu uma jurisprudência que iria desembocar em um novo ramo do Direito. O mesmo ocorreu com o Direito Aeronáutico e, em época mais remota, com o Direito Comercial.

Quanto à 2ª consequência:

Introdução de Mandado de Injunção na área do Direito Público

Salvo melhor juízo, parece-me que a Constituição foi um pouco tímida ao limitar o alcance do Mandado de Injunção às questões sobre direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania. Poderia o remédio servir também no campo do Direito Privado, como a *Injunction* do Direito inglês e do americano.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, os *Civil rights* são protegidos pelo *Mandamus*, semelhantes ao nosso Mandado de Segurança, quando a matéria é disciplinada em lei, e pela *Injunction* no caso de não haver regulamentação legal.

O *Mandamus* pertence ao campo do *Common Law*, enquanto a *Injunction* é da área da *Equity*.

O *Mandamus* pode ser *peremptory*, isto é, categórico, ou *alternative*, ou seja, alternativo. A *Mandatory Injunction* é sempre categórica.

Quanto à 3ª conseqüência:

O acolhimento entre nós do Mandado de Injunção abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais

A vida apresenta uma tal variedade de fatos que, perto deles, as produções da mais fértil imaginação não passam de ninharias. A obra do legislador tem em seu prol a unidade e a harmonia do sistema, além do préstimo de tender para o ideal. Mas, para isso, ela sacrifica e despreza as minúcias dos fatos. O homem que faz a lei se

abandona aos vôos do pensamento sem entraves e, por vezes, em lugar de verdadeiras soluções, encontra fórmulas abstratas.

Na jurisdição legal, em que o juiz aplica ao fato a regra da lei, essa é um *prius* e a sentença um *posterius*. Na jurisdição de eqüidade invertem-se os papéis: a decisão do caso concreto precede ao estabelecimento de uma norma geral. A jurisdição legal é mais propícia à segurança, uma vez que a norma aplicável precede à sentença. Em compensação, a jurisdição de eqüidade é mais favorável à consideração das circunstâncias de cada caso e, conseqüentemente, a uma justiça mais perfeita. Para maior garantia dos jurisdicionados contra o árbítrio dos juízes, é melhor a jurisdição legal. Mas quando, por falta de norma disciplinadora, ela se torna inviável, o remédio é recorrer à jurisdição de eqüidade, evitando assim a denegação de justiça. (11)

E, com isso, aparece a oportunidade de sugestões ao legislador para a adaptação do Direito objetivo às novas realidades sociais.

Ao julgar o pedido de Mandado de Injunção, o Judiciário atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente.

O poder de decisão é, assim, mais amplo que nos casos de Mandado de Segurança e de *Habeas Corpus*. O juiz funciona como um *arbitrator* e evita a fossilização do Direito.

O Mandado de Injunção afasta a barreira que o princípio da separação dos poderes coloca entre o juiz e as fontes materiais do Direito. Na jurisdição legal, o juiz atua como um lógico abstrato; na jurisdição de eqüidade, ele funciona como psicológo, sociólogo, economista, etc. Na primeira ele é fonógrafo que repete a voz da lei; na outra, é gravador que recolhe a voz dos fatos. E gravador que se adapta à temperatura ambiente.

O Mandado de Injunção é válvula que dá passagem ao oxigênio vivificador da realidade jurídica.

Note-se que a própria Constituição arvora, neste caso, a eqüidade em fonte formal do Direito. A decisão judiciária define, para o caso concreto, a norma regulamentadora que faltava na lei e que vagava na consciência coletiva. Ela é o remédio que torna viável o exercício e a proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania popular. E, pela reiteração, contribuirá para a feitura de leis regulamentadoras amadurecidas e clareadas.

Tem, pois, o Mandado de Injunção múltipla função social: 1ª) possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei. Isso se dá todos os dias, especialmente em virtude das transformações que se vão operando no mundo social. Pense-se nas mudanças trazidas pelos novos meios de comunicação de massas, pela eletrônica, pelo computador, pela aviação. O próprio conceito de direito individual evolveu do liberalismo, tipo século XVIII, para o socialismo de nossa época; 2ª) apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa; 3ª) evita as soluções revolucionárias.

Poderá temer-se que o juiz se sinta esmagado diante da responsabilidade de decidir sem que haja uma norma reguladora da espécie que se lhe apresenta. Mas, em primeiro lugar, a lei não lhe permite denegar justiça apenas por essa carência de regras

pertinentes. Em segundo lugar, a "graça do *status*" exerce sobre o juiz uma ação fortalecedora que o coloca acima das contingências humanas. Já no século passado observava Bluntschli que "cada função encerra um princípio moral, uma alma. Ela tem um espírito e esse *espírito* exerce influência sobre o funcionário, que se move na função como o indivíduo no corpo". "As funções do juiz são de tal modo santas, tão admiravelmente consagradas à justiça que, frenqüentemente, elas propiciam a coragem e a independência a um homem tímido. Sem dúvida, tal espírito não transforma a pessoa do funcionário, mas esse lhe sentirá sempre uma influência psicológica." (12)

Razões do provimento

Para que o pedido de Injunção seja provido é necessário que o ato por ele atacado configure ilegalidade, excesso ou abuso de poder.

Constitui *ilegalidade* a inobservância de norma legal sobre a forma, o lugar ou o tempo do ato praticado;

O *excesso de poder* decorre da prática do ato fora dos casos admitidos, ordenados ou não proibidos em lei;

O abuso de poder consiste na prática de atos por motivos diversos dos que fundamentam a lei.

A ilegalidade é formal. O excesso e o abuso de poder são materiais: o primeiro é quantitativo; o segundo, qualitativo.

Naturalmente, a norma que deve ser levada em conta no caso de Mandado de Injunção não é a da lei regulamentadora, que não existe, mas a que o juiz formularia se fosse legislador.

Problemas relativos ao Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção suscita alguns *problemas*.

a) O problema da legitimidade

O Mandado de Injunção não é ação popular. Ao contrário dos *interdicta* do Direito Romano, que podiam ser pedidos por *quivis ex populo*, isto é, por qualquer pessoa do povo, o Mandado de Injunção deve ser requerido pelo titular do direito, da liberdade ou da prerrogativa protegidos pela Constituição. Nos termos do inc. XXI do art. 5º da Constituição da República, a parte legítima pode, entretanto, ser representada em juízo por entidade associativa a que seja filiada.

b) O problema do interesse

No Direito Romano, os *intedicta* eram concedidos *publicae utilitatis causa*, isto é, tendo em vista a utilidade pública.

No Direito brasileiro, o Mandado de Injunção é outorgado tendo em vista a utilidade, para cada pessoa, do direito, da liberdade, da prerrogativa concedidos pela Constituição.

c) O problema da possibilidade jurídica

O Mandado de Injunção só é cabível para defesa dos referidos direitos, liberdades constitucionais, e, bem assim, prerrogativas inerentes: à nacionalidade (art. 12); à soberania popular, conseqüentemente aos direitos políticos (art. 14); à cidadania (art. 1°, II e art. 22, XIII).

E apenas nos casos em que, em favor de qualquer deles, haja uma obrigação de fazer ou de não fazer.

d) O problema do rito procedimental

A ausência de lei reguladora do procedimento cria, à primeira vista, uma dificuldade. A meu ver removível à vista das seguintes ponderações:

I) O problema não é novo. Ele surgiu também quando a Constituição Federal de 1934 introduziu, entre nós, o Mandado de Segurança. Só dois anos depois foi promulgada a primeira lei que regulou o assunto: a Lei 191, de 16.1.36. Isso não impediu que os juízes e tribunais conhecessem dos pedidos de segurança e os julgassem. Aplicaram as normas do processo de *habeas corpus* que, inclusive, anteriormente, tinha sua área de aplicação alargada para proteger outros direitos que não apenas o de ir e vir.

A dificuldade reapareceu, em São Paulo, quando ali foi promulgada a Constituição Estadual de 1967. Ela instituía uma ação direta de contraste da constitucionalidade das leis municipais e, por muito tempo, não foi aplicada por falta de lei processual pertinente. Não obstante, o egrégio Tribunal de Justiça veio a conhecer da representação feita pela ilustre Procuradora-Geral do Estado, Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, e a lhe dar provimento, amparado também por excelentes pareceres dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Celso Bastos, Dalmo Dallari e José Afonso da Silva (por ordem alfabética).

II) *Ubi jus, ibi remedium.* A falta de rito específico não deve impedir que sejam restaurados direitos feridos. Resta, pelo menos, o procedimento ordinário que serve a todos os casos para os quais não há rito especial. Na pior das hipóteses, portanto, o procedimento comum será indicado.

III) Assim como, até o advento da Lei 191/36, se aplicou ao Mandado de Segurança o rito do *Habeas Corpus*, assim também poderia aplicar-se ao Mandado de Injunção o que a Lei 1.533/51 dispõe sobre o procedimento do Mandado de Segurança. Pondera o ilustre Prof. Galeno Lacerda que o conteúdo dos dois *writs* diverge. É certo. Mas, se não estou enganado, essa divergência diz respeito aos direitos protegidos; é de Direito substantivo, não de Direito Processual. Sob o aspecto judiciário, parece-me, salvo juízo melhor, que há perfeita analogia entre os mandados que só diferem porque num caso existe norma regulamentadora e no outro não. Ambos têm a mesma razão de ser: proteger contra a violação ou a ameaça de lesão. E *ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

IV) A meu ver, o procedimento do Mandado de Injunção deve ser o mais singelo, aproximando-se do administrativo, respeitados os direitos constitucionais das partes e de eventuais terceiros.

A diferença entre o Mandado de Injunção (Constituição da República, art. 5º, LXXI) e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão (idem, art. 103 e seus parágrafos)

O Mandado de Injunção visa *imediatamente* à proteção de direito, de liberdade ou de prerrogativa.

A Ação de Inconstitucionalidade por omissão tem por fim exclusivo o ato pelo qual é dada ciência ao Poder competente da carência de medida necessária para a efetivação de norma constitucional, a fim de que esse adote as providências adequadas.

Ademais, o pedido de Injunção pode ser feito pelo titular do direito ferido ou ameaçado, enquanto a Ação de Inconstitucionalidade por omissão é movida pelas pessoas ou pelos órgão referidos no *caput* do art. 103 da Constituição da República (nº I a IX).

Mandado de Injunção e Execução das obrigações de fazer ou não fazer

O Mandado de Injunção é aparentado com a execução das obrigações de fazer ou não fazer. Mas com uma diferença: na hipótese da Injunção (brasileira), o objeto da prestação é ato ou omissão relativos a direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício seria inviável por falta de norma legal regulamentadora. Enquanto que, no caso da Execução de obrigações, o objeto da prestação é ato ou abstenção relativos a direitos privados.

O problema da competência

A competência para conhecer do pedido de Mandado de Injunção é definida pela Constituição da República (arts. 102, I, "q" e II, "a"; 105, I, "h") *quando há prerrogativa de função*. E pelas leis ordinárias, especialmente as de organização judiciária, nos demais casos.

---

* Hélio Tornaghi é Professor Emérito da Universidade Federal do Brasil.

NOTAS

(1) Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul Processo Civile*, v. II, pp. 1 e ss.

(2) Para maiores informações, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., S. Paulo,1977, 1º v., pp. 241 e ss.

(3) Para outras considerações acerca do estilo do Direito inglês, v. meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, 2ª ed., 1975, 1º v., pp. 37 e ss.

(4) Sobre a organização judiciária inglesa, v. minhas citadas *Instituições*, v. 2º, pp. 69 e ss.

(5) A distinção entre a eqüidade individual e a social já vinha de Aristóteles. *Na Ética a Nicômaco* ele ensinava que a *eqüidade individual* se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a *eqüidade social* se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido.

(6) Como se vê, há certa semelhança entre esse tipo de procedimento e o *das legis actiones romanas*.

(7) V. meu *Curso de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 5ª ed., 2º v., pp. 331 e ss.

(8) "O juiz que se recusar a decidir, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça."

(9) "Em matéria de Direito Civil, o juiz, na falta de lei precisa, é ministro da eqüidade."

(10) "Na ausência de disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o Direito Costumeiro e, na falta de costume, ele o faz segundo as regras que estabeleceria se tivesse de legislar. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência."

(11) Sobre as relações entre a segurança e a justiça, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 1º v., pp. 69 e ss.

(12) *Théorie Générale de l'État*, 3ª ed., 1891, p. 16.



Remédios Constitucionais – Mandado de Segurança


DIREITO
ROMANO

DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

ARNOLDO WALD

1. O Supremo Tribunal Federal firmou dois princípios, consagrando-os em súmulas que reconheceram que:

> "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula n.º 267).
>
> "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado" (Súmula n.º 268).

Tais súmulas refletem o entendimento predominante nos diversos tribunais do país.

A matéria deu margem a inúmeros pronunciamentos judiciais, tendo sido feito um levantamento de mais de quatrocentos acórdãos que analisaram o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais, conforme se verifica na obra *O mandado de segurança e a sua jurisprudência*, vol. 1, pág. 275 e seguintes.

2. Os diversos tribunais do país já admitiam a apreciação por mandado de segurança de decisões judiciais dos quais não cabia recurso suspensivo, como se verifica pelos acórdãos publicados in *Revista Forense*, vol. 193, pág. 268; vol. 182, pág. 271; vol. 196, pág. 159; vol. 181, pág. 244; vol. 185, pág. 254 e vol. 191, pág. 225 e *Revista dos Tribunais*, vol. 307, pág. 131 e vol. 314, pág. 401.

Ao contrário, a tendência dominante era no sentido de não permitir a correição por mandado de segurança de decisão que já tenha transitado em julgado (*Revista de Jurisprudência* do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 11, pág. 20 e *Diário da Justiça da União* de 5-6-1964, pág. 487, apenso ao n.º 101).

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 09 (1ª Fase), jan./abr. 1968, p. 71-78.

3. Resumindo a situação jurisprudencial brasileira, o Professor J.J. CALMON DOS PASSOS, em excelente estudo sôbre a matéria chegou às seguintes conclusões:

> "*a*) só em face da inexistência de recurso ordinário é possível o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial;
>
> *b*) apenas é admissível o mandado de segurança quando inexistir recurso ordinário e fôr manifesta a incompetência da autoridade judiciária para a prática do ato;
>
> *c*) em princípio, havendo recurso ordinário, é incabível o mandado de segurança contra ato judicial; a excepcionalidade do caso, entretanto, pode autorizar o conhecimento do *mandamus* havendo recurso daquela natureza;
>
> *d*) cabível o *writ* havendo recurso ordinário, quando fôr êste recurso de efeito apenas devolutivo;
>
> *e*) admissível o mandado quando, existindo recurso ordinário, fôr insuficiente para garantir o restabelecimento do estado anterior, em caso de provimento, ou insuficiente para obstar manifesta ilegalidade;
>
> *f*) cabível o mandado quando tiver por objetivo assegurar o respeito à coisa julgada" (J.J. CALMON DOS PASSOS, *Do mandado de segurança contra atos judiciais, in Estudos sôbre o mandado de segurança*, publicação do Instituto de Direito Processual, 1963, pág. 54).

4. Na doutrina, o acôrdo se realizou quanto à admissibilidade do mandado de segurança contra atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário.

No tocante aos atos pròpriamente jurisdicionais, diversos eminentes processualistas se manifestaram contra a possibilidade de apreciá-los em mandado de segurança. Tal é a posição de CARVALHO SANTOS (*Código de Processo Civil Interpretado*, 4.ª edição, Freitas Bastos, 1954, vol. IV, pág. 303; comentários ao art. 319); de LUÍS EULÁLIO BUENO VIDIGAL (*Do Mandado de Segurança*, 1953, págs. 111 e seguintes), de CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Do Mandado de Segurança*, 1.ª edição, n.º 105, pág. 78); aparentemente, de GUILHERME ESTELITA (*Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional*, in *Revista Forense*, vol. 132, pág. 341 e seguintes); de ALFREDO BUZAID (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 44, pág. 36). E de ATALIBA PEREIRA VIANA

(*Limites ao Uso do Mandado de Segurança*, tese de concurso, 1959, Rio de Janeiro, pág. 39).

5. Na realidade, o Desembargador ESTELITA admite o mandado de segurança contra atos judiciais, com objetivos limitados, com a finalidade de facultar ao impetrante recurso para a autoridade normalmente competente, contra o ato judicial impugnado, embora êste fôsse por lei irrecorrível, dando, outrossim, ao recurso, efeito suspensivo na hipótese de só lhe ser reconhecido por lei o efeito devolutivo. Seria, pois, o mandado apenas para excluir a realização ou a manutenção do ato ilegal até final reapreciação da matéria, pelo tribunal, em recurso ordinário (*in Revista Forense*, vol. 132, pág. 346).

Por sua vez, ALFREDO BUZAID reconheceu que a jurisprudência consagra a utilização do mandado de segurança contra atos jurisdicionais (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1961, fascículo I, pág. 225) e, em parecer, considerou tal remédio hábil para corrigir ilegalidade praticada pelo Conselho da Magistratura (*Revista Forense*, vol. 175, págs. 90 e seguintes).

6. LUÍS MACHADO GUIMARÃES propõe uma distinção entre atos estritamente jurisdicionais praticados no processo de cognição não corrigíveis por mandado de segurança e atos "jurisdicionais por dependência" praticados no processo executivo e no processo cautelar, que seriam suscetíveis de reforma por mandado de segurança.

No estudo que fêz sôbre *A revisão do Código de Processo Civil*, o eminente processualista reconhece a tendência dos nossos tribunais para a admissão do mandado de segurança como meio excepcional de correição de decisões judiciárias contrárias à lei ou à Constituição, lembrando que:

> "O certo é que tão freqüentes são as concessões do mandado, sempre em casos excepcionais, que a exceção já vai se transformando em regra...
>
> Ora, um princípio jurídico que todos os dias carece de ser violado em homenagem à justiça — é um falso princípio". (*Revista Forense*, vol. 114, pág. 8).

Em seguida, esclarece MACHADO GUIMARÃES que considera cabível o mandado de segurança contra os atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e também contra os atos de natureza jurisdicional quando não praticados pelo juiz no curso do processo de cognição, pois neste processo os atos devem permanecer rigorosamente imunes à censura por via de

mandado de segurança. Justifica o seu entendimento, classificando o mandado como processo de cognição de rito sumaríssimo e concluindo que:

> "... fazer interferir êste processo (do mandado de segurança) em outro de idêntica natureza seria superfetação insuportável. Não se admite o uso simultâneo de dois procedimentos, ainda que de ritos diferentes, para a obtenção do mesmo escopo" (*Revista Forense*, vol. 114, pág. 10).

7. O professor AUGUSTO MEIRA foi um dos primeiros defensores da admissibilidade do mandado de segurança contra atos jurisdicionais (*Arquivo Judiciário*, vol. 32, pág. 41 e Mandado de Segurança, *in Revista Forense*, vol. 97, pág. 772), tendo a sua tese, desde logo, merecido o apoio dos Ministros ANIBAL FREIRE, PHILADELPHO AZEVEDO e CASTRO NUNES (v. ANIBAL FREIRE, *Mandado de segurança contra decisões judiciais*, in *Revista Forense*, vol. 130, pág. 359 e PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, S. Paulo, Max Limonad Editor, vol. V, pág. 102 e 103; e ainda CASTRO NUNES, *ob. cit.*, página 124).

PONTES DE MIRANDA, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (2.ª edição, Rio, *Revista Forense*, 1959, vol. V, pág. 173), reconhece ser cabível o mandado de segurança contra atos judiciais, não prevendo a lei ou a jurisprudência recurso hábil para o caso, a mesma tese tendo sido abraçada por OTHON SIDOU, para quem, se inexiste recurso ou se o mesmo se mostra ineficaz, o mandado de segurança é medida adequada (*Mandado de Segurança*, 2.ª edição, já citada, pág. 99, n.º 59).

Não discrepam de tais ensinamentos CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO (*Repertório* já citado, vol. 32, pág. 291), HELY LOPES MEIRELES (*Problemas do mandado de segurança, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 73, pág. 43) e SEABRA FAGUNDES (*A nova lei do mandado de segurança, in Revista Forense*, vol. 144, pág. 39).

8. Podemos, assim, afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes admitem o mandado de segurança para corrigir a violação de direito líquido e certo por ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo. Foi êste, aliás, o ponto de vista que sempre sustentamos.

SEABRA FAGUNDES na sua obra sôbre *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (2.ª edição, pág. 319) chega a entender ser cabível o mandado de segurança contra decisão judicial ilegal, mesmo na hipótese de existir recurso com

efeito suspensivo, quando tal recurso não foi oportunamente interposto. Tal entendimento é compartilhado por J. J. CALMON DOS PASSOS, que afirma:

> "Mas se a existência do recurso de efeito suspensivo e a sua interposição tem a virtude de afastar a admissibilidade do *writ*, igual virtude não tem a sua mera existência, se não interposto" (J. J. CALMON DOS PASSOS, *Do mandado de segurança contra atos judiciais*, já citado, pág. 105).

Não acompanhamos o eminente processualista baiano na sua afirmação, pois não deve fruir dos benefícios do mandado de segurança aquêle que oportunamente não interpôs o recurso adequado. *Dormientibus jus non sucurrit*. Acresce que vencedora a tese da admissibilidade do mandado de segurança, todos os prazos de impetração de recursos, que, na realidade, são de decadência, sofreriam uma prorrogação, pois dentro dos 120 dias seguintes à decisão judicial, um mandado de segurança poderia ser impetrado para modificá-la.

9. A fundamentação da extensão do mandado de segurança aos atos judiciais encontra raízes na história do direito brasileiro e no direito comparado. Tanto o *habeas corpus* como o *recurso de amparo* foram sempre e ainda são considerados meios de corrigir ilegalidades contidas em atos jurisdicionais, e os trabalhos preparatórios dos diversos diplomas legais referentes ao mandado de segurança revelam a preocupação do legislador de permitir o seu uso contra atos de qualquer natureza, praticados por qualquer autoridade, desde que seja ilegal o ato e tenha ferido direito líquido e certo. Embora o anteprojeto constitucional de 1934 tenha restringido a garantia só admitindo o *writ* contra atos do Poder Executivo, as diversas emendas ampliaram-no e a Lei n.º 191 referiu-se expressamente ao seu uso contra atos do Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo com a Lei n.º 1.533, de 1951.

10. O texto constitucional vigente também afirma o cabimento do mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, não podendo a lei ordinária estabelecer uma distinção ou exclusão não prevista na Constituição.

Não há dúvida alguma quanto ao enquadramento dos órgãos do Poder Judiciário entre as autoridades cujos atos são suscetíveis de contrôle por mandado de segurança.

Também não merecem acolhida os argumentos que pretendem excluir o mandado de segurança contra atos judiciais por haver, na hipótese, contrôle múltiplo da mesma matéria, ou seja, apreciação, em ritos distintos, do mesmo fato. CALMON DOS PASSOS

esclareceu, com muita felicidade, que, ao lado dos remédios usuais ou normais, o mandado de segurança se apresentava como técnica extraordinária de correição de atos violadores de direitos. Não haveria, no caso, subversão alguma, mas tão sòmente uma técnica mais aprimorada e eficiente para atender casos de lesões mais violentas. "A forma normal e ordinária de revisão e emenda das decisões judiciais são os recursos previstos no ordenamento processual. A admissibilidade do mandado de segurança, em tais circunstâncias, representaria uma subversão, a rutura da normalidade, do que ordinàriamente se faz" (CALMON DOS PASSOS, *ob. cit.*, pág. 71).

As condições extraordinárias da violação do direto por ato ilegal exigem, todavia, tal subversão quando os recursos ordinários se mostram falhos e ineficazes.

Não há, por outro lado, duas apreciações, em ritos distintos, do mesmo conflito de interêsse, pois na ação se discute o conflito entre as partes e no mandado de segurança a legalidade do ato praticado pelo juiz no julgamento ou no processamento do feito. Os objetos da ação entre as partes e do mandado de segurança contra o ato do juiz são, pois, distintos.

Quanto ao princípio do contraditório, deve êle ser respeitado no mandado de segurança contra ato judicial, chamando-se como litisconsorte passivo a parte contrária no processo já existente, como, aliás, determina o próprio art. 19 da Lei n.º 1.533, que manda aplicar ao mandado as normas sôbre assistência e litisconsórcio constantes do Código de Processo Civil (art. 88).

Em acurado estudo, CALMON DOS PASSOS fêz a discussão completa dos argumentos levantados na matéria, concluindo no sentido de faltar-lhes a fôrça da convicção invencível, "única bastante para impedir que se ponha o problema, no particular dos atos do juiz, do ponto de vista da ilegalidade ou do abuso de poder, como o exige o mandamento constitucional" (*ob. cit.*, página 83).

11. Adotando o ponto de vista de CASTRO NUNES, o Supremo Tribunal Federal conheceu do Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 3.690, em que era recorrente *Laura Agostini de Villalba Alvim* e recorrida *a 5.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. O mandado não fôra conhecido pelo Tribunal de Justiça local, que entendeu caber da decisão proferida pela Câmara o Recurso Extraordinário, tendo o Supremo Tribunal Federal reformado o acórdão em 30 de novembro de 1956, a fim de determinar que o Tribunal *a quo* apreciasse o mérito do pedido. Trata-se de verdadeiro *leading case*.

12. No tocante à correição que é conhecida pela maioria das leis de organização judiciária, entende a doutrina que a pos-

sibilidade de "reclamação" não impede a utilização do mandado de segurança. A correição parcial ou reclamação deve ser compreendida como uma providência de ordem disciplinar existente dentro da órbita administrativa, que jamais deve assumir funções judicantes. A referência à correição parcial que encontramos no art. 5, II, da Lei n.º 1.533, abrange, pois, tão sòmente a decisão de matéria disciplinar ou administrativa (V. a respeito o excelente parecer de BUZAID sôbre *Correição parcial, in Revista Forense,* vol. 175, pág. 90 e ainda CALMON DOS PASSOS, *ob. cit.,* pág. 75 e OTHON SIDOU, *ob. cit.,* pág. 102).

A reclamação não é recurso, pois os recursos sòmente podem ter a sua origem em lei processual federal (art. 5, XV, *A*, da Constituição Federal), merecendo as veementes condenações que lhe fêz PONTES DE MIRANDA, ao explicá-la como "retrocesso psicanalítico às formas anteriores às próprias querimônias, sinal de regalismo ditatorial de juízes legisladores", e JOSÉ FREDERICO MARQUES, para quem a reclamação constitui "o maior aleijão do nosso direito positivo" (Ap. BUZAID, *parecer* citado, *in Revista Forense,* vol. 175, pág. 93).

13. Na realidade, a doutrina dominante e a própria jurisprudência reconhecem a inconstitucionalidade da reclamação ou correição parcial considerada como meio de corrigir decisões judiciais, entendendo-se, pois, que a possibilidade de reclamar (questão administrativa e disciplinar) em nada tolhe a parte no seu direito de impetrar o mandado de segurança, que é resolvido pela autoridade judiciária no exercício de sua função judiciante.

A êste respeito o Ministro MÁRIO GUIMARÃES teve o ensejo de esclarecer que:

> "O Conselho Superior da Magistratura, para o qual são encaminhados tais pretensos recursos (correição parcial) é uma seção administrativa do Tribunal. Não é uma Câmara Judicante. Não se envolve na apreciação de qualquer matéria sôbre que deva incidir um julgamento decisório das Câmaras. Se um juiz acaso erra atribuindo a um perito salários excessivos, o Conselho não modifica a decisão. *Isso compete às Câmaras.* O Conselho adverte simplesmente o magistrado, anota o seu nome para informar quanto ao seu mérito ou demérito em qualquer oportunidade e pode até, conforme o caso, tomar providências mais enérgicas. *Tudo, porém, dentro da órbita administrativa. Jamais assume funções judicantes"* (Ap. *Revista Forense,* vol. 175, pág. 95).

14. Em tese, é assim cabível o mandado de segurança contra a decisão do Juiz que, sem justo motivo, se recusa a receber a contestação do réu ou que, em ação de despejo por infração contratual, recebe a apelação tão sòmente no efeito devolutivo. Não basta, todavia, a injustiça da sentença para permitir o recurso ao mandado de segurança: é preciso que haja ato judicial ilegal que tenha violado direito líquido e certo.

O MANDADO DE SEGURANÇA E O RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO

MIGUEL SEABRA FAGUNDES

1. Dois — e apenas dois — são os pressupostos constitucionais de cabimento do mandado de segurança: *a*) existência de um direito líquido e certo, que não o de liberdade de ir e vir; *b*) ameaça ou lesão, a esse direito, por ato ilegítimo (ilegalidade ou abuso de poder) de qualquer agente do poder público (Emenda n.º 1, art. 153, § 21).

2. Duas circunstâncias, porém, levaram a legislação específica, imediatamente posterior à instituição dessa via sumaríssima — Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936 — a impor reservas processuais à sua utilização. Tendo em vista a simplicidade processual do mandado de segurança, imperativo da sua assemelhação originária ao *habeas-corpus* (Constituição Federal de 1934, artigo 113, inciso 33, seg. parte), para o qual aparece como sucedâneo, após alguns anos da contenção deste, pela reforma constitucional de 1926, no âmbito estrito da proteção da liberdade de ir e vir, assentou essa lei que ele seria cabível somente em se tratando de direitos subjetivos passíveis de prova documental; e, considerando o entrosamento do *writ* na sistemática das vias processuais, excluiu-lhe a oportunidade em se tratando de direitos para cuja defesa existisse outro remédio pronto e eficaz. Assim é que, no art. 7.º, § 1.º, previu a instrução do pedido apenas com prova documental, e, no art. 4.º, vedou a impetração quando se cogitasse de atos contra os quais fosse cabível "recurso administrativo, com efeito suspensivo, independentemente de caução, fiança ou depósito".

3. Essas posições do legislador, que o Código de Processo Civil (artigos 320, inciso II, e 321), e a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (arts. 5.º, inciso I, e 6.º) repetiriam, a jurisprudência as ratificaria, ao correr dos anos, afirmando a sua compatibilidade com o texto constitucional instituidor.

4. Embora não instituída em lei vedação do uso do *writ* quanto a atos judiciais, a jurisprudência se mostrou vacilante no admiti-lo contra eles, porém se inclinou, por fim, a aceitar-lhe o cabimento, desde que o ato judicial, lesivo de direito, não encontrasse corretivo pelas vias normais do processo. O que, de resto, era uma orientação vitalizadora, em termos razoáveis, do remédio criado pelo direito constitucional positivo para a proteção de

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 18 (1ª Fase), maio/dez. 1973, p. 31-33.

direitos subjetivos, qualificados antes pela excelência da pretensão (liquidez e certeza) do que pela qualidade do agente público argüido de denegação arbitrária.

5. Refletindo o critério assente na jurisprudência, a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, dispõe:

> "Art. 5.º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:
> .....
> II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição;"
> .....

6. Com base nesse texto se tem pretendido que o direito a recurso, assegurado pelo art. 815, do Código de Processo Civil, torna incabível a impetração de mandado de segurança por aquele que, sem ser parte numa ação, teve direito seu afetado pela sentença definitiva nela prolatada.

7. A nós se nos afigura que o direito de recorrer que nesse artigo se reconhece ao terceiro prejudicado, não exclui a sua opção pelo mandado de segurança como via de ataque da sentença.

8. Dentro do critério exegético, que leva a preservar, tanto quanto possível, as dimensões constitucionais traçadas ao cabimento do mandado de segurança, mesmo considerando-o em face do sistema geral das vias processuais, parece-nos que o recurso de terceiro prejudicado não se insere entre os excludentes do uso dessa ação especialíssima.

A expressão da Lei n.º 1.533 — "recurso previsto nas leis processuais" — deve ter-se como relacionada com os recursos assegurados às partes. Porque estas, se deles abrissem mão, para utilizar o mandado de segurança, estariam tumultuando, por sofreguidão ou comodidade, a marcha normal das vias processuais de que voluntariamente se valeram (autores), ou dentro de cujos trâmites aceitaram litigar (réus).

No que concerne a quem não foi parte na ação, e apenas vai sofrer os efeitos reflexos da sentença, na qualidade de terceiro, a situação é outra. O recurso do art. 815 não lhe é imposto como via única e necessária para o valimento da sua pretensão contra o julgado. Estranho à lide, ele tem nesse recurso apenas um caminho, dentre outros, que pode utilizar para resguardar-se das repercussões da sentença proferida na ação em que não foi parte. O recurso para ele é facultativo. "Essa faculdade de recorrer — ensina Odilon de Andrade em comentário ao citado art. 815 — independe da existência de outros meios judiciais com que o terceiro possa defender os seus direitos. Se estes forem de qualquer modo prejudicados na *res inter alios gesta*, está em suas mãos optar entre o caminho mais breve e econômico do recurso, ou o mais demorado e mais oneroso de uma demanda posterior. O recurso de terceiro é puramente facultativo". (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª edição, Forense, vol. IX, págs. 144-5). Se o recurso

oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual, é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os *recursos previstos nas leis processuais*, que uma vez existentes tornam descabida a impetração de segurança. Emprestar-lhe este efeito será privar o terceiro, totalmente descomprometido com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse. Será impor-lhe o uso de remédio processual que, a seu juízo, pode não se afigurar o melhor para a defesa do seu direito, seja pela inferioridade, quanto à prova e ao debate, em que se situe frente ao autor e ao réu na ação, seja por lentidão no desate da controvérsia, seja, enfim, por motivos outros vinculados ao seu interesse em espécie. Não sendo o terceiro compelido a usar o recurso do art. 815, mas tendo nele, tão somente, uma via, além doutras, para atacar a sentença que o prejudica, não há como excluir o seu apelo ao mandado de segurança, com base no inciso II, do art. 5.º, da Lei n.º 1.533. Não é possível dizer, em relação a ele, que haja recurso previsto na lei processual, pois o que nela se prevê pode ser insuficiente, a seu juízo, para a defesa da sua pretensão invalidatória. Somente quem é parte é que não pode, uma vez eleita (autor) ou aceita (réu) determinada via processual, variar para uma outra, com preterição dos recursos a cuja aceitação, como roteiro para os trâmites finais da lide, se obrigou virtualmente.

9. Porque assim de distinguir, não nos parece aplicável, nesse caso, a Súmula n.º 267, da "Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal", ("Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"), que, de resto, traduz, quase literalmente, o texto do art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 1.533. O critério que ali assentou o Pretório Supremo há de ter tido em vista o comum dos casos, isto é, o de recurso atribuído às próprias partes, e, portanto, sem alternativa do apelo a outras vias processuais. Não o caso singular do estranho à lide, que não sendo obrigado, processualmente, a usar o recurso do art. 815, do Código Processual, pode ver no mandado de segurança (como nos embargos de terceiro) meio mais eficiente para a defesa do seu direito em face da sentença.



O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MANDADO DE SEGURANÇA (*)

José dos Santos Carvalho Filho

I. *O mandado de segurança. Origem, contorno jurídico e objeto*

A Constituição brasileira de 1934 teve, sem dúvida, marcante relevo em nossa história jurídica, não só porque trazia em seu bojo a restauração da normalidade institucional do país, mas ainda em face da inserção de alguns institutos jurídicos necessários à consubstanciação daquela normalidade.

E foi exatamente essa Carta que, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, desenhou as linhas mestras do mandado de segurança por meio do art. 113, inciso 33, que tinha os termos seguintes:

> *"Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do* habeas corpus, *devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."*

É fato que, se analisarmos o dispositivo, algumas incorreções de ordem técnica poderão ser apontadas e discutidas. Nem por isso deve ser desmerecido. Estão nele os pontos básicos do mandado de segurança, pontos que subsistem até hoje sem embargo do tempo decorrido e das alterações supervenientes que não chegaram a desfigurar o instituto.

Respeitável autor sustenta que o mandado de segurança nasceu com a Constituição de 1891, sob o argumento de que, visando à implantação de um estado-de-direito, não poderia omitir a figura daquele remédio jurídico que concretiza uma garantia individual(1).

(*) O presente trabalho de doutrina obteve o 1º lugar no "Prêmio Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro", concurso jurídico promovido pela "AMPERJ" em 1980/81. A Comissão Examinadora viu-se composta dos seguintes membros: Dr. James Tubenchlak (Presidente), Dr. Sergio Demoro Hamilton, Dr. Edmo Rodrigues Lutterbach, Dr. Nicanor Medici Fischer e Dr. Carlos Augusto Vianna de Albuquerque.

(1) *J. M. Othon Sidou, As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, 1977, pág. 236.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 13 (2ª Fase), jan./jun. 1981, p. 69-103.

Ousamos discordar. O exame histórico demonstra que o instituto era embrionário antes da Constituição de 1934. A Carta de 1891 previu apenas o *habeas corpus*. Depois, a Lei n.º 221, de 20-11-1894, que organizava a Justiça Federal, propôs-se a tratar de uma esdrúxula e assistemática "ação anulatória de atos da Administração", distante em forma e conteúdo da figura do mandado de segurança. A doutrina, por seu turno, pugnava paulatinamente por uma medida jurídica paralela à ação constitucional do *habeas corpus* e protetora de direitos individuais(2). Em 1922, o Ministro *Muniz Barreto* sugeria a adoção de medida assemelhada ao *juicio de amparo* do direito mexicano. Por fim, seguiram-se diversos projetos de lei tratando do tema. O corpo inteiro do mandado de segurança, porém, apareceu com a Carta de 1934.

Com o propósito de regulamentar o art. 113 inciso 33, da Constituição de 1934, veio a lume a Lei n.º 191, de 16-01-1936. A Carta de 1937, em flagrante retrocesso, omitiu o mandado de segurança e, embora decreto de 16-11-1937 sinalasse o vigor da Lei n.º 191, ficou a ação sem o cunho de constitucional. O Código de Processo Civil de 1939 (Decr.-lei n.º 1.608, de 18-09-39) inseriu o mandado entre os processos especiais e, pouco tempo após, a Constituição de 1946 restabelecia o caráter constitucional da ação (art. 141, § 24), permanecendo, todavia, a sua disciplina a cargo do estatuto processual de 1939.

Finalmente, foi promulgada a Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, que é a que atualmente regula o mandado de segurança, conquanto tenha sofrido aqui e ali algumas modificações legislativas(3). Em sede constitucional, foi reproduzida a norma da Constituição de 19[illegible]4 na Carta de 1967 (art. 150, § 21) e na Emenda n.º 1/69 (art. 153, § 21).

A posição topográfica do mandado de segurança através d[illegible] sua regra primacial, contida no art. 153, § 21, da Carta Magna, ind[illegible]ca-o como *instituto constitucional de garantia individual*. Como se [illegible]trata de permitir a formulação de uma pretensão, há de caracteriz[illegible]ar-se como *ação*. Ação civil, de rito célere, sumário, destinada a "su[illegible]citar o controle jurisdicional sobre ato de qualquer autoridade, que por sua ilegalidade ou abuso de poder, viole ou ameace direito líqu[illegible]do e certo"(4).

O *objeto* da ação de segurança pode bipartir-se em medi[illegible]to e imediato. Imediato é o *petitum* relativo à correção de ato ileg[illegible]l da

---

(2) *Alberto Torres, A Organização Nacional*, 1914, págs. 496 e segs.

(3) Lei nº 2.770, de 04-05-56; Lei nº 4.166, de 04-12-62; Lei nº 4.348, de 26-06-64; Lei nº 4.862, de 29-11-65; Lei nº 5.021, de 09-06-66; Lei nº 6.014, de 27-12-73; Lei nº 6.071, de 03-07-74.

(4) *M. Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., 1979, págs. 259.

autoridade administrativa. Mediato é o bem jurídico a ser obtido pelo demandante em decorrência da correção judicial. Como se pretende restaurar o direito líquido e certo do postulante, esse passa a ser o bem jurídico principal, porque, na linguagem filosófica, é a sua principal solicitação dos desejos. No dizer de *Ulpiano* já emanava tal sentido: *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc beatos faciunt.* Contudo, outras solicitações e satisfações decorrerão daquele bem jurídico, muitas amparadas pela ordem jurídica; sendo assim, configurarão também bens jurídicos (5) e, portanto, objeto mediato do mandado de segurança.

A norma constitucional (art. 153, § 21) e a regulamentadora (art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51) referem-se a ato ilegal e a abuso de poder. O ato é ilegal quando a autoridade emitente da vontade viola os preceitos da lei ou da Constituição. Ao falar em ato, porém, não se pode restringir a idéia de modo a se considerar o ato administrativo típico tão-somente. Alguns atos judiciais, desprovidos de recurso processual específico, bem como certos atos legislativos apenas formais e de destinação individual são também considerados atos para o efeito de correção judicial pela ação de segurança.

Quanto à expressão "abuso de poder" colocada ao lado e por adição à de "ato ilegal", entendemos que houve equívoco técnico da parte do legislador. O poder administrativo pode ser objeto de *uso* quando o agente administrativo se conduz dentro dos parâmetros legais. Mas se a autoridade exorbita de sua competência (excesso de poder, *excés de pouvoir*) ou se afasta da finalidade administrativa (desvio de poder, *détournement de pouvoir*), estará cometendo *abuso de poder,* que, em qualquer de suas formas, configura atividade ilegal (6). Com toda a razão, portanto, *Seabra Fagundes* (7), para quem a conceituação de abuso de poder terá cunho apenas teórico, não importando a distinção para o mandado de segurança porque aquela figura corresponde, na verdade, à espécie do gênero ilegalidade. Não podemos, assim, endossar posição que admita a ilegalidade e o abuso de poder como duas coisas diversas; nem parece muito clara a argumentação de que abuso de poder "é agir dentro da lei mas contra ela no sentido subjetivo"(8). Ou a atividade se enquadra no permissivo legal ou viola o preceito contido na lei; agir objetiva ou subjetivamente contra a lei reflete sempre um comportamento eivado de ilegalidade.

---

(5) *Clóvis Beviláqua, Teoria Geral,* 7ª ed., 1955, § 29.

(6) *Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro,* 4ª ed., 1976, págs. 81/85.

(7) *Ob. cit.*, pág. 269.

(8) *Othon Sidou, ob. cit.*, pág. 248.

II. *O Ministério Público. As diversas formas de atuação*

Nos dias de hoje já não comporta mais analisar nem questionar a relevância do Ministério Público; tal valor se tornou reconhecido, pacífico, uníssono, tudo em razão de sua multifária atuação visando à intransigente tutela dos mais altos interesses da sociedade.

Relevância à parte, a missão do Ministério Público é tão nobre quanto bela. Quem tem a veraz sensibilidade de vivê-la — já com a honra de integrar-lhe o quadro, já com o desempenho de outras atividades que possam tocá-la — não pode mesmo deixar de reconhecer a imensidão de sua beleza.

Para *José Frederico Marques,* o Ministério Público "é o órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária"(9).

Constitui, na verdade, o Ministério Social. Integrante embora da organização administrativa do Estado, não o representa em si mesmo, mas sim a sociedade política e juridicamente organizada. Daí poder concluir-se que o Ministério Público é uma *instituição social*(10).

A natureza deste trabalho não propicia o estudo das origens da instituição, o qual, aliás, admite hipóteses diversas. Certamente sua origem próxima se encontra na França *(les gens du Roi),* ao tempo em que, transferido a magistrados o poder de julgar, competia criar agentes de confiança que pudessem fiscalizar-lhes a atuação. No Brasil, as Ordenações Manuelinas chegaram a fazer menção a Promotor da Justiça. As Constituições de 1824 e 1891 não sistematizaram a instituição. Mas o *Parquet* foi premiado com o merecido destaque na Constituição de 1934, já com o objetivo de cooperar nas atividades governamentais (arts. 95 a 98). A Carta de 1937 produziu um retrocesso no tratamento do Ministério Público, tratando dele de forma esparsa.

O Título III da Constituição de 1946 foi atribuído com exclusividade ao M.P. e ali se desenharam as normas diretrizes da instituição. Em 1967, embora em seção própria, foi insculpido dentro do Poder Judiciário (arts. 137 a 139). Por fim, a Emenda n.º 1/69 inseriu-o no Poder Executivo (seção VII, arts. 94 a 96), e a Emenda n.º 7, de 13-04-77, determinou alteração no sentido de ser editada lei complementar para estabelecer normas gerais a serem observadas pelas organizações estaduais do M.P.

---

(9) *Manual de Direito Processual Civil,* 1974, vol. 1, pág. 284.

(10) *Sergio de Andréa Ferreira, Princípios Institucionais do Ministério Público e Assistência Judiciária,* 1978, págs. 16/17.

Função primordial do M.P. é a defesa de interesses do Estado e da sociedade(11). Sucede que para alcançar esse objetivo precisa atuar nas mais diversas áreas do direito e nas mais variadas formas de atividade. A Lei Orgânica do Ministério Público(12) prevê a atuação judicial, perante o Poder Judiciário, e a extrajudicial, na forma do que a lei estatuir (art. 3.º). E que a finalidade principal é a defesa da sociedade, quer quando promove, quer quando fiscaliza a execução da lei (art. 2.º).

Sergio de Andréa Ferreira, que se vem dedicando há muito ao estudo sistemático da atuação do M.P., aponta cinco funções básicas(13).

Dentro de um primeiro plano, o M.P. atua como *parte.* É o que ocorre normalmente nas ações penais, em que figura como *dominus litis,* devendo-se, porém, ressalvar a hipótese das ações penais privadas. No campo do Direito Civil, o M.P. é parte quando propõe a ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, inc. II, do C. Civil) ou a ação rescisória (art. 487, III, C. P. Civil). Sendo parte, estará sujeito aos poderes, deveres e ônus processuais, conquanto se observem algumas prerrogativas no estatuto processual, como em matéria de prazos (art. 188, C.P.C.).

Como *custos legis,* o M.P. protege interesses e direitos indisponíveis inerentes à ordem pública. O Cód. Proc. Civil vigente dispôs expressamente sobre esse tipo de intervenção no art. 82, I (causas em que há interesses de incapazes) e II (causas concernentes a estado, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade). Essa atuação traz para o M.P. a necessidade de fiscalizar tais interesses em conformidade com a norma *in abstracto* adequada ao caso concreto deduzido no processo. Aqui é imparcial e tem na lei o seu único parâmetro. O C.P. Civil criou forma de intervenção calcada no interesse público (art. 82, III). Como a lei não definiu qual o interesse público que ensejava a intervenção do M.P., houve a princípio alguma discussão a respeito do tema. Segundo uns, somente o interesse patrimonial direto da Fazenda justificaria essa intervenção(14). Para outros, a intervenção dá margem a uma apreciação discricionária feita pelo próprio M.P. no que toca ao *interesse público* previsto na lei(15).

---

(11) *Moacyr Amaral Santos, Direito Processual Civil,* vol. 1, 1965, pág. 153.

(12) Lei Complementar nº 5, de 06-10-76.

(13) *Ob. cit.,* págs. 45/55.

(14) *Hely Lopes Meirelles, ob. cit.,* pág. 681.

(15) Conclusão apresentada por Comissão de ilustres membros do M.P. no Simpósio dos Magistrados do Brasil (Rio, 1974) a respeito do então recém-vigente Cód. Proc. Civil, a qual teve aprovação em plenário.

Seja como for, objetivo primordial é a *custodia legis;* e de tal relevo é a referida atuação que a lei processual cominou com a pena de nulidade a falta de intervenção do M.P. nos casos em que a lei o impuser (art. 84). Como fiscal da lei, terá vista dos autos depois das partes (art. 83, I) e estará legitimado a recorrer (art. 499, § 2.º, C.P.C.).

O Ministério Público desempenha, ainda, a função de *defesa e representação de incapazes.* Estes, sem embargo de sua situação peculiar, têm o direito de ver defendidos e protegidos os seus interesses. E não se torna com isso parcial; ao revés, protegendo-os, defende a lei e a própria sociedade(16). Representação, por exemplo, ocorre quando o M.P. funciona como curador à lide na função de curador especial, na forma do art. 9.º, do C.P. Civil. Assim como, nesses casos (incapaz sem representante legal ou com interesses colidentes com os destes; réu preso; e revel citado por edital ou com hora certa), a nomeação de curador especial não exclui a necessidade de intervenção do M.P., *ex vi* do art. 82, I, do C.P.C.(17), se curador especial for membro do M.P., ainda assim deverá intervir outro órgão do M.P., porque se não confunde a função do primeiro, de representar o incapaz, com a do segundo, de *custodia legis.*

Pode o *parquet* assumir a posição de *defensor e representante judicial do Estado.* É o que ocorre na União Federal(18) e em alguns Estados da federação. Em nosso entender, sucede uma distorção das finalidades do M.P., sendo fácil perceber que se antagonizam as atuações de defender, esta admitindo conduta parcial e visando exclusivamente aos interesses do constituinte, e a de fiscalizar a execução das lei, que impõe posição mais alta e eqüidistante das partes de modo que se possa realmente velar pelos interesses da sociedade. Por essa razão, melhor será a bipartição das atividades de fiscalizar, inerente ao M.P., e de patrocinar interesses individuais, devendo esta ser entregue a um quadro próprio de procuradores.

Por fim, se as formas de atuação anteriores são desenvolvidas normalmente dentro do Poder Judiciário, confere a lei ao M.P. a função de tutelar certas atividades e entidades administrativas em razão dos altos interesses a que visam. Estão nessa hipótese a fiscalização das fundações, das casas de diversões; a verificação de funcionamento de estabelecimentos psiquiátricos e das próprias prisões e delegacias.

---

(16) *Sergio de Andréa Ferreira, ob. cit.,* pág. 48.

(17) *Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Cód. Proc. Civil,* vol. I, tomo I, 1975, pág. 132.

(18) Lei nº 1.341, de 30-01-51.

III. *O Ministério Público no mandado de segurança*

Ao tratar do procedimento do mandado de segurança, o qual se reveste de indiscutível caráter de sumariedade, a Lei n.º 1.533/51 dispõe:

> *"Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7.º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham ou não sido prestadas as informações pela autoridade coatora."*

Se se fizer uma análise acurada do procedimento da segurança, chegar-se-á, na verdade, à conclusão de que nele existem quatro grandes passos: a petição inicial, onde se expõe a postulação; a resposta da autoridade coatora, que a lei denomina de *informações*(19); o pronunciamento do Ministério Público, após a manifestação das partes integrantes da relação processual; e, finalmente, a sentença, que comporá a lide e consubstanciará a prestação jurisdicional. É evidente que tais etapas terão seu curso no primeiro grau de jurisdição.

Como a lei previu expressamente o pronunciamento do M.P., cabe examinar a que título se dá esse pronunciamento, ou, em outras palavras, qual a natureza da função exercida pelo M.P. quando se manifesta no mandado de segurança.

A questão suscita controvérsias entre os doutrinadores.

A primeira divergência de posições diz respeito à expressão usada pelo legislador — "representante do Ministério Público". E a dúvida consiste em saber *se esse representante terá pronunciamento imparcial ou se funcionará em defesa da autoridade coatora.*

E tudo emana de um fato aparentemente simples, mas que acarreta na prática graves repercussões e diversos posicionamentos — a organização do Ministério Público Federal (Lei n.º 1.341, de 31-01-51), que se compõe de Procuradores da República, da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral. O cerne do problema reside em que, em sede federal, o Ministério Público *acumula as funções de fiscal da lei e de advogado da União*(20), o que, em nosso entender, representa posições absolutamente inconciliáveis. Mais coerente, sem dúvida, é a organização de grande parte dos Estados-membros, segundo a qual para a defesa dos interesses do Poder Público foi criado quadro próprio de procuradores estaduais,

(19) Art. 7º, inc. I, da Lei 1.533/51.

(20) Arts. 30, I, II, III e 37, da Lei 1.341/51.

reservando-se, entretanto, ao Ministério Público sua posição básica de *custos legis*. Essa é, por exemplo, a organização do Estado do Rio de Janeiro.

O certo é que o legislador limitou-se a mencionar que em determinado momento do processo deveria pronunciar-se o Ministério Público.

Assim sendo, dividiram-se os autores logo quanto a essa primeira *vexata quaestio:* se o Ministério Público a que se referia o legislador interviria no processo como advogado da pessoa jurídica pública, à qual pertencesse a autoridade coatora, ou desta mesma; ou se desempenharia a função de fiscal da lei.

De um lado, *Castro Nunes*(21), *Temístocles Cavalcanti*(22), e *Celso Agrícola Barbi*(23) sustentam que o referido art. 10 da Lei n.º 1.533 estabeleceu a intervenção do Ministério Público apenas como representante judicial da pessoa jurídica de direito público de cujo quadro faz parte a autoridade apontada como coatora.

De outro, *J. M. Othon Sidou*(24), *Seabra Fagundes*(25), *Hely Lopes Meirelles*(26), *José Frederico Marques*(27) e *Ulderico Pires dos Santos* (28) entendem que o Ministério Público atua verdadeiramente como fiscal da lei, e, portanto, de modo imparcial e eqüidistante das partes litigantes.

Entendemos correta a interpretação desta última corrente.

O primeiro entendimento traz em abono de sua tese o disposto no art. 3.º, da Lei n.º 4.348, de 26-06-64, segundo o qual as autoridades coatoras devem enviar, no prazo de 48 horas, ao Ministério ou ao órgão a que se acharem subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autêntica da postulação contida na inicial, a fim de que tomem providências para impugnar a suspensão do ato, caso deferida a liminar, e preparar a defesa do ato acoimado de ilegalidade.

Esse argumento, *data venia,* não convence.

O referido dispositivo da Lei n.º 4.348/64 não explicitou, a nosso ver, que o Ministério Público *somente* funcionaria como representante da autoridade coatora. Ao contrário, parece ter-se adequado ao

---

(21) *Do Mandado de Segurança*, 7ª ed., 1967, págs. 268 e 274.

(22) *Do Mandado de Segurança*, 4ª ed., 195, pág. 16.

(23) *Do Mandado de Segurança*, 2ª edição, 1966, págs. 142/143.

(24) *Ob. cit.*, pág. 301.

(25) *A nova lei de Mandado de Segurança*, em "Revista Forense", nº 144, págs. 37 e seguintes.

(26) *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1967, págs. 17/18.

(27) *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 1959, págs. 225.

(28) *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*, 2ª ed., 1977, pág. 374.

entendimento de que o M.P. atua obrigatoriamente e como fiscal da lei. Visou o legislador a possibilitar que a autoridade coatora não restasse indefesa, ou, ao menos, mal defendida. Determinou, por isso, a remessa do mandado notificatório ao Ministério ou ao órgão hierarquicamente superior e ao Procurador-Geral da República ou a quem detenha a representação judicial da União, Estado ou Município, para que formem a defesa do ato impugnado. Ora, se num quadro, como o da União, incumbe ao Ministério Público a defesa da entidade, manifestar-se-á um de seus membros como defensor, mas será obrigatória a intervenção de outro na qualidade de fiscal da lei.

Celso Agrícola Barbi(29) colaciona, ainda, em abono de seu entendimento o fato de que haverá tratamento diverso conforme seja federal, de um lado, ou estadual e municipal, de outro, a autoridade coatora. Contudo, a diversidade apontada decorrerá tão-somente das diferentes estruturas dos quadros do Ministério Público dessas entidades. Bastaria, para evitar-se a confusão, que a União, ou eventualmente outra entidade estatal que tenha estrutura similar, desmembre a sua Procuradoria-Geral de modo a separar a Procuradoria, com função de representação judicial, e o Ministério Público, no exercício da fundamental atuação que possui — a de fiscalização das leis.

Por fim, o grande publicista assevera não ver motivos para funcionar o M.P. imparcialmente no mandado de segurança, pois que, para outras ações propostas contra a União, Estado, etc., não impõe o estatuto processual a intervenção daquele órgão.

O argumento não colhe por dois motivos. A uma, porque o mandado de segurança, por ter previsão e amparo em sede constitucional, e justamente por representar uma violação a direito individual em face de ato de uma autoridade administrativa (da qual, aliás, só se deveria esperar conduta conforme a lei), foi o remédio mais eficaz encontrado para a proteção dos direitos líquidos e certos, o que, como é óbvio, exige, a título de fiscalização, a imparcial e rigorosa presença do M.P. A duas, porque o estatuto processual vigente, diversamente do revogado, que vigorava à ocasião em que escreveu o autor a edição de 1960, previu a intervenção obrigatória do M.P. nos casos em que presente estiver o interesse público. Desse modo, o problema não é ser a ação proposta contra esta ou aquela pessoa estatal, e sim que nela o interesse público exija a intervenção do M.P.

Definitiva a propósito, e em nosso entender, acertadíssima, a opinião de *Hely L. Meirelles*, quando conclui, *verbis:*

> *"O dever indeclinável do Ministério Público é o de manifestar-se sobre o direito pleiteado, podendo opinar*

(29) *Ob. cit.*, pág. 142.

pela concessão ou pela denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou irregularidade do processo, segundo a sua convicção pessoal, sem ficar adstrito aos interesses da Administração Pública na manutenção de seu ato"(30).

Partilha do mesmo entendimento *Othon Sidou, verbis:*

"Quando oficia em mandado de segurança, o Ministério Público não defende interesse do coator nem do impetrante, e sim os altos ditames da justiça"(31).

Por toda a exposição, entendemos presentes duas conclusões básicas: a primeira diz com a obrigatoriedade de intervenção do M.P. no mandado de segurança, por força da melhor interpretação ao art. 10, da Lei n.º 1.533/51; a segunda entende com a posição que assume na relação processual, sendo de considerar-se melhor o entendimento de que figura como *custos legis,* ou seja, longe dos interesses das partes postulantes, vela pelos mais altos interesses da sociedade e emprega seu zelo no sentido de que sejam as leis executadas fielmente, sobretudo por atos de autoridades. Portanto, perfeita, lógica e coerente a sempre elevada atuação do M.P. no mandado de segurança.

Como o mandado de segurança tem a natureza de ação de caráter civil, e, ainda, porque ao Ministério Público caberá funcionar como fiscal da lei, calcado apenas na convicção pessoal e na defesa dos mais elevados interesses da sociedade, é de ver-se o cuidado que deverá ter ao apreciar as várias questões incidentes naquele procedimento, não somente naquilo que se refere à relação processual, mas também no exame da controvérsia deduzida em si mesma.

Nossa proposta tem por objetivo apresentar algumas dessas questões, demonstrando como os autores especializados no tema se têm havido e emitindo nosso entendimento sobre cada uma delas, tudo com o único fim de subsidiar o relevante e sempre acurado pronunciamento do Ministério Público em mandado de segurança.

IV. *Os pressupostos processuais*

Antes do exame do mérito da controvérsia e até mesmo das condições da ação, compete verificar se estão presentes os supostos prévios para a validade da relação processual. São os denominados pressupostos processuais, requisitos indispensáveis para que a autoridade jurisdicional alcance o estudo e a decisão da *res in iudicium deducta.*

(30) *Ob. cit.*, pág. 18.
(31) *Ob. cit.*, pág. 380.

Por essa razão, alguns autores entendem imprópria a expressão hoje já consagrada. É que, na verdade, tais requisitos correspondem a condições de admissibilidade da tutela jurisdicional e não *de existência* do processo, como parece impor o art. 267, IV, do C.P. Civil, porque mesmo ante a ausência desses pressupostos o processo existe como conseqüência da inauguração da relação jurídica processual(32).

Não obstante, o certo é que a doutrina e agora a própria lei processual civil deram à expressão o cunho de definitividade.

Sem nos prendermos a controvérsias a respeito do tema, em face da natureza deste trabalho, podemos assentar que pressupostos processuais são todos os requisitos necessários a uma relação processual válida.

De acordo com a classificação de *Moacyr Amaral Santos,* apoiado em *Galeno de Lacerda,* os pressupostos processuais são subjetivos ou objetivos. Nestes os requisitos entendem diretamente com a relação processual; naqueles, embora afetada esta relação, os requisitos são inerentes às pessoas que nela figuram. Examinemos, então, tais pressupostos da relação processual do mandado de segurança à luz, sobretudo, do cuidado que o M.P. deve possuir ao manifestar-se em tal ação.

1. *Capacidade de ser parte*

O primeiro ponto a ser analisado pelo M.P. em seu pronunciamento deve ser o relativo à capacidade de ser parte, ou seja, à verificação da existência, ou não, da capacidade jurídica para a formulação e para a resposta.

A capacidade de ser parte, como é sabido, não se confunde com a personalidade jurídica do direito privado, nem com o problema da pessoa natural (arts. 2.º e 13, do C. Civil). É certo que a lei civil confere capacidade jurídica a pessoas naturais e jurídicas. Sucede que o Direito Processual Civil deu maior extensão a essa capacitação civilística ao considerar como suscetíveis de postular, além daquelas, certos acervos patrimoniais aos quais se tem denominado de *pessoas morais,* como é o caso da massa falida, a herança, as sociedades sem personalidade jurídica, o condomínio(33).

No mandado de segurança cabe então primeiramente examinar se o postulante, ou impetrante(34), tem a capacidade de figurar na

(32) *José Frederico Marques, ob. cit.,* vol. 2, págs. 127/128. Em sentido contrário, *Moacyr Amaral Santos, ob. cit.,* vol. 1, pág. 275.

(33) Art. 12, III, IV, V, VII e IX, do Cód. Proc. Civil.

(34) Autor e réu no mandado de segurança, de praxe, são denominados de impetrante e impetrado.

relação processual, de acordo com o conceito de parte no processo. Aplicar-se-ão, no que concerne ao autor da ação, as normas do direito comum.

O problema da capacidade de ser parte encontra, porém, algumas dificuldades no aspecto relativo ao réu, ou impetrado. Aqui divergem os autores. De um lado, *Lopes da Costa*(35), *Hely Lopes Meirelles*(35) e *Hamilton Morais e Barros*(37) entendem que são partes as autoridades coatoras. De outro, *Seabra Fagundes*(38), *Temístocles Cavalcanti*(39) e *Celso Agrícola Barbi*(40) sustentam que parte passiva é a pessoa jurídica de direito público.

A nosso ver, a melhor doutrina é a primeira. Em primeiro lugar, a medida judicial é por lei promovida contra a "autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça" (art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51). Ademais, quando o juiz recebe a postulação e profere despacho de conteúdo positivo(41), ordena a notificação (*rectius:* citação) do coator para que preste informações (*rectius:* apresente resposta) no prazo de dez dias. Essa a norma do art. 7.º, I, da mesma lei. A conjugação de tais dispositivos não pode comportar outra interpretação. Ré, impetrada, parte passiva é realmente a autoridade coatora emitente do ato ilegal e abusivo.

Não se deve confundir o posicionamento da parte passiva da relação processual com o interesse produzido pelo desfecho da lide. É evidente que, sendo a autoridade dita coatora elemento integrante do Poder Público, a este sempre se atribuirá interesse no que for decidido, pois que poderá haver sobre o mesmo repercussão de ordem administrativa e patrimonial. Mas daí não se pode inferir que no pólo passivo da relação processual se situe a pessoa estatal, e não a autoridade em si. Por essa razão, como salientamos em passagem anterior, a Lei n.º 4.348, de 26-06-64, determinou que tais autoridades informassem às procuradorias das pessoas estatais respectivas o conteúdo da postulação (art. 3.º), o que é de todo aconselhável quando não possuem aquelas o embasamento jurídico necessário para defender o ato acoimado de ilegal. Entretanto, mesmo que a procuradoria elabore a defesa de tal ato, fá-lo-á em nome da autoridade coatora, e não da pessoa administrativa que esta integra.

A conclusão a que se chega é que para o mandado de segurança, cujo objeto é de importantíssimo alcance por proteger o direito

---

(35) *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 1956, págs. 319/320.
(36) *Ob. cit.*, pág. 12.
(37) *As Liminares do Mandado de Segurança*, 1963, pág. 69.
(38) *Ob. cit.*, pág. 301.
(39) *Ob. cit.*, pág. 313.
(40) *Ob. cit.*, pág. 110.
(41) *José Carlos Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro*, vol. I, 1975, pág. 41.

líquido e certo do indivíduo, o legislador estabeleceu uma forma específica de capacidade de ser parte, pressuposto subjetivo atribuído à autoridade de onde proveio o ato ilegal.

Repousando a premissa maior em que a autoridade coatora é quem tem capacidade de ser parte, há que indagar-se *quem pode ser qualificado como autoridade* para o fim de ser acionado pelo mecanismo do mandado de segurança.

O mandamento constitucional pertinente ao mandado de segurança (art. 153, § 21, da Const. Federal), como programático que é, limita-se a permitir, através daquela medida, a impugnação de *ato de autoridade*. A Lei 1.533/51 incumbiu-se de dar o contorno jurídico à palavra "autoridade", definindo-a, em seu art. 1.º, § 1.º, para os efeitos da lei, como todo aquele que administra ou representa entidades autárquicas e pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, ressalvando, todavia, que os atos tenham pertinência com essas funções.

Conquanto sem brilhos de precisão e técnica, pode-se perceber que o intuito do legislador foi estender o que, à luz de estritos princípios de Direito Administrativo, poderia conceituar-se como autoridade(42). O cerne do dispositivo para o efeito de interpretação reside na expressão "funções delegadas". Por isso, foi desnecessário fazer-se referência a entidades autárquicas, que são criadas por lei para exercerem atividades típicas a elas delegadas pelo Poder Público(43). Afinal, em sentido lato, não só agem por delegação as entidades da Administração Indireta, quais sejam as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista(44), como também os entes de cooperação (fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos) e outros particulares, pessoas físicas ou jurídicas, aos quais seja delegada atividade em princípio da esfera do Estado.

A lei, entretanto, estabelece exceção: a dos atos que tais delegatários pratiquem sem conexão direta com a função delegada. E é justo que assim seja, porque atos impertinentes à função delegada são atos eminentemente privados, situando-se dentro da esfera da atividade doméstica da entidade delegatária.

2. *A legitimatio ad processum*

Ainda na esteira de *Moacyr Amaral Santos*, capacidade processual, ou *legitimatio ad processum*, é a possibilidade de alguém exercer os direitos e deveres processuais(45). É enfim a possibilidade de

(42) "Pessoa física que age em nome da pessoa jurídico-administrativa, editando atos administrativos" (*J. Cretella Jr., Dicionário de Direito Administrativo*, 1978, pág. 74).
(43) Art. 5º, Inc. I, Decr.-lei nº 200, de 25-02-67.
(44) Art. 4º, II, "a", "b" e "c", Dec-lei 200/67.
(45) *Ob. cit.*, pág. 299.

praticar-se atos processuais com o revestimento de legitimidade. Esse pressuposto, na teoria geral do processo, trata da representação especial que no processo se confere aos absolutamente incapazes e os de incapacidade relativa (arts. 5.º e 6.º, do Cód. Civil), bem como às pessoas jurídicas de direito público (art. 12, I, II e VI, CPC) e de direito privado (art. 12, VI, VIII, C.P.C.), e, ainda, às pessoas morais (art. 12, III, IV, V, VII e IX, do C.P. Civil).

No mandado de segurança, o tema terá maior importância no que toca à figura do impetrante. O representante do M.P. deverá acautelar-se na verificação da capacidade processual do postulante, que bem pode ser um menor, ou incapaz, ou uma pessoa jurídica ou moral, todos, como vimos, capazes de serem partes e de terem algum direito líquido e certo violado por ato da autoridade. Deverá o *custos legis* ater-se às normas gerais de processo que regulam a matéria(46).

Quanto ao impetrado, difícil, ou praticamente impossível, é o encontro de questões dessa natureza. Nota-se que os problemas que acaso possam surgir entendem realmente com o pressuposto processual estudado no tópico anterior, ou seja, saber-se quem é que deve figurar como parte na relação processual. Mas em relação à capacidade processual, ficam praticamente sem aplicação as normas processuais citadas, porque, em primeiro lugar, não há que se falar em capacidade plena ou relativa de autoridade, e, em segundo, porque, sendo parte a própria pessoa física emitente da vontade administrativa, não há falar-se em pessoa jurídica ou moral, a não ser como titulares de interesse no desfecho do litígio, matéria objeto de reflexões no estudo da *legitimatio ad causam*, que é uma das condições da ação.

3. *Capacidade postulatória*

O impetrante deverá fazer-se representar em Juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Já a legislação anterior(47) impunha a exigência de ser o postulante representado por advogado habilitado no Estatuto vigente àquela ocasião(48). Hoje a matéria é pacífica, uma vez que o atual Estatutodos advogados (49) confere a capacidade postulatória exclusivamente ao advogado, ressalvada a hipótese excepcional do *habeas-corpus*, processo que admite seja instaurado pela impetração de qualquer pessoa, ainda que sem advogado(50).

(46) Arts. 7º a 13, do Cód. Proc. Civil.
(47) Lei nº 191, de 16-01-36, art. 6º.
(48) Decr. nº 20.784, de 14-11-31.
(49) Art. 70, Lei nº 4.215, de 24-07-63.
(50) Art. 654, do Cód. Proc. Penal.

Mais uma vez, portanto, incide o C.P. Civil. Isto significa que o juiz, ao receber o pedido sem que este tenha sido formulado através de advogado, deve extinguir o processo sem julgamento do mérito(51), porque a este faltará o pressuposto processual da capacidade postulatória.

4. *Outros pressupostos processuais*

4.1. *Jurisdição e competência*

Cabe ao M.P., na sua função de fiscalizar a execução das leis, proceder ao exame de outros pressupostos processuais além daqueles sobre os quais fizemos as abordagens acima. Tais pressupostos outros, entretanto, não apresentam peculiaridade própria no que concerne ao mandado de segurança. Precisam, contudo, ser examinados à luz dos preceitos pertinentes do processo civil, os quais, como se disse, têm incidência sobre aquela medida especial em razão de constituírem normatização genérica e de ser o mandado de segurança uma ação cuja disciplina é feita por lei de caráter substantivo e adjetivo.

É importante que se saliente que a própria Lei 1.533/51, em seu art. 20, revogou expressamente apenas os dispositivos do Código de Proc. Civil de 1939 que dispunham sobre essa modalidade de ação especial, bem como outras disposições contrárias. Essa norma processual, entretanto, tem o condão de permitir, *a contrario sensu*, a incidência de outras normas processuais do estatuto respectivo que não alterem o rito especial traçado na lei própria, mas somente apontem as linhas mestras do processo em geral.

Em primeiro lugar, é de analisar-se os aspectos relativos ao *órgão jurisdicional*. Sabido como é, o órgão julgador deve estar investido do poder de *jurisdição*, ou de *ius dicere*, de modo que sua decisão tenha a aptidão de se fazer imutável dentro e fora do processo.

Como medida desse poder genérico e limitação à atuação dos órgãos dele investidos, aparece o instituto da *competência*, definido como o âmbito dentro do qual poderá o órgão julgador proferir decisão válida. No mandado de segurança, porém, a matéria relativa à competência envolve alguns dados de apreciação específicos.

Dispõe o art. 2.º, da Lei 1.533/51:

> *"Art. 2.º — Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais."*

(51) Art. 36 c/c art. 267, IV, do Cód. Proc. Civil.

O dispositivo, em nosso entender, cometeu o equívoco de vincular matéria de competência a efeitos patrimoniais do ato impugnado. Nem sempre haverá efeitos patrimoniais decorrentes da violação do direito, como é o caso em que mais afetado é o patrimônio moral; por outro lado, tais efeitos são de difícil apuração e, na prática, acabam por nada significar. Além do mais, o dispositivo atualmente está incompleto, porque algumas entidades, como as empresas públicas, não têm natureza autárquica e, no entanto, litigam no mesmo foro das consideradas autoridades federais, ou seja, a Justiça Federal, *ex vi* do art. 125, I, da Constituição Federal. Por isso, a vinculação estatuída no dispositivo trata de coisas heterogêneas. Quando o direito líquido e certo violado suscitar a possibilidade de recomposição patrimonial de prejuízos provadamente ocorridos e suscetíveis de indiscutível apuração, o lesado formulará a pretensão nos moldes jurídicos normais à luz do que dispõe o art. 107, da Constituição Federal.

O cuidado que deve ter o M.P. no exame da competência do órgão jurisdicional está em que algumas dessas normas se situam na própria Constituição Federal. Assim, o *S.T.F.* é o órgão competente para processar e julgar mandados de segurança impetrados contra atos do Presidente da República, do Presidente do próprio S.T.F., do Presidente do Tribunal de Contas da União, das Mesas da Câmara e do Senado Federal (52). Contra atos dos Ministros de Estado, do Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou de suas turmas, e do responsável pela direção geral da polícia federal, o órgão competente é o *Tribunal Federal de Recursos*(53). Aliás, aqui compete observar que a competência do S.T.F., por força da Emenda n.º 7, de 13-04-77, acrescentou à enumeração original o processamento e julgamento de mandados de segurança interpostos contra atos do Conselho Nacional da Magistratura, órgão criado pela citada Emenda. Por fim, com competência residual estão os *juízes federais,* incumbidos de processar e julgar mandados de segurança contra atos de autoridades federais não suscetíveis de apreciação originária dos Tribunais Federais(54). Essa a matéria de competência em âmbito federal.

Quanto a atos provindos de autoridades estaduais e municipais, a competência será a estabelecida nos *códigos de organização judiciária* dos Estados-membros e Territórios.

Pode-se afirmar, em tema de competência, como regra geral, que há uma certa *correspondência de nível* entre o órgão jurisdicional competente e a autoridade administrativa, judicial ou legislativa coatora. Realmente haveria notória disparidade se um ato do

(52) Art. 119, I, "i", da Const. Federal.
(53) Art. 122, I, "c", da Const. Federal.
(54) Art. 125, VIII, da Carta Constitucional.

Presidente da República fosse apreciado por um Juiz Federal; ou se um ato de determinado chefe de fiscalização fosse passível de exame pelo Pretório Excelso. Daí a existência da referida correspondência de nível, a qual está presente nos diversos estatutos estaduais de organização judiciária, atendendo aos parâmetros constantes da Constituição.

Finalmente, deve-se sublinhar que se coatora for autoridade judicial, competente será o Tribunal que tiver a incumbência de apreciar eventuais recursos interpostos de decisões da mesma. Sendo legislativo-formal o ato violador, competente é o órgão jurisdicional correspondente à autoridade que o tiver sancionado ou à Mesa do corpo legislativo que o houver decretado, antes da sanção(55).

4.2. *Requisitos da inicial*

A petição inicial do mandado de segurança deve observar os requisitos gerais de validade previstos no estatuto processual civil(56), por força de determinação da própria lei do mandado de segurança.

Pela especificidade e celeridade do procedimento do mandado de segurança, importante é o atendimento ao requisito de que a petição inicial deve vir acompanhada necessariamente dos documentos que instruem o pedido(57). É que o rito de tal ação não tem a divisão de fases dos ritos comuns, a postulatória, a instrutória e a decisória. Há na verdade uma postulação e a decisão. Como a postulação não comportará fase própria posterior para fundamentá-la, deverá já trazer a prova necessária ao agasalho do pedido. Por essa razão é que se diz que o direito líquido e certo do impetrante deve ser *comprovado de plano.*

A fixação do valor da causa está sujeita às mesmas regras aplicáveis às demais ações(58), entendendo-se que o juiz não deve despachar a inicial que o não mencionar(59).

No procedimento comum, a inobservância dos requisitos que devem estar presentes na inicial ou a falta dos documentos indispensáveis à propositura da ação recebem sanção amena, pois que, nesses casos, ao juiz caberá determinar ao autor a emenda, ou a complementação, da inicial no prazo de dez dias(60). Se não o fizer

(55) *Othon Sidou, ob. cit.*, pág. 273.
(56) Art. 6º, Lei 1.533/51 c/c art. 282, I a VII, CPC.
(57) Art. 283, C.P.C.
(58) Arts. 258 a 261, C.P.C.
(59) *Celso A. Barbi, ob. cit.*, págs. 121/122.
(60) Art. 284, C.P.C.

o autor, aí sim a sanção será a do indeferimento da inicial(61). No mandado de segurança a lei é mais draconiana por autorizar o juiz *a indeferir de plano* a inicial quando faltar algum dos requisitos estatuídos na própria lei e dentre estes, como vimos, está o de observância aos requisitos da inicial preceituados no Cód. Proc. Civil(62).

Como o presente trabalho visa mais diretamente à atuação do M.P. no processo da segurança, é de todo conveniente supor a hipótese de não ter o impetrante atendido a tais requisitos, e, ainda, de o juiz não ter atentado para essa omissão, nem a própria autoridade impetrada, quando ofereceu as suas informações. Nesta hipótese, como o M.P. se pronuncia após as partes, entendemos deva o fiscal da lei atacar a petição inicial, apontando o desatendimento ao art. 8.º, da Lei 1.533/51, e, ressaltando que a inicial já deveria ter sido indeferida quando da apreciação preliminar do juiz, opinar pela *extinção do processo sem julgamento do mérito* por falta dos necessários pressupostos processuais para o alcance efetivo da decisão sobre a *res in iudicium deducta*.(63)

Convém, não obstante, tecer considerações, embora sucintas, sobre outros dois aspectos pertinentes à impetração do mandado de segurança e que, como não podia deixar de ser, exigem a atenção do órgão do Ministério Público.

A medida especial da segurança, como sabemos, se calca na violação de um direito líquido e certo por ato de autoridade. Por essa razão, além da celeridade normal do procedimento autorizada pelo legislador, é de prever-se a ocorrência de situações que demandem urgência maior. Assim, dispõe o art. 4.º, da Lei 1.533/51:

> *"Art. 4.º — Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora."*

Entendemos louvável essa autorização. Permite maior proteção ao direito líquido e certo violado, retirando a postulação, em certos casos, do emperrado mecanismo judicial, freqüentemente causador de enormes desventuras face à sua conhecida morosidade. O impetrante, pois, defronte a um caso de urgência, sempre apreciado *in casu*, poderá valer-se do telegrama ou radiograma (ou, ainda, de *telex*, por interpretação extensiva) para formular a sua postulação.

O segundo exame diz respeito à instrução imediata do feito pelo impetrante, tal como o exige o art. 6.º, da Lei 1.533/51.

---

(61) Art. 284, parág. único, C.P.C.
(62) Art. 8º, Lei 1.533/51.
(63) Art. 267, inc. IV, C.P.C.

Às vezes, não poderá o impetrante apresentar com a inicial determinados documentos, ou porque se encontre em poder de autoridade pública, ou porque esta muitas vezes, de forma arbitrária e abusiva, se recuse a fornecê-los. Nesse caso, o juiz requisita o documento e determina sua exibição preliminar no prazo de dez dias (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 1.533/51).

4.3. *Litispendência, coisa julgada, perempção, compromisso arbitral*

Ocorre a litispendência quando é reproduzida ação que se ajuizou anteriormente e que ainda está em curso(64). A filosofia do instituto é simples. Primeiramente não cabe ao titular do direito de ação invocar a prestação jurisdicional do Estado em relação a uma determinada pretensão se já deduziu pretensão idêntica anteriormente em processo sem ultimação. Em segundo lugar, não haveria mesmo como permitir-se esse *bis in idem* porque o Estado correria o risco de ver hipóteses iguais decididas de forma diametralmente opostas, com grande prejuízo para o prestígio da Justiça.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis,* no que se refere à *coisa julgada.* Neste caso, repete-se ação que já recebeu decisão insuscetível de reexame judicial através de recurso(65). Não é difícil entender-se essa proibição processual de repetição de ação. Se fosse dado ao órgão jurisdicional reexaminar ações já definitivamente julgadas, romper-se-ia a segurança que deve revestir tais decisões, com irreparável prejuízo ao princípio da estabilidade das relações jurídicas. Por isso, desde que a decisão judicial deslinde a controvérsia deduzida, a essa mesma decisão deverá atribuir-se o caráter de *lex inter partes.*

Quer a litispendência, quer a coisa julgada, são consideradas como pressupostos processuais *negativos* do desenvolvimento do processo, isto porque a validade deste dependerá justamente da *inexistência* de uma ou de outra(66).

No mandado de segurança deverão estar presentes tais pressupostos negativos, sob pena de ser o processo extinto sem julgamento do mérito(67). Para tanto, se a autoridade coatora, nas informações, como lhe cabe, suscitar essas alegações, embora não as comprove, deverá incumbir ao M.P., em seu pronunciamento, requerer ao juiz as medidas necessárias para a verificação efetiva das alegações, como requisições de processos ou obtenção de informes

(64) Art. 301, §§ 1º e 3.º, C.P.C.
(65) *Idem.*
(66) *J. J. Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. III, 1975, pág. 258.
(67) Art. 267, V, CPC.

de outras autoridades jurisdicionais, tudo porque da confirmação, ou não, das citadas alegações dependerá o seu pronunciamento. Havendo confirmação, outra não poderá ser a sua manifestação senão a de opinar pelo fim do processo sem julgamento do mérito.

O autor de uma ação não pode abandonar a causa por negligência. Pode, isto sim, ou *renunciar* ao direito em que se funda a ação, caso que ensejará a extinção do processo com julgamento do mérito(68) ou, de outro lado, *desistir* da ação proposta, extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito(69). Entretanto essas são formas de manifestação expressa do autor. Não é o que ocorre, porém, quando por negligência não dá seguimento à ação. Por isso, o Cód. Proc. Civil comina a sanção de extinção do processo sem julgamento do mérito se o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, deixando de promover os atos que lhe incumbam(70).

Pode ocorrer, contudo, que esse mesmo autor negligente o seja por três vezes. Se o for, não poderá mais intentar nova ação contra o réu(71), ressalvando-se-lhe apenas alegar o seu direito em defesa, o que configura o princípio da imperecibilidade da exceção no processo(72). A essa perda do direito de ação, embora intacta a pretensão de direito material, se dá o nome de *perempção.*

A perempção é suscetível de ocorrer no mandado de segurança, conquanto sejam em menor quantidade as oportunidades em que o impetrante seja considerado negligente por ter abandonado a causa. Uma delas, por exemplo, ocorre quando o impetrante deixa de pagar as custas do processo, as quais, como autor, deve naturalmente adiantar (art. 19, § 2.º, CPC). Se tal negligência se verificar por três vezes, ocorrerá sem dúvida a perempção. A menor possibilidade da incidência da perempção no mandado de segurança, como dissemos, decorre também de ter essa ação o prazo máximo de 120 dias, a partir do conhecimento do ato ilegal, para ser proposta, como estatui a lei respectiva(73); é que, em se tratando de *prazo decadencial,* sucederá a impossibilidade de interrupção por ações propostas e sucessivamente abandonadas. Desse modo, parece difícil consiga o impetrante, nesse prazo, propor 4 (quatro) mandados de segurança, três abandonados por negligência e o quarto objeto da alegação e apreciação do instituto da perempção.

De qualquer forma, provada que seja a perempção, o processo será extinto sem julgamento do mérito como impõe a lei processual(74).

---

(68) Art. 269, V, CPC.
(69) Art. 267, VIII, CPC.
(70) Art. 267, III, CPC.
(71) Art. 268, parág. único, CPC.
(72) *Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. II, 1975, pág. 343.
(73) Art. 18, da Lei 1.533/51.
(74) Art. 267, V, CPC.

Por fim, temos que o *compromisso arbitral,* que também constitui matéria de defesa(75), rende ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito(76).

No ensinamento de *J. J. Calmon de Passos*(77), o art. 1.072, do C. Civil, permite que pessoas capazes de contratar se louvem em árbitros incumbidos de resolver-lhes conflitos de interesses, em relação aos quais a lei admita transação. Tal compromisso, como se sabe, exclui a lide da apreciação jurisdicional.

Essa hipótese é inviável de ocorrer em mandado de segurança. Os interesses defendidos nesta ação não têm cunho patrimonial e, portanto, inadmitem transação. Além do mais, é importante acentuar que não cabe a agentes da Administração renunciar às funções que lhes são atribuídas por lei. Diz-se, assim, que os agentes têm um *poder-dever de agir,* ou seja, "o *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo"(78). Desse modo, enquanto para os particulares, é lícito fazer tudo o que a lei não proíba(79), para os agentes públicos só é permitido fazer o que a lei autoriza(80).

Concluímos, desse modo, que não compete ao agente transigir; e, se não pode transigir, não pode ajustar qualquer compromisso arbitral. Sua atividade é legal ou ilegal. Se for ilegal, ele mesmo, como órgão da Administração, poderá anulá-lo(81). Se não o fizer, caberá ao Judiciário fazê-lo. Em uma ou outra hipótese, todavia, inadmissível será qualquer transação com o particular.

4.4. *Impedimento, suspeição e citação*

Um dos pressupostos processuais relativos ao juiz consiste em sua imparcialidade; daí entender a doutrina deva ele ser subjetivamente capaz.

Há situações, no entanto, em que o juiz é suspeito de parcialidade, porque um fato o vincula de alguma forma a uma das partes no processo. Diz-se, então, que ocorre a *suspeição,* cujas hipóteses estão arroladas no art. 135, I a V, do C.P. Civil. Em outros casos, a vinculação do juiz é ainda mais estreita; ocorre, então, o que se chama de *impedimento* (art. 134, CPC)(82).

---

(75) Art. 301, IX, CPC.
(76) Art. 267, VII, CPC.
(77) *Ob. e vol. cits.,* pág. 265.
(78) *Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro,* 1976, pág. 76.
(79) Art. 153, § 2º, Const. Federal.
(80) *Hely L. Meirelles, ob. cit.,* pág. 68.
(81) Súmula nº 346 e 473, do S.T.F.
(82) *Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil,* 1º vol., 1977, págs. 289/290.

De um modo geral, os autores que trataram do mandado de segurança não vislumbraram a ocorrência dessas hipóteses de impedimento e suspeição. Mas como o mandado de segurança é *ação*, e de natureza cível, nada impede que na relação processual esteja afetada a capacidade subjetiva do juiz, uma vez que não é impossível que o impetrante seja amigo íntimo do juiz (suspeição, art. 135, I, CPC) ou que este tenha intervindo no processo como mandatário daquele (impedimento, art. 134, II, CPC).

Sabendo-se que tal forma de defesa não pode ser discutida *na contestação* como preliminar do mérito, já que não se encontra enumerada no art. 301, do C.P. Civil, caberá à autoridade coatora, que figura no pólo passivo da relação processual, formulá-la através do meio judicial próprio, ou seja, através *da exceção,* como preceitua o estatuto processual nos arts. 304 a 314.

O certo é que a suspeição e o impedimento afetam o processo, e a parte interessada tem o direito de suscitá-las, a menos que permaneça indefesa. E esse direito só pode ser exercido na forma estabelecida pelo Cód. Proc. Civil, isto é, por exceções.

Poder-se-á objetar que o procedimento da exceção é incompatível com a celeridade do rito do mandado de segurança, tendo em vista dever ser processada em apenso aos autos principais(83). Essa objeção, entretanto, não prospera diante do instituto da *medida liminar,* que suspende os efeitos do ato impugnado. Por essa razão, a imposição da lei processual no sentido de que, recebida a exceção, reste sobrestado o processo principal até o julgamento daquela, não enseja prejuízo à parte; afinal, suspensos os efeitos do ato, fica este desprovido de operatividade, e sem esta não há violação ao direito líquido e certo alegado.

Seja como for, se improcedente a exceção levantada deverá ser arquivada. Se for procedente, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz suspeito ou impedido(84).

Neste passo, convém lembrar que a lei processual previu ainda a exceção de incompetência(85). Mas a incompetência que o réu pode suscitar por meio de exceção é a *relativa,* ou seja, aquela *ratione loci* ou *ratione valoris,* por força do que estatuem os arts. 112, c/c arts. 102 e 111, do C.P.C.(86). No caso do mandado de segurança, tais critérios são irrelevantes, porquanto a competência se operará sempre diante do critério da pessoa *(ratione personae)* de onde emana o ato violador do direito. Desse modo, incompatível com essa ação a interposição da exceção de competência. Ao revés, é comum a argüição da *incompetência absoluta;* mas esta prescinde do pro-

(83) Art. 299, CPC.
(84) Art. 314, CPC.
(85) Arts. 307 a 311, CPC.
(86) *J. Frederico Marques, ob. cit.,* vol. 2, pág. 84.

cedimento da exceção e constitui matéria de defesa como preliminar do mérito *na contestação*(87). Além do mais, pode ser declarada de ofício e alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição(88).

Portanto, o órgão do M.P. deverá zelar pela correta constituição da relação processual e, em atentando para a incompetência absoluta quando lhe couber pronunciar-se, deverá requerer ao juiz que a declare e proceda na forma do art. 113, § 2.º, CPC, anulando-se os atos decisórios e remetendo os autos ao juiz competente.

Finalmente, como pressuposto processual relativo ao desenvolvimento válido do processo temos a *citação,* que a lei processual definiu como "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender"(89).

Tão relevante para o processo é a citação que os antigos a consideravam como norma de Direito Divino. Mais modernamente veio a ser considerada como um direito processual, o que levou *E. D. Moniz de Aragão* a afirmar que o processo iniciado sem a citação do réu não tem existência jurídica(90).

A Lei 1.533/51 não falou em citação. O art. 7.º, I, determinou ao juiz que, ao despachar a inicial, *notificasse* a autoridade coatora a fim de que em dez dias prestasse *informações.* Assim, nem falou em citação, nem em defesa. *Othon Sidou*(91), porém, é quem está com a razão, ao asseverar que tais informações equivalem à resposta do réu (art. 297, CPC) e, especificamente, à contestação, uma vez que a autoridade impetrada pode nelas colacionar toda a matéria de defesa processual e de mérito.

Desse modo, assim como as informações correspondem à defesa do réu, a notificação equivale à citação. Aliás, o disposto no art. 9.º, da Lei 1.533/51, revela que é o mesmo o conteúdo de tais atos, pois que ordena ao serventuário que, feita a notificação, junte aos autos cópia do ofício endereçado à autoridade, bem como *a prova da entrega* daquele ou da recusa de seu recebimento.

Para reforçar esse entendimento, a doutrina é uníssona praticamente quando admite que, não prestadas as informações no prazo legal, ocorrerá a *revelia* e com ela a presunção ficta dos fatos alegados na inicial(92).

É importante, assim, para o M.P. verificar a existência de citação válida no mandado de segurança, até porque sua inocorrência anula irremediavelmente o processo.

---

(87) Art. 301, II, CPC.
(88) Art. 113, CPC.
(89) Art. 213, CPC.
(90) *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. II, 1ª ed., pág. 172.
(91) *Ob. cit.,* págs. 299/300.
(92) *Ulderico Pires dos Santos, O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência,* 1977, pág. 274.

5. *As condições da ação*

A ação suscita o processo, que é o instrumento da jurisdição. O grande objetivo da jurisdição é realmente compor os litígios que lhe são apresentados. Como o processo é o seu instrumento, a primeira providência é sempre a de examinar se, como relação jurídica que é, inexistem vícios que o possam afetar, ou seja, se estão presentes os pressupostos processuais, que acabamos de comentar.

Ultrapassando a fase de verificação da regularidade do processo, é necessário que se apreciem os requisitos que legitimam o direito de ação. Esses requisitos denominam-se de *condições da ação*(93), que são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse de agir.

Essas as condições da ação que nos propomos a estudar dentro do mandado de segurança e à luz da intervenção do Ministério Público.

1. *A possibilidade jurídica do pedido*

Ocorre a possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, abstratamente considerada, está inserida entre aquelas que o direito objetivo disciplina.

Exemplos clássicos dados pela doutrina de ausência dessa condição eram o divórcio e o pedido de cobrança de dívida de jogo. O primeiro caso hoje é tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio(94); o segundo persiste como insuscetível de ser formulado por ação(95).

No mandado de segurança não há ensanchas para a análise dessa condição da ação, porque a lei de antemão agasalha o pedido de proteção do direito líquido e certo violado por ato da autoridade.

2. *A legitimidade para a causa*

A legitimidade para a causa *(legitimatio ad causam)* é condição que pertine com o título que as partes devem possuir em relação aos interesses em conflito. Assim, deve o autor ser titular do interesse contido na pretensão, bem como deve o réu sê-lo do contido na resistência àquela pretensão. Em razão disso, haverá a bipartição do instituto em *legitimação ativa* e *legitimação passiva*. Às vezes, entretanto, com caráter de exceção, a lei confere o direito de ação a quem não é o titular da pretensão de direito material, como é o

(93) *Moacyr Amaral Santos, ob. cit.*, vol. I, pág. 144.

(94) Art. 175, § 1º Const. Fed., com a redação da Emenda nº 9, de 28-06-77; e Lei nº 6.515, de 26-12-77.

(95) Art. 1.477, Cód. Civil.

caso do marido que postula proteção aos bens dotais da mulher. A essa forma anômala denomina-se de *legitimação extraordinária*, na qual aparece a figura do substituto processual.

Essa condição apresenta alguns aspectos peculiares dentro do mandado de segurança.

Como regra geral, o direito de requerer a segurança assiste a todas as pessoas que podem usar as ações cíveis em sede judicial, sejam físicas ou jurídicas. *Hely L. Meirelles* estende a legitimação a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que sejam titulares de direito líquido e certo violado por atividade pública ilegítima(96).

A doutrina, todavia, tem discutido sobre a possibilidade de ser o mandado de segurança impetrado por pessoas jurídicas de direito público. *Celso A. Barbi*(97) e *Othon Sidou*(98) mostram-se contrários a essa possibilidade. Mas a doutrina dominante, e dentro dela, *Seabra Fagundes*(99), *Hely Meirelles*(100) e *Arnoldo Wald*(101), bem como jurisprudência do Pretório Excelso e de outros Tribunais, têm demonstrado aceitação à tese da possibilidade. Estamos com esta última posição. A lei não fez qualquer distinção; limitou-se a dizer que sempre que "alguém" tivesse violado um seu direito líquido e certo por ato de autoridade faria jus à impetração da segurança. Ora, "alguém" significa "alguma pessoa"; e os organismos públicos também são juridicamente configurados como pessoas. Sendo pessoas, serão titulares de direitos líquidos e certos e, para a sua proteção, nada impede que se lhes confira o acesso judicial através do mandado de segurança.

O importante a ser assinalado é que o impetrante seja realmente o titular do direito violado. Por isso é que os Tribunais se têm orientado no sentido de que sociedades, associações, corporações e sindicatos não têm legitimidade ativa para a causa quando defendem direito de seus associados.

O *litisconsórcio ativo* é expressamente previsto na lei que regula a segurança(102), dispondo-se que quanto ao instituto incidem as normas pertinentes do C. P. Civil. Ao mesmo tempo, a lei que disciplina a segurança estabeleceu duas regras que, por sua forma esdrúxula, merecem ligëiro comentário.

---

(96) *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1967, págs. 12/13.
(97) *Ob. cit.*, págs. 61/62.
(98) *Ob. cit.*, págs. 267/268.
(99) *Ob. cit.*, pág. 332.
(100) *Ob. e loc.* citados.
(101) *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 1968, págs. 174/175.
(102) Art. 19, Lei 1.533/51.

A primeira (art. 1.º, § 2.º, Lei n.º 1.533/51) dispõe que "quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança". Ora, isso é repetir o óbvio. Como a atividade jurisdicional atua sempre *in casu*, é claro que cada um fará a sua postulação em juízo, de forma que a sentença apenas abrangerá as partes litigantes. Se todas as pessoas atingidas postularem juntas, dar-se-á o litisconsórcio, que a própria lei, como dissemos, prevê em seu art. 19.

A segunda regra (art. 3.º, Lei n.º 1.533) admite caso de *substituição processual*, criticado por alguns autores, segundo o qual poderá impetrar a segurança o titular de direito líquido e certo *decorrente* de direito idêntico de terceiro, quando este não o faz apesar de notificado, conferindo-se ao primeiro a legitimidade extraordinária de defender em seu nome o direito do citado terceiro. Essa é uma regra que certamente demandará toda a atenção do M.P., o qual deverá verificar se o direito do impetrante *decorre efetivamente* do direito defendido na ação.

Tem legitimidade passiva para a causa no mandado de segurança a autoridade coatora que emite a vontade contida no ato impugnado. Autoridade coatora tem sentido diverso de autoridade executora. Esta é parte ilegítima para a causa, porque sua atuação deriva do poder hierárquico a que obedece. Além do mais, não teria competência para corrigir o ato ilegal, incidindo aí o princípio de que *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o ato impugnado é complexo, legítima para a causa é a autoridade que por último se manifestou. Caso o ato promane de órgão colegiado, a impetração deverá dirigir-se contra o presidente, responsável pela execução do ato.

Neste passo, comporta um rápido exame da hipótese da *avocação*, fenômeno administrativo em que uma autoridade, dentro de suas atribuições, conferidas sempre pela lei(103), traz para si a prática de ato originariamente cometida a autoridade inferior, responsabilizando-se por suas conseqüências.

Aqui poderá haver duas hipóteses. Se a avocação se consubstancia *antes* da impetração da segurança, a *legitimatio* será atribuída à autoridade avocadora, agora responsável pela coação. Depois da propositura da ação, no entanto, não mais será possível a avocação, porque, a não ser assim, se conferiria à Administração alterar a seu sabor a competência judicial para corrigir o ato impugnado. Se houver recurso administrativo concomitante, e, antes de proferida a sentença no mandado de segurança, for o mesmo decidido por autori-

(103) *Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, Programa de Direito Administrativo*, 1976, pág. 89.

dade superior, no sentido da manutenção do ato ilegal, tendo essa última autoridade foro diverso do da anterior, para aquele deverão ser remetidos os autos com vistas à decisão(104).

Embora já tenhamos tratado da matéria quando do estudo relacionado à capacidade de ser parte (tópico IV, n.º 1), importa relembrar, pela conexão que oferece, o conceito de *autoridade* no mandado de segurança, ou seja, aquelas pessoas que a lei expressamente considerou como legitimadas a figurar no pólo da relação processual da segurança. Para não repetir matéria, todavia, remetemos o leitor àquele tópico. Não obstante, repisamos que, de acordo com o art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533/51, pode a autoridade ser uma pessoa jurídica privada, desde que tenha *funções delegadas* do poder público e pratique o ato ilegal no exercício dessas funções ou pretexto de exercê-las. Assim, além das autoridades públicas em geral, podem sofrer a segurança agentes de empresas concessionárias e permissionárias de serviço público e de outras entidades com atividade autorizada, como é o caso de faculdades, colégios, etc.

Como se pôde constatar, revestida da maior importância é a matéria relativa à legitimidade para a causa no mandado de segurança, o que exigirá decerto grande acuidade do M.P. à ocasião em que se manifestar na forma do art. 10, da Lei n.º 1.533/51. Seja como for, deparando partes desprovidas da titularidade do direito pleiteado e, portanto, ilegítimas para a causa, deve o órgão do M.P. opinar no sentido da extinção do processo *sem julgamento do mérito* por carência da ação(105).

3. *O interesse de agir*

Ainda na esteira de *Moacyr A. Santos,* interesse de agir "é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão"(106).

No mandado de segurança o tema é de indiscutível relevo e oferece aspectos característicos. E tais aspectos entendem sobretudo com as hipóteses de *descabimento* da medida, previstas no art. 5.º, da Lei n.º 1.533/51. Passemos, então, ao exame dessas hipóteses, as quais deverão ser proficientemente analisadas pelo *custos legis.*

Em primeiro lugar, descabe a segurança contra ato do qual caiba recurso administrativo *com efeito suspensivo,* independente

(104) *Hely Meirelles, ob. cit.,* pág. 16.
(105) Art. 267, inc. VI, CPC.
(106) *Ob.* e *vol. cits.,* págs. 145/146.

de caução (art. 5.º, I). O dispositivo é correto, a nosso ver, em sua *mens*, conquanto falho na redação. Deveria dizer "contra ato do qual se tenha interposto recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução". Realmente, se o recurso tem efeito suspensivo, o ato é ainda inoperante e, por isso, impossível de produzir lesão ao direito; e, não exigindo caução, não sofre o interessado qualquer gravame. Ora, *se não há ainda lesão, nem gravame, inexiste o interesse de agir para a impetração da segurança.* Do modo como está regidido o artigo, poder-se-ia pensar que o *só* fato de haver recurso administrativo com aquelas características impediria a segurança. E não é assim, porque se o interessado, mesmo dispondo desse recurso, deixar transcorrer *in albis* o prazo para interpô-lo, o ato, ao passar a ter operatividade, renderá ensejo à ação. Importa, isto sim, que o cerceamento à impetração decorra da presença de ambos os requisitos *cumulativamente.*

Algumas decisões de Tribunais encontraram no dispositivo infringência ao princípio da *una jurisdictio una lex*, insculpido no art. 153, § 4.º, da Constituição Federal. Não lhes assiste razão, porém. A lei da segurança não subtraiu a lesão do direito ao Poder Judiciário, mas apenas *regulamentou* o uso da ação à existência efetiva da lesão, o que não ocorre enquanto o ato impugnado está com seus efeitos suspensos pelo recurso administrativo. E o fez bem, porque bem podia ocorrer que durante o curso da ação de segurança fosse o recurso provido, ficando aquela inteiramente prejudicada. Isso mostra a falta de interesse de agir em hipóteses como a citada(107).

O dispositivo em tela sofre, contudo, uma exceção quando o direito do indivíduo é violado por *ato omissivo* da autoridade, como, por exemplo, quando recusa a outorga de uma licença ou o registro de um diploma ou a admissão a um estabelecimento público. Nesses casos, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário(108), a omissão provoca de imediato a ilegalidade e logo admite a propositura da ação, mesmo que tal recusa propicie o pedido de reexame administrativo com efeito suspensivo(109).

O segundo impedimento à impetração da segurança consiste na hipótese de decisão judicial, quando para sua correção exista recurso processual próprio ou se admita a reforma por meio de correição (art. 5.º, II). Aqui se encontra presente outra análise pertinente ao interesse de agir, que vale como "necessidade" ou "utilidade" da via judicial. Parece evidente que, dispondo o interessado da via recursal adequada para impugnar o ato lesivo, não poderia, ou melhor, não precisaria socorrer-se do mandado de segurança.

---

(107) *Celso A. Barbi, ob. cit.*, pág. 65.

(108) *Castro Nunes, O Mandado de Segurança*, 1967, pág. 106.

(109) No sentido apontado, Súmula 429, do S.T.F.

A jurisprudência, em notável evolução interpretativa desse preceito, veio, no entanto, mitigar-lhes a rigidez para admitir o mandado de segurança quando da decisão judicial impugnada *não couber recurso com efeito suspensivo,* apontando-se inúmeros acórdãos nesse sentido e, assim, firmando-se tal orientação(110). Em nosso entender foi extremamente salutar essa nova interpretação. De fato, não é raro acontecer que uma decisão judicial ilegal, que não possa ser sustada através de recurso sem efeito suspensivo, ameace causar ao interessado um dano irreparável em face do *periculum in mora* decorrente da espera do reexame jurisdicional. Emerge, então, o mandado de segurança como ação adequada à imediata sustação dos efeitos da decisão judicial, sobretudo através da medida liminar. Fora dessa hipótese excepcional, porém, o impetrante será julgado carecedor da ação por falta de interesse.

Por fim, é incabível a segurança quando impugnar ato disciplinar, a menos que este se encontre inquinado de vício na forma essencial ou na competência do agente, dois dos elementos do ato administrativo(111). Naquele caso, a manifestação da vontade não se exteriorizou em conformidade com o mandamento legal; neste, o agente que emitiu a vontade não estava legalmente capacitado a fazê-lo, sendo, pois, nulo o ato que dele emanou.

O interesse de agir merece comentado ainda, agora sob a forma de permissividade, que é o que se contém no art. 16 da Lei n.º 1.533/51. Consoante essa norma, o pedido de mandado de segurança admite *renovação* se a decisão anterior denegatória não chegar a alcançar o *meritum causae.* A razão é simples. Se a ação visa ao exame do mérito e o processo restou paralisado por força de decisão prévia e necessária a respeito de uma das etapas anteriores, caso dos pressupostos processuais ou das condições da ação, não poderá deixar-se de conferir interesse de agir se são atendidos tais requisitos na renovação do pedido.

Não podemos encerrar o estudo do interesse de agir sem fazer uma ligeira abordagem sobre o mandado de segurança *preventivo,* o qual, apesar de pouco comum na prática judiciária, tem previsão expressa no art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51. Admite a lei a segurança preventiva sempre que alguém tiver justo receio de sofrer violação de seu direito líquido e certo por ato de autoridade, à semelhança, aliás, do que acontece no *habeas corpus.* Neste ponto é de vital importância que se precise o sentido de *perfeição* e *exeqüibilidade* do ato administrativo. Perfeito será o ato que tenha ultrapassado todas as etapas de sua formação. Exeqüível será quando esteja com inteira aptidão para produzir os seus efeitos(112). Sucede que às vezes,

(110) *Arnoldo Wald, ob. cit.,* págs. 145/157; *Othon Sidou, ob. cit.,* págs. 370/373.
(111) *Sergio de Andréa Ferreira, Direito Administrativo Didático,* 1979, págs. 95/96.
(112) *Celso Antonio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo,* 1980, pág. 39.

embora perfeito e exeqüível, o ato por alguma razão não é imediatamente *executado* pelo agente administrativo. Somente haverá interesse de agir para a ação de segurança preventiva quando ocorrer exatamente essa hipótese, porque apenas aí surgirá o "justo receio" a que alude a lei. Em formação ainda, ou, formado, mas sem a aptidão para despejar os efeitos a que se propõe, o ato não comportará a impugnação através do mandado de segurança, e o impetrante carecerá da ação por falta do interesse de agir.

Ao M.P. caberá, quando ausente o interesse de agir, manifestar-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito por carência da ação (art. 267, VI, C.P.C.).

VI. *O mérito*

1. *A decadência*

A sistemática processual vigente considerou a prescrição e a decadência como institutos que ensejam a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV, C.P.C.). Foi, sem dúvida, uma tomada de posição. A doutrina, porém, levanta diversas controvérsias a respeito. Não iremos perscrutar as razões delas, pois que tal refoge à natureza deste trabalho. O certo é que ambos os institutos exigem apreciação anterior ao mérito em si; esta representa de fato a *res in iudicium deducta,* ou seja, lide posta ao exame jurisdicional. Para se chegar a ela cumprirá ao julgador verificar antes se ocorreu a prescrição ou a decadência. Por isso é que, apesar do que estabelece o estatuto processual, a doutrina as considera como *preliminares de mérito.*

Da mesma forma, não nos deteremos nas distinções entre a prescrição e a decadência, tema de altíssimas indagações e reconhecido, como o fez *Caio Mário da Silva Pereira*(113), como os pontos mais controvertidos da ciência jurídica. A questão do objeto delas, se o direito ou a ação, traduz complexidade insuscetível de análise em nosso estudo singelo.

O problema é que, como *legem habemus,* nos cabe examiná-las dentro do mandado de segurança, sempre com vistas à atuação do M.P.

Diz o art. 18, da Lei n.º 1.533/51, que o direito de requerer mandado de segurança se extinguirá após o decurso de 120 dias a partir da ciência do ato impugnado. A doutrina é uníssona, praticamente, em que se trata de prazo decadencial(114). Sendo assim, não se sus-

(113) *Instituições de D. Civil,* 1961, vol. I, pág. 483.

(114) *O. Sidou, ob. cit.,* pág. 327; *Hely Meirelles, ob. cit.* pág. 11; *T. Cavalcanti, ob. cit.,* pág. 270.

pende nem se interrompe, mesmo que no interstício temporal tenha o interessado formulado pedido de reconsideração do ato impugnado(115).

A um exame superficial, dessa maneira, se interposto após esse prazo o mandado de segurança, deveria o processo ser extinto *com julgamento do mérito,* em consonância com o art. 269, IV, do CPC. Entendemos, porém, que não deva ser essa a forma de deslinde. Em primeiro lugar, porque na verdade não se terá alcançado o mérito, que é, como veremos, a apreciação de ter havido direito líquido e certo violado, ou não, pela autoridade. A autoridade jurisdicional não decidiu rigorosamente sobre a pretensão de direito material. Além disso, deve-se conjugar o CPC com o art. 16, da Lei n.º 1.533, que, como vimos, admite a renovação da segurança se a anterior não houver apreciado o mérito.

Desse modo, entendemos que ao decretar a decadência, estará o julgador declarando *apenas* que o impetrante *não poderá postular a pretensão material na via especial do mandado de segurança.* Daí ter *Othon Sidou,* embora sem o asseverar expressamente, incluído o prazo referido no direito formal, em contraposição ao direito material propriamente dito (*op. cit.,* pág. 266).

Concluímos, pois, que, conquanto tido como decadencial o prazo do citado art. 18, não pode fazer coisa julgada; ao revés, permite que o interessado formule a sua pretensão pelas vias ordinárias comuns, nas quais será realmente apreciado o mérito da controvérsia. E, por isso, a sentença naquele caso mais se enquadra como extintiva do processo *sem julgamento do mérito,* por despido o impetrante da condição do *interesse de agir.*

2. *O direito líquido e certo*

O mérito no mandado de segurança consiste em saber-se se houve, ou não, direito líquido e certo violado por ato de autoridade. Este é que é, de fato, o cerne do litígio instaurado pela ação de segurança. Em complementação, releva se relembre que o dito direito líquido e certo não seja amparado por *habeas corpus,* ação que visa diretamente ao direito de locomoção (art. 153, § 20 da Const. Federal).

Não se desconhece o quanto já se discutiu a propósito da expressão "direito líquido e certo", que a Carta de 1946 usou em substituição à de "direito certo e incontestável", da Const. de 1934, esta, sem dúvida, geradora de maiores dissídios ainda. Os autores, de um modo geral, sustentam, com acerto a nosso ver, que, se há direito, este será necessariamente líquido e certo. Como ensina

(115) Súmula nº 430, S.T.F.

Seabra Fagundes(116), a liquidez e certeza têm pertinência com os aspectos de fato da relação jurídica, ou seja, com os pressupostos materiais de individualização da norma. No mesmo sentido, *Hely Meirelles*(117) leciona que a alusão da lei indica ser necessário que o direito seja comprovado de plano, ou seja, sem necessidade que haja uma fase autônoma de instrução probatória. Dispõe-se, para fins de segurança, a prova pré-constituída dos fatos que amparam a postulação.

O direito líquido e certo protegido pelo mandado de segurança é aquele violado por ato da autoridade. Sobre o conceito de autoridade, já tecemos alguns comentários anteriormente. Resta saber, neste passo, qual o ato objeto da incidência da ação de segurança.

O ato violador deverá ser ilegal. Superando antigas controvérsias, a doutrina moderna considera ilegal não apenas o que infringe as leis, como a própria Constituição, que, de resto, é a lei maior. Não importa sejam comissivos ou omissivos, ou seja, pequem por ação ou por inação; exige-se apenas que violem o direito.

Também não comporta examinar de que Poder proveio o ato. Embora mais comumente impugnados sejam os atos administrativos típicos, emanados do Executivo, não escapam, como vimos, à incidência da ação os atos judiciais nas condições que examinamos (art. 5.º, II, Lei n.º 1.533). Contra a lei em tese, como ato legislativo típico, é incabível o mandado de segurança(118), pela simples razão de que não afetam, como normas gerais e abstratas, direitos individuais. O mesmo ocorre com decretos e regulamentos gerais e normativos. Mas se o ato legislativo tem caráter específico, ou seja, é formalmente legislativo, embora materialmente administrativo, denominado de *lei de efeitos concretos*(119), passa a sofrer a incidência do mandado de segurança, dada a sua possibilidade de violação de direitos líquidos e certos. Ainda quanto aos atos judiciais, já se discutiu sobre a viabilidade de o mandado de segurança atacar a coisa julgada; hoje é pacífica a jurisprudência no sentido da vedação(120). Por fim, se um ato dilapida o patrimônio público pode ser anulado por ação popular (art. 153, § 31, Const. Fed.; Lei n.º 4.717, de 29-06-65); o mandado de segurança, contudo, não tem o condão de substituir aquela ação especial, conforme já assentado no Pretório Excelso(121).

Em conclusão, temos que ao M.P., ultrapassadas as etapas preliminares, compete verificar se, à luz da prova pré-constituída, houve,

---

(116) Ob. cit., pág. 272.
(117) Ob. cit., pág. 6.
(118) Súmula 266, STF.
(119) *Hely Meirelles, ob. cit.*, pág. 8.
(120) Súmula 268, STF.
(121) Súmula 101, STF.

ou não, direito líquido e certo violado. E calcado nesse aspecto, que sempre demandará o exame da lei (o ato é *ilegal*), formular o seu pronunciamento, opinando agora pela concessão ou denegação da segurança, que refletem a procedência ou improcedência da ação.

VII. *A liminar, a sentença e os recursos*

A *medida liminar* é providência cautelar prevista na Lei n.º 1.533 e conferida de plano ao impetrante, à ocasião em que o juiz profere o despacho inicial de conteúdo positivo. O dispositivo impõe a presença cumulativa de dois requisitos, um de ordem subjetiva (deixado, aliás, à discricionariedade do juiz, que deverá mais do que nunca agir aqui com *arbitrium boni viri*), quando for relevante o pedido; e um de ordem objetiva, assentada no *periculum in mora,* ou, em outras palavras, no risco de ser a decisão de mérito, delongada pelo decurso do tempo, ineficaz e inócua quando de sua prolação. Neste último caso, pretendeu-se evitar que um ato ilegal, produzindo ininterruptamente os seus efeitos, viesse a causar dano irreparável ao titular do direito. Com a medida liminar, ficam suspensos os efeitos do ato até a decisão do litígio oposto no mandado de segurança.

A duração da liminar é de 90 dias, prorrogáveis por mais 30 em caso de acúmulo de serviço para o juiz(122). A concessão da medida é vedada em casos previstos em algumas leis complementares(123), como liberação de mercadorias vindas do estrangeiro, reclassificação de servidores e aumento de vantagens ou, ainda, pagamento de vencimento.

O M.P. tem, na prática, pouca ingerência na apreciação do pedido liminar, pois que este fica sob imediata tutela do juiz antes da manifestação do órgão. Apesar disso, entendemos que como, *custos legis,* pode o M.P. opinar pela concessão da liminar quando, tendo sido negada esta inicialmente, persistir, no momento de sua intervenção, o conjunto de motivos que aconselhem a concessão, e estiverem presentes os requisitos do art. 7.º, II.

A *sentença* denegatória do mandado de segurança enquadra-se como de natureza *declaratória,* uma vez que declara inexistente direito líquido e certo violado por ato da autoridade. Duvidoso, contudo, é o enquadramento quando a decisão é *concessiva.* Para uns (124), poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, conforme a direção que imprimir. Estamos, porém, com aqueles que aceitam a categoria das sentenças *mandamentais*(125). Na verdade, a senten-

(122) Art. 1º, "b", da Lei 4.348, de 26-06-64.

(123) Lei 2.770/56; Lei 4.348/64; Lei 5.021/66.

(124) *Celso A. Barbi, ob. cit.,* pág. 151.

(125) *Goldschmidt, Derecho Procesal Civil,* 1936, pág. 113; *Pontes de Miranda, Comentários ao CPC,* tomo I, págs. 231/232; *Hely Meirelles, op. cit.* pág. 25.

ça na segurança tem o conteúdo de uma ordem à autoridade, no sentido de fazer *(facere)*, não fazer *(non facere)* ou tolerar que se faça *(pati)*. Por isso, a execução da sentença é *in natura*, devendo-se concretizar o mandamento contido na decisão. Daí ser o mandado de segurança meio inábil para a obtenção de reparação pecuniária em substituição à ação de cobrança(126).

No que concerne à modalidade de mandado de segurança impetrado, pode ainda a sentença ser *repressiva*, quando se destina à correção da ilegalidade praticada, ou *preventiva*, quando objetiva impedir se cometa a ilegalidade. De qualquer forma, a recusa a seu cumprimento tipifica o crime de *desobediência* (art. 330, C. Penal).

Por fim, cumpre ressaltar que, sem embargo da orientação do S.T.F.(127), deveria fixar-se na sentença os honorários da parte sucumbente. Afinal, não há mais como adotar aquele caminho ante a sistemática processual vigente (art. 20, CPC), que determina a condenação do *vencido*. Ora, como o mandado de segurança é ação, cujo processo contém uma lide, há necessariamente de aparecer um vencido; a este será de cominar-se o ônus dos honorários advocatícios.

O *recurso* cabível da sentença concessiva ou denegatória é a apelação(128). No primeiro caso, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que não impede de ser executada provisoriamente(129).

Legitimados para recorrer estão a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (art. 499, CPC). Aqui se faz presente toda a força de atuação do M.P. Se a sentença se posiciona contrariamente ao entendimento do órgão, que a esta altura já terá examinado todo o contorno da controvérsia, não só pode o mesmo, como deve, apelar da decisão. Importante é que o órgão se cinja aos lindes legais e use de toda a sua autonomia para impedir que a decisão os ultrapasse.

O agravo de instrumento é incompatível com o rito da segurança, embora possa teoricamente ocorrer decisão que resolva questão incidente (art. 162, § 2.º, c/c — art. 522, CPC). Para a hipótese de dúvida, obscuridade, omissão ou contradição, cabem embargos de declaração (arts. 463, II e 525, CPC). Nos casos previstos na Constituição, pode a decisão ser atacada por recurso extraordinário (art. 119, III, "*a*" a "*d*"). Quanto aos embargos infringentes, interpostos de julgado não unânime em apelação (art. 530, CPC), o S.T.F. incompreensivelmente assentou sua inviabilidade no mandado de segurança(130). O entendimento, porém, sofre muitas contestações. Re-

(126) Súmula 269, S.T.F.
(127) Súmula 512.
(128) Art. 12, Lei 1.533 c/redação Lei 6.014, 27-12-73.
(129) Art. 12, parág. único, L. 1533 c/red. Lei 6.071, 3-7-74.
(130) Súmula 597.

centemente mesmo, o Tribunal de Justiça do RJ (Embargos Infringentes na Ap. Cível n.º 5.856, relator o Eminente Des. J. C. Barbosa Moreira) admitiu expressamente o citado recurso, em orientação, a nosso ver, irrepreensível(131).

Os autores, de um modo geral, ensinam que da decisão que indefere a liminar, ou a concede, ou ainda a cassa, não cabe recurso. Ousamos discordar. Todas essas decisões estarão resolvendo questão no processo, sendo, pois, atacáveis por agravo de instrumento. Dissemos ser incompatível esse recurso em face da sabida morosidade da máquina judiciária. Não fora assim, ou se se conferisse prioridade de rito e julgamento a esse recurso, bem poderia ser utilizado em tais casos, sobretudo quando a atuação judicial fosse inquinada de arbitrariedade.

VII. *Considerações finais*

O escopo do presente estudo foi o de tecer comentários sobre os vários aspectos que recobrem o mandado de segurança, quer de caráter formal, quer de cunho substancial. Mas principalmente analisá-los à vista da intervenção do Ministério Público. Esta, na pesquisa a que procedemos, nunca recebeu um tratamento provido da detença indispensável aos temas de relevo.

E, conforme já acentuamos no início deste trabalho, consideramos a posição do M.P. no mandado de segurança de irretorquível importância. Primeiro, porque a missão cheia de nobreza do M.P. já é relevante em si mesma por causa dos objetivos a que se propõe. E, depois, porque tal missão se engrandece na medida em que sucede dentro do mandado de segurança, cuja nobreza de propósitos também é incontestável. Por esse motivo, seria de indagar-se se, numa ação de mandamento constitucional e determinada a proteger os direitos subjetivos líquidos e certos, afrontados por ato emanado de autoridade pública, que precisa necessariamente pautar-se pelo princípio da legalidade, seria de indagar-se, repetimos, se a alguém mais poderia outorgar-se a *custodia legis*, senão ao Ministério Público.

Pois foi na confluência do mandado de segurança e do Ministério Público que ousamos tecer os comentários contidos neste modesto trabalho.

(131) "Rev. Dir. Proc.-Geral Est. R.J.", nº 34, págs. 139/149.



Mandado de Segurança: A Comprovação dos Fatos Como Pressuposto Específico de Admissibilidade do Writ

Helcio Alves de Assumpção*

1. Constitui ponto pacífico na doutrina, aceito correntiamente nos tribunais, que o mandado de segurança tem a natureza jurídica de uma ação, por meio da qual se instaura um processo, no qual exerce o juiz sua função típica, de exercer jurisdição.

Trata-se, o mandado de segurança, naturalmente, de ação que - tanto na, por assim dizer, sua primeira e primordial etapa, em que se busca a formulação da norma jurídica concreta aplicável à situação deduzida em juízo, quanto na sua fase subseqüente, em que, sendo necessário, se vai diligenciar no sentido de proporcionar ao titular do direito aquilo a que faz jus - segue rito especial, revestido de características próprias, que lhe dão feição peculiar, no confronto com as demais ações.

Em matéria de mandado de segurança, é sempre conveniente frisar que tais peculiaridades - que não apenas ele, mas, a rigor, qualquer ação de rito especial ostenta - não se mostram capazes de permitir, senão em alguns pontos específicos, que se desvie o *writ* do leito comum pelo qual transitam os institutos processuais, e não autorizam as tentativas, que freqüentemente surgem aqui ou ali, de, com boas intenções, mas com resultados em geral desastrosos, enfatizar exclusiva ou preponderantemente singularidades, e negligenciar aquilo que, no mandado de segurança, é absolutamente comum a ele e outras figuras processuais análogas, pertencentes a um gênero comum, cuja existência obviamente só se justifica à medida que se manifestem, entre as espécies, pontos de contacto.

É desta perspectiva que se pretende analisar aqui, sob um aspecto particular, a distinção, que no mandado de segurança injustificadamente às vezes se negligencia, ou se faz equivocadamente desaparecer, entre admissibilidade e mérito - que nele, todavia, como em qualquer ação, está presente, precisa ser rigorosamente observada e produz relevantíssimas conseqüências práticas.

Vai-se cuidar, especificamente, da distinção que, sutilmente talvez, se abriga sob a cláusula constitucional "direito líquido e certo."

2. Dispõe a Constituição Federal, no art. 5º, LXIX:

> "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 02 (3ª Fase), jul./dez. 1995, p. 33-43.

Na própria regra constitucional se encontram induvidosamente indicados os pressupostos de admissibilidade do *writ*.

De sua leitura se extrai, *v.g.*, que só se impugna por meio de mandado de segurança ato de autoridade, ainda que praticado por particular, mas desde que, neste caso, esteja no exercício de poder público; dela se infere, do mesmo modo, que a área dentro da qual o mandado de segurança está destinado a atuar se define até certo ponto por exclusão: por meio dele, protegem-se de atos de autoridade quaisquer direitos subjetivos, desde que não se trate dos que a própria Constituição tutela através de *habeas corpus* e *habeas data*.

No ponto que aqui interessa considerar, dispõe a Carta Federal que se protege através de mandado de segurança "direito líquido e certo."

3. Não foram poucas, e não se encontram ainda hoje inteira e absolutamente pacificadas, no mais de meio século de existência do instituto entre nós, as opiniões a respeito do significado que deva atribuir-se à expressão "direito líquido e certo."[1]

Trata-se de questão que aqui não se mostra possível analisar *ex professo*, bastando registrar, para os fins a que se destina este trabalho, que se resolve correta e predominantemente no sentido de que "direito líquido e certo" equivale a direito subjetivo que se mostra, no processo, derivado de fatos certos, comprováveis e comprovados de plano, através de prova documental inequívoca - que o impetrante juntará, em princípio, à inicial [2] -, independentemente da utilização de qualquer outro meio instrutório.

É o entendimento sustentado, já em 1936, no julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança 333, pelo eminente Ministro Costa Manso, em palavras que merecem reprodução:

> "O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança."[3]

O ponto de vista está sufragado quase pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. [4]

---

[1] A fórmula foi enunciada pela primeira vez na Carta de 1946, e mantida a partir daí; na Constituição de 1934, que introduziu o mandado de segurança no direito brasileiro, falava-se em "direito certo e incontestável" e exigia-se que a ilegalidade do ato de autoridade fosse *manifesta*.

[2] Não se exclui que o documento necessário à comprovação do fato se ache em poder de órgão público, caso em que o juiz o requisitará: Lei 1533/51, art. 6º, par. único.

[3] *Apud* Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pp. 57/8.

[4] Uma extensa resenha doutrinária e jurisprudencial sobre a questão é feita por Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, São Paulo, 1992, pp. 18 e segs.; no sentido exposto no texto, arrola o A. a imensa maioria dos juristas e tribunais pátrios. Merece destaque a lição de Celso Agrícola Barbi - que arrola a existência de direito líquido e certo como condição do mandado de segurança porque adota a teoria da ação de Chiovenda: "O conceito de liquidez e certeza é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuida se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental..."(*ob. cit.*, pp. 55 e segs.)

Para que se componha, portanto, o conceito de "liquidez e certeza", na opinião prevalecente, é necessário e suficiente que a situação de fato de que decorre o direito subjetivo do autor seja certa, nos termos indicados, não descaracterizando a "liquidez e certeza" a circunstância de, uma vez provada, envolver complexidade a respectiva análise, ou de demandar, o reconhecimento do direito, o exame, pelo juiz, de *quaestio iuris* intrincada, por mais grave que seja.

Talvez seja lícito acrescentar que certo deve ser não apenas o fato em que se apóia o direito subjetivo alegado pelo impetrante, mas todos aqueles cuja constatação se faça necessária para o acolhimento do pedido, aí incluídos os que se relacionem com a ilegalidade da conduta do impetrado: no mandado de segurança, qualquer deficiência na prova se resolve contra o impetrante, não tendo aplicação, no *writ*, as regras de distribuição de ônus da prova estabelecidas na lei processual.(5)

É deste pressuposto que se vai aqui partir: no mandado de segurança, ao estabelecer a necessidade de ser o direito do impetrante "líquido e certo", exige a Constituição Federal, e na sua esteira, a Lei 1533/51, sejam certos todos os fatos relevantes para o julgamento do pedido, o que se dará se forem eles demonstráveis e estiverem efetivamente demonstrados nos autos através de prova documental inequívoca, por si só suficiente para formar a convicção do juiz, sem necessidade da produção de qualquer outro meio de prova, que no mandado de segurança não se admite.

4. Antes de passar adiante, e enfrentar o tema proposto, cumpre abrir, a esta altura, breve parênteses, para esclarecer, embora sumariamente, conceitos que se empregaram e que se vão continuar a utilizar adiante.

A ação (6) tem na demanda o ato pelo qual se inicia o respectivo exercício. (7)

Submete-se, a demanda - como todo e qualquer ato postulatório -, a uma dupla verificação, ou a um duplo exame, ou a um duplo juízo. (8)

Antes de mais nada, faz-se mister verificar se a demanda é admissível, isto é, se preenche os requisitos previstos em lei para que possa chegar-se ao exame do que se pleiteia.

---

(5) Aliás, além da certeza dos fatos constitutivos do direito e dos indicadores da conduta ilegal, pesa sobre o impetrante o ônus de fazer prova de estarem presentes os pressupostos processuais e as demais condições da ação; também a este respeito, deficiência insanável, se respeitante à matéria de fato, deve resolver-se contra o impetrante; poderia exemplificar-se com dúvida sobre a tempestividade da impetração.

(6) O termo "ação" se adota aqui como o exercício concreto do direito de ação em face de determinada situação da vida.

(7) José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 16ª ed., 1994, p. 11.

(8) Evidentemente, não está sendo olvidado no texto que, antes de examinar a admissibilidade da demanda, se faz necessário verificar a *regularidade do próprio processo*, em análise que pode culminar também com a respectiva extinção sem julgamento do mérito. O fenômeno não apresenta, porém, qualquer peculiaridade que mereça registro no mandado de segurança, e não é dele que se está tratando. Daí a omissão.

Estando ausente um, ou mais de um requisito, o pedido pura e simplesmente não se examina, e o processo se extingue sem julgamento do mérito, em fenômeno a que se dá imprópria, mas tradicionalmente, o nome de "carência de ação."

Ao exame do pedido se vai chegar apenas na hipótese de estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade; neste caso, e só nele, caberá ao juiz verificar se o pedido é ou não fundado, para o efeito de, conforme o caso, julgá-lo procedente ou improcedente. (9)

Na doutrina das ações - quer na concepção que as define como o exercício de um direito abstrato, quer na que nelas identifica o direito a um pronunciamento sobre o mérito, cuja existência, numa e noutra hipótese, não depende de que o autor tenha razão -, a tais requisitos de admissibilidade da demanda se dá o nome de condições da ação.

5. Lavra, como é notório, intensa controvérsia a respeito da natureza da ação.

Trata-se de disputa de que aqui não haveria razão para cuidar-se extensamente. Basta registrar que, como é sabido, as correntes que se formaram na doutrina, com os olhos postos no processo de conhecimento, oscilam entre a concepção da ação como direito a uma sentença favorável, como direito a uma sentença de mérito, favorável ou não, ou como o direito a uma sentença, ainda que não respeitante ao *meritum causae*. (10)

Manifestam-se divergências, do mesmo modo, a respeito das condições da ação.

O dissenso, aqui, surge em mais de um aspecto. Há quem pura e simplesmente negue a existência de condições da ação, ancorando-se sobretudo na concepção do direito de ação como direito abstrato, com a qual as condições da ação seriam inconciliáveis; entre os que admitem a categoria, não existe acordo sobre o que sejam, havendo, por outro lado, divergências a respeito de quais as espécies que integram o respectivo elenco; sem negar a categoria, existe quem, em âmbito mais modesto, lhes reduza o número, para excluir do rol espécies que nele habitualmente se inserem.

Trata-se, aliás, de disputas que, em grande parte, simplesmente refletem as diferentes concepções a respeito do conceito e das características do direito de ação.

Na controvérsia, de qualquer sorte, tomou decidido partido o Código de Pro-

---

(9) J. Goldschmidt, *Princípios Generalis del Proceso*, I, Buenos Aires, 1961, pp. 120/6: *"Con respecto a cada petición hay que examinar, en primer lugar, si es admisible (...). Una petición es admisible cuando satisface las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido (...). Como la admisibilidad de una petición es su calidad de satisfazer las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido es natural que la admisibilidad ha de comprobarse antes de examinar se la petición es fundada (...). En la petición admisible, hay que examinar su contenido (...). Una petición admisible es fundada cuando por su contenido es apropriada para obtener la resolución judicial pretendida."*

(10) Deixa-se de mencionar no texto, por estar à evidência irrecuperavelmente ultrapassada, a teoria civilista ou imanestista da ação, que nela identificava um aspecto do direito subjetivo material, ou um acessório seu.

cesso Civil: encampou, ao que tudo indica, a doutrina abstrata da ação [11]; reconheceu de modo absolutamente inocultável a existência de condições da ação, que compõem, entre a regularidade do processo e o mérito, categoria própria de questões, sobre as quais tem de manifestar-se o juiz; situou-as claramente em plano distinto ao do *meritum causae*, e a ele preliminar; e até mesmo as enumerou, referindo-se, em texto que sugere claramente tratar-se de elenco não exaustivo (art. 267, VI), à legitimidade das partes, ao interesse processual e à possibilidade jurídica do pedido.

Talvez não se mostre a esta altura inútil, sem a pretensão de esgotar a matéria, deixar assinalado que, diferentemente do que às vezes se declara, não existe incompatibilidade irremediável entre o reconhecimento de condições da ação e a teoria abstrata da ação, que está adotada pelo estatuto processual e é justificadamente predominante hoje em doutrina.

A tarefa de harmonizar a existência de condições da ação com a idéia de que a ação constitui exercício de direito, que se tem independentemente do resultado que vai provocar *in concreto*, não se mostra impossível, desde que se considere que não se trata de condições cuja presença condicione a existência da ação, mas a legitimidade de seu exercício no caso concreto [12]; estando elas presentes, a demanda será admissível, e o pedido poderá ser julgado - pouco importa se procedente ou improcedente; estando ausentes, uma ou mais de uma, a demanda será inadmissível e, embora existente a ação, vai terminar ela necessariamente com a extinção do processo sem julgamento do pedido, a cujo respeito nada dirá o juiz, abstendo-se pura e simplesmente de afirmar que o autor tem, ou não tem, razão.

6. No Código de Processo Civil, portanto, a admissibilidade da ação está subordinada à presença de, pelo menos, três condições: a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Pode dizer-se que são estas as condições que se exigem sempre, em todos os casos, para a admissibilidade da demanda - seriam condições genéricas. [13]

Nada impede, porém, que, ao lado delas, a lei imponha outras, exigíveis apenas em determinados casos - condições específicas [14] da ação -, como insinua, como já se assinalou, o art. 267, VI, do estatuto processual.

---

[11] Convém registrar que, a rigor, a concepção de Liebman, a que tantas vezes se declara inteiramente filiado o CPC, não corresponde exatamente ao que se convencionou chamar de teoria abstrata; no entendimento do mestre peninsular, a *existência* da ação estaria subordinada à concorrência das condições, que constituiriam condições necessárias para o julgamento do mérito de onde seria lícito supor que, adotadas as premissas, não *haveria* ação toda vez que faltasse uma das condições, e se ultimasse o processo sem exame do mérito. "*Esse sono*" - assinala Liebman, com referência às condições da ação - "*come già acennato, i requisiti di esistenza dell'azione, e vanno perció accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito), preliminarmente all'esame del merito. Solo se ricorrono queste condizioni può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessitá di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla*" (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, 4ª ed., Milão, 1980, p. 135).

[12] José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, p. 29.

[13] Talvez convenha assinalar que, a rigor, ao lado destas, deva incluir-se a ausência de perempção, litispendência, coisa julgada e compromisso arbitral - categorias cuja natureza, contudo, no particular, é objeto de disputa.

[14] José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, pp. 29/30.

O reconhecimento de que existem condições específicas, que convivem com as genéricas, sem nelas necessariamente precisarem ser enquadradas, poupa o trabalho em que se empenha por vezes a doutrina, procurando ajustar, à força, certas exigências legais numa ou noutra categoria genérica, com resultados em geral discutíveis, pouco animadores e destituídos de qualquer repercussão prática.

Trata-se de requisitos exigidos em certas hipóteses, e não em todas.

Mais de um exemplo poderia, a respeito, ser formulado: o pagamento de custas e honorários no caso de repropor-se ação, quando o processo anterior se extinguiu por abandono da causa; a autorização judicial para que o curador de incapaz proponha ações em nome deste último; a autorização do cônjuge para a propositura de certas ações; a realização de depósito de determinada quantia para intentar-se ação rescisória.

Em todas estas hipóteses, na ausência da exigência legal, o desfecho do processo é o mesmo que se verifica quando falta uma condição genérica: a demanda é inadmissível, e , por isto, o feito vai extinguir-se sem julgamento do mérito, por "carência de ação."

7. Com estas considerações, pode retomar-se o fio da exposição e voltar ao tema proposto: o mandado de segurança constitui ação, inicia-se com a demanda - *rectius*: com o ajuizamento da demanda -, tem sua admissibilidade subordinada a condições, que vão permitir, ou não, o exame do pedido.

Há, no mandado de segurança, condições genéricas, que não diferem das que precisam estar presentes em qualquer ação: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Mas existem também condições específicas.

Na falta de umas ou de outras, o resultado não difere: extingue-se o mandado de segurança sem julgamento do mérito, declarando-se o impetrante "carecedor de ação."

Na presença das condições, genéricas e específicas, o mérito do mandado de segurança pode e deve ser julgado, e aqui, como em geral acontece, a existência das condições, que são questões preliminares, não antecipa o conteúdo do julgamento, podendo ocorrer, conforme o caso, que se acolha ou se julgue procedente o pedido, ou que se rejeite ou se julgue improcedente o pedido.

8. A distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito se identifica com facilidade em mais de um tópico no mandado de segurança.

Não apresenta ela qualquer dificuldade quando o juiz entende que a impetração se dirige em face de autoridade que não tem legitimidade passiva *ad causam* para figurar como coatora no processo - porque, por exemplo, não praticou, nem determinou fosse praticado o ato impugnado -, ou que falta interesse processual - porque, por exemplo, o impetrante já obteve, na esfera administrativa, o resultado que pretende no *writ* -, ou que o pedido é juridicamente impossível - como pode acontecer quando o mandado de segurança se impetra desenganadamente para obter em tese a declaração de invalidade de atos normativos insuscetíveis, por si sós, de afetar a esfera jurídica das pessoas.

Ninguém duvidaria de que, em tais hipóteses, ao juiz não é dado senão extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ser inadmissível o mandado de segurança.

A mesma facilidade na diferenciação entre admissibilidade e mérito se manifesta em relação a dois dos pressupostos a que alude o dispositivo que trata do mandado de segurança na Constituição Federal.

Não é suscetível de despertar qualquer perplexidade, com efeito, o que deve fazer o juiz se se impetra mandado de segurança contra ato praticado por particular, não investido de poder público, ou se se pretende, através do *writ*, proteger, em si mesma, a liberdade de locomoção, ou o direito à obtenção e à retificação de informações constantes de bancos de dados pertencentes a entidades governamentais, ou instituições "de caráter público": extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

9. O mesmo deve dizer-se em relação a uma das condições do mandado de segurança, específica, não prevista no texto constitucional, a respeito de cuja natureza não parece haver dúvida possível: a concernente à necessidade de o *writ* ser impetrado dentro de determinado prazo, contado da ciência do ato impugnado - art. 18 da Lei 1533/51.[15]

Se a impetração se dá tempestivamente, o mérito se julga, sem que daí se extraia qualquer conclusão sobre o teor do julgamento; se ocorre intempestivamente, o mérito não é julgado, e, sem isto, o processo se extingue, por "carência de ação."

Neste ponto, cumpre ter presente uma observação para afastar dúvidas.

É que o fenômeno costuma caracterizar-se como "decadência." [16]

Não se trata, contudo, da decadência a que se refere o CPC no art. 269, IV - que constitui instituto de direito material, que fulmina, pela inércia, o direito de que seja titular o autor, configura fundamento de decisão de mérito, apta a produzir coisa julgada material, impeditiva, por isto mesmo, de que a mesma causa - independentemente do rótulo ou do procedimento que se lhe dê - venha novamente a ser apreciada em juízo.

Não é isto que ocorre no mandado de segurança, quando se verifica a "decadência" decorrente do art. 18.

---

[15] Não comporta exame aqui a discussão sobre se é constitucional o estabelecimento do prazo; veja-se, de qualquer modo, no sentido afirmativo, referência a acórdãos do STF e do STJ *in* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

[16] Para Alfredo Buzaid, não se trata, nem de prazo prescripcional, nem de prazo decadencial, nem de prazo preclusivo, mas, simplesmente, de um prazo extintivo do direito de impetrar a segurança, tal como resulta, aliás, da letra do art.18 da Lei 1533/51 (*Do Mandado de Segurança*, I, São Paulo, 1989, pp. 151/60). Registra o eminente processualista que os doutrinadores que afirmam tratar-se de decadência o fazem com a expressa ressalva de que o fenômeno se dá apenas no plano processual, inviabilizando tão-somente o emprego do *writ*, sem provocar, como a decadência, a perda do direito subjetivo material.

Ao declarar a "decadência", prevista no aludido dispositivo legal, não está o órgão judicial a julgar o mérito do mandado; o que faz é algo diverso: afirma que, pelo transcurso do prazo legal de impetração, está extinto, como diz a Lei 1533/51, o direito do impetrante de ver apreciado, na via do mandado de segurança, o pedido, sem que ocorra julgamento do mérito, sem que se produza coisa julgada material, e sem que exsurja, conseqüentemente, obstáculo a que a mesma causa, sob rito diverso, seja novamente deduzida em juízo, e venha a ser livremente apreciada em outro processo.

Trata-se, portanto, de requisito necessário para que se possa apreciar o mérito do mandado de segurança; uma condição específica do mandado de segurança, cuja ausência acarreta extinção do processo sem julgamento do mérito, que não impede, por não envolver a formação de coisa julgada material, nova submissão da mesma causa, sob outro procedimento, comum, à apreciação judicial.

10. Esquema análogo, que permita a separação entre o que é admissibilidade e o que é mérito, pode e deve identificar-se na expressão "direito líquido e certo."

É claro que, se os fatos são certos, e deles resultam o direito e a ilegalidade afirmados pelo impetrante, o caso é de julgar-se o mérito, concedendo-se a ordem impetrada. A existência de direito - "líquido e certo" - funciona aqui como pressuposto de procedência do *writ*.

Pode perfeitamente acontecer, todavia, de, embora os fatos narrados pelo autor autorizarem, em tese, o acolhimento do pedido - porque deles, a serem verdadeiros, exsurgiriam o direito e a ilegalidade alegados -, não serem eles certos, por não se acharem induvidosamente demonstrados atráves do único meio de prova admissível no mandado de segurança, que é a prova documental.

Nestas circunstâncias, a ordem evidentemente não pode conceder-se.

Não seria lícito ao juiz declarar, contudo, que não existe o direito alegado pelo impetrante, ou que não é ilegal o comportamento da autoridade.

Se o pedido deixasse de ser acolhido sob tal fundamento, a decisão envolveria evidentemente o reconhecimento judicial de que não existe direito lesado ou ameaçado, e a pronunciamento deste teor não poderia negar-se - pelo menos sem o emprego de malabarismos verbais ou lógicos - aptidão para reproduzir coisa julgada material, de sorte que estaria o impetrante impossibilitado de, em outro processo, em que empregasse provas das quais não pôde ou não quis fazer uso no mandado de segurança, obter o resultado que infrutiferamente tentou alcançar no *writ*.

Trata-se de conclusão manifestamente inconveniente, que se choca com a lei e a jurisprudência. [17]

Não é difícil, contudo, afastá-la. Basta que se considere, na hipótese figurada, que às questões concernentes à efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalida-

[17] Lei 1533/51, art. 16; cabe notar que não é apenas o "pedido de mandado de segurança" que pode ser renovado - se ainda houver tempo para tanto: a causa, sob rito comum, é que pode ser novamente ajuizada, na hipótese de não ter ocorrido julgamento do mérito. Súmula da jurisprudência predominante do STF, nº 304; sobre o significado do verbete, cuja redação é ambígua, veja-se Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

de do comportamento atribuído ao impetrado pura e simplesmente não chegou o juiz: a falta de prova terá tornado inviável dizer se o impetrante tem ou não razão, e o processo, em tais circunstâncias, deve extinguir-se sem exame do mérito, em decisão que, pelo seu conteúdo, não constitui obstáculo a que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial. (18)

Ao estatuir que o mandado de segurança se presta à proteção de "direito líquido e certo", não estabelece a Carta da República, portanto, exigência que se possa conceber em bloco, nem exclusivamente como pressuposto de admissibilidade, nem apenas como pressuposto de procedência do pedido - e muito menos, convém salientar, como algo que seja , a um só tempo, uma e outra coisa, o que constituiria uma evidentíssima impossibilidade lógica e jurídica.

Na expressão "direito líquido e certo" conjugam-se, a rigor, dois elementos distintos, de diferente natureza, enquadráveis em categorias processuais diversas, que cumpre cuidadosamente separar.

O substantivo - "direito" - constitui requisito para que se conceda a segurança, situando-se, portanto, no mérito da causa; trata-se, a existência de direito subjetivo, de requisito de procedência do pedido. Não poderia, aliás, ser de outra forma: a existência do direito - além evidentemente da de ato ilegal, já praticado ou prestes a sê-lo - configura elemento cuja presença é necessária para que se acolha o pedido do impetrante, concedendo-lhe o mandado, e não poderia logicamente conceber-se a procedência do pedido como pressuposto de cabimento do *writ*.

Os adjetivos - "líquido e certo"-, cujo sentido acima foi assentado, configuram exigência que se põe em outro plano, no da admissibilidade do pedido, como questão a esta preliminar, sendo sua presença necessária para que se chegue ao julgamento do mérito, sem envolver qualquer antecipação sobre o conteúdo do julgamento.

Para que seja admissível o mandado de segurança, o que é imprescindível é que o suposto direito e a suposta ilegalidade, que o impetrante, na inicial, meramente alega, decorram de fatos que, no processo, se mostrem certos; a efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade constituem pressupostos de procedência do pedido, a cujo exame só é lícito chegar se estiverem satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade do *writ*.

Este requisito, relativo à comprovação dos fatos - não à efetiva existência do direito subjetivo afirmado pelo autor -, configura, também ele, condição específica

---

(18) Talvez possa assemelhar-se, neste particular, o que, em tais circunstâncias, deve fazer o juiz no mandado de segurança ao que, diante de dúvida insanável, estava autorizado a fazer o juiz romano: pronunciar um *non liquet*; na lição de Scialoja: *"El juez romano, si después de hacer cuanto le era posible para llegar a un convencimiento sobre la realidad de los hechos y sobre el derecho del actor o del demandado, no conseguia formarlo, tenia un medio para salir del paso, y era jurar* sibi non liquere; *esto es jurar que no habia logrado formase una segura opinión sobre la causa"* (*Procedimiento Civil Romano, trad. S. S. Melendo e Marino Ayerra Redin*, Buenos Aires, 1954, pp. 252/3). Não deixa, aliás, de ser curiosa, embora provavelmente casual, a identidade semântica entre o *liquere* romano e a liquidez exigida no mandado de segurança.

do mandado de segurança, cuja ausência vai acarretar o término do processo sem exame do mérito, e vai ensejar, conseqüentemente, porque a causa não foi julgada, a repropositura da ação, com a instauração de processo no qual se vai mostrar possível o julgamento do pedido, que lá não ocorrera.

No mandado de segurança, em relação ao ponto de que ora se cogita, a um de três resultados pode, conseqüentemente, chegar-se:

a) os fatos não são certos, no sentido acima exposto; neste caso, falta pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança, e o processo, por isto, deve extinguir-se sem julgamento do pedido, por "carência de ação"; é esta circunstância, e não qualquer outra, que justifica a não formação da coisa julgada material, e vai permitir que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial;

b) os fatos são certos, mas, ou deles não decorre o direito afirmado pelo autor, ou não exsurge a ilegalidade apontada no comportamento do impetrado; trata-se de situação na qual o mérito deve ser julgado, com improcedência do pedido, em decisão que se reveste de autoridade de coisa julgada, e impede, por isto, que a causa seja novamente ajuizada;

c) os fatos são certos, e deles deriva ter o autor o direito subjetivo que alega e estar presente a ilegalidade, que lesou ou ameaça de lesão o seu direito; o caso é de julgar-se procedente o pedido, concedendo-se a ordem.

A serem verdadeiras as considerações até aqui feitas, pode concluir-se que a locução "direito líquido e certo" abriga dois elementos distintos, de diferente natureza, que podem e devem ser separados ao apreciar-se o *writ*: *a existência do direito alegado pelo impetrante constitui pressuposto de procedência do pedido*, situado no mérito; *a exigência de liquidez e certeza do direito - afirmado na inicial - configura pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança*, na ausência do qual o pedido sequer pode ser julgado.

11. Para encerrar a exposição, convém fazer duas observações.

Primo: a distinção feita entre admissibilidade e mérito, no que respeita à exigência de "direito líquido e certo", não constitui apenas uma imposição teórica, derivada da necessidade de, no julgamento do mandado de segurança, ser observada técnica adequada, que respeite categorias assentadas na ciência processual - o que, por si só, já justificaria o empenho em preservá-la.

Dela derivam conseqüências práticas relevantes: uma, cuja importância parece desnecessário encarecer, consiste em permitir que, ao tomar-se conhecimento da decisão, se saiba com segurança se se formou, ou não, a seu respeito, coisa julgada material, e se se manifesta, por conseguinte, obstáculo à submissão da mesma causa à apreciação judicial; outra, que não se afigura menos relevante, está em determinar se, contra a decisão "denegatória" proferida no *writ*, cabe ação rescisória - que, como dispõe o *caput* do art. 485 do CPC, só é admissível contra "sentença de mérito."

Secundo: parece conveniente sublinhar que a terminologia empregada ao longo deste trabalho nada tem de inadequada ao mandado de segurança. Se ele constitui

uma ação, nada autoriza supor que o processo instaurado pela impetração se extinga senão de uma das duas únicas formas pelas quais se extingue qualquer processo, isto é, com julgamento do mérito, ou sem julgamento do mérito, aí incluída a "carência de ação"; nada tampouco justifica abandonar - e muito menos reputar-se errônea - a utilização das expressões com as quais se designam os modos pelos quais, com o julgamento do mérito, o processo se encerra: acolhimento ou procedência do pedido; rejeição ou improcedência do pedido.

Merece particular destaque que, nesta matéria, se algo contribui enormemente para embaraçar a compreensão do conteúdo das decisões proferidas no mandado de segurança, e perturbar gravemente a verificação dos efeitos que dele resultam é o arraigado vezo de deixar de empregar-se, no mandado de segurança, a terminologia técnica tradicional que se utiliza de um modo generalizado para as ações, e o hábito - que sem nenhum prejuízo se poderia banir da lei e da prática forense - de adotar-se, indistintamente para todos os casos em que o impetrante não logra obter bom êxito, a expressão "denegação" da segurança.

Não há dúvida de que se trata, a palavra "denegação", de expressão tradicional, que a própria Constituição e a Lei 1533 utilizam - não sem suscitar, aliás, aqui e ali, ponderáveis polêmicas.[19] Cuida-se, porém, de termo impreciso e ambíguo, que dá margem a dúvidas sobre o objeto da decisão, e, embora proporcione certa comodidade para o juiz, que, por meio dele, não precisa preocupar-se em dizer se está ou não julgando o pedido, cobra mais tarde o seu preço, ao exigir que, nem sempre com facilidade, se interpretem as sentenças, para todos os efeitos que tiverem por pressuposto determinar se se trata, ou não, de decisão de mérito.

[19] Para ficar em exemplo recente: a discussão que se travou sobre o cabimento do recurso ordinário contra decisões "denegatórias" de segurança de competência originária dos Tribunais.

* **Helcio Alves de Assumpção** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Livre-Docente de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Professor Adjunto da UERJ.



MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

JOEL TOVIL *

SUMÁRIO: 1. Origem. 2. Conceito e natureza. 3. Partes. 4. Objeto. 5. Procedimento. 6. Efeitos da decisão. 7. Bibliografia.

1. ORIGEM

O mandado de segurança, como ressabido, é instituto tipicamente brasileiro, porém, confessadamente inspirado no chamado "recurso de amparo" do direito mexicano, previsto na Constituição de 1917 daquele país.

Foi pela primeira vez consagrado na Constituição de 1934 (art. 133, nº 33), nos seguintes termos:

> "Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

Passada a ditadura do chamado Estado Novo, que suprimiu o *mandamus* na carta outorgada de 1937, a garantia voltou a ganhar *status* constitucional no texto promulgado em 1946 (art. 141, § 24). Durante a vigência daquela Constituição, foi editada a sua lei regulamentadora, de nº 1.533/51, que vigora até hoje.

A atual Constituição Federal, manteve a garantia no art. 5º, LXIX, estabelecendo que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

---

* Joel Tovil é Procurador de Justiça e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 28 (3ª Fase), abr./jun. 2008, p. 109-116.

2. CONCEITO E NATUREZA

O Mandado de Segurança , segundo a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, "é ação civil de rito sumário, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem impeditiva ou corretiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial"[1].

Não se trata, porém, como adverte Ada Pellegrini Grinover, de uma ação qualquer, "reconduzível ao princípio de que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV da Constituição vigente)"[2].

Ao revés cuida-se de remédio jurídico ao qual o constituinte atribui um *plus*, um reforço de eficiência.

Por isso é reputada ação de *eficácia potenciada*, vale dizer, compete ao intérprete, sempre, retirar do preceito constitucional garantidor "a maior carga possível de eficácia e efetividade", isto é, nunca limitando o seu alcance.

O mandado de segurança coletivo surgiu para solucionar um problema que ocorria com freqüência na prática forense: em numerosos casos, como lembra Celso Agrícola Barbi, "*centenas ou até milhares de pessoas tinham necessidade de requerer mandado de segurança em defesa de direito subjetivo individual de cada um*"[3].

Evidentemente, tal sistema não funcionava a contento, pois era enorme a dificuldade, seja para lidar com as incontáveis demandas individuais semelhantes, seja para por em prática o litisconsórcio ativo facultativo com tantos litigantes, que teriam de ser todos qualificados e representados por um único advogado, a quem teriam de outorgar procurações.

Sensível ao problema, e seguindo a moderna tendência de conferir proteção mais efetiva aos interesses coletivos, o constituinte de 1988 fez inserir no texto constitucional o mandado de segurança coletivo no art. 5º LXX, que tem a seguinte redação:

> "LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
>
> *a*) partido político com representação no Congresso Nacional;
>
> *b*) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;"

---

1. MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros, 24ª edição, 2002, p. 31.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legimação e objeto. *In Revista de Processo*, vol. 57, p. 97.
3. BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 10ª edição, 2002, p. 236, p. 236.

Para Luis Roberto Barroso o instituto não é "totalmente novo", pois "a Constituição somente ampliou o elenco dos legitimados à propositura do mandado de segurança tradicional (de cunho individual), para tanto utilizando a técnica da substituição processual"[4].

Cabe aqui, a propósito, algumas palavras sobre o conceito de "substituição processual".

Tal expressão, anota Aloisio Gonçalves de Castro Mendes, "tem sido utilizada, com freqüência, na doutrina e na vida forense, como sinônimo para a legitimação extraordinária".

Mas, a rigor, prossegue citando Barbosa Moreira, "a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar e aí colocar outra".

Como explica Mendes, "quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo, privando, desse modo, o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte principal, restando-lhe a condição de parte acessória, denomina-se de legitimação extraordinária autônoma exclusiva"[5].

Em outras palavras, se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais — proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, p. ex. – *a legitimação seria ordinária* (*v.g.* a atuação do Ministério Público na ação civil pública); se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos nem esteja compreendido em seus interesses institucionais, neste caso sim, haveria uma verdadeira substituição processual.

3. PARTES

A Constituição Federal conferiu legitimidade para manejar o *writ* coletivo, em primeiro lugar, *aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional.*

Preocupada com possíveis restrições que possam advir na prática judiciária, Ada Pellegrini Grinover adverte que "a legitimação é ampla e só pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional".

---

4. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 6ª edição, 2002, p. 199.
5. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, São Paulo, RT, 2002, p. 242.

Assim, não se deve exigir, por exemplo, que figure no polo ativo da demanda o diretório nacional do partido como condição para o exercício da ação, como tem feito o STF em sede de ações de inconstitucionalidade.

Vale citar, a propósito, o seguinte aresto:

> "A representação partidária perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do Diretório Nacional do Partido Político, que é — ressalvada deliberação em contrario dos estatutos partidários — o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional" (STF, ADI 779AgR/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 11.03.94, p. 4095, Ement. 1736-01/104).

Na alínea *b* foi prevista a legitimação da *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano*, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Por organização sindical, hão de entender-se os sindicatos, claro, mas também as federações e confederações de trabalhadores.

Entidades de classe, para Ada Pellegrini Grinover, podem ser voluntárias ou compulsórias, como a OAB, e as associações podem ser regidas pela lei civil, por regras de direito administrativo ou mesmo por outras normas legais, como pode ocorrer, por exemplo, com associações de servidores[6].

De se notar, por oportuno, que a exigência constitucional da pré-constituição e funcionamento há mais de ano refere-se apenas às associações, não alcançando os sindicatos e as entidades de classe.

Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte:

> "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento.
>
> *Acórdão que, interpretando desse modo a norma do art. 5º, LXX, da CF, não merece censura. Recurso não conhecido" (STF, RE 19899/DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão,* DJU *de 24.09.99, p. 43, Ement. 1964-02/411).*

A propósito, discute-se na jurisprudência se a associação precisa de autorização expressa de seus filiados para ajuizar a demanda. Assim já decidiu o STJ, em aresto publicado na *RSTJ* 73/166, sustentando, em síntese, que, como a denegação da segurança seria oponível a todos os associados, estes deveriam ter a opção de opinar sobre a impetração, até porque cada qual poderia preferir ajuizar a sua própria demanda, escolhendo e sustentando os argumentos que entendesse mais relevantes.

---

6. Ob. cit., p. 97.

Prevalece, contudo, o entendimento advogado por HELY LOPES MEIRELLES, no sentido de que "não é necessária a autorização expressa em assembléia, bastando que a entidade impetrante se enquadre, por sua natureza e seus estatutos, como um dos legitimados pela alínea "b" do inciso LXX do art. 5º da Constituição"[7].

Registre-se, por oportuno, a flagrante inconstitucionalidade da disposição recentemente incluída na Lei nº 9494/97 pela M.P. nº 2.180-35/2001, que passou a impor exigência não prevista na Constituição Federal, *in verbis*:

> "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços." (art. 2-A, parágrafo único)

Vale repisar, aqui, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem "*o intérprete, assim como o futuro legislador não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação que não os decorrentes da Constituição*"[8].

4. OBJETO

Questão das mais tormentosas é a de estabelecer a natureza dos interesses passíveis de tutela através do mandado de segurança coletivo.

Num primeiro exame menos acurado, poderíamos afirmar sem dificuldades que o mandado de segurança coletivo destina-se, primordialmente, à defesa dos chamados *direitos subjetivos individuais* dos membros daquelas entidades elencadas na alínea *b* do inc. LXX do art. 5º, isto é, aqueles mesmos direitos que antes só poderiam ser reclamados individualmente por seus titulares, em dezenas e às vezes milhares de processos, e agora podem ser postulados conjuntamente.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para intentar a ação constitucional em favor de todos os seus associados. O acórdão ficou assim ementado:

> "Recurso ordinário — Mandado de segurança coletivo – Concurso Publico — Cargo de Promotor de Justiça — Legitimidade da OAB/MT.
>
> 1. A seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor

---

7. Nesse sentido, já decidiu o STF por acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 720, p. 310.
8. Ob. cit., p. 98.

de seus associados impugnando a limitação de idade no Concurso para o cargo de Promotor de Justiça.

2. Recurso provido para afastar a decretação de carência de ação" (STJ, RMS 1906/MT, 2º Turma, unânime, Rel. Min. Peçanha Campos, *DJU* de 25.10.93, p. 22.468).

Quanto aos *partidos políticos*, co-legitimados para impetração do *writ*, a doutrina tem defendido que eles podem agir na defesa de qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não, não se admitindo restrição alguma[9].

José Carlos Barbosa Moreira advoga posição intermediária, sustentado que os partidos somente estão legitimados quando se tratar de direitos de seus filiados ou quando as pessoas interessadas forem destinatárias de pontos do programa partidário[10].

Prevalece na jurisprudência, no entanto, entendimento mais restritivo possível, qual seja, o de que a legitimação dos partidos políticos é limitada à proteção dos direitos políticos de seus filiados.

Nesse sentido, a posição pacificada no STJ, nos termos do aresto a seguir transcrito:

"Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles" (STJ, MS 1197/DF, 1ª Seção, maioria, Rel. para acórdão Min. Garcia Vieira, *RSTJ* 12/215).

Finalmente, é de ser solucionada a seguinte questão: poderia o mandado de segurança coletivo ser utilizado para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?

Parte da doutrina, logo após a promulgação da atual Constituição, respondeu negativamente a esta pergunta, aduzindo que o mandado de segurança coletivo só seria idôneo para proteger direitos subjetivos individuais que sejam do interesse de um grupo determinado ou coletividade como, por exemplo, os interesses dos usuários do transporte coletivo lesados por um aumento ilegal de tarifa. Assim pensam Athos Gusmão Carneiro e de Ernani Fidélis dos Santos[11].

---

9. Cf. lecionam Ada Pellegrini Grinover na ob. cit., p. 100, e Celso Agrícola Barbi na ob. cit., p. 255.
10. *Apud* BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p. 255.
11. Segundo noticia Celso Agrícola Barbi, na ob. cit., p. 240.

A grande maioria, no entanto, sustenta, como Luiz Roberto Barroso, que "presentes os requisitos para a impetração do *writ* individual, o mandado de segurança coletivo poderá ser direcionado à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos"[12].

5. PROCEDIMENTO

Na falta de lei específica, deve a ação constitucional seguir o procedimento previsto na Lei nº 1.533/51.

6. EFEITOS DA DECISÃO

A sentença proferida no mandado de segurança coletivo atingirá, evidentemente, todos os substituídos pela entidade impetrante.

A disposição recentemente incluída na Lei nº 9494/97 pela M.P. nº 2.180-35/2001, de duvidosa constitucionalidade, restringiu o alcance do *decisum*, assim:

> "Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator."

Comentando o citado dispositivo legal, assim se manifesta, com contundência, o Prof. Aloisio Gonçalves de Castro Mendes:

> "A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição não se confunde com competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial"[13].

De qualquer sorte, deve-se atentar para o estabelecido no art. 16 da Lei nº 1.533/51 e dele extrair as seguintes conclusões:

---

12. Ob. cit., p. 200.
13. Ob. cit., p. 265.

a) se a decisão definitiva concluir pela procedência da segurança coletiva, transitará em julgado, assim impedindo a rediscussão da matéria;

b) se a decisão denegar o *writ* em razão de deficiência das provas ofertadas pelo autor, não fará coisa julgada oponível *erga omnes*. Neste caso, a demanda poderá ser renovada, inclusive em caráter individual, se tratar de direito subjetivo;

c) se o *decisum* denegatório, no entanto, apreciou o mérito da demanda, concluindo que a pretensão autoral não era procedente, haverá coisa julgada material, impeditiva da reabertura da questão em outro processo.

7. BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado De Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 10ª edição, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 6ª edição, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e objeto. *In Revista de Processo*, vol. 57, pp. 96-101.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros, 24ª edição, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, São Paulo, RT, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, *Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional*, São Paulo, RT, 3ª ed., 2001.

O Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil brasileiro

The Writ of Mandamus against jurisdictional judgment: evolution and the new Brazilian Code of Civil Procedure

Marcellus Polastri Lima*
Mariah Oliveira Santos de Queiroz**

Sumário

1. Introdução. 2. A implantação do Mandado de Segurança no ordenamento brasileiro. 3. O Mandado de Segurança como meio de impugnação de decisões jurisdicionais. 3.1. Meio de impugnação e abordagem da Lei nº 1.533/1951. 3.2. Meio de impugnação e restrições da Lei nº 12.016/2009. 4. O CPC/15 e a margem de uso do Mandado de Segurança como meio de impugnação. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é investigar a pertinência da ação de impugnação constitucional Mandado de Segurança, especificamente quando impetrado contra ato jurisdicional, apurando-se as restrições a seu manejo. Para tanto, pesquisou-se a evolução na legislação, na doutrina e na jurisprudência quanto à utilização desse remédio contra decisões jurisdicionais, a fim de se constatar sua pertinência atual como ação autônoma de impugnação e como foi o amadurecimento das fontes do Direito até a presente configuração, inclusive após o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na *Georg-August Universität* de Göttingen, Alemanha. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Fiscal de Tributos do Município de Cariacica/ES. Membro do Grupo de Pesquisa: Justiça e evidência, prova, verdade e processo contemporâneo da UFES. Membro do Grupo de Trabalho de Normatização da Legislação Tributária do Município de Cariacica/ES.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72 (3ª Fase), abr./jun. 2019, p. 19-38.

Marcellus Polastri Lima
Mariah Oliveira Santos de Queiroz

Abstract

This article aims ata analyzing the pertinence of the action for constituticional objection Writ of Mandamus, especifically when it is filed against a jurisdictional act, establishing the restrictions on its use. In order to do so, the evolution in legislation and opinions of courts and jurists was researched regarding the use of this remedy against judicial judgment, in order to verify its current relevance as an autonomous action of objection and how the maturation of the sources of Law have been up to the present time, even after the advent of the brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

Palavras-chave: Direito Processual. Mandado de Segurança. Impugnação. Decisão judicial. Código de Processo Civil. Código de Processo Penal.

Keywords: *Procedural Law. Writ of Mandamus. Objection. Judgment. Code of Civil Procedure. Code of Criminal Procedure.*

1. Introdução

Desde a sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro, o Mandado de Segurança vem sendo manejado como meio de impugnação de decisões jurisdicionais.

A configuração das sucessivas reformas legislativas, como será visto, por vezes aumentou e por outras, restringiu o manejo do *writ* com essa finalidade.

E o Código de Processo Civil de 2015? Que efeitos colaterais seu conteúdo trouxe a esse tema?

Pertinente, neste momento, é apreciar os avanços (ou retrocessos) desse instituto em nosso ordenamento e sua percepção na doutrina e jurisprudência, enquanto ação autônoma de impugnação, culminando com o exame de eventual consequência que possa advir do Código de Processo Civil de 2015.

2. A implantação do Mandado de Segurança no ordenamento brasileiro

A primeira previsão do Mandado de Segurança no ordenamento pátrio ocorreu na Constituição de 1934. Antes disso, porém, um outro *writ* já tinha previsão e era amplamente utilizado no Brasil: o *habeas corpus*.

O *habeas corpus*, que já estava previsto no Código de Processo Criminal do Império (1832), passou a ter sede constitucional já na primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891.

Ocorre que, na Constituição de 1891, da forma que foi previsto, o *habeas corpus* não tinha um cabimento restrito para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo (liberdade de ir e vir). Assim preconizava a então Constituição em vigor:

> Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, *por ilegalidade ou abuso de poder.*

Como essa dicção tinha espectro muito amplo, encontrou-se um campo fértil para a utilização desse remédio heroico para fazer as vezes do que hoje se tenta obter com o mandado de segurança (esse último, repita-se, naquela ocasião, não tinha previsão no Brasil).

Nesse sentido, José Barcelos de Souza:

> Falando assim, indeterminadamente, em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por Rui Barbosade que o âmbito da garantia comportava ampliação. Isso certamente seria de encontrar boa receptividade, à falta deum outro remédio, como o mandado de segurança, inexistente na época.[1]

Surgia, assim, a chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus"*, que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, ilegalidades e abuso de poder.

Pertinente ao tema, Rui Barbosa, em discurso perante sessão do Senado, sustentou:

> [...] Logo, srs. senadores, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma illegalidade. Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas-corpus*, queria proteger contra a coacção ou contra violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coacção todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações[2].

Ou seja, no início do século XX, era o *Habeas Corpus* o remédio autorizado para casos que, após meados do mesmo século e até hoje, se impugnam com uso do mandado de segurança.

Contudo, a reforma da Constituição de 1891, ocorrida em 1926, sob a presidência de Artur Bernardes, trouxe novidades. Notou Seabra Fagundes:

---

[1] SOUZA, Jose Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Editora Forense, 1995, p.148.
[2] BARBOSA, Rui. O habeas-corpus. *In: Coletânea jurídica*, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

> [...] a reforma constitucionalde 1926, retrogradando no campo das garantias individuais, procurou cercear, com a nova redação do texto relativo ao *habeas corpus*, a orientação até aí acolhida pela jurisprudência do Supremo.[3]

Essa reforma, portanto, limitou a utilização para o uso do *habeas corpus* para as questões relativas à prisão ilegal ou violenta, ao constrangimento ilegal e ao direito de locomoção.

Quando dessa reforma de 1926, já se pensava em uma previsão do mandado de segurança no Brasil, deixando ao *habeas corpus* somente a finalidade de proteger a liberdade de locomoção. Asseverou a respeito José Barcelos de Souza:

> Encerrava-se, assim, já com a expectativa da regulamentação do mandado de segurança – notável criação do direito brasileiro – a aplicação da chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*". O *h.c.* voltou a seu padrão clássico: só para a liberdade de locomoção.[4]

E concluiu o Mestre das Alterosas que:

> [...] a influência daquele uso do *habeas corpus* para a defesa de direitos que hoje são protegidos pelo mandado de segurança podem ser responsáveis por equívocos que tempos depois ainda sucederam.[5]

Entretanto, o Mandado de Segurança só figurou pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio na Constituição de 1934, vindo a ser regulamentado pela Lei nº 191 de 1936, e, nessa primeira previsão legal, continuava a inspiração com a medida irmã do processo penal, pois, de acordo com Celso A. BARBI:

> [...] a referência a direito certo e incontestável e o rito processual idêntico ao do *habeas corpus* mostram a atuação dos que procuraram construir um *habeas corpus* civil, pois, além da forma, adotaram até mesmo a linguagem da doutrina brasileira daquele *writ*. A referência à ação petitória, geralmente contraposta à ação possessória nos livros de direito civil, é obra dos que pretendiam construir o instituto como extensão da posse aos direitos pessoais.[6]

---

[3] FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 254.
[4] SOUZA, José Barcelos de.
[5] SOUZA, José Barcelos de.
[6] BARBI, Celso. *Do Mandado de Segurança*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 33-34.

Pontue-se que a regulamentação feita pela Lei nº 191, de janeiro de 1936, excluiu do âmbito do mandado de segurança a ofensa à liberdade de locomoção, questões de cunho político e, quando fosse apenas ato disciplinar. Não cabia o remédio, também, se o ato fosse impugnável por recurso administrativo que não exigisse fiança, depósito e/ou caução.

Com o Golpe Político de 1937, vieram ainda mais restrições, como se viu do Decreto-Lei nº 6 de 1937, que passou a impedir o mandado de segurança para impugnar os atos do Presidente da República e de Ministros de Estado e de Governadores.

Ademais, não houve inclusão do mandado de segurança na Constituição de 1937, ocasião em que a ação em comento só era prevista na legislação ordinária.

A presença do *writ* foi retomada na Constituição de 1946, na qual, em seu art. 141, parágrafo 24, figura como garantia constitucional individual e, a partir daí, passou a ter regulamentação na legislação infraconstitucional pela Lei nº 1.533 de 1951 "para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

Desde a Constituição de 1946, sempre foi previsto nas Constituições que a sucederam.

Na Constituição de 1967, estava previsto no art. 150, parágrafo 21, com a finalidade de:

> [...] proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder[7].

Pelo que se viu, mesmo ao longo do regime militar, foi mantido o mandado de segurança nas Constituições, inclusive da Emenda Constitucional 1 de 1969, em seu art. 153, parágrafo 21.

Por fim, a presente Constituição, de 1988[8], no artigo 5º, inciso LXIX, preconiza:

> [...] conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em 2009, adveio a Lei nº 12.016, a qual passou a regular o Mandado de Segurança, trazendo a limitação de não concessão do *writ* quando se tratar (art. 5º, *caput*) "de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo" (inciso II).

---

[7] A Constituição de 1967 trouxe a novidade de cabimento do mandado de segurança para atos de "seja qual for a autoridade".

[8] A grande novidade da CF de 1988, o inciso LXX, que passou a prever o Mandado de Segurança Coletivo.

Demonstradas as previsões da ação mandamental nos diplomas ao longo da história de nosso ordenamento jurídico, passa-se a apreciar especificamente o seu manejo enquanto meio de impugnação.

3. O Mandado de Segurança como meio de impugnação de decisões jurisdicionais

Há que se pontuar que, de um modo geral, todas as leis que regiam o mandado de segurança traziam a previsão de cabimento do *writ* em face de ato de autoridade que ofendesse direito certo.

Nesse tocante, uma vez que os magistrados indubitavelmente são autoridades públicas, surge o questionamento quanto à adequação dessa ação constitucional para atacar decisões judiciais em sentido estrito, ou seja, de decisões proferidas no exercício da função jurisdicional.

Vale lembrar que os órgãos do Judiciário também exercem função administrativa quando, por exemplo, na gestão de seu pessoal, e legislativa, como quando edita seu regimento interno. Mas o objeto do presente questionamento se limita às decisões proferidas no exercício de sua função precípua, de dizer o direito.

A irresignação ante as decisões jurisdicionais pode se manifestar por meio de recursos e ações autônomas de impugnação[9].

Como um dos autores do presente artigo já distinguiu:

> [...] os recursos não instauram nova relação processual e, sim, prorrogam a relação já instaurada no processo, mas, ao contrário, as chamadas ações de impugnação instauram nova relação processual. São, assim, ações e não recursos, instaurando-se novo procedimento de impugnação de decisões[10].

É importante não confundir a expressão "mesmo processo" com "mesmos autos". A título ilustrativo, no processo civil, a interposição de agravo de instrumento implica formação de novos autos, mas não a instauração de uma nova relação processual, ao revés, apenas estende a já existente.

Por sua vez, conforme esclarecido no excerto *supra*, as ações autônomas de impugnação iniciam uma nova relação processual. Inclusive, por conta disso, com necessidade de nova citação.

A pergunta que se faz é: pode o Mandado de Segurança ser utilizado para impugnar qualquer decisão jurisdicional?

[9] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 232.
[10] POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1329.

Para responder a essa pergunta, teremos que analisar, na evolução histórica do *mandamus,* como se postava a questão ante a vigência das leis que se sucederam e, ainda, com alguma diferenciação entre as áreas civil e criminal.

É cristalino que o recurso é o mais importante instrumento para a impugnação de decisões jurisdicionais. Por outro lado, outros meios podem servir ao objetivo, mormente se a decisão ou despacho for irrecorrível, ou, ainda, se o recurso por si só não pode produzir o efeito desejado, dada a necessidade urgente de outra medida.

Em razão disso, na prática, a parte se vê na contingência de ter que buscar outros meios de impugnação para atacar decisões jurisdicionais e tais meios mais comuns apontados são ações autônomas de impugnação, como é o caso do mandado de segurança.

Guilherme Estellita já defendeu o cabimento da correição parcial contra ato judicial ao invés do mandado de segurança[11], pois esse não apresentaria "qualquer dos graves e perturbadores inconvenientes do mandado de segurança". Porém, como adverte José Barcelos de Souza, "de fato, ainda os tem e não poucos. Na Justiça penal, em que se pode sentir seu procedimento desvantajoso em relação ao *habeas corpus*, vem cedendo lugar a este em muitos casos".[12]

Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha[13] afirmam que começa a se dar a utilização do Mandado de Segurança contra ato judicial com o seu surgimento em 1934, quando assim era porque não havia empecilho legal, e o que se discutia era que a autoridade coatora poderia ser também o juiz, ou seja, se esse seria uma autoridade para aquele fim.

Com a Lei nº 1.533 de 1951, passa a existir uma previsão legal de utilização do *mandamus* contra atos judiciais, só se fixando a restrição do art. 5º, inciso II, de que não se daria o mandado de segurança quando se tratasse: "[...] II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição."

Assim, o impetrante teria que fazer um juízo se a hipótese poderia ser impugnada recurso ou por correição parcial e, assim, só caberia o mandado de segurança se fosse esse a única forma de impugnar o ato judicial.

Já com o CPC de 1973, passa a se entender que toda decisão judicial seria atacável por recurso e aí se começou a entender que o inciso II do art. 5º da Lei nº 1.533 de 1951 não seria mais aplicado. Entretanto, como veremos adiante, boa parte da doutrina ainda defendia a possibilidade de impugnação via mandado de segurança, só sendo impossível o remédio quando o recurso cabível tivesse possibilidade por si só de ter o "efeito suspensivo" e, além disso, julgados ainda exigiam que houvesse possibilidade de "dano irreparável".

Com o advento da Lei nº 12016/2009, é previsto expressamente que: "Não se concederá mandado de segurança quando se tratar" (art. 5º, *caput*) "[...] de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo" (inciso II).

---

[11] ESTELLITA, Guilherme. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. *In: Revista Forense*, nº 132, p. 341.
[12] *Cf.* SOUZA, José Barcelos de. Do *Habeas Corpus*. *In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, nº 25, 2012.
[13] CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. *In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. vol. 6, 2014. p. 78-81

Não obstante, como se detalhará mais adiante, mesmo com a Lei de 2009, ficaram restando duas hipóteses em que se poderia utilizar o Mandado de Segurança para impugnar decisão jurisdicional, sem que se recorresse de forma concomitante, quais sejam: 1. se impetrado o *mandamus* por terceiro ou se a decisão a ser atacada for considerada teratológica, considerando-se, ainda, que o recurso cabível pode não ser suficiente para resguardar o direito da parte.

Dessa forma, na verdade, a finalidade do *mandamus*, mesmo após o CPC/73, no qual existe em regra recurso para as decisões judiciais é a de se atribuir suspensivo a um recurso interposto, mas que não tenha efeito suspensivo. Além de se recorrer, portanto, se impetrava o *mandamus* para fins de se obter o recurso suspensivo.

3.1. Meio de impugnação e abordagem da Lei nº 1.533/1951

Conforme pontuado anteriormente, quando da regulamentação da ação constitucional pela Lei nº 1.533/1951, foi inserido que não caberia Mandado de Segurança em face de "despacho ou decisão judicial, quando houvesse recurso previsto nas leis processuais ou pudesse ser modificado por via de correição" (art. 5º, II).

Embora em posição minoritária, havia abalizada posição doutrinária, na qual se insere Sérgio Ferraz, que sustentava a inconstitucionalidade da restrição do objeto do mandado de segurança por lei.

Segundo tal corrente, em sendo uma ação constitucional, as restrições para impetração do Mandado de Segurança deveriam ser apenas as previstas no diploma magno, não podendo ato infraconstitucional restringir seu manejo, mas apenas regulamentar as previsões constitucionais.

Segundo Ferraz:

> A possibilidade de arrasadora ofensa a direito líquido e certo é muito mais aguda no ato jurisdicional que no legislativo típico ou até mesmo no administrativo [...]; só por aí, já se teria justificação suficiente para uma postura intensamente liberal quanto à admissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional. O mandado de segurança só deve usar a Teoria Geral do Processo naquilo que não restrinja seu alcance e âmbito de incidência, cunhados exaustiva e totalmente na Lei Maior [...]; não há sentido, *venia concessa*, em se invocar teratologias de dano efetivo e objetivamente irreparável ou inexistência de recurso de efeito suspensivo (e, não obstante, de obrigatória utilização! [...]), como pressupostos ou condicionamentos à impetração do *writ* contra ato jurisdicional! [...][14]

[14] FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 182.

Dessa forma, o autor criticava aqueles que afirmavam que as balizas da ilegalidade ou do abuso de poder seriam insuficientes para fins de impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional. Segundo ele, tais critérios, por serem constitucionais, bastariam, por eles mesmos (e só eles seriam exigíveis) para a impetração, qualquer que fosse a origem do coator, sendo que não se podem ter critérios diferentes para o mandado de segurança contra ato de juiz e ato de autoridade administrativa.

E arrematava:

> [...] cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameace ou viole direito líquido e certo e só! A irreparabilidade do dano ou a inexistência do recurso com efeito suspensivo, ou a teratologia ensejada pelo ato não são critérios de admissão em tese do *mandamus*. Funcionam, sim, como critérios de concessão de medida liminar ou tutela antecipada [...]. [15]

Enquanto a maior parte da doutrina militava no sentido de que a ausência de restrições poderia abarrotar os tribunais com esse remédio constitucional, o mencionado autor defendia que esse era um problema de administração judiciária e não de respeito às balizas constitucionais. E reforçava que parâmetros processuais não poderiam se sobrepor a diretrizes constitucionais.

É possível concluir que, se fosse adotada essa posição dissidente, só persistiria esta limitação: a subsidiariedade do *mandamus* ante o *habeas corpus* e o *habeas data*.

Contudo, a jurisprudência se firmou pela constitucionalidade da restrição legal quanto ao cabimento do Mandado de Segurança, tendo o Supremo Tribunal Federal editado na seção plenária de 13 de dezembro de 1963 o seguinte enunciado sumular 267, ratificando que: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

De fato, embora não se ignore a superioridade hierárquica da constituição ante a lei, a interpretação das disposições do ordenamento deve ser feita de forma sistemática.

Ora, a própria Constituição prima pela segurança jurídica, pela celeridade e eficiência processuais (embora institutos positivados mais recentemente já pudessem anteriormente ser depreendidos como princípios decorrentes de sua interpretação sistemática).

Prever a possibilidade de dois instrumentos distintos simultaneamente atacarem uma mesma decisão poderia até mesmo ter como desfecho duas decisões discrepantes.

Além disso, o *writ* é antes de tudo uma ação e, para dela se valer, a parte deve demonstrar interesse processual, por meio do binômio necessidade-adequação.

---

[15] FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p.183.

Ora, que interesse processual (condição da ação) tem a parte em se utilizar de uma ação autônoma, com necessidade de formação de uma nova relação processual, quando já tem um processo em desenvolvimento e pode se valer de um meio de impugnação em seu próprio bojo?

Não se pode perder de vista que, para a impetração do *mandamus* com fins de impugnar decisão jurisdicional, a parte contrária do processo originário tem que ocupar o polo passivo do *writ*.

Trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário, conforme já pacificado, sendo, inclusive, objeto de dois enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal.

O enunciado 631 do STF preconiza que: "extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário".

Já o enunciado 701 tem a seguinte dicção: "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo".

Isto posto, que interesse teria o impugnante em iniciar uma nova relação processual e em decorrência disso ter que enfrentar nova fase citatória?

De fato, parece nítida a não satisfação desta condição da ação: interesse.

A única hipótese que a parte poderia demonstrar interesse seria no caso de, já tendo perdido o prazo recursal, querer se valer do *writ* ante o seu lato prazo de cento e vinte dias. Contudo, embora nesse caso houvesse interesse, não haveria boa-fé processual, pois a parte estaria se utilizando do remédio constitucional simplesmente para burlar uma preclusão, atentado contra a segurança jurídica do *procedere*, do "caminhar para frente" do processo.

O certo é que, consoante a Lei nº 1.533/1951, acabou se positivando o não cabimento de Mandado de Segurança para se impugnar decisão jurisdicional atacável por recurso e o STF acabou por concluir por sua constitucionalidade.

Todavia, na prática, permaneceu o costume de se manejar o Mandado de Segurança quando, embora houvesse recurso, esse fosse desprovido de efeito suspensivo, sob o argumento de que aquele recurso não teria o condão de afastar o chamado "dano irreparável".

Porém, deve se atentar que parte da doutrina defendia que o meio próprio para obter efeito suspensivo nessas circunstâncias deveria ser a medida cautelar, pois o *mandamus* seria próprio só se fosse para atacar a própria decisão judicial.

Cheim e Abelha asseveram que a medida cautelar:

> Será instrumental, na medida em que o seu objetivo não será a satisfação do direito material, mas apenas a criação de situação fático-jurídica para que esse direito possa ser resolvido no

> processo principal. Resguardar-se-á, pois, o resultado útil do recurso interposto. Terá autonomia procedimental e substancial, com procedimento próprio e específico. A cognição sumária é que marcará o seu julgamento [...][16].

Mas, vejamos como a questão era posta em relação às duas últimas leis que cuidaram do Mandado de Segurança e as restrições que evolutivamente a jurisprudência foi fixando para o manejo do Mandado de Segurança enquanto ação autônoma de impugnação.

Em 05/12/1973, tivemos o julgamento do Recurso Extraordinário 76909 pelo Tribunal Pleno do STF, com a seguinte ementa:

> AÇÃO DE SEGURANÇA FORMULADA PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL. É ADMISSÍVEL NO CASO EM QUE DO ATO IMPUGNADO ADVENHA DANO IRREPARÁVEL CABALMENTE DEMONSTRADO. 2. VOTOS VENCIDOS. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.[17]

E, ao exame do inteiro teor do acórdão, vê-se que se concluiu pela possibilidade de se utilizar o *mandamus,* mesmo quando havia previsão legal de recurso, desde que esse fosse desprovido de efeito suspensivo.

3.2. Meio de impugnação e restrições da Lei nº 12.016/2009

Em 2009, com a Lei nº 12.016, que passou a regular o Mandado de Segurança, essa foi a posição adotada, passando-se a prever que: "Não se concederá mandado de segurança quando se tratar" (art. 5º, *caput*) "de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo" (inciso II).[18]

Conforme Decomain[19], a parte deveria interpor o recurso cabível, impetrando o *writ* apenas para conferir-lhe efeito suspensivo.

No mesmo sentido era a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

> Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada,

---

[16] CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. *In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, vol. 6, 2014. p.92,.
[17] http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=172412. Acesso em: 26/05/2016.
[18] Note-se que foi retirado o impedimento de impossibilidade de se impetrar o *mandamus* quando fosse cabível a correição parcial.
[19] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança:* o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2009. p. 209.

> mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos aos direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado do recurso cabível. Por isso mesmo, a impetração pode – e deve – ser concomitante com o próprio recurso (apelação, agravo, correição parcial), visando unicamente a obstar lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado. [20]

Antes de prosseguir, ainda no que se refere à suspensão de decisão jurisdicional, é preciso fazer uma ressalva no que se refere às pessoas jurídicas de direito público. Isto porque estas têm instrumento próprio para obstar a geração de efeitos de decisão jurisdicional que possa gerar lesão a interesse público. É o caso da suspensão de segurança (art. 4º da Lei nº 4.348 de 1964), a qual não se presta a reformar a decisão atacada, mas apenas a suspender-lhe os efeitos.

Porém, registre-se que Leonardo Carneiro José da Cunha[21] entende que, mesmo diante da previsão desse instrumento especial, a fazenda pública poderia se valer de Mandado de Segurança em face de ato jurisdicional.

Quanto à questão da impetração da ação constitucional em conjunto, ou não, com recurso, em duas hipóteses já se apontava que cabível seria o Mandado de Segurança para impugnar decisão jurisdicional, mesmo sem a necessidade concomitante de interposição de recurso: sendo impetrado o *mandamus* por terceiro ou quando a decisão atacada fosse teratológica.

Luiz Fux já defendia que o *mandamus* pode ser operado para atacar decisão judicial, independentemente de interposição de recurso, desde que o recurso cabível não fosse suficiente para resguardar o direito pretendido pela parte, *verbis*:

> O art.. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 exclui o mandado de segurança contra atos judiciais, quando os mesmos puderem ser impugnados através de recurso previsto nas leis processuais. A exegese do dispositivo deve ser empreendida em consonância à amplitude conferida ao Mandado de Segurança pela Constituição Federal, entendendo-se a restrição incidente tão somente nas hipóteses em que o recurso ou a via correcional puderem garantir efetiva proteção ao direito que se pretende tutelar, sem a mais firme possibilidade de dano irreparável, por isso que o recurso ou a correição admissíveis devem ser dotados de efeito suspensivo apto a sustar ou evitar as consequências do ato lesivo. Em outros

[20] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 44.
[21] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2009. p. 439.

> termos, o Mandado de Segurança não deve ser desfigurado de sua missão constitucional, substituindo recursos previstos no sistema processual. Deveras o Mandado de Segurança poderá ser manejado contra decisão judicial somente se o sistema não oferecer mecanismo recursal eficaz para afastar os efeitos da decisão ou, de acordo com alguns precedentes do STF, se a decisão for causadora de dano irreparável ao impetrante da medida[22].

Retomando o raciocínio, a impetração do *writ* junto a tribunais para conferir efeito suspensivo aos recursos perdia a razão de ser muitas das vezes, depois das reformas do Código de Processo Civil pelas Leis nº 9.139/95, nº 10.352/2001 e, finalmente com a Lei nº 11.187/2005, já que essas ampliaram os poderes do relator do recurso, possibilitando que este conferisse efeito suspensivo a recurso.

Em edição mais antiga de seu livro *Teoria geral dos recursos cíveis* (2004), Flávio Cheim Jorge fazia referência à Lei nº 9.139/95, que alterou o regime do agravo e mencionava a Lei nº 8.952/94, que previa a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, *verbis:*

> Essas leis tiveram o condão de alterar, consideravelmente, o nosso sistema recursal, instituindo a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ou subtração do efeito suspensivo "*ope judicis*", isto é, por intermédio do convencimento do juiz.[23]

Assim, após as reformas de 1995, 2001 e finalmente a de 2005, quando o recurso não fosse dotado de efeito suspensivo próprio (*ope legis),* a ele poderia ser atribuído efeito suspensivo impróprio (*ope judicis).*

Dessarte, após a dilatação dos poderes do relator, esvaziou-se a utilidade do *writ* para mera concessão de efeito suspensivo.

Mas continuava a ser cabível o *mandamus* e utilizado na prática para fins de se dar efeito suspensivo a recursos e persistia, mormente nas hipóteses de decisões teratológicas, a possibilidade para atacar decisões para os quais a interposição do recurso existente não fosse capaz de afastar o dano irreparável e a impetração por terceiro, que não tivesse integrado o processo principal.

A utilização do *mandamus* para fins de se impugnar ato judicial é muito frequente no processo penal, já que somente uma parte das decisões interlocutórias é recorrível, pois as hipóteses de recurso em sentido estrito são limitadas a certas decisões ou "despachos" como se vê do artigo 581 do CPP.

---

[22] FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40.
[23] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 286.

Consoante Renato Brasileiro de Lima[24], casos comuns de impetração do *mandamus* são: indeferimento do pedido de habilitação do assistente de acusação; para proteção da pessoa jurídica no processo; contra decisão de sequestro de bens e para dar ao advogado acesso ao inquérito, exceto quanto às diligências em andamento. Podem-se apontar, ainda, hipóteses teratológicas que, por absurdo, já aconteceram (e não tão incomum assim), como o juiz tentar fazer a votação do júri em público, fora da sala secreta ou negar ao Ministério Público o assento à sua direita nas salas de tribunais, como determina a lei.

O referido autor menciona ainda o manejo desse *writ* para atacar decisão contra a qual não haja recurso com efeito suspensivo. Contudo, conforme esse autor, existiria a subsidiariedade do *writ* para impugnar decisão judicial.

Assim, no processo penal, é comum a utilização do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, sendo tal prática comum e com aceitação pacífica na doutrina, *verbis*:

> A verdade é que, no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. E a existência de recurso contra esse ato pode não ser suficiente para evitar o dano, quando a impugnação não tiver efeito suspensivo. Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado. Pode-se afirmar, portanto, que se o *writ* não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos jurisdicionais, as necessidades da vida judiciária acabaram levando-o a preencher essa finalidade[25].

Segundo Júlio de Castilhos:

> O juiz não poderá denegar as diligências complementares caso a sua decisão afronte a lei ou o sistema jurídico como um todo, porque neste caso estar-se-á diante do fenômeno denominado abuso de direito. Se o magistrado decidir com ilegalidade ou abuso de poder, decisão esta irrecorrível como no caso ora em exame de denegação de diligências complementares, será cabível o mandado de segurança.[26]

---

[24] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal volume único*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 1746.
[25] FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
[26] CASTILHOS, Julio de. O mandado de segurança como instrumento adequado para impugnar decisão denegatória de diligências complementares no processo penal. *In: Revista Jurídica Lex*, vol. 68, 2014, p.447-457.

Basta que estejam presentes as seguintes características: a) manifesta ilegalidade ou abuso de poder a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória; b) irreparabilidade do dano pelos remédios processuais comuns. A existência de dano configura o interesse de agir na ação de mandado de segurança.

Segundo, ainda, Castilhos:

> [...] sempre que se esteja diante de situação em que: 1) a decisão judicial negue o requerimento de realização de diligências complementares; 2) o juiz se negue a agir de ofício; 3) o juiz se negue, quando instado pela parte, a produzir a prova como prova do juízo, sendo que a justificativa apresentada pelo juiz em qualquer uma dessas três situações seja ilegal ou contenha em seu bojo abuso de poder (saliente-se que nessas condições o ato judicial sempre causa dano substancial a partes requerente, por ser irrecorrível), a utilização do mandado de segurança se apresenta como o instrumento adequado para impugnar o ato jurisdicional ilegal ou abusivo[27].

Consoante Douglas Fischer:

> De fato, não se pode afastar o mandado de segurança no âmbito penal. É preciso, unicamente, sua utilização de forma excepcional, quando os recursos previstos não forem aptos a afastar de pronto a ilegalidade (melhor seria a teratologia) ou se estiverem diante de ato irrecorrível que causar gravame substancial às partes.[28]

4. O CPC/15 e a margem de uso do Mandado de Segurança como meio de impugnação

Flávio Cheim Jorge[29] destaca que, na sistemática do Código de Processo Civil promulgado em 2015, todos os recursos são passíveis de concessão de efeito suspensivo por magistrado.

Por tal razão, Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta que a decisão jurisdicional só seria atacável por Mandado de Segurança quando o recurso contra ela não tiver nem puder ter efeito suspensivo. E acrescenta:

---

[27] CASTILHOS, Julio de. O mandado de segurança como instrumento adequado para impugnar decisão denegatória de diligências complementares no processo penal. *In: Revista Jurídica Lex*, vol. 68, 2014, p. 447-457.
[28] FISHER, Douglas. *Recursos, habeas corpus e mandado de segurança*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 250-251.
[29] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 392.

> Justamente por concordar com esse entendimento, tenho extrema dificuldade na admissão do mandado de segurança contra decisão que possa ser atacada por recurso, independentemente da previsão de efeito suspensivo, porque parto da premissa de que todo recurso tem efeito suspensivo impróprio.[30]

Postas tais assertivas, como fica a pertinência da ação constitucional em comento em face de decisões jurisdicionais no contexto do Código de Processo Civil promulgado em 2015?

Vejamos: no CPC/73, o cabimento do agravo era amplo e esse poderia ser interposto em face de qualquer decisão interlocutória (art. 522).

Interpunha-se agravo na forma retida (art. 522, com redação dada pela Lei nº 11.187/2.005), salvo quando a decisão fosse "suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação". Nesse último caso, interpunha-se o agravo de instrumento, ao qual o relator poderia atribuir efeito suspensivo.

Desse modo, em havendo risco de dano irreversível, qualquer decisão interlocutória era atacável por agravo de instrumento, passível de atribuição de efeito suspensivo *ope judicis*. Como já abordado detidamente, tal previsão esvaziava o interesse pelo Mandado de Segurança contra decisões no processo civil.

Ocorre que o regramento do agravo de instrumento foi muito alterado no CPC/15, já que o artigo 1.015 do CPC/15 lista onze hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e acrescenta que, além dessas, é também cabível em "*outros casos expressamente referidos em lei*".

É certo que o rol do art. 1.015 não é exaustivo, pois pode haver outras hipóteses no próprio código ou em outras leis. Todavia, deixa claro que só se poderá interpor esse agravo em hipóteses expressamente descritas. Assim também o é no Recurso em sentido estrito do Processo Penal.

Diante disso, vê-se que o CPC/15 se aproxima do CPP, ao restringir o cabimento de impugnação a decisões interlocutórias, ou seja, temos agora um "agravo em sentido estrito", como no CPP (*sic*).

O que é certo é que o sistema do NCPC diverge vertiginosamente do código anterior, no qual todas as decisões interlocutórias eram passíveis de agravo (retido ou de instrumento). No diploma anterior, bastava que a decisão trouxesse risco de dano irreparável para poder ser atacada pela modalidade de instrumento, não importando o conteúdo ou o momento procedimental da decisão.

Essa mudança gera uma nova questão: com a nova disciplina do agravo de instrumento no CPC/15, surgirá uma nova gama de decisões irrecorríveis.

[30] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1453.

Ao que parece, o legislador tentou, com o Código de 2015, reduzir o número de recursos, notadamente de agravos de instrumento, para conferir celeridade aos processos e desafogar os tribunais.

Todavia, é provável que a restrição ao agravo de instrumento dê ensejo a uma nova multiplicação de *writs* contra decisões interlocutórias.

Isso porque, como vimos, desde o *leading case* de 1973 do Supremo Tribunal Federal, é pacífico o entendimento de que o Mandado de Segurança pode ser manejado contra decisão jurisdicional irrecorrível, desde que passível de gerar dano irreparável.

Ou seja, "deram um tiro no pé", pois não se satisfaz a nenhum dos dois objetivos. A uma, porque os Mandados de Segurança aumentarão nos tribunais, de modo a não representarem redução de julgamentos. A duas, porque, ao invés de celeridade, o manejo do *mandamus* como sucedâneo recursal do agravo é mais lento e mais custoso que este, pois demandará a instauração de uma nova relação processual.

Neste ponto, mostra-se relevantíssimo conhecer a história do mandado de segurança no Brasil, conforme trazido no início deste artigo.

Ora, ao conhecer os avanços e retrocessos das hipóteses de cabimento ao longo do tempo, seja pelas mudanças progressivas observadas na legislação, doutrina e jurisprudência, percebe-se a existência de um círculo vicioso, como consequência das alterações das hipóteses de cabimento e de restrições impostas ao *writ*.

Façamos uma síntese de todo o apanhado já feito.

Insere-se, inicialmente, o Mandado de Segurança no ordenamento para restringir o uso do *Habeas Corpus* (momento em que foi suplantada a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*), dando objeto próprio a cada um.

Posteriormente, inchou-se o uso de Mandado de Segurança contra decisões jurisdicionais.

Mais adiante, ampliou-se o cabimento do agravo para qualquer decisão interlocutória. Nessa época, já havia crítica de doutrinadores abalizados, como Sérgio Ferraz, no sentido de que tal medida não desafogaria os tribunais. Isso porque, embora diminuísse o número de Mandados de Segurança nos tribunais, aumentaria o número de agravos, conforme observado pelo mencionado autor:

> [...] as alvissaras iniciais se revelaram precipitadas: o número considerável de mandados de segurança se viu substituído por um número correspondente de agravos de instrumento [...] a tal ponto esses recursos cresceram, que hoje qualquer Tribunal conta com um setor específico de agravos de instrumento. Doutra parte, a razoável insistência dos advogados na busca do convencimento pessoal do relator do *writ*, para conceder liminar, foi apenas substituída pelos

> mesmos nível e intensidade das iniciativas, tendo, agora, por objeto, a tentativa de outorga de efeito suspensivo ao agravo ou concessão de tutela antecipada. *Tudo como dantes, no quartel de Abrantes*. [31]

Constata-se que, após a reforma operada no CPC de 1973, operada pela Lei nº 139 de 1995, a situação do acúmulo de feitos nas Cortes piorou, ficando mais gravosa do que ocorria pelo fato de existir grande número de impetração de mandados de segurança contra atos jurisdicionais, pois o que ocorreu é que se aumentou de forma exagerada o número de agravos, tanto assim que se começou a sustentar não ser passível o agravo por falta de previsão *para os casos de mandado de segurança*. Não se vislumbrava que, em não cabendo agravo, teria que caber o mandado de segurança, acabava, assim, a então nova lei, no dizer de Ferraz "ao contrário de seus declarados (e frustrados propósitos) de acabar com o pedido de *mandamus* contra ato jurisdicional, teria contribuído para a sua ampliação!"[32]

Agora, com o NCPC, a situação é inversa: com a restrição ao cabimento do agravo a decisões interlocutórias, teremos grande número de novas decisões irrecorríveis e, portanto, passíveis de impugnação por meio do *mandamus*.

Perceba-se que existe historicamente um ciclo inócuo de restrições ao cabimento dos instrumentos de impugnação, com fito de desafogar os tribunais. Mas, à medida que se restringe um meio de impugnação, automaticamente se alimenta o aumento dos demais.

Em suma: a irresignação do jurisdicionado persiste e o legislador, ao restringir cabimento deste ou daquele instrumento, só reforça os demais.

Se fosse observada a história do Mandado de Segurança e dos demais meios de impugnação abordados, talvez se evitasse reformas legislativas que acabam por incidir em erros cíclicos.

E, possivelmente, a configuração atual, menos agravos e mais mandados de segurança, seja a pior possível.

Como já observado, o agravo, enquanto recurso, é meio regular de impugnação e se dá na mesma relação processual. Já o mandado de segurança, manejado de forma anômala como meio de impugnação contra ato jurisdicional, enquanto ação autônoma, faz nascer uma nova relação processual, o que é mais complexo, pois, inclusive, existe a necessidade de nova citação.

De que maneira isso desafogaria os tribunais, não há como se vislumbrar.

5. Conclusão

A partir da análise da legislação aplicável ao mandado de segurança e sua interpretação feita pela Jurisprudência, atualmente entende-se cabível o mandado

[31] FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. p. 181.
[32] FERRAZ, Sergio. Mandado de Segurança. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.p. 182.

de segurança contra atos jurisdicionais basicamente nas seguintes hipóteses: quando inexistente recurso para hipótese ou esse não for passível de afastar dano irreparável (relembre-se que todo recurso é passível de concessão de efeito suspensivo *ope judicis*); em face de decisões teratológicas; por terceiros.

Do levantamento histórico feito acerca dessa ação de impugnação, apurou-se uma tentativa constante e progressiva do legislador e da jurisprudência em tentar reduzir as hipóteses de cabimento do mandado de segurança.

Por outro lado, viu-se que, na prática, as mazelas dessas consequências cíclicas desse movimento: ao diminuir os recursos contra decisões interlocutórias, seja no cível ou criminal, aumenta-se o manejo das ações autônomas de impugnação, notadamente o Mandado de Segurança.

A irresignação do jurisdicionado em face das decisões interlocutórias seguirá existindo. Desse modo, restritos os recursos, as ações de impugnação se avolumam e *vice-versa*.

Ao legislador, cabe uma reflexão crítica acerca das experiências já implantadas e, antes de alterar as hipóteses de cabimento dos recursos e/ou das ações autônomas de impugnação, deve pensar o ordenamento de maneira sistemática. Do contrário, os meios de impugnação seguirão se alternando em protagonismo, sem qualquer repercussão em economia processual.

Referências bibliográficas

BARBI, Celso. *Do Mandado de Segurança*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBOSA, Rui. *República*: teoria e prática. Petrópolis: Vozes, 1978

_____. O habeas-corpus. *In: Coletânea jurídica, Cia*. Editora Nacional, 1928.

CASTILHOS, Julio de. O Mandado de Segurança Como Instrumento Adequado para Impugnar Decisão Denegatória de Diligências Complementares no Processo Penal. *In: Revista Jurídica LEX*, 2014. vol. 68.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança:* o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2009.

ESTELLITA, Guilherme. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. *In: Revista Forense*, nº 132, 1950.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. *In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, 2014. vol. 6.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

FISCHER, Douglas. *Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança*. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SOUZA, Jose Barcelos de. Correição Parcial, ou Reclamação: um importante meio de impugnação não recursal de que poderá valer-se o Ministério Público para a Correção de Abusos no processo penal. *In: Temas Atuais do Ministério Público*. Coords.: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Do *Habeas Corpus In: Revista da Faculdade de Direito da Milton Campos*. Coordenação de Lucia Massara e Carlos Roberto Rohrman. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. vol. 25.

O Ministério Público como elemento essencial do processo constitucional brasileiro: novas reflexões sobre a legitimidade no mandado de segurança coletivo a partir do julgamento da ADI nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal

The Prosecutor's Office as an essential element of the Brazilian constitutional process: new reflections on the legitimacy of the collective writ of mandamus after the judgment of ADI 5693/CE by the Brazil's Supreme Court

Fabrício Barbosa Barros*

Sumário

1. Introdução. 2. A proteção integral da Constituição: proteção do direito objetivo e proteção do direito subjetivo. 3. O papel do mandado de segurança no fechamento de proteção processual da Constituição Federal de 1988. 3.1. O esvaziamento do mandado de segurança coletivo a partir da exclusão da legitimidade do Ministério Público. 4. A ADI nº 5693/CE e o contexto de julgamento para o Supremo Tribunal Federal. 4.1. Análise do julgamento da ADI nº 5693/CE. 4.2. Uma nova chance para a legitimidade do Ministério Público no mandado de segurança coletivo: repercussões a partir das premissas argumentativas na ADI nº 5693/CE. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O artigo objetiva trazer novas contribuições ao debate sobre a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo em face da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5693/CE. Partindo da premissa de que a proteção integral da Constituição envolve a efetivação dos direitos fundamentais, concluiu-se que a obrigatoriedade da legitimidade do Ministério Público no controle de constitucionalidade abstrato estadual repete-se na legitimidade do mandado de segurança coletivo, exigindo alteração jurisprudencial na matéria. Realizou-se um levantamento qualitativo jurisprudencial sobre o assunto e revisão bibliográfica, com emprego do método dedutivo.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará.

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 90 (3ª Fase), out./dez 2023, p. 43-58.

Abstract

The article aims to bring new contributions to the debate on the legitimacy of the Prosecutor's Office for the collective writ of mandamus since the decision of the Brazil's Supreme Court in ADI 5693/CE. Starting from the premise that the full protection of the Constitution involves the enforcement of fundamental rights, it was concluded that the mandatory legitimacy of the Prosecutor's Office in the State abstract constitutionality control repeats itself in the legitimacy of the collective writ of mandamus, requiring jurisprudential change in the matter. A qualitative survey of the jurisprudence on the subject and a bibliographic review were carried out, using the deductive method.

Palavras-chave: Ministério Público. Legitimidade. Mandado de Segurança Coletivo. Supremo Tribunal Federal.

Keywords: *Prosecutor's Office. Legitimacy. Collective injunction. Brazil's Supreme Court.*

1. Introdução

A normatividade constitucional não está presa à textualidade das disposições de uma Constituição. O Legislador não esgota as possibilidades transformadoras que a capacidade normativa de um projeto constitucional oferece, já que é preciso dar seguimento à implementação de suas disposições, por meio de uma tarefa contínua e incessante, o que advém da própria abertura que caracteriza os sistemas constitucionais.

A distância – muitas vezes – percebida entre o expressamente previsto e o que ocorre no mundo real, na rotina das pessoas, exige uma análise da prática constitucional, mesmo porque uma Constituição é voltada para impactar condutas, consolidar experiências bem-sucedidas ou alterar padrões que ficaram ultrapassados. Torna-se, assim, fundamental analisar o processo de construção da jurisprudência constitucional, que é, em última percepção, quem define a funcionalidade das normas constitucionais.

Na geografia brasileira, estudar o comportamento do Supremo Tribunal Federal e as suas formas de compreender e aplicar a Constituição, aferindo informações de suas decisões, consiste em ferramenta imprescindível nesse processo de efetivação constitucional. Isso mostra-se ainda mais necessário, no cenário de um país marcado por profundas desigualdades, em que o acesso aos mais elementares direitos permanece bastante escasso.

Gerar oportunidades para tornar direitos e garantias efetivos, com a mudança de rotas normativas que rejeitam sua aplicação, sem que sejam necessárias rupturas institucionais ou mudanças legislativas, parece ser adequado e temporalmente recomendado. É disso que se trata, quando verificada a limitada prática do mandado de segurança coletivo pelo Supremo Tribunal Federal. Retomam-se aqui os debates

sobre a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo, utilizando como justificativas sinalizações argumentativas assimiladas no julgamento da ADI nº 5693/CE.

O texto desenvolve-se a partir da exposição de que a proteção integral e efetiva da Constituição é materializada pela combinação de mecanismos de tutela objetiva de atos normativos e de tutela subjetiva de direitos. Em seguida, foi ressaltada a importância do mandado de segurança para a tutela de direitos no sistema brasileiro e que, mesmo com a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, ocorreu um esvaziamento da funcionalidade do último, com a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ao final, buscou-se realizar um diálogo com as premissas argumentativas empregadas no julgamento da ADI nº 5693/CE, de modo a reabilitar a vocação funcional do mandado de segurança coletivo, no que se refere à legitimidade do Ministério Público.

Foi utilizado o método dedutivo, mediante análise qualitativa de julgados que tratam da relação entre o Ministério Público e a legitimidade para ações de defesa constitucional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem prescindir de pesquisa e revisão da produção doutrinária que se dedicou sobre a temática específica do assunto.

2. A proteção integral da Constituição: proteção do direito objetivo e proteção do direito subjetivo

A disponibilização de meios de proteção para a Constituição decorre logicamente da sua posição de superioridade no ordenamento jurídico. Apontar uma superioridade jurídica para o texto constitucional, sem que existam mecanismos que façam prevalecer seus conteúdos, revelaria pouco significado prático.

A integralidade da proteção da Constituição não se limita ao trabalho de controle de atos normativos, mas também de satisfação concreta de suas disposições, sobretudo aquelas que compõem o núcleo essencial da pessoa humana, representado pelos direitos fundamentais. Perseguir e concretizar esses objetivos é fundamental para atender aos valores democráticos e do pluralismo. Não há Constituição sem direitos fundamentais, uma vez que sem direitos fundamentais não há povo soberano. (AUSINA, 2008, p. 75)

Por isso, ao procurar compreender as formas de proteção constitucional, entende-se aqui importante entendê-las de acordo com as finalidades dessa proteção, na medida em que critérios formais ou orgânicos não guardam relação direta com uma perspectiva assecuratória do texto constitucional. A tendência da progressividade na tutela de direitos fundamentais realça que a proteção de direitos, a partir da divisão entre o controle de constitucionalidade de atos normativos e o controle de constitucionalidade das relações que decorrem da aplicação de atos normativos, é o principal referencial na análise da efetividade dos sistemas de proteção constitucional (ROLLA, 2006, p. 104). Toma-se em conta a proteção dos direitos fundamentais, uma lógica objetiva e indireta, com o direcionamento do controle para os atos normativos,

enquanto uma proteção subjetiva e direta, na projeção do controle para as relações concretamente estabelecidas a partir de uma incidência normativa.

A associação dessas modalidades de exercício de proteção constitucional deixa evidente que estabelecem uma racionalidade de complementariedade e de preenchimento de lacunas protetivas que eventualmente surjam no interior de um sistema constitucional. Essa relação possui destaque, na medida em que acaba por construir pontes entre os meios processuais que se destinam a assegurar a máxima juridicidade da Constituição. Não há por que falar, portanto, em cisão ou tratamento paralelo dos institutos de proteção da Constituição. A tarefa de revelar as ligações funcionais de proteção processual aponta para uma melhor compreensão do sistema de tutela constitucional, fornecendo elementos de reforço mútuo aos institutos e superando possíveis contradições.

Identificar e desenvolver essa aproximação por meio da exploração dos potenciais e efetivos resultados de combinações processuais auxilia na funcionalidade de efetivação constitucional. A complementariedade da proteção objetiva e subjetiva da Constituição está aqui representada em aspectos da relação entre a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de segurança coletivo.

3. O papel do mandado de segurança no fechamento de proteção processual da Constituição Federal de 1988

Se os diretos fundamentais possuem papel central na efetivação das pautas jurídicas estabelecidas por um regime constitucional, a verdadeira garantia desses direitos reside na proteção processual que lhes é conferida. (ZAMUDIO, 1982, p. 51)

No sistema constitucional de 1988, o mandado de segurança é o meio processual central da proteção de direitos. Isso porque é totalizador e residual, consistindo em verdadeiro instrumento de fechamento de proteção processual constitucional de direitos, pois seu campo de aplicação é amplo e definido a partir dos vazios protetivos dos demais meios de tutela de direitos fundamentais.[1]

O mandado de segurança é produto da necessidade de complementar medidas judiciárias para a proteção de direitos (CAVALCANTI, 1957, p. 25), envolvendo prestações *in natura*, marcadas pelo fornecimento de provimentos jurisdicionais simplificados, rápidos e fruíveis direta e instantaneamente pelo titular do direito violado. De uma perspectiva da efetivação de direitos, o mandado de segurança, ao lado do *habeas corpus*, consiste em uma inquestionável via de atalho processual.[2]

É por isso que prever direitos, sem permitir que sejam efetivados e com impacto direto na rotina das pessoas, perde o seu significado jurídico, consistindo em medida

[1] Artigo 5º, LXIX, da CF: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por '*habeas-corpus*' ou '*habeas-data*', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".
[2] "Tal qual o mandado de segurança, a ação constitucional de *habeas corpus* é via processual de verdadeiro atalho". (STF. *HC 96787*. Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011)

parcial e incompleta, uma vez que é fundamental oferecer possibilidades de sanar – de forma imediata e com presteza – as situações que violem seus conteúdos. Esse registro coincide com as ideias de Mauro Cappelletti (2010, p. 21), quando concebida a chamada jurisdição constitucional das liberdades. Partindo da transcendentalidade dos direitos fundamentais do homem, conforme defende o processualista italiano, é determinante a formação de um processo constitucional adequado para uma efetiva proteção, com estruturas diferenciadas e que produzam efeitos na realidade. Para os direitos fundamentais, uma defesa eficaz, com situações garantidas jurisdicionalmente, é a referência de importância na medição de resultados de um sistema de tutela de direitos, pois são nessas condições que será possível falar na existência de direitos próprios e verdadeiros. (CAPPELLETTI, 2010, p. 21)

Tornar os direitos fundamentais reais envolve uma natural normatividade, pois, no momento de concretizá-los, estruturas, dimensões e conteúdos são revelados, o que decorre da necessidade de oferecer respostas efetivas aos específicos riscos e danos a que estão sendo submetidos os direitos nas situações apresentadas. Por essa ótica, definir e proteger direitos é um problema fundamentalmente processual, de modo que os instrumentos de proteção devem ser reconhecidos e prestigiados na mesma proporção dos próprios direitos. O surgimento e o desenvolvimento de direitos fundamentais devem vir acompanhados de soluções processuais que lhes assegurem normatividade e efetividade.

Não surpreende, assim, que a Constituição Federal de 1988 tenha sido rica na previsão de instrumentos processuais para a proteção de direitos. No que se refere ao contexto de sua promulgação, já na ambiência da modernidade e da sociedade de massas, cabe aqui registrar a inserção do mandado de segurança coletivo[3] e sua vinculação protetiva com os direitos difusos e coletivos.

Os direitos fundamentais evoluem de acordo com as necessidades do homem ao longo da história. Os impactos tecnológicos atualmente vividos tornaram presente a ideia de direitos fundamentais de terceira geração, vale dizer, direitos de fraternidade ou solidariedade. Esses direitos são marcados pela titularidade coletiva, com implicações transindividuais, e que demandam técnicas diferentes para neutralizar as formas de investida contra seus conteúdos e para a construção de respostas adequadas e suficientes para essa nova realidade (SARLET, 2012, p. 33-35). Constituem exemplos desses direitos fundamentais os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao patrimônio histórico e à paz, entre outros.

Tudo o que se disse sobre o mandado de segurança, no papel de efetivação dos direitos individuais, vale para o mandado de segurança coletivo, quanto aos direitos difusos e coletivos. São espécies do mesmo instituto, com âmbitos protetivos distintos. Repete-se a relação de dependência e de implicações recíprocas entre direitos e proteção processual, dentro dessas duas dimensões jurídicas. Nem havia

[3] Artigo 5º, LXX, da CF: "o mandado de segurança coletivo por b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

por que ser diferente, já que os direitos individuais, os direitos coletivos e os direitos difusos possuem o mesmo regime jurídico no marco da Constituição Federal de 1988.[4]

3.1. O esvaziamento do mandado de segurança coletivo a partir da exclusão da legitimidade do Ministério Público

A incorporação do mandado de segurança coletivo ao arsenal de instrumentos processuais de proteção constitucional de direitos ocorreu no contexto da coletivização da legitimação para agir, assim como precedeu com a ação popular e com a ação civil pública (GRECO FILHO, 1989, p. 167). Essas circunstâncias de origem são importantes para revelar a fratura ocasionada pelo caminho escolhido para o mandado de segurança coletivo, o que acabou por excluí-lo do papel central de desenvolvimento da tutela coletiva, ao contrário do que se verificou com a expansão e a consolidação da ação civil pública.

No início, o mandado de segurança coletivo foi logo saudado como forma processual de proteção de direitos difusos e coletivos, no que se defendeu que o raio de ação fosse alargado para a defesa desses direitos, descartando interpretações restritivas que agissem em sentido contrário ao fortalecimento de uma garantia constitucional. (VELLOSO, 1990, p. 98)

Apesar de importante doutrina entender por um perfil restritivo dos direitos a serem tutelados e pela limitada legitimidade para a deflagração do mandado de segurança coletivo (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 135-143), é na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que as potencialidades do instituto foram suprimidas de forma contínua e progressiva, a ponto de estagnar o desenvolvimento da proteção desempenhada por essa forma de tutela jurisdicional. A Corte Constitucional brasileira, em vários julgados proferidos desde a consagração do instituto no texto de 1988, entendeu que: a legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo é taxativa e restrita àquelas instituições descritas textualmente no artigo 5, inciso LXX;[5] o Ministério Público não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, ainda que envolva matéria de defesa da ordem jurídica, por não ser titular do direito envolvido;[6] o mandado de segurança coletivo não abrange a tutela de direitos difusos.[7]

É certo que essas diretrizes jurisprudenciais estão servindo de guia para a aplicação do mandado de segurança coletivo, mas não são definitivas, uma vez que a dinâmica do processo constitucional nunca cessa. O decurso do tempo ou mudanças conjunturais podem mostrar a necessidade de ajustar decisões ou revisar entendimentos, o que é inerente da abertura constitucional e – por sua vez

[4] Artigo 5, §1, da CF: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".
[5] (STF. *MS 21059*. Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1990).
[6] (STF. *MS 30717 AgR*. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011; MS 33736, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016).
[7] (RE 196184, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 27/10/2004).

– da jurisdição constitucional, sobretudo em face da função que exercem as Cortes Constitucionais no sistema de proteção constitucional.

Para isso, o Supremo Tribunal Federal deve estar atento para os seus critérios decisórios, ainda que emitidos em outras realidades processuais, pois a proteção constitucional concretiza-se pela análise sistemática dos vários instrumentos que compõem esse sistema de tutela. Aferir diferenças em padrões de julgamento ou identificar similitudes jurídicas em decisões são pressupostos essenciais para o funcionamento eficiente de um sistema de controle de constitucionalidade, o qual deve ser coordenado e assegurar a integridade da superioridade jurídica das normas constitucionais.

O advento da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), mesmo com previsões restritivas para o mandado de segurança coletivo,[8] não encerra as discussões, na medida em que o debate trata da prevalência de uma perspectiva assecuratória de bases constitucionais,[9] não sujeita a limitações interpretativas e – também – legislativas, com a edição desse ato normativo de 2009.

Ainda que seja detectada sólida e profusa doutrina que prestigia a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010, p. 9-58; BUENO, 2010, p. 286-287; CUNHA, 2020, p. 730-732; NEVES, 2011, p. 195-196; ZANETI JÚNIOR; BONOMO JÚNIOR, 2019, p. 401-404), enriquecendo o debate e criando condições jurídicas para alteração do cenário jurisprudencial apontado, optou-se por dialogar com o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se fez também para denunciar a fragilidade do entendimento vigente na matéria e como uma mudança jurisprudencial é urgente.

Nunca demais lembrar que a implementação de uma Constituição não se dá de forma instantânea, mas por meio de um processo permanente de modelagem das condutas e atos normativos perante os parâmetros constitucionais. Esse movimento de efetivação constitucional, que impõe evoluções e mudanças, está diante de novas possibilidades para a legitimidade do mandado de segurança coletivo, em relação ao Ministério Público, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 5693/CE.

---

[8] Lei nº 12.016/2009: "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes. Parágrafo único. I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante".

[9] "Independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender" (CF, art. 129, III). (RE 213015, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2002)

4. A ADI nº 5693/CE e o contexto de julgamento para o Supremo Tribunal Federal

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal,[10] proposta pelo Procurador-Geral da República, cuida de discussão sobre a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará, chefe do Ministério Público, para questionar leis municipais por ação direta de inconstitucionalidade estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A partir da interpretação de dispositivos da Constituição do Estado do Ceará,[11] o tribunal local passou a decidir que o Ministério Público não estava legitimado para iniciar essa modalidade de controle de constitucionalidade. A Corte cearense exprimiu o entendimento de que somente os entes que figuram na previsão dos incisos V e VI do artigo 127 da Constituição do Estado do Ceará, os quais tratam das leis e atos normativos municipais, possuem legitimidade para ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Estadual, excluindo-se os demais legitimados que se encontram nos outros incisos do artigo 127, entre os quais o Ministério Público estadual, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça.[12]

---

[10] "Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 127, *caput*, III, V e VI, da Constituição do Estado do Ceará. Definição dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça local, contra lei municipal. Exclusão do rol de legitimados do Procurador-Geral de Justiça. Preliminar de ausência de interesse de agir. Rejeição. Relevância constitucional das funções desempenhadas pelo *Parquet*. Dever do Ministério Público de defesa da integridade do ordenamento jurídico. Supremacia da Constituição. Interpretação histórica e sistemática. Impossibilidade de os Estados-membros recusarem legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça para instauração de processo de controle normativo abstrato. Interpretação conforme à Constituição. Procedência. 1. Há, no âmbito do Tribunal de Justiça local, efetiva controvérsia quanto à legitimidade do Procurador-Geral de Justiça para propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, a evidenciar a presença do interesse de agir, na hipótese. 2. A ordem constitucional de 1988 erigiu o Ministério Público à condição de guardião independente da Constituição, defensor dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, protetor da higidez dos atos praticados pelo Poder Público, outorgando-lhe um papel proeminente e indispensável à tutela efetiva do ordenamento jurídico-constitucional. 3. Todas as vezes em que a Constituição dispôs sobre fiscalização normativa abstrata previu como legitimado ativo o Procurador-Geral da República, a demonstrar o papel central desempenhado pelo Ministério Público em referido sistema de controle de constitucionalidade. 4. Ao Ministério Público, por dever de ofício, incumbe a defesa da integridade do sistema normativo, portanto, tem o dever de zelar pela supremacia da Constituição, contestando, pelos meios processuais adequados, os atos do Poder Público com ela conflitantes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente. 6. Fixada a seguinte tese: Os Estados-membros da Federação, no exercício da competência outorgada pela Constituição Federal (art. 25, *caput*, c/c art. 125, § 2º, CF), não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local". (ADI 5693, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021)

[11] "Art. 127. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição: I – o Governador do Estado; II – a Mesa da Assembleia Legislativa; III – o Procurador-Geral da Justiça; IV – o Defensor-Geral da Defensoria Pública; V – o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município; VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, tratando-se de norma municipal, na respectiva Câmara; VII – o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; e VIII – organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal".

[12] Entre outros, cf.: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA REJEITADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. ILEGITIMIDADE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público do Estado do Ceará em face da decisão monocrática que extinguiu a ação direta de inconstitucionalidade,

O cenário jurisprudencial no tribunal local originou o acionamento do Procurador-Geral da República,[13] que propôs ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, defendendo, em relação à legitimidade do Ministério Público, que: não é possível excluir a legitimidade de autoridades centrais no funcionamento do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, pois fragiliza a supremacia da Constituição do Estado do Ceará, diante da função do Ministério Público de defensor da ordem jurídica; o Ministério Público tem a obrigação institucional de promover a ação de inconstitucionalidade; deve ser respeitado o núcleo essencial mínimo do dever de atuação dos legitimados. Com esses argumentos, solicitou que a Corte Suprema declarasse a inconstitucionalidade parcial do artigo 127, *caput,* e incisos III, V e VI da Constituição do Estado do Ceará, sem redução de texto, para que seja afastada a interpretação que exclui a atribuição do Procurador-Geral de Justiça de propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal perante o Tribunal de Justiça local.

4.1. Análise do julgamento da ADI nº 5693/CE

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade produziu uma tese jurisprudencial que proíbe a exclusão do Ministério Público da legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal local.[14]

O julgamento foi decidido à unanimidade pelos Ministros presentes, de acordo com o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, cujos aspectos essenciais obrigam uma análise crítica, exatamente porque fornecem diretrizes decisórias que criam novas potencialidades para retomar os debates em torno da legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo.[15]

---

sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, por entender que o Representante Ministerial é parte ilegítima para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. 2. O legislador constituinte estadual quando da fixação dos legitimados para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais elencou todos os legitimados apontados nos incisos I, II, III, IV, VII, VIII do artigo 127 da Constituição Estadual. Em contrapartida, limitou a refutação da validade constitucional das leis e atos normativos municipais ao Prefeito, à Mesa da Câmara, ao Partido Político com representação na respectiva Câmara Municipal e às entidades de classe e organizações sindicais, segundo consta nos incisos V, VI e VIII do referido dispositivo. 3. Assim, a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça restringe-se à propositura de ação direta visando o controle de constitucionalidade apenas de lei ou ato normativo estadual, contestado em face da própria Constituição Estadual, mas não de lei municipal, valendo ressaltar que o Constituinte Originário deu poderes aos Estados Federados para organizar sua própria justiça, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade, vedando somente a atribuição da legitimidade para agir a um único órgão, segundo artigo 125, §2.º, da Carta Magna. 4. Agravo conhecido e desprovido". (TJCE. *AgRg n.º 0031899-28.2010.8.06.0000/50000*. Órgão Especial, Rel. Desembargador Clécio Aguiar Magalhães, j. 22/01/2015)

[13] Petição inicial disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5168612. Acesso em: 25.10.2022.

[14] Tese: "Os Estados-membros da Federação, no exercício da competência outorgada pela Constituição Federal (art. 25, *caput*, c/c art. 125, § 2º, CF), não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local".

[15] Inteiro teor do julgamento disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758230887. Acesso em: 25.10.2022.

Ao discorrer sobre o histórico da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro, a decisão aponta que o Ministério Público sempre figurou como legitimado para deflagrar esse tipo de demanda, desempenhando papel central na mecânica de proteção constitucional no sistema nacional.[16] Essa importância histórica do Ministério Público levou o Supremo Tribunal Federal a entender que limitações na forma de agir dessa instituição devem compreender sua relevância e deveres institucionais, os quais também possuem fundamento constitucional, daí por que uma interpretação sistemática da Constituição Federal auxilia na superação da questão discutida.

Assim, mesmo que o texto do artigo 125, parágrafo segundo,[17] permita a limitação na legitimidade para agir na ação direta de inconstitucionalidade perante os tribunais estaduais, as restrições devem ser aferidas também a partir de outros dispositivos que estabelecem obrigações constitucionais para o Ministério Público, em especial a defesa da ordem jurídica,[18] já que "a Constituição Federal, ao impor ao Ministério Público o dever de guarda do ordenamento jurídico-constitucional, atribui a ele os meios para tanto".[19]

Esse bloco normativo constitucional impede a exclusão do Ministério Público da atuação em instrumento de destacada abrangência e importância para a defesa do ordenamento constitucional. Essa ubiquidade institucional no controle direto de constitucionalidade advém da própria evolução histórica constitucional do assunto, cujos resultados dessa atuação estabeleceram uma vontade do legislador constituinte em conferir para o Ministério Público um verdadeiro dever constitucional, do qual não pode declinar.

Ao inserir, portanto, a defesa da ordem constitucional como obrigação nesse caso específico, credita-se ao Ministério Público o preenchimento das condições necessárias e suficientes para a proteção da Constituição Federal. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal afirmou no julgamento que a "análise qualitativa dos legitimados se faz essencial para aferir a conformidade com a Constituição",[20] de modo que a construção de um sistema de proteção constitucional, no que se refere à legitimação, não está circunscrito a definir quantos deverão exercer esse papel, mas também quem está expressamente qualificado constitucionalmente no texto máximo para encampar uma tarefa destacada, permanente e desafiadora.

Para a Corte Suprema, o Ministério Público figura como elemento essencial do processo constitucional brasileiro, cabendo aqui aferir, na situação específica do mandado de segurança coletivo, os impactos dessa diretriz assecuratória da ordem constitucional brasileira.

---

[16] Itens 19 a 23 do voto.
[17] "Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão".
[18] "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".
[19] Item 20 do voto da Relatora.
[20] Item 19 do voto.

4.2. Uma nova chance para a legitimidade do Ministério Público no mandado de segurança coletivo: repercussões a partir das premissas argumentativas na ADI nº 5693/CE

Uma análise do percurso argumentativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5693/CE, impressiona pelas coincidências jurídicas que foram consideradas naquele acórdão e que também se aplicam ao enfrentamento dos debates em torno da legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo.

Como já exposto acima, prevalece o entendimento no Supremo Tribunal Federal pela exclusão da legitimidade do Ministério Público para a impetração de mandado de segurança coletivo. Ocorre que essa linha restritiva parte de premissas – em certa medida, abordadas e repelidas no julgamento da ADI nº 5693/CE – de que o texto constitucional, ao disciplinar o assunto no artigo 5, inciso LXX, definiu deliberadamente que os legitimados são dispostos de forma taxativa e limitando o acesso apenas a partidos políticos, organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Para isso, rejeita-se: uma interpretação sistemática do texto constitucional; o histórico papel do Ministério Público na construção e desenvolvimento da tutela coletiva na realidade brasileira; a qualificação jurídica que autoriza o Ministério Público para uma inevitável legitimidade para esse tipo de demanda, com o oferecimento de múltiplos e férteis mecanismos de atuação disponibilizados por um verdadeiro sistema de tutela coletiva.

São exatamente esses mesmos pontos de partida que foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal, quando da decisão proferida na ADI nº 5693/CE, cabendo aqui projetar os pontos ali decididos na questão da legitimidade do mandado de segurança coletivo.

Discutir a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo apenas com os olhos voltados para o artigo 5º, inciso LXX, é compreender o assunto com uma visão parcial e incompleta, pois necessário também extrair uma conclusão em face da disciplina constitucional do Ministério Público, nos mesmos moldes daqueles que foram considerados na mecânica do controle direto de constitucionalidade dos Estados.

Interpretar isoladamente dispositivos é sujeito a falhas, diante da limitação que lhe é própria. Em um contexto de tutela coletiva, os problemas agravam-se, ao se ignorar a existência de um sistema de tutela coletiva,[21] de concepção direcionada para a adequada e efetiva proteção dos bens relacionados a esse tipo de tutela, com o objetivo de assegurar sua efetividade.[22] É da convivência, coordenação e articulação finalísticas das diversas previsões que disciplinam a tutela coletiva, incluindo-se aquelas de patamar constitucional, que esse sistema é fortalecido e desenvolve-se para permitir abrangência, precisão e força prática.

[21] (REsp n. 1.085.218/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 6/11/2009.)
[22] (REsp n. 1.925.492/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 1/7/2021.)

Não há sentido em erigir constitucionalmente o dever do Ministério Público em defender os direitos coletivos e difusos, em um setor da Constituição,[23] e suprimir dessa possibilidade a utilização do mandado de segurança coletivo (ABBOUD, 2016, p. 487-488), enquanto instrumento de vocação máxima para a tutela de direitos no regime constitucional brasileiro. Realizar interpretação constitucional isolada do dispositivo que prevê o mandado de segurança coletivo proporciona uma verdadeira interpretação contraditória e suicida do texto constitucional.

De um ângulo histórico, o Ministério Público sempre esteve presente na construção e desenvolvimento da tutela coletiva na experiência brasileira. Sem deixar de reconhecer o significado precursor da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), desde a previsão constante na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6938/81),[24] antes mesmo da instituição da ação civil pública no leque processual nacional, o Ministério Público figura com destaque na proteção processual coletiva.

Com o ingresso no sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), meio processual por excelência do exercício da tutela coletiva, a centralidade do Ministério Público tornou-se inegável, na medida em que no curso dos seus 23 artigos há 15 referências diretas e nominais ao Ministério Público. Confirmando essa constatação, uma pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com publicação no ano de 2018 e denominada "Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva", apontou que "a decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, confirmou-se nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes".[25] O levantamento da pesquisa envolveu dados com juízes que atuam nessa temática, entrevistas com operadores do sistema de justiça, além de um banco de dados de 52 mil ações coletivas.

Com esses dados objetivos e concretos, é possível tomar de empréstimo da decisão na ADI nº 5693/CE a ideia de uma análise qualitativa dos legitimados também no âmbito da tutela coletiva. O próprio sistema jurídico qualifica o Ministério Público para o exercício da tutela coletiva, ao habilitá-lo com vários instrumentos para o desempenho dessa elevada missão institucional, tais como o inquérito civil e o poder de requisições de informações,[26] intervenção necessária em todas as demandas coletivas;[27] autorização ao Ministério Público para substituição no polo ativo, nos casos de desistência infundada e abandono da ação;[28] admissão de litisconsórcio entre

[23] Artigo 127, *caput*, e artigo 129, III, ambos da Constituição Federal.
[24] Artigo 14, §1: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".
[25] Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%c3%a7%c3%b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf, p. 212. Acesso em: 10 de outubro de 2022.
[26] Artigo 8, §1, da Lei n. 7.347/85.
[27] Artigo 5, §1, da Lei n. 7.347/85.
[28] Artigo 5, §3, da Lei n. 7.347/85.

os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados;[29] autorização ao Ministério Público para promover a execução do julgado em substituição, quando não promovida pelo autor da ação civil pública.[30]

Não é estranho à doutrina, portanto, afirmar que não incluir o mandado de segurança coletivo no raio de atuação do Ministério Público possui o condão de reduzir severamente a efetividade desse meio processual no sistema jurídico. (ARENHART; OSNA, 2020, p. 381)

Esse encontro de soluções, em que um julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, possui notória potencialidade para fertilizar o terreno árido para o qual foi empurrado o mandado de segurança coletivo, deve instar a Corte Constitucional brasileira a reexaminar o tratamento jurisprudencial conferido a esse meio de tutela coletiva. A busca de contatos decisórios envolve os pilares da racionalidade de funcionamento de uma Corte que possui como função primordial, por expressa determinação, a guarda da Constituição.[31]

Necessário adicionar ainda o Código de Processo Civil de 2015, pautado pela busca de uniformidade, isonomia, estabilidade e segurança jurídicas.[32] Destaca-se ali o artigo 926 do Código de Processo Civil,[33] cujo conteúdo aponta para um caminho claro no sentido de que as decisões tomadas pelos Tribunais sejam uniformizadas e ofereçam coerência, assegurando estabilidade e segurança jurídicas, associado ao reconhecimento de que os argumentos que fundam essas decisões são referenciais que devem ser seguidos em novos casos. No âmbito da jurisdição constitucional e diante da posição institucional do Supremo Tribunal Federal na garantia da superioridade constitucional, redobrados motivos justificam o esforço de identificar pontos de contato em seus julgamentos para articular e corrigir eventuais discrepâncias que debilitem o sistema.

Em verdade, quando o Supremo Tribunal Federal julga questões constitucionais, a jurisprudência constitucional produzida – e que provem dos posicionamentos tomados – materializa fonte normativa que passa a integrar o ordenamento constitucional (REVORIO, 2009, p. 32-33). Não há sentido em adotar um caminho decisório em sede de ação direta de inconstitucionalidade e posteriormente negá-lo, quando presentes as mesmas condições que decorrem da percepção funcional do sistema de proteção constitucional, para o tratamento do mandado de segurança coletivo.

[29] Artigo 5, §5, da Lei n. 7.347/85.
[30] Artigo 15 da Lei n. 7.347/85.
[31] Artigo 102, *caput*, da CF.
[32] Conferir a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 15.10.2022.
[33] "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

5. Considerações finais

Se aceitar uma mecânica sistemática para a interpretação constitucional, zelando pela unidade do texto da Constituição, traduz pensamento sem maiores dificuldades, a prática decisória do Supremo Tribunal Federal revela episódios em sentido contrário. Isso torna-se mais grave, quando percebida essa cisão na tarefa de proteção de direitos fundamentais, cujas necessidades de efetivação são imediatas e improrrogáveis.

O isolamento ou a fragmentação da leitura de dispositivos constitucionais não ocorrem apenas no nível da própria fundamentação das decisões judiciais, mas também na falta de compreensão ampla de que o funcionamento dos elementos processuais que compõem o sistema de proteção constitucional deve agir de maneira coordenada e articulada para garantir a integridade do texto constitucional.

A identificação e a correção desses vácuos protetivos são melhor efetuadas com o diálogo entre as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferidas em instrumentos processais distintos. Isso porque as técnicas argumentativas empregadas devem guardar coerência para evitar contradições e conflitos que comprometam a força normativa das normas constitucionais, sobretudo quando repercutem em matéria de efetivação de direitos. Além disso, esse processo de preenchimento protetivo é de fácil disponibilidade, permitindo a efetivação da normatividade constitucional por meio de uma dinâmica temporalmente curta.

Definir ser essencial o Ministério Público, para a promoção de ações de controle objetivo, e recusar essa mesma presencialidade para o mandado de segurança coletivo é aceitar que a tutela de direitos somente deve ser realizada de forma mediata e indireta, o que é incompatível com o objetivo constitucional de disponibilizar um específico instrumento processual de proteção imediata.

Os direitos fundamentais difusos e coletivos precisam de garantias efetivas e funcionalmente adequadas para desenvolverem-se e proporcionarem resultados práticos, daí por que legitimar o Ministério Público para o mandado de segurança coletivo consiste em etapa imprescindível no longo e incessante caminho para fazê-los efetivos.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AUSINA, Rosario Tur. *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional.* Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo.* Revista dos Tribunais, São Paulo, volume 99, n. 895, p. 9-58, maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5693*. Relator Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021. DJ 18/11/2021. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 21059*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1990. DJ 19/10/1990. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 96787*. Relator Min. Ayres Britto. Segunda Turma, julgado em 31/05/2011. DJ 21/11/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 30717 AgRg*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 27/09/2011. DJ 11/10/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 33736*. Relator Min. Carmén Lúcia. Segunda Turma, julgado em 21/06/2016. DJ 23/08/2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 213015*. Relator Min. Neri da Silveira. Segunda Turma, julgado em 08/04/2002. DJ 24/05/2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 196184*. Relator Min. Ellen Gracie. Primeira Turma, julgado em 27/10/2004. DJ 18/02/2005. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *ADI 0031899-28.2010.8.06.0000 AgR*. Relator Desembargador Clécio Aguiar. Órgão especial, julgado em 22/01/2015. Disponível em: http://www.tjce.jus.br. Acesso em: 22 out. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Traduccion de Hector Fix Zamudio. Lima: Palestra, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

CNJ. *Ações coletivas no Brasil*: temas, atores e desafios da tutela coletiva. 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%c3%a7%c3%b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011.

REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Interpretación constitucional y justicia constitucional*. Mexico: Porrua, 2009.

ROLLA, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. Mexico: Porrua, 2006.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Versão Eletrônica. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 75-106.

ZAMUDIO, Hector Fix. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: Civitas, 1982.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.



Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani
Coordenação-Geral

Márcio Paulo Veloso Ferreira
Supervisão

Ana Montenegro
Produtora Executiva e colaboração

Rodrigo Silva França
Matheus Flausino
Igor Lyra
Apoio de produção
e colaboração

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração
Projeto Gráfico e Desgin

Viviane Silva de Paulo
Organização de Conteúdo
e colaboração

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo e-mail: *rmp@mprj.mp.br*

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no site:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação e outras informações podem ser comunicados pelo e-mail:

rmp@mprj.mp.br



Visite o nosso repositório online:
www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp