

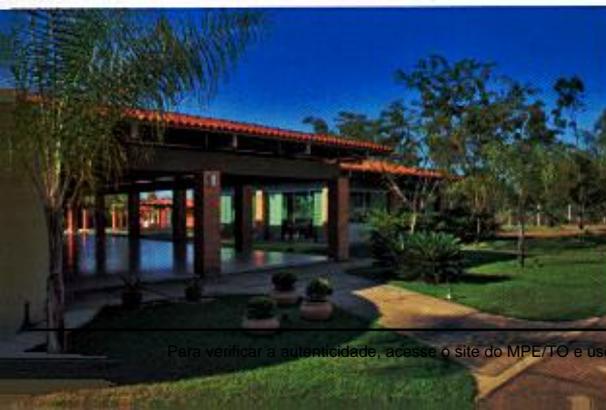
ISSN: 1984-168x



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 3 • Nº 4 • 2010



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça

Vera Nilva Álvares Rocha
Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Edson Azambuja
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Edson Azambuja
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Eduardo Silva de Almeida
Luciana Duailibe

Projeto Gráfico
Marco Tullio Tavares

Diagramação
Norbéquio das Chagas Alves

Fotos
Ronaldo Mitt

Colaboração
Academia Tocantinense de Letras

Vera Nilva Álvares Rocha
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 3, nº 4

Palmas, Tocantins
2010

© 2010. Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins
Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins
Ano 3 • Nº 4 • 2010

Tiragem: 700

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha. Palmas: Cesaf, ano 3, n. 4, 2010. 197 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito – Periódicos 2. Educação domiciliar – não criminalização 3. Banalização do direito penal 4. Ata notarial 5. Tribunal do Júri 6. Antecipação de tutela 7. Títulos paroquiais 8. Sigilo bancário 9. Liberdades fundamentais 10. Ministério Público – poder de investigação 11. Prisão preventiva 12. Ministério Público no Brasil

CDU: 34(05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins. É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

Diante do desafio de consolidar a nossa Revista Jurídica como instrumento de produção científica no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins, comemoramos a publicação desta quarta edição e, como esperado, apresentamos ao leitor relevantes artigos, frutos de atividades de pesquisa de seus colaboradores e de acalorados debates jurídicos em âmbito nacional.

Agora temos não só orgulho de representarmos a primeira Revista Jurídica do Estado, mas, igualmente, a responsabilidade de a cada número mantermos o padrão dos anteriores, sempre com foco na qualidade dos trabalhos.

Nesta edição, tal propósito está mais do que nunca consolidado, vez que contamos, também, com a valorosa colaboração do Professor Damásio Evangelista de Jesus, o qual prontamente atendeu ao nosso convite, levado a efeito por ocasião de sua recente visita ao nosso Estado do Tocantins. Esse mestre agora integra, como autor, a Revista Jurídica do Ministério Público Tocantinense. Quanta honra para uma ex-aluna daqueles bancos da Rua da Glória, em São Paulo, Capital, logo após a entrada em vigor da Carta Magna de 1988.

A diversidade temática dos artigos mais uma vez imperou, resultando, assim, numa visão geral das múltiplas áreas do conhecimento jurídico, tendo o nosso Conselho Editorial selecionado, criteriosamente, para este número, artigos de colegas membros e também de servidores do Parquet Tocantinense sobre assuntos como: a não criminalização da educação domiciliar, a banalização do direito penal, ata notarial, tribunal do júri,

antecipação de tutela, títulos paroquiais, quebra de sigilo bancário, liberdades fundamentais, poder de investigação do Ministério Público, prisão preventiva, história do MP no Brasil, dentre outros.

Assim, convidamos a todos para o deleite da leitura e das reflexões!

Vera Nilva Alvares Rocha
Procuradora de Justiça
Coordenadora da Revista

Sumário

1. Educação domiciliar constitui crime?	11
<i>Damásio de Jesus</i>	
2. A banalização do direito penal nos crimes tributários	17
<i>Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira</i>	
3. Ata notarial como meio de prova	35
<i>Alessandra de Oliveira Carvalho</i>	
4. Da impossibilidade de referência à decisão de pronúncia no Tribunal do Júri: equívoco do legislador	55
<i>Pedro Evandro de Vicente Rufato</i>	
5. Das possibilidades de antecipação de tutela	61
<i>Nívea Roberta Andrade Viegas</i>	
6. Liberdades fundamentais e a função da Justiça Constitucional ...	83
<i>Miguel Batista de Siqueira Filho</i>	
7. Ministério Público no Brasil: uma história de conquistas	113
<i>Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro</i>	
8. O poder de investigação do Ministério Público em face do entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional do Ministério Público	131
<i>Paulo Alexandre Rodrigues de Oliveira</i>	
9. Prisão preventiva e garantia da ordem pública	149
<i>Octahydes Ballan Junior</i>	

10. Títulos paroquiais e o direito de propriedade 169

Bruno Marques de Almeida Rossi

11. Transparência, inexistência de sigilo bancário em transações a partir de contas de entes públicos e o efetivo combate à corrupção 181

Vinicius de Oliveira e Silva

“A sociedade do futuro é aquela em que vamos aprender a qualquer hora, *em qualquer lugar e com qualquer pessoa*” (DIMENSTEIN, Gilberto. *Convergências para o futuro. Folha de S. Paulo*)

Educação domiciliar constitui crime?

Damásio de Jesus*

Octávio Stucchi, meu Professor de Processo Civil na faculdade, ensinou-me a não dar palpite sem conhecer os autos, especialmente nos litígios em andamento. Às vezes, entretanto, não posso me calar e abro exceção à lição do mestre.

A *Folha de S. Paulo*, na edição de 6 de março, C1, publicou a notícia de que, numa comarca do interior de Minas Gerais, um casal foi condenado, no cível e no juízo penal, por educar dois filhos adolescentes em casa. Eles são adeptos da prática *homeschooling*, muito conhecida na Europa e

*Advogado criminalista, parecerista, diretor-geral da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ), presidente e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, doutor *honoris causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália) e autor de mais de 30 livros, publicados pela Editora Saraiva e pela Editora Damásio de Jesus.

nos Estados Unidos, denominada “ensino domiciliar”, na qual os pais ministram aos filhos instrução na própria residência.

No processo penal, a condenação lhes aplicou pena de multa por crime de abandono intelectual, que tem a seguinte definição: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar” (art. 246 do CP).

A ação penal não é nova, vindo de acusação de 2006. Em 2008, o Magistrado determinou a realização de uma prova de conhecimentos gerais aos menores, elaborada pela Secretaria Estadual de Educação. Eles, hoje com 15 e 16 anos, obtiveram notas 65 e 68, superior a 60, mínimo para a aprovação oficial.

Considero não haver crime de abandono intelectual. O fato é atípico, consignando que minha opinião limita-se ao campo estritamente penal.

Observo que o tema não é pacífico, entendendo-se, em sentido contrário ao meu, que a educação domiciliar é ilegal, prejudicando a vivência social dos menores pela ausência do ensino escolar. Quanto a essa fundamentação, de relance, cumpre anotar que, nos dias atuais, o ambiente escolar, dentro e fora dos estabelecimentos de ensino público e particular, salvo exceções, permite aos pais a indicação de novo exemplo do elemento normativo do tipo incriminador, quando faz referência a só existir crime quando a omissão ocorre “sem justa causa”.

Acredito que a condenação criminal resultou da aplicação da vencida teoria da ilicitude formal, interpretando como “escolar” a superada elementar “instrução” do art. 246 do CP.

O crime, formalmente, é conceituado, do ponto de vista da lei, como um fato típico e ilícito. Materialmente, considera-se delito o fato que ofende um bem jurídico. Projetadas essas noções à antijuridicidade, tem-se a formal na simples contradição entre o fato e a norma de proibição, enquanto a material só ocorre quando há ofensa a um bem jurídico. Dessa maneira, a ilicitude formal nada mais é do que a tipicidade, qualidade que possui o fato de amoldar-se a um tipo incriminador. A consequência está em desprezar-se a antijuridicidade formal, já expressa na tipicidade. Assim, a ilicitude, segundo elemento do crime, é sempre material, não bastando a denominada formal. Como ensinava José Frederico Marques, a adequação típica mostra-se vazia quando meramente formal, isto é, quando se pretende expressar a ilicitude de uma conduta em face da singela contradição com o mandamento proibitivo, omitindo-se a sua

valoração diante do bem que se intenta proteger.

No caso, repito, a acusação baseou-se na contradição entre o mandamento proibitivo (“não deixarás de prover à instrução de filho em idade escolar”), qualificada a elementar “instrução”, expressão, como dito, pouco usada na literatura especializada, como “escolar”, e o fato concreto, no qual ela não foi “escolar” e sim “domiciliar”. Esqueceu-se, porém, como ensina a teoria da imputação objetiva, de que a interpretação das normas penais incriminadoras começa pela pesquisa da tutela do bem jurídico constitucional, o qual, na questão, não foi lesado. E, sem lesividade, inexistente fato típico.

A Carta Magna, após qualificar a educação como direito social (art. 6º), impõe aos pais o dever de “educar” os filhos (art. 229). Não dispõe sobre a obrigação de educá-los em “escola” (pública ou particular). A Lei de Diretrizes e Bases, porém, uma das fontes da legislação ordinária sobre o assunto, não determina o dever de “educação” em sentido amplo (Lei n. 9.394/96). Restringe-se a disciplinar a “educação escolar” (art. 1º, §§ 1º e 2º), prevendo a matrícula obrigatória no “ensino fundamental” (art. 6º). E o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/90), em seu art. 55, obriga os pais a matricularem seus filhos na “rede regular de ensino”, cominando multa civil no caso de descumprimento (art. 249). O Plano Nacional de Educação menciona a palavra “escola” dezenas de vezes (Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001).

Nota-se, pois, que, enquanto a Constituição Federal (CF) dispõe sobre “educação”, abrangendo a escolar e a domiciliar, a legislação ordinária regulamenta somente a “escolar” (pública ou privada). E mais: obriga os pais a matricular seus filhos em “escola”. Sob esse aspecto, significa: para a legislação ordinária brasileira, a educação domiciliar é ilícita. De ver-se que, como a interpretação das leis deve atender ao princípio da conformidade à CF, conclui-se que a lei ordinária, restritiva, não pode imperar sobre a superior, tacitamente extensiva. É simples: se a Carta Maior impõe o dever de educação dos filhos, não se atendo, implicitamente, à escolar, não pode ser legal norma que considera criminoso o pai que provê o filho de educação domiciliar.

O Direito Penal, por meio de prescrições legais, tem por finalidade a defesa de interesses jurídicos, isto é, todos os que se destinam à satisfação de uma necessidade humana e são reconhecidos pelo Direito como necessários à convivência social pacífica ou, nas palavras de CLAUS

ROXIN (2006, p. 35), “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”.

Para que se torne legítima a previsão de normas penais na defesa de determinado bem, é preciso que ele seja de elevada importância (princípio da fragmentariedade) e, além disso, que inexistam outros mecanismos de controle formais capazes de propiciar soluções menos lesivas à sociedade ou aos indivíduos (princípio da subsidiariedade). A aplicação das leis penais de incriminação só é recomendada como último recurso.

A família, sem dúvida, destaca-se como um dos bens jurídicos que, a par da extensiva regulação que se lhes dão as normas extrapenais da CF, do Código Civil (CC), do ECA, da Lei de Diretrizes e Bases etc., necessita, às vezes, da presença do Direito Penal para lhe atribuir a devida proteção. Magalhães Noronha, já dizia em 1961:

“É quase supérfluo insistir sobre a necessidade da proteção familiar, pois justificar esta é a mesma coisa que justificar a tutela à sociedade, já que é de todos sabido, constituindo lugar comum, que a família é a base desta”. (NORONHA, 1961, p. 394).

A advertência é válida para os dias de hoje, confirmada pela CF de 1988 ao declarar de modo eloquente: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*).

Dos diversos deveres inerentes à família, o de educação, que assiste aos pais em relação aos filhos menores, merece especial destaque, não tendo sido esquecido pela nossa Lei Maior, como ficou consignado: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, [...]” (art. 229). Sobre o mesmo tema, a Carta Magna, em seu art. 205, determina: “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”. A Lei de Diretrizes e Bases, por sua vez, apresenta a mesma redação (art. 2.º).

O CC, em relação aos filhos, prevê competir aos pais “dirigir-lhes a criação e a educação”. E o art. 22 do ECA impõe aos pais o dever de “propiciarem o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores” (Lei n. 8.069/90).

A obrigação de educação pode ser cumprida de dois modos: matriculando o filho em escola, isto é, garantindo-lhe o ensino formal (intelectual, acadêmico) ou ministrando-a no lar (instrução informal). Entende-se como tal aquela fornecida fora dos quadros do ensino escolar, ministrada por um sistema sequencial e progressivo, com duração variável, permitindo o pleno desenvolvimento da pessoa.

Se a CF impõe aos pais o dever de “educação” e, se ela pode ser escolar e domiciliar, admitindo as duas, esta última não pode ser considerada ilegal. O art. 246 do CP, portanto, não tipifica o fato do pai que deixa de matricular o filho na escola, mas sim o que não lhe providencia o devido ensino, seja formal ou domiciliar. Por isso, este não pode ser considerado delito de abandono intelectual. Falta-lhe tipicidade, sem necessidade de socorrer-se da eventual análise da elementar “sem justa causa” (elemento normativo do tipo).

Não desconheço a existência do Projeto de Lei n. 3.518, de 5 de junho de 2008, de autoria dos Deputados Federais Henrique Afonso e Miguel Martini, tramitando no Congresso Nacional. Acrescentando um parágrafo único ao art. 81 da Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96), pretende disciplinar o ensino domiciliar.

Em suma, a atitude dos pais que dão aos filhos menores ensino no âmbito familiar, sem os matricular em escola pública ou particular, cumpre o dever constitucional de educá-los, de modo a, por isso, não se lhes poder atribuir prática delituosa. Genericamente, no sentido de inexistir crime na hipótese, é a lição de Paulo José da Costa Junior, Mirabete, Fernando Capez e Cezar Roberto Bitencourt. Da mesma forma, como exposto, estou sinceramente convencido de que o fato questionado é atípico.

Referências

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

A banalização do direito penal nos crimes tributários

Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira*

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente a necessidade da existência dos crimes tributários, quer aqueles previstos na Lei n. 8.137/90, quer o crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no art. 168-A da parte especial do Código Penal, à luz dos princípios da insignificância, da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Considera o fato de o pagamento do tributo, feito antes do início da ação fiscal, constituir causa de extinção da punibilidade do delito de apropriação indébita previdenciária e de vir sendo considerada atípica a conduta de sonegar tributos com valor inferior ao previsto na legislação para a inscrição na dívida ativa da União, a fim de concluir que os tipos penais tributários nada mais são do que a forma encontrada pelo Estado para compelir os cidadãos a efetuarem o pagamento dos tributos. O estudo, de técnica qualitativa, tem como ponto de partida a realidade jurídica brasileira e utiliza para o seu desenvolvimento livros e artigos jurídicos, além de decisões, sentenças e acórdãos que versam sobre o assunto.

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – PR, 1ª Promotora de Justiça da Comarca de Colinas do Tocantins – TO.

1. Introdução

Uma análise dos crimes contra a ordem tributária previstos no art. 168-A do Código Penal e na Lei n. 8137/90, sob o enfoque dos princípios da insignificância, da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal leva à discussão: aludidos crimes visam proteger a ordem tributária ou apenas impelir os contribuintes ao pagamento do tributo? O bem jurídico tutelado de fato pelos crimes tributários é a ordem tributária, como defendido pela doutrina majoritária, ou é o interesse que a Fazenda Pública tem na arrecadação dos tributos?

A partir dos conceitos de *ilícito* e de *sanção* – esta como forma de coibir a prática daquele – este artigo analisa as diferentes espécies de sanções existentes no ordenamento jurídico e faz uma revisão do conteúdo dos princípios da insignificância, da intervenção mínima e da fragmentariedade, os quais modernamente vêm sendo aplicados ao Direito Penal, como forma de descriminalizar condutas tidas como típicas pelo ordenamento jurídico.

Com base nesses princípios e considerando o fato de que o pagamento do tributo constitui causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários e o fato de que os Tribunais têm adotado o entendimento de que a sonegação de importância com valor inferior ao previsto na legislação para a inscrição na Dívida Ativa da União deve ser tida como conduta materialmente atípica, este trabalho tem como objetivo mostrar que, na realidade, os crimes contra a ordem tributária não visam tutelar a ordem tributária em si mesma, mas sim o interesse da Fazenda Pública na arrecadação do tributo. Uma vez atingida a finalidade, qual seja, a de

arrecadação do tributo devido pelo contribuinte, não há qualquer justificativa para puni-lo pela prática da infração criminal, razão pela qual o interesse do Estado em punir o delito deixa de existir.

O pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade, aliado ao fato de os Tribunais virem adotando o entendimento segundo o qual não se justifica a existência de ilícito criminal, uma vez que a mesma conduta é considerada irrelevante no âmbito administrativo, evidencia que os crimes tributários somente existem para impelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

Analisando tais fundamentos, conclui-se que a existência dos crimes contra a ordem tributária constitui verdadeira banalização do Direito Penal, pois é certo que o interesse da Fazenda Pública na arrecadação da receita advinda do pagamento da obrigação tributária poderia ser alcançado de outras formas, por exemplo, pela via administrativa, por meio de fiscalização eficiente e de imposição de multas em valores significativos, as quais devem ser efetivamente cobradas, bem como pela via judicial, por meio da Execução Fiscal.

A abordagem dogmática e sociológica do problema, aqui pretendida, tem como objetivo demonstrar e concluir que a existência dos ilícitos de natureza tributária justifica-se tão-somente como forma de incitar o contribuinte ao pagamento dos tributos, sendo sua existência totalmente dissonante dos princípios modernamente aplicados ao Direito Penal.

2. Direito e Sanção

O Direito constitui um sistema de normas que regulamentam a conduta humana. Tal conduta pode consistir em uma ação ou omissão de um indivíduo frente a outro indivíduo.

Constitui característica inerente ao Direito o fato de se impor de forma coativa, pois prevê a aplicação de sanção para a conduta humana considerada indesejável.

Segundo Kelsen, *“Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica.”* (2006, p. 36).

Tais atos de coação, que são estatuídos pelo ordenamento jurídico como reação contra a conduta indesejável dos indivíduos, têm o caráter de sanção.

As sanções previstas no ordenamento visam, portanto, coibir a prática de condutas tidas por esse mesmo ordenamento como indesejáveis ou reprováveis.

O ilícito é algo indesejável e reprovável, cuja prática acarreta como consequência a imposição da sanção.

Novamente ensina Kelsen:

Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito, apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência de ilícito. (2006, p. 124).

Segundo a doutrina, há três espécies de sanção: as executórias que buscam compelir o inadimplente a cumprir o dever jurídico cujo descumprimento acarreta sua imposição e possuem caráter patrimonial, em regra; as indenizatórias, também patrimoniais, que equivalem à reparação do dano causado pela prática da conduta ilícita e as punitivas que buscam apenas reprimir a prática do ato ilícito a que correspondem, que podem ter caráter pessoal ou patrimonial e que visam essencialmente punir aquele que praticou a conduta indesejada pelo ordenamento.

À prática de um ilícito corresponde a imposição de uma sanção, que terá natureza penal ou administrativa, a depender da natureza daquele.

O Direito Penal tem como finalidade precípua proteger os bens tidos como mais importantes e de maior necessidade para a própria convivência social, ou seja, aqueles bens que são essenciais, não só ao indivíduo, considerado de forma isolada, mas à própria sociedade. Para tutelar tais bens, o Direito Penal tipifica condutas consideradas nocivas aos indivíduos e a sua convivência em sociedade e prevê a imposição de pena, enquanto modalidade de sanção, para os casos em que tais bens são atingidos pelas condutas humanas tipificadas na norma penal.

Assim, a pena constitui-se em instrumento de coerção que visa garantir a proteção dos bens e valores mais significativos para a sociedade, os quais não podem ser protegidos de forma suficiente e satisfatória por outros ramos do Direito.

Enquanto as penas administrativas assumem caráter patrimonial, sendo desnecessária a análise do dolo ou da culpa, as penas criminais podem ter caráter pessoal ou patrimonial, sempre estarão fundadas na culpa em sentido amplo e pressupõem para sua aplicação a responsabilidade do agente.

O crime constitui uma das espécies de ilícito, cuja prática acarreta a imposição de sanção de caráter pessoal. Todavia, há que se ponderar que a sanção, enquanto meio para desestimular as condutas indesejadas pelo ordenamento, terá que ser eficaz, ou seja, sua aplicação deve ser viável, pois seu efeito intimidativo decorre da certeza de sua aplicação e não de sua gravidade.

Com o intuito de coibir a prática de condutas indesejáveis, que atentam contra bens jurídicos de interesse da sociedade, o legislador as tipifica como criminosas.

Todavia, conforme ensina Machado, “ocorre que os obstáculos criados pelo formalismo processual praticamente inviabilizam a aplicação das sanções penais na maioria dos casos”, (2009, p. 16), o que acarreta a falência do Direito Penal e evidencia sua inutilidade. É o que se verifica no caso dos crimes tributários.

3. Princípio da intervenção mínima e o caráter fragmentário do direito penal

Hodiernamente, o princípio da intervenção mínima e o caráter fragmentário do Direito Penal buscam reduzir ao mínimo a solução punitiva dos conflitos sociais.

Parte-se do pressuposto de que o Direito Penal tem por função apenas garantir uma pacífica convivência entre os cidadãos, de modo que sua intervenção justifica-se somente no limite necessário para atingir tal finalidade.

Dessa forma, ao eleger as condutas que serão consideradas ilícitos penais, o legislador, politicamente, ou seja, considerando o momento em que vive a sociedade, deveria criminalizar apenas as condutas que não possam ser extirpadas por outros ramos do Direito, ou seja, sempre que determinado bem ou interesse puder ser tutelado de forma satisfatória por outro ramo do Direito, deve o legislador abster-se de criminalizá-la.

A presença do Direito Penal somente deveria ser notada nos casos em

que os demais ramos, comprovadamente, não pudessem proteger de forma suficiente os bens considerados mais importantes, de modo a interferir o mínimo possível na vida da sociedade.

O Direito Penal deve consistir a *ultima ratio*, de modo a não interferir em demasia na vida das pessoas, subtraindo-lhes a autonomia e a liberdade. Conforme ensina Nucci, o Direito Penal

deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais, deve ser resolvido pelos demais ramos do direito, através de indenizações civis ou de punições administrativas. (2008a, p. 46).

Ou seja, o Direito Penal deve ser considerado a última instância a ser buscada pelo legislador somente nos casos em que inexista outra solução que não a criminalização da conduta.

Se a tutela do bem jurídico puder ser obtida de outra forma, não se deve criminalizar a conduta a ser coibida, sob pena de banalizar a punição, tornando-a inócua – não é cumprida pelos destinatários, tampouco aplicada pelos órgãos estatais.

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio’ da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997 apud GRECO, 2003, p. 51).

Nucci ainda ensina que “a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito.” (2008a, p. 45).

Assim, o Direito Penal deve ter caráter subsidiário, ou seja, deve ser evitada a criação de tipos penais insignificantes, mormente quando o bem

jurídico a ser tutelado pela norma possa ser satisfatoriamente protegido por outros ramos do Direito.

O caráter fragmentário do Direito Penal deixa claro que cabe a esse ramo do Direito tutelar a menor parcela de bens com que se preocupa o ordenamento jurídico, de modo que os demais ramos do Direito deverão proteger a maior parte, ou seja, nem tudo interessa ao Direito Penal, mas apenas uma pequena parcela de bens que estão sob sua proteção e que, teoricamente, devem ser aqueles tidos como de maior importância para a sociedade.

Portanto, o princípio da intervenção mínima possui duas vertentes: ao mesmo tempo em que serve de orientação para o legislador na seleção dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, também indica quais os bens que, no passado, possuíam relevância social tamanha que justificasse sua proteção pelo Direito Penal, mas que com avanço da sociedade, tais bens perderam essa importância, de modo que não mais se justifica manter como crime a sua violação, impondo-se a descriminalização das condutas que os violem.

4. Princípio da insignificância

Uma vez tipificadas pelo legislador as condutas que caracterizarão os ilícitos penais, o princípio da insignificância tem por finalidade permitir que o aplicador da norma, ao interpretá-la, possa excluir do seu âmbito de incidência situações consideradas como de *bagatela*.

O princípio da insignificância somente pode ser analisado tomando-se em conta a tipicidade conglobante da conduta. O fato somente será considerado típico nos casos em que se adequar a um dos tipos abstratamente previstos na norma penal.

Segundo Greco, *“tipicidade quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.”* (2003, p. 171).

Ocorre que, para a teoria da tipicidade conglobante não basta que a conduta praticada pelo agente subsuma-se ao tipo abstratamente previsto na norma penal, o que constitui apenas a tipicidade formal da conduta. A tipicidade conglobante abrange, além da tipicidade formal, a tipicidade material, ou seja, deve ser considerada ofensiva para os bens relevantes para o Direito Penal.

Assim, para concluir-se que uma conduta é penalmente típica, é necessário que tal conduta seja antinormativa (tipicidade formal), que consiste na subsunção ao tipo abstratamente previsto na norma penal, e materialmente atípica, a fim de se aferir a importância do bem lesado no caso concreto, para que se possa concluir se é ou não caso de aplicação do Direito Penal para proteger aludido bem.

Isso porque, embora o legislador tenha elegido, politicamente, os bens que seriam tutelados pelo Direito Penal, ao tipificar as condutas não poderia prever todas as hipóteses que ocorreriam concretamente, de modo que cabe ao intérprete e aplicador da norma avaliar se a lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é tamanha para justificar a aplicação da norma penal, a fim de protegê-lo.

Capez ensina que

o direito penal não cuida de bagatela, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. (2007, p. 608)

Assim, nos casos em que a conduta praticada pelo agente subsumir-se ao tipo penal, estará caracterizada a tipicidade formal, competindo ao aplicador da norma aplicá-la, ou afastar sua incidência, nos casos em que não estiver preenchida a tipicidade material, mediante a aplicação do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância funda-se no princípio da intervenção mínima, que, por sua vez consubstancia-se na ingerência do Direito Penal somente naqueles casos em que os demais ramos do direito não possam solucionar as questões postas, e no princípio da fragmentariedade, segundo o qual apenas as condutas mais graves, passíveis de causar distúrbios de grande monta à segurança pública e à liberdade individual devem ser reprimidas pelo Direito Penal, devendo o restante ser coibido pelos demais ramos do Direito.

Embora haja divergência doutrinária a respeito do assunto, adotando-se a teoria da tipicidade conglobante, tem-se que o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade, pois a conduta torna-se materialmente atípica, deixando de existir o próprio crime.

5. Causas extintivas da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária

Constituem causas extintivas da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária a morte do agente, anistia, graça e indulto, retroatividade da lei penal que exclui o crime e a prescrição. Todas essas causas estão previstas na parte geral do Código Penal (art. 107, incisos I, II, III e IV), e aplicam-se a todos os crimes, mesmo àqueles previstos em legislação especial, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei n. 8137/90.

Além dessas causas gerais de extinção da punibilidade, merecem especial atenção, nesse estudo, as causas extintivas da punibilidade específicas dos crimes em análise.

O parágrafo 2º do art. 168-A, que foi inserido no Código Penal por meio da Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, dispõe que a punibilidade será extinta nos casos em que o agente espontaneamente declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições e presta as informações devidas à previdência social antes do início da ação fiscal.

Por sua vez, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal faculta ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a pena de multa nos casos em que o agente for primário e de bons antecedentes e após o início da ação fiscal efetuar o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive seus acessórios, ou quando o valor da contribuição devida, inclusive os acessórios, for igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais.

Embora aludido delito esteja inserido no Capítulo V do Título II da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio, tipifica a conduta de *deixar de repassar à previdência social as contribuições previdenciárias*, que são espécies de tributos, portanto, também tutelam, ainda que indiretamente, o interesse do Estado na arrecadação dessa espécie de tributo.

O art. 14 da Lei n. 8137/90, por sua vez, previa que a punibilidade dos delitos tipificados nos artigos 1º a 3 do mesmo Diploma Legal estaria extinta se houvesse o pagamento do tributo sonegado, com seus acessórios, antes do recebimento da denúncia. O referido dispositivo foi revogado pela Lei n. 8383/91, que eliminou tal causa de exclusão da punibilidade nos crimes tributários do ordenamento jurídico.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei n. 9249/95, que em seu art. 34 dispõe que a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8137/90 estará extinta quando o agente promover o pagamento do tributo e seus acessórios antes do recebimento da denúncia.

Como aludido dispositivo legal não faz qualquer menção ou exigência acerca de o agente ter que promover o pagamento à vista ou a prazo, surgiram interpretações distintas para a expressão “promover o pagamento”. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a expressão deve ser interpretada como qualquer manifestação concreta no sentido de pagar o tributo. Assim, a punibilidade estará extinta sempre que o contribuinte demonstrar interesse em saldar o débito, efetuando o parcelamento do montante, antes do recebimento da denúncia. Como a Lei utiliza a expressão promover o pagamento, tem-se entendido que significa iniciar o processo de quitação, o que ocorre com o parcelamento do débito.

Com a entrada em vigor da Lei n. 9946/00, foi instituído o Plano de Recuperação Fiscal (REFIS) que, além de repetir a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 15 da Lei n. 9249/95, também viabilizou o parcelamento do débito tributário, o que ocasionaria a suspensão do processo e da prescrição penal, exigindo, todavia, que o parcelamento do débito e de seus acessórios fosse concedido antes do recebimento da denúncia.

A Lei n. 10.684/03 instituiu o Parcelamento Especial (PAES) e em seu art. 9º dispõe que

É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1 e 2 da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1.940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Par1 A prescrição criminal

não ocorre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. Par 2 Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Com base no argumento de que a Lei em comento refere-se aos débitos com vencimento até 28 de fevereiro de 2.003, há doutrinadores, dentre eles Pedro Roberto Decomain, que sustentam que a regra referente à extinção da punibilidade prevista no dispositivo legal em comento somente poderia ser entendida em consonância com o art. 1 da mesma Lei, que se refere aos tributos e contribuições sociais cujo vencimento tenha ocorrido até 28 de fevereiro de 2.003, tratando-se, portanto, de norma de caráter excepcional e transitório.

Todavia, esse não é o entendimento majoritário. Predomina na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, o entendimento de que o decurso do prazo prescricional estará suspenso durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída no regime de parcelamento do crédito tributário. Uma vez realizado o pagamento integral do débito tributário e de seus acessórios, estará extinta a punibilidade. Verifica-se que o pagamento do tributo poderá ser feito a qualquer tempo, mesmo depois de recebida a denúncia, a qualquer momento da persecução penal, inclusive em grau recursal.

6. Bem jurídico tutelado pelos crimes tributários

Sabe-se que a Administração necessita da arrecadação de tributos para fazer frente às despesas públicas, de modo que a não-arrecadação implicará na falta de recursos para atender às necessidades coletivas.

Segundo a doutrina, o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei n. 8.137/90, seria a própria ordem jurídica tributária, e pelo crime do art. 168-A do Código Penal, seria a seguridade social e não o interesse da Fazenda Pública na arrecadação.

Segundo Machado, *“A expressão ordem tributária designa o complexo de normas jurídicas concernentes ao exercício do poder de tributar.(...) Assim, os crimes contra a ordem tributária são crimes praticados em detrimento da eficácia dessas normas.”* (2009, p. 326).

Da aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal e de seu caráter fragmentário, decorre que somente deveriam ser criminalizadas as condutas efetivamente graves, aquelas nas quais a supressão ou diminuição da arrecadação tributária pudessem colocar em risco a própria atividade estatal.

Dessa forma, tem-se que as condutas consideradas ilícitos penais pela Lei n. 8137/90, bem como pela parte especial do Código Penal, na realidade são aquelas que importam em qualquer diminuição ou supressão da arrecadação, sendo certo que para arrecadar as quantias a elas referentes, o Estado pode se valer de outras medidas, como cobrar o tributo administrativamente, ou por meio da Execução Fiscal, tornando desnecessária a tipificação da conduta como criminoso.

Segundo Fernando Capez, a criminalização das condutas previstas no Diploma Legal em comento justifica-se ante o fato de que, em regra, a supressão ou diminuição de tributos sempre estará acompanhada de manobras que, por si só, constituíam crimes, como a falsificação documental ou ideológica. Para o autor,

A sanção criminal, no caso, tem finalidade preventiva, no sentido de desestimular, pela gravidade da pena, todos os contribuintes que eventualmente cogitem em defraudar o fisco, bem como repressiva, no sentido de impor um gravame maior àquele que burle as leis fiscais (2007, p. 601).

Ocorre que, no caso das condutas que caracterizam crimes contra a ordem tributária, sua prática poderia ser eficazmente coibida e desestimulada por outros meios, como a redução da carga tributária, pois dessa forma evitar-se-ia a banalização do Direito Penal.

Segundo Machado,

na medida em que ilícitos de menor importância social, e sobretudo aqueles que menos afetam o sentimento ético das pessoas, e por isso mesmo despertam menor censura da opinião pública, são definidos como crime, o Direito Penal se banaliza e perde eficácia (2009, p. 21).

A criminalização do ilícito tributário pode ter justificação ética, quando decorre da convicção de que o sistema tributário deve ser observado por todos, de modo que a infração tributária torna-se inadmissível, ou simplesmente utilitarista, diante da necessidade de criminalizar condutas apenas com o fim de combater a sonegação, ou seja, como forma de compelir as pessoas ao pagamento do tributo, ocultando o fracasso do próprio sistema fiscal. No caso do Brasil, a criminalização do inadimplemento de obrigações tributárias apresenta caráter meramente utilitarista.

Não se vislumbra, do ponto de vista prático, outro objetivo da norma que tipifica os crimes contra a ordem tributária que não seja o de coibir a prática de condutas que importem em sonegação fiscal e, dessa forma, assegurar a arrecadação tributária da Fazenda Pública.

Pode-se dizer que os tipos penais tributários, em especial os previdenciários, passam por uma crise de identidade, pois, de modo cada vez mais evidente, deixam de transparecer condutas dotadas de reprovabilidade social, para, efetivamente, revelarem-se meros instrumentos arrecadatários do Estado.

Antes pelos Tribunais, e cada vez mais pelo legislador ordinário, os delitos de ordem tributária tornam-se pseudocrimes, que permitem, magicamente, a extinção da punibilidade com o pagamento, que cada vez mais, tem sido admitido em qualquer tempo. (IBRAHIM apud GRECO, 2010, p. 478).

Dessa forma, o bem jurídico tutelado pela norma nada mais é do que a arrecadação tributária, que busca atingir por meio da criminalização de condutas que levem ao não pagamento dos tributos pelos contribuintes.

No mesmo sentido, sustenta Nucci

O Direito Penal Tributário, portanto, precisa ser usado com cautela, somente como última hipótese, em relação a condutas infracionais realmente graves, mas jamais deveria servir, como hoje ocorre, como instrumento de pressão para a cobrança de impostos, taxas, contribuições etc (2008b, p. 939).

Há, na prática, demonstrações inequívocas de que o objeto jurídico tutelado pela tipificação dos crimes contra a ordem tributária não é a ordem tributária em si mesma, mas sim a ordem tributária como instrumento arrecadador de tributos, sendo que a finalidade precípua da norma é assegurar a arrecadação da Fazenda Pública.

Não é por outra razão que os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, têm entendido ser cabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a ordem tributária, evidenciando que o bem jurídico tutelado não é a ordem jurídica tributária, mas sim a arrecadação do Estado, razão pela qual não se pune a sonegação de pequeno valor.

Se verdadeira fosse a alegação de que os crimes em estudo visam tutelar a ordem tributária, qualquer que fosse a importância devida, a título de tributo, teria ocorrido a violação a essa ordem, não se justificando a aplicação do princípio da insignificância como forma de afastar a tipicidade material da conduta, afastando a incidência do Direito Penal. Todavia, não é este o entendimento jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal passou a entender que somente se justifica processar e impor pena àquele que pratica ato definido como crime tributário nas hipóteses em que o tributo sonegado tiver valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limite imposto pela Lei n. 10.522/02, com redação dada pela Lei n. 11.033/04, para a inscrição na Dívida Ativa da União.

Nesse sentido, ver Habeas Corpus no 92.438-7 PARANÁ

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N. 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o artigo 20 da Lei n. 10.522/02, na redação dada pela Lei n. 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.

2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.

3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.

Ao proferir seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que

À luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível!

Acrescentou que o raciocínio é simples: o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para estabelecer quais bens jurídicos são penalmente relevantes. Essa tarefa cabe ao legislador, que, na hipótese, estabeleceu a irrelevância da lesão inclusive para o próprio fisco.

Corroborando tal assertiva o fato de ser atualmente predominante nos Tribunais o entendimento de que o pagamento do tributo a qualquer tempo, ou seja, mesmo após o recebimento da denúncia e a instauração do processo penal, constitui causa extintiva da punibilidade, no caso dos crimes previstos na Lei n. 8137/90.

Caso a finalidade precípua da norma fosse proteger a ordem tributária, não haveria justificativa plausível para julgar extinta a punibilidade em

razão do pagamento do tributo, ou a exclusão da tipicidade de condutas que se amoldam com perfeição aos tipos previstos na legislação penal, apenas pelo fato de o valor do tributo devido ser inferior ao previsto na legislação para a inscrição do débito na dívida ativa da União. Aludida causa extintiva da punibilidade somente reforça a idéia de que os crimes contra a ordem tributária apenas existem para assegurar a arrecadação estatal, em razão da falência de seus meios administrativos para efetuar a cobrança.

7. Conclusão

Do estudo feito, verifica-se que na realidade os crimes contra a ordem tributária apenas existem para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo, como forma de aumentar a arrecadação do Estado.

Se por um lado o Estado necessita da arrecadação para dispor de recursos indispensáveis para fazer frente às despesas públicas, por outro lado, mostra-se despicienda a tipificação de condutas que constituam sonegação de tributos, pois o recebimento dos mesmos poderia ser obtido de outras maneiras, pela via administrativa ou pela Execução Fiscal, evidenciando a desnecessidade de atuação do Direito Penal nessa seara.

A criminalização de tais condutas afronta os modernos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. Não é por outra razão que os Tribunais, recentemente, têm decidido que o fato será materialmente atípico nos casos em que o valor do tributo for igual ou inferior àquele previsto pela legislação para a inscrição do débito na Dívida Ativa da União.

Conforme se verificou da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, o entendimento daquela Corte tem sido no sentido de que por força dos princípios acima referidos, somados ao princípio da insignificância, não poderia o Direito Penal considerar relevante a conduta que fora tida por irrelevante por outros ramos do Direito, pois obviamente as conseqüências do processo penal são muito mais nefastas que aquelas que seriam impostas ao contribuinte por outros ramos do Direito.

Referências

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Legislação penal especial: lei de imprensa, crimes hediondos, abuso de autoridade, sonegação fiscal, tortura, terrorismo: volume 1**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. **Código penal comentado**. Niterói: Impetus, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Ata notarial como meio de prova

Alessandra de Oliveira Carvalho*

RESUMO

Este artigo apresenta a ata notarial como uma das ferramentas de produção de prova antecipada, defendendo sua utilização como meio de prova seguro, econômico e célere no âmbito do Poder Judiciário, ressaltando-se ainda os benefícios de seu maior aproveitamento tanto judicial como extrajudicialmente, dada sua potencial eficácia na prevenção e composição de litígios.

* Analista do Ministério Público do Tocantins, especialidade: Ciências Jurídicas. Especializanda em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina/UNISUL.

1. Introdução

A noção do que significa prova transcende aos muros do Direito, posto que todas as decisões humanas são balizadas de uma forma ou de outra no convencimento que se faz frente as circunstâncias apresentadas.

No âmbito do Direito, a noção de produção probatória assume nuclear importância, já que para uma devida prestação jurisdicional o legítimo convencimento do julgador deve ser feito através das provas carreadas nos autos.

Provar, no seu sentido jurídico, envolve a atividade de persuadir o juiz, norteá-lo na busca da verdade por meio da reconstrução dos fatos a ele narrados, auxiliando-o no enquadramento destes de acordo com o que preconiza o ordenamento jurídico.

A par do poder pertencente à prova, dentro do processo, conclui-se com clareza que a prova representa uma arma concreta de influência ativa no processo, atingindo diretamente o resultado da demanda. E mais, que só por meio de sua efetiva utilização se pode dizer que o cidadão participou honestamente do processo.

Nem mesmo se deve afirmar que a parte usou amplamente seu direito de defesa, ou que participou satisfatoriamente do contraditório se ela sequer pôde se socorrer de forma efetiva do seu direito à prova, seja na oportunidade de sua utilização, seja na interferência de sua produção.

É, portanto, puro direito fundamental, subsumindo-se tanto interna como externamente na nossa Constituição Federal. Interna quando consideramos a prova como um derivado dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à Justiça, ou mesmo ao devido processo legal.

E externa por estar inserida dentro da previsão contida na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. (DIDIER JR., 2009, p. 19). Ambos recepcionados pelo sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual adquiriram a mesma garantia de força estendida aos naturalmente declarados no corpo constitucional, (art. 5º, § 2º da CF).

Oportuno ressaltar que o objeto da prova não são os fatos, mas as alegações dos fatos postos em juízo. Bem explica Dinamarco, o fato existe ou inexistente, o que se tem em pauta mesmo durante o processo são as alegações, estas sim, é que podem ser verazes ou mentirosas.(DINAMARCO apud DIDIER JR., 2009, p. 43).

Obviamente, quando se fala na busca da veracidade das alegações, refere-se tão-somente a verdade jurídica, ou seja, aquela pela qual nos submetemos, posto nossa condição humana limitada e reconhecedora de que mesmo no estágio atual de desenvolvimento tecnológico e científico, a noção de verdade é apenas utópica.

Miguel Reale conceitua esta verdade de quase-verdade (REALE, 2009), o que é de todo adequado, pois quando não se leva em conta as próprias imperfeições das conclusões humanas, tem-se ainda as restrições artificiais criadas por eles mesmos, como por exemplo a proibição de usar provas ilícitas ou ilegítimas, ou ainda os resquícios advindos do tarifamento das provas que servem de norte para o convencimento motivado do juiz. Sem se falar do condicionamento de eficácia dada a certos meios probatórios, que só atingem sua aceitação dentro do processo se submetidos a formalidades previamente exigidas pelo legislador.

Com efeito, muito embora sua limitação, a busca da verdade formal é indispensável, motivo pelo qual se sobressai o interesse no desenvolvimento de mecanismos hábeis a desenvolver cada vez mais a adequação do direito fundamental à prova às linhas do processo. São válidas todas as iniciativas capazes de melhor desempenhar a utilização da prova, bem como potencializar seus efeitos, e nesse sentido a ata notarial, a ser estudada nesse trabalho, tem relevante destaque na efetivação do direito fundamental ao convencimento do juiz.

2. Meios de prova e a ata notarial

Em que pese a crítica doutrinária do artigo 212 do Código Civil, em

razão de sua deficiência técnica e conceitual que confunde fonte com meios de prova, tem-se que o fato jurídico pode ser provado mediante a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia. (BRASIL, 2009) .

Por outro lado, também são admissíveis no nosso ordenamento brasileiro todos os meios legais e moralmente legítimos para se evidenciar as alegações dos fatos postos em juízo.

Pois bem, a ata notarial enquadra-se entre a prova documental, que é aquele tipo de prova advinda de um documento (CHICUTA, 2004, p. 183). Este, por sua vez, é toda atestação escrita ou gravada de um fato que se traduz imediatamente em um objeto exterior, permitindo ao juiz ter contato com o fato sem qualquer interferência valorativa. Além da ata pode-se citar como exemplo: a escritura pública ou particular, planta, projeto, fotografia, gravação, etc.

Consoante preceito legal, cabe ao Tabelião lavrar atas notariais, que, por via de consequência, estão imbuídas do poder de autenticar fatos, cabível aos atos notariais, conforme se abstrai do artigo 6º, inciso III da Lei 8935/94, conjugado com o art. 7º, III da mesma lei.

3. Histórico da ata notarial

Apesar de pouco conhecida, a ata notarial tem origens consideravelmente remotas, na verdade, é quase tão antiga quanto a ideia da escrita e tão antiga quanto a função notarial em si. Pois, foi com surgimento da escrita que os fatos mais importantes referentes à vida em sociedade transmigraram-se da limitada memória do homem para registros em instrumentos duráveis, e logo em seguida, em face da relevância da tarefa, surgiram os primeiros profissionais notariais, quais sejam, os escribas.

Escribas eram aqueles que dominavam a arte da escrita, sendo inicialmente figuras totalmente ligadas aos reis e imperadores, com função adstrita a narrativa de fatos. escriba egípcio tem sido costumeiramente indicado como mais antigo antepassado do notário (BRANDELLI, 2009, p. 317), costumavam ser bem instruídos, conhecendo todos os formulários legais e comerciais em uso.

Um exemplo, largamente conhecido, das remotas atas notariais seria o livro bíblico de Atos dos Apóstolos. Comenta o professor Justino

Adriano Farias da Silva:

Argentino I Neri aponta no Novo Testamento o Ato dos Apóstolos, de Lucas, como sendo um exemplo de ata. De fato, dadas as características desse texto, a Igreja denominou-o de Acta Apostolorum, pois nele se apresentam fatos, acontecimentos, começando por Jerusalém e culminando na capital do império, narrando a atividade dos apóstolos e seus colaboradores, primeiro centrado em Pedro e depois em Paulo (que é protagonista incontestado da segunda parte [Cap. 13-28], a quem o autor acompanha em grande parte de seus deslocamentos). Apesar de ser relato, nem por isso é classificado como uma história da Igreja primitiva, mas “uma obra única em seu gênero, próxima do evangelho”. Ademais, os teólogos ressaltam que não se trata de uma biografia, primeiro porque Lucas não se propõe a contar a história de todos os apóstolos. Ademais, o próprio Paulo nem é apóstolo, título reservado por Lucas somente aos Doze. Na verdade, segundo os especialistas nas escrituras sagradas, o que ele faz é descrever a ação misteriosa do Espírito Santo. (SILVA in BRANDELLI, 2004, p. 131).

No Brasil a ata notarial teve início quase concomitantemente com o descobrimento do país, pois se relata que o primeiro ato notarial brasileiro foi uma ata, e esta ficou conhecida como a carta de Pero Vaz de Caminha (BRANDELLI, 2004, p. 41), que além de narrar a descoberta da nova terra, de sua posse e de suas características, tinha o atributo da fé pública, posto ser redigida por escrivão da frota portuguesa.

Apesar dessa natureza tão remota, a ata perdeu seu inicial espaço no nosso solo. Desenvolveu-se bastante no continente latino, mas caiu no esquecimento do nosso ordenamento. Entretanto, sempre foi usada mesmo que parcamente, em razão de autorização genérica de “autenticar fatos” prevista nos Códigos de Organização Judiciária dos Estados e Provimentos das Corregedorias de Justiça (BRANDELLI, 2009, p. 319).

Comenta Leonardo Brandelli que há muito tempo os notários brasileiros se socorriam da ata notarial, embora sem saber o que faziam, quando como por exemplo, aprovavam testamento cerrado e realizavam as “escrituras declaratórias”. (BRANDELLI, 2009, p. 319). E isso se

dava principalmente em razão do permissivo advindo do Código de Processo Civil, que passou a estabelecer no seu art. 364 (BRASIL, 2009): “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

Contudo, a previsão expressa para o uso da ata notarial contendo os exatos termos de sua identificação só veio ocorrer em 1994, com o advento do Estatuto dos Notários e Registradores, qual seja, a Lei n. 8.935/94, no seu artigo 7º, III, que completou o art. 236 da Constituição Federal que previa os serviços notariais, sem, todavia, regulamentá-lo.

4. Conceito e características da ata notarial

Um dos conceitos mais completos do que vem a ser uma ata notarial pode ser extraído de Escartin Ipiens (IPIENS apud KOLLET, 2008, p. 192-193).

É um instrumento público, autorizado por notário competente, a requerimento de uma pessoa com interesse legítimo e que, fundamentada nos princípios da função imparcial e independente, pública, veraz ou imediata, e responsável, tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que o notário vê, ouve ou percebe com os sentidos, cuja a finalidade primária é ser um instrumento de prova no processo judicial, mas que poderá ter outros fins informativos autenticados na esfera privada, administrativa ou registral; e inclusive integradores de uma atuação jurídica não negocial complexa, para sua preparação, constatação ou execução.

Apercebe-se, portanto, que a ata é um instrumento público de carregado potencial jurídico e social, dotada de amplíssimos poderes, abrangendo quase toda as possibilidades notariais, com exclusão única e somente do que for próprio das escrituras públicas.

A ata notarial se reveste de toda a seriedade própria dos atos notariais, é detentora de fé pública, só podendo ser confeccionada pelos previamente autorizados pela lei, a saber, aqueles que receberem a delegação estatal para exercerem a função notarial, e exatamente por causa dessa outorga estão subordinados aos princípios norteadores da Administração Pública,

expressos no art. 37 da CF, como o princípio da legalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

E sob este fundamento, integrando a Administração Pública indireta, substitui o Estado através da delegação, atuando segundo a natureza jurídica de direito privado frente a sua “clientela”, tendo autenticidade suficiente para ter força probante. E é exatamente esta característica que se sobleva no conceito deste instituto.

O primeiro passo para se entender a ata notarial dentro do conceito de prova legal, é a compreensão devida do que vem a ser a fé pública a ela dispensada.

Ceneviva (2007, p. 85) doutrina que “a interpretação gramatical decompõe em dois termos: fé (crença) e pública (conhecido ou conhecível de todos)”. Explica que é tida como pública não porque se refere a um conjunto expressivo de pessoas, mas porque corresponde “à consequência jurídica da presunção da verdade que faz do documento a prova do fato ao qual se refira. A prova do oposto incumbe a quem alegue.”

É bom ressaltar que haverá fé pública dos fatos declarados como presenciados pelo Tabelião e não dos declarados em sua presença, frise-se que a credibilidade da prova se dá pelo fato de que a ata notarial é firmada por um agente delegado do Poder Público, possuindo, portanto, presunção *juris tantum*, ou seja, os fatos narrados são considerados verdadeiros, salvo se a outra parte provar o contrário. E é decorrente desta presunção que nasce o poder de autenticar fatos, ou seja, elencá-los como críveis e verdadeiros.

Funciona de forma bastante simples: o interessado, ensejando pré-constituir uma prova para bem garantir um direito subjetivo que foi ameaçado, ou que está em vias de sê-lo, dirige-se ao Tabelionato de Notas e requer a confecção de uma ata notarial. A par de sua solicitação, será redigida a narrativa dos fatos, pelo agente autorizado legalmente, com potencial autenticatório, do que tenha presenciado pelo universo dos seus sentidos, formalizando instrumento público, dotando de fé pública e apto a fazer prova judicial ou extrajudicial do seu conteúdo.

Em regra, a ata notarial se restringe à narrativa que materializa a existência de um fato jurídico, que irá servir de meio de prova, com o fim de perpetuar sua ocorrência, fato este que possui obviamente a capacidade de criar, transformar, conservar ou extinguir relações jurídicas.

É um meio de prova formado extrajudicialmente, qcontém uma

narração imparcial, portanto sem juízo de valores, e minuciosa, de fatos jurídicos previamente solicitados, tendo por limite relatar apenas aquilo que ouve, vê ou percebe pela audição ou olfato.

Vale esclarecer que apesar do objeto da ata notarial ser um fato jurídico, nem todos os atos humanos estão excluídos de sua competência. Conforme bem explica o professor Leonardo Brandelli (2009, p. 319), existem atos humanos que desde logo são evidentemente passíveis de serem narrados dentro de uma ata, cita como modelo aceito a narração da entrega de um objeto de uma pessoa a outra. Tal situação ele denomina de ato-fato jurídico, pois é uma atividade volitiva humana, no mundo dos fatos, que ingressa no mundo jurídico como fato, visto que para o direito, nesta situação, a vontade humana é irrelevante por não integrar o suporte fático abstrato.

O que deveras não pode conter na ata é a narração da vontade humana, porém, caso exista, o que não é terminantemente vedado, não poderá ser endereçada ao tabelião com o intuito de celebrar, através desta, um ato jurídico. Acrescenta elucidativamente:

(...) o notário pode, entretanto, ser mero observador daquelas vontades, não as recepcionando. Daí que é possível lavrar uma ata notarial de uma assembléia de uma pessoa jurídica, ou da celebração de um contrato verbal, pois, embora se trate de um ato jurídico, a vontade não está endereçada ao notário que, tão-somente, narra o acontecido, caso em que a ata notarial, por si só, constitui-se num ato-fato jurídico. Nesse mesmo sentido, não seria possível a lavratura de ata notarial que presenciasse a celebração de um contrato de compra e venda de bem imóvel, para o qual a lei exige escritura pública, uma vez que neste caso, por exigência legal, deve a manifestação de vontade das partes ser endereçada ao notário, que a receberá e a moldará juridicamente, lavrando o instrumento adequado.

Dessa forma, conclui-se que a ata notarial pode também ter como objeto ato jurídico caráter negocial, se não houver instrumento público específico, cuja forma seja essencial para a sua validade, e que não tenha como objetivo específico a consagração de direito subjetivo, servindo apenas como meio para qualificar uma pretensão ou exceção, já que a

finalidade precípua da ata é pré-constituir prova para o futuro. (KOLLET, 2008, p. 195).

Questionamento interessante quanto às possibilidades deste instrumento é o cabimento ou não da narrativa de atos ilícitos em uma ata notarial. A conclusão, ante as explanações acima, é de se admitir a sua utilização, desde que não envolva também atribuição específica de outro oficial público, como acontece com a *notitia criminis* que deve ser endereçada a autoridade policial nos crimes relativos a ação penal pública. E é este o posicionamento defendido por Brandelli (2009, p. 325), que acrescenta:

[...] Se, ao contrário, tratar-se de declaração acerca de crime de ação penal privada, entendemos possível a realização da ata notarial posto que, como tem o ofendido a oportunidade e conveniência para no prazo decadencial ingressar ou não com a ação penal, pode ele pretender perpetuar no tempo o ocorrido para, *a posteriori*, decidir-se acerca da incoação ou não da competente ação penal.

O mesmo doutrinador ainda alerta:

Embora entendamos ser possível a narração, em ata notarial, de fato ilícito, justamente para perpetuá-lo no tempo com fim probatório, evidentemente não será possível a lavratura da ata quando ela em si constituir um ato ilícito, como, por exemplo, quando for ela lavrada fora da circunscrição territorial do notário que a lavra.

5. Requisitos formais

No que concerne a sua formalização, não existe no Brasil uma lei nacional que verse sobre a instrumentalidade dos atos notariais, em alguns Estados existem algumas regras soltas, por esta razão, torna-se particularmente trabalhoso estabelecer as exigências legais para a sua confecção.

Admite-se, em geral, que se apliquem subsidiariamente as regras de escrituração estabelecidas para a produção da escritura pública à ata notarial, visto ter sido aquela objeto de preocupação legislativa exposta

no Código Civil, no seu art. 215, §1º.

A primeira característica que adota como ponto de partida é aprotocolização da escritura pública, que deve ser estendida às atas notariais.

Para Kollet (2008, p. 60), *protocolar* é a denominação dada aos instrumentos públicos frutos da produção intelectual do Tabelião de Notas, cujo ato-matriz permanece no protocolo notarial, no seu acervo. A escrituração inversamente contrária é denominada de extraprotocolar, pois o ato confeccionado pelo agente é entregue ao interessado, não se deixando na serventia nem o original, nem a cópia. Exemplos típicos deste último caso são os reconhecimentos de firma e autenticação de cópias.

Alguns autores como Silva defendem que em alguns casos a ata poderia ser também extraprotocolar, já que com isso poderia se permitir a anexação de algum documento à ata, ou lavrar a autenticação notarial no verso do documento a qual se refere (SILVA in BRANDELLI, 2004, p. 31).

Kollet (2008, p. 202) consigna os requisitos indispensáveis, norteando-se basicamente pelas formalidades estabelecidas pelo Provimento 32/2006 do Estado do Rio Grande do Sul e das normas de Santa Catarina, art. 926, quais sejam:

- a) Local, data de sua lavratura e hora;
- b) Nome e qualificação do solicitante;
- c) Narração circunstanciada dos fatos;
- d) Declaração de haver sido lida ao solicitante, e, sendo o caso, às testemunhas;
- e) Assinatura do solicitante, ou de alguém a seu rogo, e, sendo o caso, das testemunhas;
- f) Assinatura e sinal público do Tabelião.

Em relação à localidade, acrescenta Ceneviva (2007, p. 95) que necessariamente deve ser a ata lavrada dentro do município, no qual o Tabelião de Notas tenha sede funcional, podendo incluir mais de um município, se for o caso específico da divisão judiciária regional. Já quanto ao horário, esclarece que o notário tem considerável liberdade, sujeito apenas aos limites estabelecidos pelo juiz competente, quanto ao horário de funcionamento fixado para atendimento público, e aos requisitos

relativos ao direito trabalhista no que tange aos empregados da respectiva serventia.

Como a ata notarial é uma narração, envolve não só uma boa técnica de redação, mas também uma exposição em linguagem própria e clara. Para tanto, deve ser redigida em língua portuguesa, e retratada de forma concisa e suficientemente apta ao fim a que se destina, a saber, o de retratar com fidelidade o evento verificado por seus sentidos.

Há que se ressaltar, a par dessas considerações, que o Tabelião é livre para recusar a lavratura de uma ata que lhe pareça inócua em face do direito (CENEVIVA, 2007, p. 85), é o que se entende por *processo de qualificação notarial*. A fim de haver juridicamente a formalização da vontade das partes, esta deve ser exteriorizada adequadamente. O notário, como profissional do direito, deverá assessorar imparcialmente as partes nesse sentido, e caso conclua que existe inadequação de natureza subjetiva ou objetiva maculando a vontade, ou mesmo o seu objeto, deverá apresentar um processo de qualificação negativa.

Existe, portanto, um controle da legalidade do ato, cabendo ao notário detectar: incapacidades, erros de direito ou de fato, coações encobertas, fraudes à lei, e, eventualmente, reservas mentais e simulações, absolutas ou relativas.

Quanto à exigência de assinatura, há casos em que, muito embora haja a subscrição do solicitante, a ata pode ser considerada regularmente formalizada. Seria a hipótese na qual este se recusa a assinar o documento. Torna-se, neste caso, necessário apenas que o notário consigne que o interessado rejeitou subscrevê-la (BRANDELLI, 2009, p. 328).

O que realmente é indispensável é que alguém solicite a lavratura da ata, independentemente desta pessoa assinar ou não o instrumento público, o que faz surgir algumas indagações: Precisa este solicitante ter interesse jurídico? Precisa ter capacidade jurídica?

Como já antes comentado, a ata notarial cumpre sempre uma finalidade, sendo o Tabelião de Notas um profissional do direito com ampla responsabilidade de assessorar as partes. A ele incumbe o dever de não lavrar documento público levemente, sem capacidade de realizar o direito de acordo com as regras jurídicas. A par desta função, e cumprida rigorosamente, não lhe cabe, contudo, averiguar o interesse próprio relativo às ações processuais, posto ser este papel do magistrado dentro de um

procedimento estatal, enquanto que a função notarial apenas se manifesta extraprocessualmente.

Com relação à capacidade jurídica do solicitante, vê-se também que é dispensável, haja vista a vontade não fazer parte do conteúdo da ata notarial. Exigindo-se, todavia, que o requerente tenha ao menos a capacidade natural para solicitar a sua lavratura. Brandelli (2009, p. 329) bem explica:

[...]a ata é mera narração de fatos jurídicos verificados pelo tabelião, não havendo nela manifestação de vontade, não passa ela própria pela qualificação da vontade das partes, isto é, a vontade não é elemento relevante, da mesma forma que ocorre, por exemplo, nos atos ilícitos. Assim, da mesma forma que pode um incapaz praticar um ato ilícito porque a vontade não integra o suporte fático da norma jurídica, pode ele requerer a lavratura de uma ata notarial, desde que tenha ele capacidade natural para efetuar tal requerimento e legítimo interesse. Nesse sentido, um alienado mental que não tenha noção dos atos da vida não poderia requerer a ata por lhe faltar capacidade natural. Entretanto, afigura-se-nos possível que um menor com 17 anos de idade, por exemplo, solicite ao tabelião a lavratura de uma ata notarial que narre o conteúdo de determinada página da rede mundial de computadores.

6. Exemplos práticos para a utilização da ata notarial

Sem dúvida, uma vez dado o poder autenticatório à ata notarial, principalmente a capacidade de albergar a fé pública, sua gama de possibilidades se torna quase infundável. Analisando-se a eficácia de seu uso, a doutrina brasileira chama atenção para as seguintes hipóteses:

Valestan Milhomem da Costa (2009), em seu artigo *Ata Notarial: ainda pela utilização com utilidade*, elenca:

1) um trator, a serviço da Prefeitura, destruiu a calçada de vários moradores de uma rua. Estes moradores comparecem ao Cartório e solicitam que o Tabelião compareça ao local e relate aquele fato, para prova judicial e indenização.

2) Um pai, separado e sem poder ver seus filhos sob a guarda da mãe, solicita ao Tabelião que, juntos, se dirijam àquela residência, por 3 vezes seguidas, para comprovar que ela, reiteradamente, ou não atende a campainha ou não permite que ele veja os filhos, descumprindo ordem judicial.

3) “O Notário é chamado para verificar o conteúdo de um Site na internet para provar o tempo que aquilo ficou na rede e seu conseqüente prejuízo para o interessado, que pleiteia Direito Autoral”. (Ângelo Volpi Neto).

4) Os ares-condicionados de uma Empresa respingando sobre o telhado e janela das casas dos vizinhos e ora requerentes.

5) Falta de rampas para acesso a um deficiente físico, para realizar concurso.

6) “Comprovar o prazo e a má conservação de mercadorias; ou as condições de um imóvel (rachadura, umidade, fissuras etc); um esbulho possessório, ou o impedimento de acesso ao local público para requerer certidão.” (Alves, DLI nº 27, 2002).

Teodoro da Silva (2004, p. 24) acrescenta a possibilidade do notário poder ser chamado para registrar em suas notas a incidência de um raio sobre um prédio, qual seja, um fato jurídico natural, que em razão dos seus efeitos impossibilitou o uso devido pelo locatário, neste caso, comenta o autor que a finalidade da ata seria embasar em juízo o pedido de rescisão do contrato locatício. Cita ainda o cabimento do tabelião ser solicitado para comparecer a uma assembleia condominial para que registre minuciosamente a ocorrência dos fatos ali suportados, principalmente para aquele que prevê que os assuntos decididos na assembleia venham comprometer seu direitos.

Ceneviva (2007, p. 104) amplia a listagem por defender o seu uso por prévia pactuação das partes, explicando que “independentemente de ordem legal a respeito, as partes podem ajustar que certas determinações somente serão válidas se celebradas por instrumento público.” Daí, acrescenta que “A ata notarial é suporte material adequado para o

cumprimento desta resolução, pois satisfaz o requisito da substância do ato (CC, art. 133).

Narciso Orlandi Neto (in BRANDELLI, 2004, p. 161) dispõe sobre hipótese de peculiar importância, provando, mais uma vez, a versatilidade, praticidade e adequação que a ata notarial pode exteriorizar:

Tome-se como exemplo o leilão extrajudicial, previsto em alguns diplomas legais, como o Dec.70/66, a Lei 5.741 e a Lei 9.514/97. Considerando que eventuais irregularidades nessas vendas forçadas podem ser levadas ao Judiciário, a constituição prévia de prova da satisfação das exigências legais pode bem ser feita por meio da ata notarial. Os documentos que são produzidos nos leilões extrajudiciais são todos particulares, daí a força que assume a ata notarial, como prova da correção do procedimento.

Já Kioitsi Chicuta (2004, p. 166-183) sustenta sua aplicação para autenticar fatos, principalmente aqueles de natureza humana que podem produzir dano a outrem. Expõe como exemplo a situação resultante da ocorrência de danos materiais em veículo abalroado em acidente de trânsito, ou ainda os resultantes das avarias provocadas pelo inquilino no imóvel locado.

Amaro Moraes e Silva Neto (in BRANDELLI, 2004, p. 228), mais preocupado com as questões relativas ao ciberespaço, chama atenção para a sua utilidade dentro deste meio, acrescentando:

Para positivar a demonstração da efetivação do *spamming*, por exemplo, o destinatário (pessoalmente ou através de procurador) deve se dirigir a um tabelionato de notas e, nos moldes do art. 364, do CPC, e dos arts. 6º, III, e 7º da Lei 8.935, de 18.11.1994, requisitar ao Tabelião que se conecte à Internet através do provedor de acesso do tabelionato, acesse o correio eletrônico do requerente e lavre uma ata constando os fatos veiculados em seu monitor.

Enriquecendo o tema, Bueno Fischer e Regina Rick Rosa (2004, p. 228), após comentarem sobre algumas situações de ensejo do uso da ata, onde citam a inspeção de imóveis, arrombamento de cofres bancários, tomada de posse de imóveis desocupados e abandonados por inquilinos,

reuniões de acionistas, etc., redigem cabimento de emprego real dentro de novas tecnologias:

Exemplo dessa situação bem atual, é justamente a certificação de conteúdos de páginas na rede mundial de computadores, como estamos fazendo de longa data. Encontramos a primeira prática nesse sentido, na Ata Notarial 36/2000, lavrada no Tabelionato de Novo Hamburgo, em 30.03.2000, em que um escritório de advocacia de São Paulo requereu a certificação do conteúdo da página de outro escritório, e que conteria afirmações sobre processos de clientes de ambos, e que, certamente, ensejariam processos judiciais, para cuja comprovação a ata notarial foi remédio adequado. Desde então, apenas para exemplificar, somente nesse tipo de conteúdo arquivado em páginas da web, o mesmo tabelionato já produziu mais de 50 atas, inclusive de decisões de tribunais superiores, buscadas pela internet em páginas dos próprios tribunais, ensejando imediato recurso da parte interessada, antes mesmo da publicação dos acórdãos.

Pode-se elencar também dentro da abrangência da ata notarial, como exemplo praticamente unânime, a sua capacidade em poder substituir o instrumento da medida cautelar de produção antecipada de prova, regulado no Livro III, Seção VI, Capítulo II, dos art. 846 a 851.

Nos termos do art. 846 do diploma descrito acima, três são os meios de prova cuja produção pode ser assegurada através desta cautela, a saber, o interrogatório da parte, a inquirição de testemunhas e o exame pericial.

Entretanto, há de se destacar que tal medida só é adequada quando ainda não foi instaurado o processo cognitivo principal, e somente é cabível quando houver justo receio de perigo de que o momento adequado para a produção probatória seja grande demais, e a prova já não possa mais ser produzida.

E é especificamente neste contexto que se observa completamente útil a ata notarial.

Veja-se, a ata é documento público produzido com o escopo de, no futuro, servir de prova dos fatos nele apresentados, permitindo com segurança demonstrar a existência, veracidade e publicidade dos fatos constantes de seu conteúdo.

Pois bem, ante a sua peculiar natureza, tem os mesmos atributos necessários para a preservação da prova que se almeja na medida cautelar de produção de prova, sem entretanto, comprometer imediatamente o Judiciário, já assoberbado de demandas cada vez mais constantes e sem reclamar que a parte interessada arque com as custas processuais e honorários de advogado.

Por mais louvável que seja a criação do instituto processual de produção antecipada de prova, o excesso de formalismo e o arcaico sistema de serviço judiciário no Brasil muitas vezes o tornam folclórico. Ora, para que tal instituto seja eficaz e satisfaça seu caráter de urgência há que se desenvolver dentro de um aparato judiciário não emperrado, porém é exatamente em virtude do engessamento do sistema que esta cautelar se torna necessária, o que por vezes se apresenta contraditório.

Ademais, a produção antecipada de provas judiciais é limitada aos casos previstos no art. 846 e seguintes do CPC, como no caso de interrogatório da parte, depoimento de testemunha e pericial. A ata notarial, por sua vez, serve para relatar e registrar qualquer fato jurídico, desde que não seja fato criminoso cujo registro compete a autoridade pública específica.

Outro aspecto importante a ser consignado é a inexistência de contraditório na feitura da ata notarial. À primeira vista pode até parecer uma afronta a um direito fundamental, contudo, sua ausência acaba por possibilitar a real preservação do contraditório caso se busque o Judiciário. Isto porque impede que o adversário crie barreiras ao procedimento, muitas das vezes com fins meramente procrastinatórios, levando ao perecimento da prova e à consequente inexistência da ação.

Tal procedimento não resulta, todavia, no total impedimento da intervenção da parte contrária, uma vez que quando a ata for posteriormente utilizada em Juízo, como qualquer outro meio de prova, poderá ser impugnada, cabendo ao julgador lhe atribuir o valor probante que se convencer motivadamente. Mesmo porque, vale lembrar, os fatos que o Tabelião declara terem ocorrido em sua presença presumem-se verdadeiros, até prova em contrário.

A melhor manifestação da ata notarial como substituição da medida de produção antecipada de prova está no exame pericial. Poderia-se questionar, contudo, de que forma isso seria possível, já que para a perícia é indispensável o conhecimento técnico especializado. Realmente, seria

humanamente incrível para um único notário conceber tantos saberes, quanto mais frente a uma considerável gama de ciências existentes. A questão é que, havendo necessidade da participação de perito, estes podem lhe esclarecer pontos importantes e duvidosos, e mais do que isso, podem emitir laudo pericial a ser anexado à ata como parte integrante.

Neste caso ela é praticada na modalidade de ata de presença, tendo o agente notarial ampla liberdade de locomoção, podendo ir até o lugar dos fatos a serem autenticados, e lá formar sua absorção, e em seguida lavrar o instrumento público. Por óbvio que deverá estar atento a sua competência funcional, não podendo ultrapassar os limites territoriais de sua delegação.

A propósito de sua utilidade, observa-se que como substituta da medida cautelar de produção de prova, a ata notarial é de grande valia, até mesmo para os casos de interrogatório da parte ou de inquirição de testemunha.

Leciona Teodoro da Silva (2004, p. 33):

Ora, o ideal é que o depoimento pessoal ou testemunhal antecipado, com vistas ao litígio, seja feito mesmo perante o magistrado que vai julgar a lide, por causa das vantagens de sua presença física (princípio da identidade física do juiz) e do contato direto com o depoente (princípio da oralidade processual). Mas, na prática, esse ideal fica muitas vezes inalcançável num país das dimensões territoriais do Brasil [...] Então, em face dessa realidade, pode e deve ser difundida a prática da ata notarial de declaração de interesse pessoal ou de declaração testemunhal, como contribuição efetiva do tabelionato a fim de agilizar e preservar a formalização da prova no processo judiciário, desde que amparada nas premissas de urgência por causa de viagem, de idade avançada ou de moléstia grave, verificadas ao prudente arbítrio do tabelião.

Outra vantagem da ata notarial frente ao aludido instituto processual é o fato daquela poder ser solicitada no Tabelionato por qualquer pessoa, sem precisar expor nenhuma justificativa para o seu requerimento, podendo até mesmo ser solicitada por um menor púbere sem representação. Em contrapartida, a produção antecipada de prova judicial, além de exigir que seja requerida em juízo por legítimo interessado e com advogado previamente constituído, deverá demonstrar para o seu

cabimento o *periculum in morae fumus boni iuris*, por se tratar de medida cautelar.

Também sobreleva-se a ata notarial como meio muito mais eficaz para provar veiculação de matérias em sites da internet do que a produção antecipada de provas em Juízo, ante a rapidez com que referidas matérias desaparecem no mundo virtual. Um site que existe hoje, pode facilmente não existir amanhã. Evita-se, pontualmente, o que se poderia chamar de perda de uma possibilidade.

Assim, pela exposição acima, nítida é a ampla gama de utilização cabível à ata notarial, podendo ser empregada nas ações das mais diversas naturezas e nos múltiplos ramos do direito. É instituto ímpar de adequação prática frente às pretensões dos jurisdicionados, tanto dentro como fora do processo.

7. Conclusão

Infere-se do exposto que a ata notarial é um instrumento público capaz de tornar mais econômicas e céleres as ações judiciais, cuja versatilidade e praticidade são tão notórias, que nem o Poder Judiciário nem o cidadão podem dispensar.

Vale ressaltar, acima de tudo, que é a ata notarial é um instrumento para efetivação de direitos fundamentais. Como visto, o direito à prova, inegavelmente, é um direito fundamental, que desrespeitado, resulta consequentemente na falibilidade da proteção de tantos outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito a um devido processo legal, ao contraditório ou ainda à ampla defesa. E em razão de tal natureza, proclama eficácia e aplicabilidade imediata.

Tendo em vista que os outros meios probantes expressos no Código de Processo Civil são bem mais onerosos, burocráticos, e demorados, como mais motivos se sobressai o interesse no uso habitual da ata notarial, dadas as suas características idôneas a desafogar o judiciário.

Infelizmente, a ata notarial não só é pouco conhecida, como ainda raramente utilizada, nem sequer se encontram jurisprudências sobre a validade em si das atas notarias. Pesquisando-se Estado a Estado, em alguns Tribunais de Justiça, depara-se com uma parca menção da ata como meio de prova, e ainda assim com um caráter totalmente coadjuvante e incipiente.

Dessa forma, em virtude de tais considerações, em especial, ao longo tempo de esquecimento legislativo frente à ata notarial, defende-se a ampla divulgação desse instituto de tamanha valia dentro e fora do processo civil. Necessária se faz a sua utilização como meio de prova no dia a dia dos profissionais do direito, colaborando, assim, com o melhoramento da prestação jurisdicional efetiva, e com a pacificação das contendas existentes na sociedade ou na iminência de existirem.

Referências

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Atas Notariais**. In: BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

BRASIL, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/L5869.htm>> acesso em 19 de dez. 2009.

_____. Lei nº 10.406 de jan. 2002. disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>> acesso em 19 de dez. 2009.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada**. . ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Ata Notarial e os Cuidados que Exige**, In: BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A. Fabris, 2004.

CHICUTA, Kioitsi. **A ata Notarial e sua Utilização como Prova Judiciária**. In: BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

COSTA. Valestan Milhomem da. **Ata notarial: ainda pela utilização**

com utilidade. Elaborado em 03/10/06. Disponível Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9001>, acesso em 18 de dezembro de 2009, às 17:54.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Editora Podivm, 2009. 2.

FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. Evolução Histórica da Ata Notarial. In: BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

FISCHER, José Flávio Bueno, e ROSA, Karin Regina Rick. Ata Notarial e as Novas Tecnologias. In: BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

KOLLET, Ricardo Guimarães. Manual do tabelião de notas para concursos e profissionais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. .ed. rev. e atual. 2. tr. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NETO, Narciso Orlandi. Ata Notarial e a Retificação no Registro Imobiliário. In: BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

SILVA, João Teodoro da. Ata Notarial. In: BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. A Importância da Ata Notarial para as Questões Relativas ao Ciberespaço.In: BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A Fabris, 2004.

Da impossibilidade de referência à decisão de pronúncia no Tribunal do Júri: equívoco do legislador

Pedro Evandro de Vicente Rufato*

RESUMO

O presente artigo demonstra o equívoco do legislador em limitar o discurso da acusação e da defesa na tribuna do júri, vedando referências à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

* 3º Promotor de Justiça da Comarca de Guaraí –TO

Em vigor desde agosto de 2008, a Lei nº 11.689/08 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri. Dentre as várias inovações introduzidas pela nova legislação, vale destacar o disposto no artigo 478, inciso I, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual no decorrer dos debates a acusação e a defesa não podem, sob pena de nulidade, fazer referência à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Com a alteração legislativa, o promotor de justiça, o assistente de acusação, o advogado e o defensor público não podem, durante os debates, fazer qualquer menção à sentença de pronúncia. A vedação decorre da possível influência que uma decisão proferida pelo juiz togado pode ter no convencimento do jurado, juiz leigo, e se deu, talvez, pelo excesso de linguagem que alguns juízes imprimiam à pronúncia, que acabava se transformando num verdadeiro ato de acusação.

Como é sabido, a tribuna do júri sempre foi palco de debates acalorados entre acusação e defesa, especialmente em meados do século passado, época em que as sessões plenárias despertavam o interesse de muita gente, inclusive da imprensa, vivendo o júri seu apogeu. Atualmente, é bem verdade, o júri não mais encanta como antes, sendo que os debates estão mais técnicos e menos empolgantes, o que deixa esvaziado o plenário e mitiga o interesse da mídia, salvo casos excepcionais de grande repercussão social.

No contexto narrado, andou mal o legislador em tentar cercear o discurso da acusação e da defesa, contribuindo para tornar o júri mais técnico e gélido. Não pode a parte citar trechos da pronúncia para tentar convencer o júri. Não pode o promotor falar aos jurados que o juiz entendeu que há sérios indícios de autoria em desfavor do réu. Não pode o defensor argumentar que o juiz entendeu que há “apenas” indícios de autoria e na dúvida encaminhou o réu a julgamento pelo tribunal do júri, a quem cabe decidir pela condenação ou pela absolvição.

A proibição legal colide com os modernos postulados do Estado Democrático de Direito, impondo um inaceitável silêncio às partes, com inegáveis prejuízos ao debate da causa e um possível cerceamento de acusação e defesa. Os jurados têm o direito de conhecer as provas do

processo e o teor das decisões proferidas (direito à informação), mesmo porque o acesso aos autos lhes é facultado a todo e qualquer momento do julgamento. Assim, não se mostra lógico e coerente impedir que o promotor e o defensor façam referência, durante os debates, a uma decisão que pode e deve ser lida pelos jurados.

Comentando as reformas, os professores Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto expuseram o assunto da seguinte forma:

O art. 478 traz inovação um tanto polêmica e, de resto, de difícil aplicação prática. Sob pena de nulidade, proíbe que as partes, durante os debates em plenário, façam qualquer menção ao silêncio do acusado no interrogatório, à utilização de algemas, à sentença de pronúncia ou acórdão que a confirmou.

Procura, dessa maneira, disciplinar a postura das partes, indicando o que não pode ser comentado, impondo, assim, verdadeira e inaceitável censura. É claro que a disciplina deve sempre imperar. Parece, todavia, mais fácil deixar essa tarefa ao juiz presidente, na análise do caso concreto, do que se estabelecer, de antemão, assuntos proibidos.

Imaginemos, por outro lado, uma decisão de pronúncia que, afastando as qualificadoras incluídas na inicial, remeteu o acusado a Júri pelo homicídio simples. Tal decisão, em nosso exemplo, além de aplacar a ânsia acusatória, ainda fez forte menção à legítima defesa, transferindo, porém, na dúvida, para o Júri a decisão final. Por qual motivo uma defesa exercida na sua plenitude, por força do mandamento constitucional, não poderá fazer menção à dúvida que assolou o juiz togado ou ao apetite exagerado do acusador?

Demais disso, nada impede que o tema abordado por uma parte seja, na réplica ou na tréplica, refutado pela parte adversa. E mesmo, de pronto, por meio de apertes. Essa é a essência do Júri, um tanto tolhida pela inovação em comento. (GOMES et al, 2008, pp. 206 e 207).

Os estudiosos Edilson Mougenot Bonfim (promotor de justiça do I Tribunal do Júri de São Paulo) e Domingos Parra Neto (juiz de direito auxiliar da IV Vara do Júri de São Paulo), enfrentando o debate, também

criticaram o dispositivo legal:

Faltou jurisprudência ao legislador. A redação do art. 478, do CPP, por voluntariosa que seja, acaba por promover grande confusão processual a ensejar as mais disparatadas e variadas situações fomentadoras de nulidades. Como, pois, não se fazer referência à decisão de pronúncia ou decisões posteriores como argumento de autoridade, se é ela, em última hipótese, o ato jurisdicional responsável – por isso, com manifesta “autoridade” – e inaugural da fase do *judicium causa* eno solene momento do julgamento? De outra parte, em que sentido se utiliza a expressão, ou melhor, o que configura, afinal, um “argumento de autoridade”?

(...)

A resposta fala a favor da inconstitucionalidade do artigo, na medida em que cerceia o direito da acusação e da defesa, ferindo o devido processo legal constitucional (art. 5º, LIV, da CF). É que a expressão pertence ao domínio da teoria da argumentação e da filosofia – o artigo configura-se em verdadeira norma processual penal em branco, buscando completude em seara alheia à processualística, parecendo-nos absolutamente inapropriada às regras do moderno processo penal, sobretudo pela largueza que contempla sua definição (tipo processual penal “aberto” ou “sem fim”?), inabarcável para os fins de um mínimo princípio de segurança jurídica, a que se deve propor. (BONFIM & NETO, 2009, pp.115, 116 e 120).

Sob outro enfoque, de bom alvitre consignar que o juiz, ao pronunciar o acusado, não pode (e não deve) exceder-se na linguagem, devendo a sentença ser proferida em termos sóbrios e comedidos, de modo a não influir no ânimo dos jurados, que, conforme consignado, a ela terá acesso durante o julgamento.

É o que dispõe expressamente o artigo 413, § 1º, do Código de Processo Penal (com a nova redação dada pela Lei nº 11.689/08), que apenas encampou entendimento jurisprudencial já pacificado:

A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da

materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Se assim é, qual a razão da vedação prevista no artigo 478, inciso I do Código de Processo Penal? Os dispositivos legais são incongruentes. O juiz deve, sim, pautar-se pelo comedimento na linguagem ao proferir sentença de pronúncia. E por esta razão é que se mostra injustificável, descabida e inócua a vedação constante do artigo 478, inciso I do Código de Processo Penal.

Sendo a sentença de pronúncia proferida em termos sóbrios (como determina a lei), poderão as partes explorá-la e abordá-la em plenário, seja através de leituras, menções ou referências. Este é o espírito e a essência do júri. Se a pronúncia for prolatada em termos inadequados, com excesso de linguagem acusatória ou defensiva, deve ser anulada e refeita e, por óbvio, não poderá ser mencionada em plenário.

O mestre Guilherme de Souza Nucci bem sintetiza a discussão:

Não nos parece acertada a inserção desse artigo pela Lei 11.689/08. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a decisão de pronúncia (ou outras posteriores) estará em mãos dos jurados (art. 472, parágrafo único, CPP). Logo, eles terão pleno conhecimento do seu conteúdo. Somente por isso, não vemos obstáculo algum em tecerem as partes os comentários que bem quiserem sobre ela. É parte integrante do processo, não se pode considerá-la prova ilícita, pois ato jurisdicional, logo, a interpretação que dela se faça não pode ser bloqueada pela lei ordinária. Em especial, levando-se em conta a plenitude de defesa, o defensor falará sobre a pronúncia o que bem entenda, em especial, se for usada em benefício do réu. E pouco importa a terminologia “argumento de autoridade”. Jurados são leigos, mas não são tolos. O importante é e sempre foi coibir pronúncias construídas em termos exagerados, viciados, fora do contexto normal da linguagem forense. O magistrado deve ser comedido e sóbrio ao elaborar a pronúncia. Se assim não fizer, a peça deve ser anulada, obrigando-se o juiz a outra proferir. No

entanto, se a decisão estiver constituída de maneira isenta, nenhum problema pode haver na sua leitura e utilização como argumento, aos jurados.

O mais interessante é que o artigo em questão busca vedar a utilização da pronúncia, como argumento de autoridade também para beneficiar o réu. E a plenitude de defesa, de status constitucional? Logicamente, a lei ordinária não pode atingi-la. Por isso, é inócua essa vedação, ao menos no tocante à defesa. (NUCCI, 2008, p. 794).

De todo o exposto, deflui-se que a limitação imposta às partes não significou outra coisa, senão retrocesso e equívoco legislativo. Inibiu o debate e restringiu a discussão da causa, com prejuízo ao direito de informação, aproximando o júri, ainda mais, do tecnicismo. Resvalou nos princípios da publicidade, da livre manifestação do pensamento e do devido processo legal. Oxalá a discussão chegue ao Supremo Tribunal Federal, que, guiado pelos princípios democráticos insertos na Carga Magna, poderá declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Referências

GOMES, Luiz Flávio et al. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. **O novo procedimento do júri: comentários à lei nº 11.689/08**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Das possibilidades de antecipação de tutela

Nívea Roberta Andrade Viegas*

RESUMO

Através da pesquisa teórica fundamentada em levantamento bibliográfico prévio, o presente artigo trata da questão referente à tutela antecipada na sentença. A morosidade da justiça sempre impulsionou a imaginação do legislador na concepção de formas mais rápidas de fazer justiça de maneira concreta, sendo a tutela liminar o mais distante ascendente nessa evolução. Os operadores do direito, e em especial os advogados, viram na ação cautelar a fórmula ideal para agilizar a tutela jurisdicional, antecipando os efeitos da decisão de mérito. Nessa perspectiva de estimular uma atividade jurisdicional eficaz é que sobrevieram as Leis nºs 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e 10.444, de 7 de maio de 2002, a primeira introduzindo na ordem jurídica as tutelas antecipada e específica das obrigações de fazer e não fazer, e a segunda a tutela específica das obrigações de entrega de coisa. Com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, simplesmente estendeu a solução excepcional da antecipação dos efeitos da tutela, antes existentes em procedimentos específicos, a todas as situações sujeitas ao processo

* Analista Ministerial do MPE-TO, especialidade em Ciências Jurídicas.

cognitivo. Ou seja, admitiu preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento. A grande divergência, no entanto, reside na possibilidade de o juiz deferir a antecipação de tutela quando o processo já alcançou o momento ideal para a própria resolução da lide, estando o juiz em condições de sentenciar. Como em sede doutrinária, não se chegou a um consenso sobre a possibilidade da antecipação da tutela na sentença de mérito, a jurisprudência construiu seus próprios caminhos, optando pela concessão da tutela antecipada na sentença, prestigiando o princípio da efetividade do processo, e, em consequência, da efetividade do direito material.

1. Da tutela antecipada

1.1. Origem e evolução

As sociedades atuais se caracterizam por um ritmo de desenvolvimento cada vez mais acelerado, tanto nas relações sociais, quanto políticas e econômicas, o que não acontece com a atividade jurisdicional, fazendo dela alvo fácil de censura e descrédito, pela notória inaptidão dos serviços judiciais de se amoldarem à moderna dinâmica social.

Alvim (2003, p. 1), a esse respeito, escreve que para corrigir a inadequada estrutura do processo tradicional, cumprir os seus objetivos e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, os operadores do direito, e em especial os advogados, viram na ação cautelar a fórmula ideal para agilizar a tutela jurisdicional, antecipando os efeitos da decisão de mérito.

Havia, porém, dificuldades de ordem técnica a serem superadas, visto que o processo cautelar não fora concebido com tal finalidade. Muitas foram as controvérsias a respeito, tendo a doutrina censurado a prática de generalizar-se a medida cautelar para se obter, de plano, a satisfação do próprio direito material, principalmente porque não havia ainda um entendimento sedimentado que desse amparo a esse desvio disfarçado do poder geral de cautela do juiz para cumprir tal objetivo.

Acrescenta Alvim (2003, p. 2) que:

Foi sob essa inspiração que tiveram início as primeiras minirreformas do Código de processo Civil, na década de noventa,

em que o ponto alto foi a introdução da tutela antecipada e da tutela específica, no ordenamento jurídico. Através dessas reformas abrem-se oportunidades ao aperfeiçoamento do processo e do procedimento, pela redução dos entraves formais, e, sobretudo, pela rapidez que se imprime à prestação jurisdicional, tornando mais rápida a solução das lides e o gozo do direito material tutelado pelo direito.

Nessa perspectiva de estimular uma prestação jurisdicional eficaz, no contexto de um processo mais ágil, caracterizado pela instrumentalidade e pela efetividade, é que sobrevieram as Leis nºs 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e 10.444, de 7 de maio de 2002, a primeira introduzindo na ordem jurídica as tutelas antecipada e específica das obrigações de fazer e não fazer, e a segunda a tutela específica das obrigações de entrega de coisa.

Dentre outras inovações introduzidas no ordenamento jurídico pela reforma processual, o instituto da antecipação da tutela é a mais polêmica e a mais ousada.

Para Alvim (2003, p. 3), a tutela antecipada em sentido amplo é o instituto que mais se harmoniza com o espírito da reforma processual, em que a preocupação é com a agilidade e com a presteza na entrega do bem da vida, fazendo-o através da antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, liminarmente, ou da antecipação dos efeitos da própria decisão de mérito, na sentença.

A origem histórica da antecipação tutelar reside nos romanos, que adotavam o princípio segundo o qual “só se executa a pretensão após a cognição completa e coisa julgada”.

Fux (1996, p. 337) anota que a tutela antecipada imediata compatibiliza-se com a “situação de segurança” e a “situação de evidência”. Em ambos os casos o processo, para cumprir o seu desígnio, deve instrumentalizar-se de tal forma que torne rápida e efetiva a proteção requerida.

Cumprindo essa finalidade maior da prestação jurisdicional, o legislador processual brasileiro fez exsurgir no cenário do processo uma salutar regra *in procedendo*, segundo a qual, cumpridos determinados requisitos, é lícito ao juiz antecipar os efeitos do provimento futuro aguardado pelo demandante.

Anota Marcato (2005, p. 829) que o legislador processual, com a

alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei nº 8.952/13.12.94, simplesmente estendeu a solução excepcional da antecipação dos efeitos da tutela, antes existentes em procedimentos específicos, a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo. Ou seja, admitiu preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento.

O que somente era possível em determinados procedimentos especiais, como mandado de segurança, embargos de terceiros, possessórias e outros, hoje se admite em qualquer hipótese, desde que verificados os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

1.2. Conceito e natureza jurídica

Para Santos (1999, p. 25), “a tutela antecipada é um instituto que busca evitar danos e prejuízos irreparáveis ditados pela demora na prolação da sentença.

De acordo com Donizetti (2007, p. 203), a tutela antecipada é o adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte.

Fux (1996, p. 340) conceitua tutela antecipada como regra *in procedendo* que se concilia com o poder-dever que tem o magistrado de velar pela rápida e adequada solução dos litígios.

Anota Marcato (2005, p. 830) que, “a tutela antecipada é espécie de tutela de urgência, caracterizada pela provisoriedade e pela instrumentalidade, destinada a acelerar a produção dos efeitos práticos do provimento, ainda que em caráter provisório, para abrandar o dano causado pela demora do processo”.

1.3. Pressupostos da tutela antecipada

Tucci (1994, p. 117) cita Proto Pisani que enumera três motivos que justificam a adoção da denominada tutela sumária *lato sensu*, a saber:

Primeiro, o de evitar às partes e à administração da justiça o custo do processo de cognição plenária quando este não é presumidamente justificado por uma contestação plausível. Segundo, o de assegurar

a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem, que, tendo conteúdo e/ou função não patrimonial, sofreriam dano irreparável decorrente do longo tempo necessário para o desfecho da demanda plenária. Terceiro, o de evitar o abuso do direito de defesa pelo réu, que, também, produziria dano irreparável ao demandante derivado da inerente duração da causa.

Fux (1996, p. 344) argumenta que a tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais, onde, genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitación potencial do direito objeto da ação”, e processuais a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.

O artigo 273 do Código de Processo Civil permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especialidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obterá se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor.

Na lição de Fux (1996, p. 345), o dano irreparável manifestar-se-á na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente. O esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um dano irreparável que deve ser analisado em plano muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não satisfação voluntária pelo devedor.

Para fazer jus à tutela antecipada, o requerente há de demonstrar de forma inequívoca o seu direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

1.3.1. A evidência do direito

Fux (1996, p. 346) afirma que a idéia central da lei é demonstrar a expressiva evidência do direito do autor, de tal maneira que a defesa é apenas abusiva ou protelatória, com o escopo de postergar a satisfação

dos interesses do titular do direito líquido e certo.

Observa-se que, em princípio, nessa hipótese de tutela antecipada do direito evidente, o juízo necessitará conhecer a defesa do réu para concluir pela inconsistência desta diante do direito do autor. Contudo, não se pode afastar a possibilidade de o juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores, como cartas, notificações, possibilitando, assim, a concessão da antecipação *initio litis*.

Acrescenta Fux (1996, p. 347) que a defesa abusiva é inconsciente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas.

A insubsistência da defesa exercitável ou exercitada, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação dos efeitos da sentença, porque injustificável a espera da decisão final após longo e oneroso procedimento.

1.3.2. Prova inequívoca

Para Alvim (2003, p. 42), a expressão “inequívoco” significa, no sentido vulgar, aquilo que não é equívoco; ou o que é evidente; ou o que é claro.

Alvim (2003, p. 42) cita Moacyr Amaral Santos, que conceitua prova como:

Qualquer informação, pessoal ou material, que é trazida ao processo com o intuito de revelar ao juiz a veracidade dos fatos deduzidos em juízo. Sendo assim, nenhuma prova pode dizer-se “inequívoca”, no sentido de “incontestável”, posto que, além de atrelada a um critério subjetivo, o reconhecimento desta qualidade depende da valoração que cada juiz atribui à prova num determinado processo.

A prova inequívoca, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, está intimamente ligada com o fato e com a alegação que se pretende comprovar para fins de obtenção da tutela antecipada, envolvendo o trinômio “alegação-fato-prova”, de tal forma que quando se fala em verossimilhança da alegação, tem-se por verossímil também o fato a que se refere, e, igualmente, a prova em que se apóia, ainda quando não haja

necessidade de ser provado, em face de alguma circunstância externa ao próprio fato.

Vale ressaltar que pode, num primeiro momento, a potencialidade da prova gerar, no âmbito da cognição sumária, a convicção da probabilidade do direito alegado, e, mais tarde, a própria prova tida como inequívoca vir a ser repelida, e, até mesmo, destruída pelo réu, quando da instrução da causa.

Alvim (2003, p. 44) cita Marinoni, que vê a prova inequívoca como aquela capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, e, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.

Não se trata de uma prova que contenha elementos suficientes para o julgamento do mérito, mas, tão-somente, de uma prova desvinculada de toda e qualquer ambigüidade que possa revelar em si mesma. Se esta prova fosse suficiente o bastante para que o juiz pudesse declarar a existência do direito, o caso seria de julgamento antecipado da lide e não de tutela antecipada.

Do mesmo feitio é a lição de Donizetti (2007, p. 205), para quem prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado, basta que, no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações, tratando-se, pois, de um juízo provisório.

Na mesma linha, Alvim (2003, p. 46) cita Antônio Cláudio da Costa Machado, o qual entende que a prova inequívoca há de ser preconstituída, posto que, especialmente no que toca à antecipação liminar do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, constitui-se no único meio capaz de gerar no espírito do juiz um grau de convencimento, logo na abertura do processo:

Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No que concerne à tutela de segurança, pode ocorrer que o *periculum* seja superveniente, nesta hipótese há de prevalecer o valor maior de proteção aos direitos em estado de periclitacão e a obtenção da tutela há de ser incidente, malgrado não postulada na inicial.

1.3.3. Requerimento da parte

Ensina Alvim (2003, p. 39) que, diversamente da tutela cautelar, que admite, excepcionalmente, a liminar de ofício, a tutela antecipada só pode ser concedida a requerimento da parte, sendo defeso ao juiz deferi-la *ex propria auctoritate*.

E nem poderia ser de outro modo, visto que a reforma manteve-se alinhada aos princípios orientadores do nosso sistema processual, como os princípios do dispositivo e da demanda.

Adverte Alvim (2003, p. 41) que o requerimento da tutela antecipada se impõe porque qualquer dano causado à parte contrária será ressarcido por quem se beneficiou da tutela, sendo apenas a extensão do dano objeto de apuracão em liquidacão, porque, no que tange à responsabilidade pela indenizacão, nada há que ser apurado. Para esse fim, pode ser utilizada a liquidacão por artigos, em vista da necessidade de se alegar e provar fato novo.

1.3.4. Verossimilhança da alegacão

O artigo 273 do Código de Processo Civil permite a tutela antecipada sempre que, ante a prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegacão, presente, concomitantemente, uma das hipóteses previstas nos incisos I e II desse artigo. Embora o preceito pareça condicionar o convencimento do juiz à existência da prova, certo é, porém, que não depende ele, necessariamente, da prova escrita para se convencer da verossimilhança da alegacão, podendo a pretensão assentar-se em fatos incontroversos, não carentes de demonstracão, caso em que a atividade cognitiva se limitará ao simples exame do direito.

O juízo de verossimilhança que o juiz deve formar, para conceder a tutela antecipada, apóia-se numa forte probabilidade, capaz de convencê-lo, pelo que consta dos autos, de que, na sentença, provavelmente julgará a causa em favor do beneficiário da tutela e contra a parte contrária.

Para Donizetti (2007, p. 205), a verossimilhança guarda relação com a plausibilidade do direito invocado, com o *fumus boni iuris*. Entretanto, na antecipação da tutela, exatamente porque se antecipam os efeitos da decisão de mérito, exige-se mais do que a fumaça: exige-se a verossimilhança, a aparência do direito.

1.3.5. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Exige o artigo 273 do Código de Processo Civil, além da prova inequívoca dos fatos e da verossimilhança das alegações, que a eventual demora da prestação jurisdicional possa acarretar ao autor um dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente que o réu não demonstre possuir motivos sérios para contrapor-se ao pedido do autor, o que vem traduzido pela expressão “manifesto propósito protelatório do réu.”

Alvim (2003, p. 58) cita Humberto Theodoro Júnior, para quem:

fundado é o receio que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade de risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do contraditório e ampla defesa, não podem, por si só, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer substancialmente a satisfação do direito subjetivo da parte.

Portanto, o simples temor subjetivo configura um motivo muito frágil para fins de concessão de tutela antecipada, devendo existir um temor de dano objetivamente justificado e comprovado, caso a caso.

1.3.6. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

O legislador brasileiro consagrou aqui uma modalidade de tutela

antecipada de caráter sancionatório, com o intuito de reprimir ou simplesmente desestimular o uso abusivo do processo por parte do réu, prevista no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil:

Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

II – Fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Conforme ensinamento de Alvim, (2003, p. 60), desvinculados de qualquer pressuposto de urgência e de dano, os pressupostos consagrados no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil traduzem tão-somente uma forma reprovável do réu, seja por abusar do seu direito de defesa, seja pela utilização de expedientes escusos, com o fim de protelar o desfecho da demanda, beneficiando-se da manutenção do “*status quo*”.

No que toca ao “abuso do direito de defesa”, sendo a defesa um direito consagrado na Constituição, é preciso esclarecer em que circunstâncias é possível “abusar” dele, de forma a transformar um ato lícito do réu (defender-se) em ato ilícito (abusar dele), com reprimenda de tal intensidade, a ponto de possibilitar a antecipação da tutela em favor do autor.

O abuso do direito de defesa se revela no uso excessivo dos direitos e faculdades que compõem o direito de excepcionar, objetar ou contestar, de forma infundada ou desarticulada, com o único ou principal propósito de retardar o desenvolvimento do processo.

No entendimento de Alvim (2003, p. 63), é o ato eivado de “propósito protelatório”, o ato malicioso, praticado de má-fé, em que o demandado o pratica sem se valer da defesa, ou concomitantemente com ela, como, por exemplo, oferecendo reconvenção, ajuizando ação de declaração incidental, opondo denunciação da lide, etc.

A sanção imposta ao litigante de má-fé não é, necessariamente, o resultado da sucumbência da demanda, de modo que pode, muitas vezes, malgrado a improbidade da conduta, o resultado do mérito ser favorável a quem abusou do seu direito, e, mesmo assim, estar ele obrigado a ressarcir

as perdas e danos causados à outra parte.

Assim, ainda que vitorioso, ao ímprobo demandante serão imputados, além das perdas e danos previstos no artigo 16 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios e as despesas do prejudicado, conforme estabelece o artigo 18 do mesmo diploma processual.

Nesse sentido, Donizetti (2007, p. 205) entende que há abuso de direito de defesa, ou intuito protelatório, quando:

O réu argüi defesa contra a evidência dos fatos e de sua conclusão ou requer provas ou diligências, reveladas como absurdas pelas circunstâncias do processo. O autor instrui a inicial com documento comprobatório da propriedade do veículo, e o réu pretende infirmá-lo com prova testemunhal. No mesmo caso, o réu requer expedição de cartas rogatórias para diversos países, ficando evidenciado que só pretendia procrastinar o andamento do feito.

1.3.7. Ações que admitem tutela antecipada

Segundo Nery Júnior (2006, p. 455), em toda ação de conhecimento, em tese, é admissível a antecipação da tutela, seja a ação declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental. A providência tem cabimento, quer a ação de conhecimento seja processada pelo rito comum, ordinário ou sumário, ou especial, desde que verificados os pressupostos da norma processual.

Argumenta Alvim (2003, p. 26) que o assunto dos mais controvertidos em sede doutrinária e jurisprudencial é a possibilidade ou não da convivência da tutela antecipada ou tutela específica com as ações declaratórias e constitutivas, não havendo dúvida sobre a sua compatibilidade com as ações condenatórias, geralmente, a sua residência natural.

Alvim cita Marinoni (2003, p. 27) o qual entende que todas as ações de conhecimento, qualquer que seja a sua natureza, comportam a tutela antecipada, seja ela declaratória, condenatória ou constitutiva, dependendo, evidentemente, da natureza da pretensão material que se quer alcançar por seu intermédio.

Aí reside o equívoco dos que pensam em contrário, pois confundem pretensão processual (direito de ação) com pretensão material (direito

subjetivo), e acabam por não admitir a tutela antecipada em casos que a comportam.

Quando se afirma, por exemplo, que não se pode outorgar a tutela antecipada numa ação de divórcio ou numa ação de investigação de paternidade, em face da impossibilidade de alguém divorciar-se provisoriamente ou de ser reconhecida a paternidade também provisoriamente, a impossibilidade, em tais casos, não resulta da natureza dessas ações, por serem constitutivas, senão, da natureza da pretensão material que se pretende ver satisfeita. Ademais, embora a ação de divórcio não autorize a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, nada impede seja, desde logo, antecipada, por exemplo, a guarda dos filhos a um dos cônjuges.

Alvim (2003, p. 28) cita o exemplo de Marinoni, para quem tanto é possível antecipar a tutela na ação constitutiva que, numa ação de servidão, nada impede que o juiz a conceda se firmar juízo de verossimilhança em favor do titular do prédio dominante sobre o prédio serviente, desde que a abertura de um caminho seja indispensável para escoar a colheita de grãos, em virtude da destruição do caminho originário.

Da mesma forma, quando se afirma a impossibilidade da tutela antecipada na ação declaratória, como, por exemplo, na ação de usucapião, essa impossibilidade resulta, igualmente, da natureza da pretensão material, e, não, propriamente, da ação processual. Mas, nada impede, por exemplo, a concessão da tutela antecipada em se tratando de ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária, quando determinada exação já tenha sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

É o caso da ação declaratória de inexistência da relação jurídica, tendo como causa de pedir o pagamento da dívida. O autor pode pedir, a título de antecipação de tutela, a sustação liminar do processo da cambial já paga. O bem da vida por ele pretendido é a declaração judicial de inexistência da relação jurídica (sentença declaratória) mas o efeito pretendido é o de obstaculizar o protesto e a cobrança do título já pago.

Alvim (2003, p. 30) cita Marinoni, que, por seu turno, embora não admita a tutela antecipada nas ações declaratórias, entende que coisa distinta é a necessidade de obtenção de uma tutela que supõe a valoração da probabilidade do êxito da demanda declaratória, mas que não é meramente “declaratória”, como naquelas de que se extrai algum efeito

mandamental. Nada impede que o juiz autorize o sócio a participar de uma assembléia social enquanto está em jogo a sua participação na sociedade.

A tutela antecipada, qualquer que seja o seu procedimento, é concedida mediante cognição sumária, através de decisão interlocutória substancial, sujeita apenas a coisa julgada formal e impugnável pela via do agravo.

2. Da sentença

2.1. Conceito e requisitos

Para Donizetti (2007, p. 305), o termo *sentença* pode ser empregado em dois sentidos, estrito e lato:

No primeiro, refere-se tão somente à decisão final, compondo a lide ou apenas extinguindo o processo, proferido por juiz de primeiro grau de jurisdição, também chamado de juiz monocrático. No segundo sentido, o termo *sentença* engloba o pronunciamento jurídico da Administração, caracterizados em atos administrativos.

Ensina Greco Filho (2006, p. 257) que o Código de Processo Civil optou por conceituar *sentença* por seu conteúdo, nos termos da definição contida no artigo 162, § 1º, como sendo o ato do juiz que implica uma das situações previstas nos artigos 267 e 269, referindo-se às situações de extinção do processo sem resolução do mérito e às de resolução do mérito.

Se a *sentença* resolve o mérito diz-se que é definitiva, porque define a lide. Se extingue o processo sem resolução do mérito, é meramente terminativa.

O artigo 458 do Código de Processo Civil elenca os requisitos essenciais da *sentença*:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e, se for o caso de interpor recurso, apresentar suas razões adequadamente, demonstrando os equívocos da sentença. Além disso, a fundamentação também possibilita ao órgão de segundo grau entender os motivos que levaram o julgador de primeiro grau a dar, ou não, razão ao autor.

2.2. Diversas modalidades de sentença

Segundo a classificação de Greco Filho (2006, p. 261), de acordo com o pedido formulado pelo autor, as sentenças podem ser meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Porém, há a possibilidade de existirem sentenças mandamentais e executivas.

A respeito, leciona Marinoni (2007, p. 416):

Há nítida relação entre ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou estreita ligação entre a igualdade formal das pessoas, a concepção liberal de contrato e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de determinada realidade de mercado. Se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento in natura. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando dessa natureza a tutela ressarcitória pelo equivalente e a tutela desconstitutiva do contrato, que também implicava uma sanção de caráter negativo diante da violação de uma regra contratual.

A sentença condenatória, compreendida como sentença que se liga à execução por sub-rogação, afasta-se da idéia de coerção sobre a vontade do obrigado, pois independe de sua vontade e portanto de algo que atue sobre ela, como a multa. A correlação entre a condenação e a execução por sub-rogação, implícita no conceito clássico de sentença condenatória, tem evidente compromisso com a ideologia liberal, já que evidencia que

o juiz não pode atuar sobre a vontade do réu mediante o uso de coerção, privilegiando, assim, o valor da liberdade individual.

Por outro lado, a sentença declaratória, enquanto sentença que regula apenas formalmente, sem interferir na esfera do particular, uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, também reflete a ideia de uma rígida limitação dos poderes de intervenção estatal na esfera privada.

Ensina Marinoni (2007, p. 417) que a sentença declaratória, exatamente porque não determina um fazer ou um não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela das novas situações jurídicas, que não raramente se revestem de conteúdo não patrimonial.

Tudo isso revela que o sistema de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com essa modalidade de tutela jurisdicional, o que certamente tinha relação com a ideia de que qualquer infringência à lei ou ao contrato poderia ser recomposta por meio de dinheiro ou pela sanção de nulidade, e de que não importava a tutela preventiva, única realmente adequada para a tutela dos novos direitos, isto é, direitos não patrimoniais.

Porém, o que realmente importa perceber é que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme a necessidade do direito material, expressas em cada momento histórico. Significa dizer que toda classificação de sentença é transitória.

Classifica Marinoni (2007, p. 418) que à época da formação do processo civil, as sentenças eram apenas três – declaratória, constitutiva e condenatória – porque assim bastava ao Estado liberal e exigiam os seus valores. Com o passar do tempo e surgimento de novos direitos, passaram a ser necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, levando ao aparecimento das sentenças mandamental e executiva, delineadas com base nas expressões normativas constantes dos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil.

3. Análise do instituto da tutela antecipada na sentença

Apreciado ou não o pedido de antecipação de tutela, sobrevém, após

regular instrução, a sentença definitiva, pois, nos termos do § 5º do artigo 273 do Código de Processo Civil, o processo deve prosseguir até o final do julgamento. Assim dispondo, deixa claro esse dispositivo a total independência entre a decisão que antecipa a tutela e a sentença que decide o mérito da causa.

O provimento antecipatório é uma decisão emitida à base de um juízo de probabilidade, que pode confirmar-se ou não por ocasião da prolação da sentença.

No sistema processual brasileiro, prevalece o entendimento de que a antecipação de tutela se exterioriza através de uma decisão interlocutória.

Como assinala Alvim (2003, p. 118), a grande divergência, no entanto, reside na possibilidade de o juiz deferir a antecipação de tutela quando o nível de cognição passou à qualificação de exauriente, isto é, quando o processo alcançou o momento ideal para a própria resolução da lide, estando o juiz em condições de sentenciar.

Mas se o processo tiver alcançado aquele momento ideal para receber a sentença, poderia o juiz, em vez disso, antecipar a tutela pelo simples fato de, se proferir a sentença, ser esta neutralizada por recurso de duplo efeito, como a apelação.

Alvim (2003, p. 118) cita Araken de Assis, que

não vislumbra a possibilidade de a tutela antecipada vir a ser concedida quando da prolação da sentença, e assegura que se possível fosse, a tutela deixaria de ser “antecipada”. Por isso, nesse momento, cabe ao juiz, tão e somente, proferir a sentença que dará ao autor, se for o caso, a satisfação do seu direito. Além do mais, o juiz que defere a antecipação de tutela pouco antes da sentença, em ato formalmente autônomo, incorre em reprovável burla à lei.

Nesse mesmo sentido, Sergio Sahione Fadel citado por Alvim (2003, p. 119) também não admite a antecipação de tutela na própria sentença:

Se pode o juiz, atento às circunstâncias da causa, revogar ou modificar o provimento antecipatório deferido ou, igualmente, conceder a tutela antes denegada, sempre em um momento anterior à sentença, não se justificará fazê-lo quando da sua prolação. Pois constitui erro grosseiro o juiz deixar para deferir a tutela no

momento de encerrar o seu ofício jurisdicional, juntando, numa única peça, a decisão antecipatória e a sentença, porquanto a tutela aí será definitiva e não a provisória de que cuida o artigo 273 do CPC. Se etimologicamente antecipar significa “ocorrer antes algo que só ocorreria depois”, não poderá, em absoluto, ser outorgada simultaneamente com a tutela definitiva, sob pena de renegar a própria natureza do instituto. Assim sendo, a sentença assegura, em definitivo e com base em cognição exauriente, a tutela que poderia ter sido antecipada, provisoriamente e baseada em um juízo de verossimilhança, e não foi.

Divergindo dos juristas acima, José Roberto Bedaque citado por Alvim (2003, p. 120) entende que nada obsta, verificados os pressupostos, seja a antecipação concedida na própria sentença, em sede de julgamento antecipado ou após a audiência, caso em que, como é de se esperar, surge o recurso de apelação, normalmente dotado de efeito suspensivo.

Esse jurista admite a outorga do provimento antecipatório na própria sentença, justamente com o intuito de retirar o efeito suspensivo da apelação. Portanto, no que diz respeito aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação. Por isso, nada obsta que a antecipação acarrete a produção de efeitos antes do julgamento final e que a sentença sujeita a apelação não tenha a mesma capacidade.

Em princípio, há até uma contradição: que o pronunciamento judicial baseado em mero juízo de verossimilhança, fruto de uma atividade cognitiva superficial, produza efeitos imediatos, e que a sentença, proferida após cognição completa, tenha sua eficácia suspensa até o julgamento da apelação.

Marinoni citado por Alvim (2003, p. 121),

Sustenta a impossibilidade de a antecipação ser deferida no bojo da sentença, entretanto, não vê empecilho em ser concedida no mesmo momento em que se profere a sentença de mérito, através de uma decisão interlocutória. Para ele, a antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação vai ser recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o agravo de

instrumento. Pois, admitir a antecipação na sentença, seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais e retirar do réu o direito ao recurso adequado.

Por seu turno, Carreira Alvim citado por Alvim (2003, p. 123) distingue a antecipação da tutela antes da sentença e a tutela antecipada na sentença, tendo a primeira a sua base no disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, não passando a segunda de uma técnica de se retirar do recurso de duplo efeito o seu efeito suspensivo, possibilitando, dessa forma, a execução provisória da sentença.

Para o autor, apenas enquanto a tutela antecipada antes da sentença é concedida através de uma decisão interlocutória, a tutela antecipada na sentença tem lugar por ocasião do julgamento de mérito. Dessa forma, em vez de dizer o juiz que “antecipa os efeitos da tutela”, diz apenas que “antecipa os efeitos da sentença”. Se vier a ser interposta apelação, deverá ser recebida só no efeito devolutivo, baseado no artigo 518 do Código de Processo Civil, o qual diz que “interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder”.

Para reforçar a tese sustentada pelo jurista acima mencionado, a reforma introduzida no artigo 520 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.352/01 determina que seja recebida só no efeito devolutivo a apelação da sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”, pois, se, doravante, tais sentenças serão recebidas apenas no efeito devolutivo, pelo fato de haverem confirmado a tutela, não há razão para não sê-lo no mesmo efeito quando a tutela tenha sido concedida na própria sentença.

Dentre desse contexto, Carreira Alvim citado por Alvim (2003 p. 125), constata uma diferença entre, de um lado, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, e de outro, a antecipação dos efeitos da sentença, estando a primeira, denominada de tutela antecipada, disciplinada no artigo 273 do Código de Processo Civil, enquanto a segunda, denominada de tutela antecipada na sentença, tem residência no artigo 518 do mesmo diploma processual.

A tutela antecipada concedida antes da sentença não provoca nenhuma divergência na doutrina, admitindo-se contra ela o recurso de agravo de instrumento. O mesmo não acontece, porém, com a tutela antecipada na sentença, em torno da qual giram inúmeras controvérsias, não só no que

tange a sua possibilidade, como, sobretudo, sobre o recurso eventualmente cabível contra a sua concessão por ocasião da sentença de mérito.

Deve o juiz, portanto, ao proferir a sentença, em vez de dizer que concede a tutela antecipada da sentença, dizer, simplesmente, que antecipa os efeitos da sentença, com o que estará dizendo que eventual apelação será recebida no efeito apenas devolutivo, como autoriza o artigo 518 do Código de Processo Civil.

Alvim (2003, p. 129) observa que a jurisprudência construiu seus próprios caminhos, optando pela concessão de tutela antecipada na sentença, prestigiando o princípio da efetividade do processo, e, como consequência, da efetividade do direito material.

O Superior Tribunal de Justiça, pela sua Quarta Vara, em duas oportunidades, assentou que, a tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. O primeiro entendimento é facilmente verificado em trecho do acórdão do julgamento do Recurso Especial pelo STJ, citemo-lo:

Ementa: Tutela Antecipada. Sentença. Embargos de Declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Artigo 273 do CPC.
Recurso conhecido e provido. (Resp. Nº 279.251/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4º T., un., DJ 30.04.01, p. 138)

O segundo entendimento, veja-se:

Ementa: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DESCABIMENTO COMO SUCEDÂNEO DO RECURSO PRÓPRIO. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO QUANDO DA SENTENÇA. CABIMENTO. PRECEDENTES (V.G. RR. MM. SS. 1.167-BA, 6.012-SP E 6.693-SP). DOCTRINA. RECURSO PROVIDO.
I – No sistema anterior à Lei nº 9.139/95, descaiba, exceto em casos de abuso ou manifesta teratologia, a pretensão de atacar diretamente a decisão judicial pela via do writ, uma vez que o mandado de segurança contra ato judicial recorrível vinha sendo admitido, por construção doutrinário-jurisprudencial, para

comunicar efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Com a referida lei, que deu nova redação ao artigo 558, CPC, outra é a sistemática.

II – Nos termos do enunciado nº 267 da Súmula/STF, reforçado após a Lei nº 9.139/95, que deu nova redação ao artigo 558, CPC, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

III – De acordo com precedente da Turma, e boa doutrina, a tutela antecipada pode ser concedida com a sentença. (Resp. Nº 299.433/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, 4ª T., un., DJ 04.02.02, p. 381)

4. Conclusão

Através da análise precedente, pode-se finalmente concluir que a ampliação dos mecanismos, empreendida pela reforma processual, é uma tomada de consciência do que realmente deve ser o “acesso a uma ordem jurídica justa”, que proporcione ao jurisdicionado uma efetiva e oportuna proteção contra toda e qualquer forma de denegação de justiça.

Nesse ideal de proporcionar uma prestação jurisdicional eficaz, no contexto de um processo mais ágil, caracterizado pela instrumentalidade e pela efetividade, é que sobrevieram as Leis nos 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e 10.444, de 7 de maio de 2002, a primeira introduzindo na ordem jurídica as tutelas antecipada e específica das obrigações de fazer e não fazer, e a segunda a tutela específica das obrigações de entrega da coisa.

O instituto da antecipação da tutela satisfaz um direito subjetivo que só seria satisfeito ordinariamente após averiguação da sua existência ao fim do processo de conhecimento.

Para Alvim (2003, p. 3), a tutela antecipada em sentido amplo é o instituto que mais se harmoniza com o espírito da reforma processual, em que a preocupação é com a agilidade e com a presteza na entrega do bem da vida, fazendo-o através da antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, liminarmente, ou da antecipação dos efeitos da própria decisão de mérito, na sentença.

Referências

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela antecipada na sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4. Turma. REsp n. 279.251/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 30.04.01, p. 138.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4. Turma. REsp n. 299.433/RJ. Relator Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.02.02, p. 381.

BRASIL, **Código de processo civil**. In: Constituição Federal. Código Civil. Código Comercial. Código de Processo Civil. Organização Yossef Said Cahali. 9. ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCATO, Antônio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de processual civil. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAULO, Vicente. Aulas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SANTOS, Josemar Lopes. Tutela antecipada: agilização da justiça. Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Processo civil, realidade e justiça: 20 anos de vigência do CPC. São Paulo: Saraiva, 1994.

Liberdades fundamentais e a função da Justiça Constitucional

Miguel Batista de Siqueira Filho*

RESUMO

O presente ensaio expõe a temática da relação entre liberdade negativa e positiva, democracia não-totalitária e a função da Justiça Constitucional no panorama do pensamento jurídico pós-moderno.

* Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA e Promotor de Justiça do Estado do Tocantins.

1. Introdução

O ministro Gilmar Mendes (2009), em pronunciamento na Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional na África do Sul, enfatizou que a função do juiz constitucional “é assegurar aos seus jurisdicionados a garantia do estado democrático de direito e das liberdades fundamentais”. A assertiva magistral do Ministro expressa com precisão a percepção pós-moderna da Justiça Constitucional e introduz a sensibilização ao debate sobre o papel da jurisdição constitucional na construção gradual de um mundo de liberdade e democracia. Contudo, os sentidos de liberdade e democracia não são os mesmos que, originariamente, lhes foram dados na modernidade. Nem a Justiça Constitucional desempenha o papel a ela atribuído pelo constitucionalismo clássico. O conceito pós-moderno de liberdade e sua relação com a ética e justiça, a compreensão da necessidade de uma democracia não-totalitária e a missão da Justiça Constitucional no contexto são os temas a que se dedica o presente estudo.

2. Novo conceito de liberdade fundamental

O papel discursivo do direito na proteção das liberdades sempre foi representativo de uma cadeia de enunciados constitucionalmente postos. O termo “direitos fundamentais” – *droits fondamentaux* – tem origem francesa e reporta-se ao ano 1770, como enunciação do movimento político e cultural, fator decisivo para a positivação, na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789, das liberdades compreendidas, à

época, como direitos naturais (Perez Luño, 1995, p. 29 e 43-4). O fim da Segunda Grande Guerra dilata a necessidade de positivação de um padrão de justiça que dê ensejo à proteção jurídica de liberdades humanas (Durán y Lalaguna, 1993, p. 53). A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 internacionaliza a proteção das liberdades, a demandar, como pressuposto ético, à imprescindibilidade da positivação constitucional da tutela destas expressões interpessoais de autodeterminação. A diferenciação entre padrão ideal de justiça, contido nas declarações e convenções internacionais, e padrão positivo de justiça, presente nos textos constitucionais e dotados de valor normativo concreto, permite, graças à contribuição da doutrina francesa e espanhola (Pinard, 1996, p. 36), a distinção, na perspectiva objetiva do direito, entre dois conceitos (Perez Luño, 1995, p. 43-4): a) os direitos humanos designam a presença de certos valores ou princípios de proteção das liberdades nas declarações internacionais de direito, e b) os direitos fundamentais indicam a positivação desses valores de proteção das liberdades nas ordens internas constitucionais. De outro modo, a previsão das liberdades – expressões interpessoais de autodeterminação – nos catálogos de proteção das declarações internacionais de direito e das cartas constitucionais, admite, de forma similar, na perspectiva subjetiva, a classificação das liberdades, respectivamente, em humanas e fundamentais. Tais dualidades conceituais desempenham tripla função: a) delimitar a temática dos direitos fundamentais, enquanto valores ou princípios de proteção às liberdades, como categoria dogmática do Direito Constitucional (Canotilho, 1999, p. 1175); b) destacar, no tocante à positivação nas cartas constitucionais, o papel discursivo dos direitos fundamentais (perspectiva objetiva) na proteção das liberdades fundamentais (perspectiva subjetiva), ou seja, das expressões interpessoais de autodeterminação contidas nos catálogos dos textos constitucionais; c) identificar a íntima conexão (Sarlet, 2005, p. 38-9) entre a proteção das liberdades humanas e a proteção das liberdades fundamentais, enquanto padrões internacionais e positivos de justiça, que consolidam o amparo jurídico às expressões interpessoais de autodeterminação. Com efeito, em termos conceituais, as liberdades fundamentais são expressões interpessoais de autodeterminação, cuja proteção decorre dos padrões positivos de justiça contidos nos textos constitucionais.

A temática das liberdades fundamentais na pós-modernidade, por seu turno, tem pertinência direta com a classificação de Berlin (1974, p. 218-233) entre liberdade positiva e liberdade negativa, formas de controle do indivíduo sobre sua existência e os valores que a concebem (Dasgupta, 1990, p. 17). Giram, em torno das liberdades negativas, os projetos de vida individual e a expectativa, pelo indivíduo, da tutela judicial, em face da presença de restrições injustificadas, do Poder Público ou do setor privado, no espaço da consciência individual – liberdades de pensamento, de expressão, corporal, de movimento, de empreendimento, de escolha, de intimidade e patrimonial, esta na esfera da inviolabilidade da propriedade, que pressupõe sua salvaguarda nas relações privadas e sua intangibilidade pelo poder público quanto aos seus atributos imateriais (intimidade e criatividade) ou materiais (confisco, tributação etc.). A efetividade plena das liberdades negativas implica condições simétricas de acessibilidade, nas quais todos possam escolher livremente seus projetos de vida e mantê-los, em termos de posição jurídica no mundo social. O sistema jurídico de garantia das liberdades negativas restringe-se ao direito à não-intervenção do Estado na sua posição jurídica no mundo e no direito à proteção desta posição contra ofensa de terceiros mediante a tutela do Estado. Pode-se reduzir, contudo, o acesso às liberdades negativas em razão da ausência de oportunidades que permitam a autodeterminação concreta dos indivíduos – exclusão social, cultural ou técnica. Fatores que quebram qualquer pretensão a uma isonomia geométrica. De fato, a individualização dos sujeitos, na expressão de Norbert Elias (1975 e 1991), que buscam afirmar-se como pessoa humana, em sua completude, no cenário social, transmuta o velho conceito de liberdade positiva dos clássicos, para se tornar, na pós-modernidade, as condições concretas de acessibilidade à autodeterminação dos sujeitos individuais, as quais lhes permitem ter autonomia para o pleno exercício das liberdades negativas. As liberdades positivas consistem, justamente, no equilíbrio de oportunidades que propicia aos indivíduos as condições materiais, sociais, culturais e intelectivas necessárias a sua autodeterminação no exercício de suas liberdades negativas. Sua função é corrigir a exclusão social, cultural ou técnica nas situações subjetivas, que, no cotidiano, reduzem ou eliminam a simetria de condições imprescindíveis ao pleno exercício da autonomia individual.

O conceito moderno de liberdade negativo-individualista não expressa

mais toda a amplitude da ideia de liberdade no contexto pós-moderno. A queda do mito da igualdade natural¹ e a evidência da presença de condições de vulnerabilidade pessoal e social, que afetam o pleno exercício da autonomia privada, impõem a aceitabilidade de um novo conceito de liberdade², que inclua a acessibilidade concreta à dignidade da pessoa humana, às diversidades culturais e étnicas, à liberdade sexual, à emancipação feminina, ao ambiente sustentável, à informação, à educação etc., enquanto expressão da individualidade e a autodeterminação dos indivíduos em sociedade. A liberdade não pode mais ser concebida de forma isolada, abstrata e individualista. A liberdade de uma pessoa “depende integralmente da liberdade de outros” (Sartre, 1984, p. 19), na medida em que a busca da liberdade pessoal enseja, necessariamente, o engajamento em direção à liberdade dos outros. A garantia jurídica da liberdade pessoal decorre da garantia jurídica da liberdade dos outros. Isso implica superação do conceito abstrato de liberdade, inerente à concepção metafísica de natureza humana. Com efeito, o declínio da tese moderna da natureza humana e sua substituição pela teoria pós-moderna da condição humana, exposta claramente pelo existencialismo (Sartre, 1984, p. 16), indicam que o problema da liberdade não é, assim, o da essência – construído sobre o paradigma da igualdade geométrica ou natural como pressuposto da liberdade natural –, mas o da existência,

¹O conceito moderno de liberdade foi uma forma simples de suplantar a tensão entre o consenso político e a liberdade individual e teve relação direta com o mito da igualdade natural. A doutrina do estado da natureza foi o ponto de partida para a formulação da concepção da igualdade natural entre os homens. Hobbes (sem ano, 115-6) formou a convicção do pensamento moderno, de que a aplicação da justiça distributiva, cujo fundamento reside na desigualdade das coisas trocadas ou distribuídas, seria incompatível com a natureza e a razão. Sobre a crença na igualdade geométrica como ponto de origem da sociedade humana, fecunda-se a tese da liberdade geométrica e sua fé no indivíduo como “uma mônada independente e auto-suficiente” (Marcuse, 2001, p. 39). Brotam as condições filosóficas para o desenvolvimento e a plenitude do conceito moderno de liberdade. O paradigma moderno da igualdade geométrica entre os indivíduos, na qual todos possuem os mesmos direitos naturais individualmente considerados e nenhum homem tem o direito natural de atentar contra os direitos iguais de outrem, concebe à lei positiva a função única de proibir ações ofensivas e conservar a liberdade individual, concebida como direitos naturais (Jefferson, 1979, p. 4). A liberdade, no pensamento moderno, aparece como o refúgio intocado pela coação política que restou à pessoa humana.

²Houve uma nítida relação de dependência entre o conceito moderno de liberdade e o princípio da legalidade. A correlação entre a soberania popular, proclamada por ato do parlamento (lei positiva), e as liberdades individuais, compreendidas como naturais, teve no argumento a *contrario sensu* do

que implica presença irremediável das condições históricas e conjunturais, nas quais as liberdades são possíveis ou não, concretamente.

3. Liberdade e ética

Nesse novo contexto, torna-se nítida a diferença entre ética individualista e ética da individualidade. A ética individualista, estribada na moralidade, ou seja, na vontade subjetiva e individual, tem como parâmetro de avaliação do comportamento a simpatia e a indignação dos outros (Smith, 1999, p. 382 e ss.), impressas pelo prazer que a utilidade da simpatia alheia causa ao agente (Smith, 1999, p. 15 e ss.), de modo que a felicidade do indivíduo depende de como os outros o consideram – ser feliz é ser igual a todos os homens dignos de recompensa, isto é, refletir, em si mesmo, em sua busca alucinada pela aprovação do outro, o modelo de homem moderno da cultura ocidental-cristã –, conduzindo ao paradoxo do individualismo metodológico (Mishan, 1980), no qual maximizar sua própria satisfação e benefício de forma racional,

princípio da legalidade sua maior expressividade – tudo o que não está proibido por lei esta permitido. O termo liberdade guardava, aqui, seu sentido romano de “faculdade natural daquele a quem é lícito fazer tudo quanto deseja, a não ser que seja impedido pela força ou pelo direito” (Justiniano, 2000, p.27). O direito positivo aparecia, assim, como a força legítima, emanção da vontade política, a delinear os contornos aceitáveis da liberdade, conceito dotado de ambiguidade intransponível: a) ora significava ser para si mesmo em sua individualidade; b) ora o poder de agir sobre o outro ou a natureza. O princípio da legalidade representava o marco do limite sócio-político, tanto ao direito de ser para si, como ao de exercer poder sobre os outros ou o mundo. Assim, o mito da interpretação objetiva das normas jurídicas, identificadas com a regra do direito, que “conduz à conclusão de que a criação do Direito se identifica com a legislação” (Piçarra, 1989, p. 158-9), pressupunha a determinação de critérios normativos, a serem aplicados a cada hipótese, redutores do alcance das restrições à liberdade nos estritos limites das suas prescrições legais. Tal mito era fruto da crença na fiel premissa de que tudo aquilo que escapasse da prescrição da regra legal pertenceria à esfera da liberdade individual – o silêncio do legislador deve ser interpretado como a voz da liberdade. A aplicação normativa deveria observar, portanto, as premissas da lógica formal, ou seja, os fatos deveriam ser subsumidos ao direito positivo, observando-se um silogismo perfeito, no qual a premissa maior seria a regra jurídica e a premissa menor o fato a se decidir. A completude do ordenamento jurídico, posto como um conjunto de regras jurídicas, tinha no axioma ontológico da liberdade (Atienza, 1984, p. 47) do moderno, em sua ambiguidade conceitual, o seu enunciado de integralidade. Isso explicava por que enquanto o homossexualismo poderia ser considerado crime por previsão legal – a autêntica liberdade de ser para si mesmo –, o abuso e a exploração econômica – o poder sobre o outro – eram justificados, em nome da autonomia contratual (liberdade contratual + ausência de vedação legal), como comportamento lícito. Tudo se resumia à proibição ou não da lei num mundo em que o conceito de liberdade e poder se confundiam.

independentemente do bem-estar ou da situação dos demais (López, 1987, p. 30), é o modo tradicional de ser admirado e aceito pelos outros. A ética da individualidade é, pelo contrário, a liberdade de ser para si mesmo (Weil, 1990, p. 99-102) em sua sociabilidade existencial, fruto do reconhecimento de que toda a liberdade é concreta e engajada na sociedade e pressupõe o direito ao respeito pessoal e o dever de respeito aos outros, na coexistência de um mundo infinito das possibilidades e escolhas – ser feliz é ser para si mesmo o que se quer ser, o que pressupõe o engajamento na busca das condições de inclusão e tolerância, imprescindíveis para que todos possam ser, para si, o que quiserem ser.

A ética da individualidade, por seu turno, distancia-se de qualquer pretensão a uma ética da eticidade. O problema da ética, na pós-modernidade, não é o da consciência de uma lei moral universal, da ordenação da razão dirigida ao bem comum, subordinação à ideia ou ao espírito ético personificado na abstração conceitual de Estado (Hegel, 1987, p. 208) ou da submissão a uma doutrina teológica ou ideológica. O paradoxo da ausência de perspectiva de uma ética universal e sua urgência em uma sociedade global (Apel, 2000, p. 407), se é que se pode superá-lo, não deve assentar, na pós-modernidade, sua resolução na lógica de uma responsabilidade solidária exclusivamente fundada no planejamento social e na supressão da própria ideia da liberdade (Apel, 2000, p. 412-4), ou de uma responsabilidade moral, enquanto retorno aos fundamentos da metafísica ética e sua inevitável tendência ao totalitarismo³ político-moral, expressões de tipos distintos de monismo cultural. Não há um catálogo de valores morais que não seja simples produto artificial de dada cultura humana ou uma natureza humana a justificar qualquer expectativa em uma “bondade humana” ou “interesse pelo bem-estar da sociedade” (Sartre, 1984, p. 12), ou qualquer outro conceito vazio do pensamento metafísico ou retórico, que possa salvar o homem de si mesmo. O fim do pensamento metafísico representa o reconhecimento de que “é preciso que o homem se reencontre e se convença de que nada pode salvá-lo dele próprio” (Sartre, 1984, p. 22). Toda universalidade relativa ao ser humano nunca é dada, mas permanentemente construída no âmbito da liberdade

³Originariamente, totalitarismo designa o regime político donde o governo controla a totalidade da vida social (Andeski, 1973, p. 190).

concreta em sociedade, que pressupõe o mundo infinito das possibilidades e escolhas, as quais somente têm existência real em uma comunidade plural, posto a pessoa humana não ser igual ou desigual, mas diferente. O conceito-chave para uma ética universal na pós-modernidade é, justamente, a diversidade, enquanto liberdade de ser diferente. O respeito a essa liberdade não é uma questão de razão justa, mas um problema de progresso dos sentimentos (Rorty, 2005, p. 222), que permita a existência humana na diversidade da sociedade ocidental.

A liberdade, como expressão da opção na diversidade, que conduz à aceitação concomitante das liberdades positivas e negativas, ocasiona, do ponto de vista pós-moderno, a superação da dicotomia clássica entre direito de liberdade e de justiça. O humanismo laico, em seu individualismo analítico, sempre concebeu a dignidade humana no valor da autonomia pessoal, referindo-se aos direitos, cuja violação frustra as pretensões de liberdade individual. Enquanto o humanismo cristão, em sua argúcia holística, sempre teve a dignidade humana como valor da justiça, ponderando sobre direitos, cuja violação frustra a aspiração à justiça (Zagrebelsky, 1999, p. 76 e ss.). Na primeira posição, reconhece-se o caráter imparcial da justiça, inerente à isonomia geométrica ou natural das pessoas, tornando a justiça mero instrumento comutativo de afirmação das liberdades individuais, como consequência da igualdade natural, compreendidas e analisadas de forma isolada das demais liberdades jurídicas e do próprio mundo real. A segunda nega a neutralidade da justiça (Vieira, 2002, p. 101), invocando seu compromisso inevitável com a concepção metafísica de bem superior, que conduz, fatalmente, a uma ordem hierarquizada de valores morais, a qual pretende harmonizar a diversidade social e normativa na unidade do todo, sobre a incidência da justiça geral e da supremacia da justiça distributiva – como critérios de limite e condicionamento das liberdades – sobre a justiça comutativa (Massini, 1980, p. 69), posto a prevalência do todo – representado pelo monismo teológico-filosófico ocidental-cristão – sobre as partes – as liberdades pessoais –, a justificar a tutela da eticidade metafísica sobre o indivíduo.

A admissão da perspectiva pós-moderna de liberdade assegura o conceito de liberdade sem apagar o valor da justiça, posto seu rompimento com: a) a miopia do humanismo laico, que acredita ser possível atingir o todo pela mera compreensão analítica das partes – o todo é a simples

somatória ou agrupamento das partes –, e b) a hipermetropia do humanismo cristão, em sua visão comunitária, que crê na compreensão do todo como algo independente da análise das partes – o todo não é a somatória das partes. Partindo-se da conexão e interdependência entre as liberdades negativas e positivas, de modo que o todo é compreendido da análise das partes e das conexões entres estas, é possível apreender que: a) não há pretensão à autonomia pessoal sem as condições concretas de acessibilidade à autodeterminação, ou seja, a autonomia (liberdade) individual é uma quimera ante a presença das formas de exclusão social, as quais não podem ser ocultas pela convenção de uma igualdade natural, contornadas pela sutil hipotética da posição original, proposta por John Rawls (2000, p. 19-24), ou ignoradas por um solipsismo metódico que, mesmo diante da evidência empírica de que o ser humano é um ser social, continuam a aceitar “a possibilidade e validade da formação de juízos e de vontades sem a *pressuposição lógico-transcendental de uma comunidade comunicacional*” (Apel, 2000, p. 412-3); b) o valor de justiça não pode ser posto mais como expressão do pensamento metafísico, no âmbito de uma discursiva totalitária da eticidade cristã, mas, tão-somente, como instrumento prestacional que, corrigindo as assimetrias derivadas das diversas formas de exclusão social, distribui as condições concretas de acessibilidade à autodeterminação dos sujeitos no plano da diversificação cultural e da pluralidade social. Nesse sentido, na perspectiva do humanismo pós-moderno, deve-se conceber a dignidade humana no valor dos sentimentos de respeito e reconhecimento da individualidade, ou seja, da liberdade de manter sua posição no mundo, mesmo que seja diferente ou decorra de uma escolha diferente (liberdade negativa), e da solidariedade e engajamento para com a acessibilidade aos meios que garantam a superação das condições de vulnerabilidade que lhe impeçam, ou aos outros, de escolher, na diversidade, seu caminho (liberdade positiva).

4. Liberdade na pós-modernidade e democracia não-totalitária

O novo conceito pós-moderno de liberdade pressupõe, ademais, a construção permanente de uma democracia não-totalitária. A democracia política (Fayt, 1974, p. 31), dos primeiros tempos, abdicava-se das questões

civis e sustentava-se na crença do governo dos melhores e na independência dos governantes para com os imperativos populares imediatos (Burdeau, 1974, p. 276-279), enquanto representantes da vontade indivisível da nação (Kinzo, 1980, p. 29-35), com margem de liberdade para deduzir a vontade popular em termo de compromisso entre maioria e minoria, nos limites restritos do papel do Estado em face da proteção das liberdades negativas, e no âmbito do pluralismo político, no qual os debates se desenvolvem, segundo a crença moderna, na esfera das instituições públicas, por homens inteligentes, instruídos e capazes de separar os interesses de determinados grupos dos interesses gerais da nação. Nítida era a separação entre o público e o privado na democracia política. O pluralismo político, da democracia política, convivía harmonicamente e refletia, nas atividades parlamentares e de governo, o totalitarismo sociocultural da sociedade civil, expresso nas leis de segregação étnica e de desigualdade sexual.

A passagem para a democracia social representou a luta pela libertação das pessoas em relação a todas as formas de opressão e a ênfase à liberdade é substituída pela ideia concreta de igual (Burdeau, 1974, p. 284), e pressupôs a ação do poder político e sua intervenção na esfera da sociedade cível para a correção das desigualdades sociais e o progresso do bem-estar da sociedade como um todo. O intervencionismo do Estado Social (Bonavides, 2007, p. 200), contudo, ao personificar, para si, a vocação pela homogeneização cultural, transformou a ideia mítica de justiça em razões de Estado (Weber, 1986, p. 69) e política social totalitária, proliferando-se as decisões particulares (Wimmer, 2007, p. 189) de governo, a impor o voluntarismo e a ética do poder político sobre o indivíduo, em busca da afirmação de um modelo qualquer de composição uniforme da vida sociocultural que anulava a individualidade – liberdade de ser para si e de ser diferente – em nome da unidade artificial das ideologias de Estado.

No fim desse contexto, o conflito entre maior e minoria assume dimensão importante no debate político e reascende, em um cenário pós-moderno, a discussão sobre o problema da tolerância com os intolerantes, não apenas no âmbito institucional, mas pessoal. A compreensão de que o interesse coletivo (vontade indivisível da nação) não passa de um conjunto de interesses, valores, ideias e até preconceitos e xenofobias, dos indivíduos que compõem uma maioria social e são impostos aos

interesses, opiniões e valores dos indivíduos reclusos às minorias socioculturais. Nítida foi a percepção dos mais críticos de que a moderna ideia de tolerância, passiva e imparcial, mantida no mundo da contemplação e da abstração do pensamento, e incapaz de transportar-se à esfera das ações, havia se transformado numa retórica hipócrita a serviço de garantir a liberdade de expressão da maioria, como instrumento de dominação e discriminações das minorias, pondo em xeque o conceito moderno de tolerância, enquanto pauta restrita à afirmação das liberdades de convicção e expressão, nos limites dos valores ocidental-cristãos.

O projeto de tolerância do humanismo da ilustração, de fato, desenvolvido com afeto nos séculos XVIII e XIX, foi se extinguindo na crise de confiança na força da racionalidade (Cabedo Manuel, 2008, p. 198). No século XX, a ideia de tolerância tenta se resguardar na tese da liberdade igual para todos (Cabedo Manuel, 2008, p. 198), pressuposto lógico da justiça como equidade (Rawls, 2000, p. 230). O princípio da tolerância foi, para os liberais, um instrumento retórico de salvaguarda da pluralidade religiosa e política na dimensão de universalidade da cultura judaico-cristã. Todo o problema da intolerância para com os intolerantes ficava, assim, resumido a uma questão de garantia do “interesse geral na segurança e ordem pública” (Rawls, 2000, p. 223-235), na medida em que somente a insegurança das liberdades individuais e das instituições de liberdade autorizaria os tolerantes a restringir a liberdade dos intolerantes (Rawls, 2000, p. 2239). O discurso liberal da tolerância sofre censura exatamente por seus efeitos repressivos e por seu caráter negativo. A tolerância passiva e imparcial, mantida no mundo da contemplação e da abstração do pensamento, e incapaz de transportar-se à esfera das ações, não tem funcionalidade num tempo em que salvar a dimensão de universalidade da cultura judaico-cristã, sem negar as especificidades das diferenças (Zarka, 2002, p. VIII), perdeu todo seu sentido, em face da diversidade cultural e do repúdio à pretensão “civilizatória” da cultura ocidental.

No debate liberais *versus* comunitários, a perspectiva comunitária dirige suas críticas à liberdade dos modernos, conquistada na emancipação das amarras morais e culturais da sociedade ocidental como questão da afirmação da identidade pessoal, ao negar que a definição da identidade pessoal pode resultar apenas da posição sobre questões morais ou espirituais, insistindo na identidade pessoal como referência a uma

comunidade definida, posto ser a dimensão comunitária da cultura a condição para a inteligibilidade da identidade das pessoas, sendo impróprio o divórcio liberal entre comunidade de origem e afirmação da identidade pessoal. A recuperação da dimensão comunitária da vida social e política numa sociedade multicultural é uma questão complexa que ultrapassa, em muito, segundo os comunitários, os problemas de convicção moral ou espiritual de uma sociedade puramente plural (Taylor, 1993), situando-se nas dificuldades da coexistência de diversas culturas na mesma sociedade. Nesse diapasão, o princípio da tolerância, como problema de convicção, apenas tem sentido numa comunidade puramente plural, porém tem função reduzida numa sociedade multicultural, cujo objeto de conflituosidade não se resume às questões de crença, e sim às disputas pelo reconhecimento e pela identidade do indivíduo e dos grupos (Martínez de Pisón, 2001, p. 127) no espaço de sua cultura. No âmbito do pensamento dos comunitários, a tolerância é, portanto, parte do passado da história dos direitos e da democracia, constituído pela luta por reconhecimento das liberdades individuais de consciência ou expressão nas sociedades pré-constitucional, mas perdeu seu sentido de ser com o reconhecimento constitucional dos direitos, sendo a invocação do princípio da tolerância, nesse contexto, desapeço para com o amparo dos direitos positivados.

A crítica dos comunitários é pontual ao argumentar a incompatibilidade entre a linguagem da tolerância – liberatória – e a do direito – coercitiva –, negando, assim, à tolerância o caráter de direito fundamental ou princípio político-jurídico, no sentido de não haver direito ou postulado jurídico à proibição à intolerância ou à afirmação de uma cultura de tolerância, e que as questões postas como de tolerância são resolvidas, juridicamente, no âmbito da proteção constitucional das liberdades de convicção e pensamento e do princípio da igualdade, sendo desprovida de qualquer sentido ou utilidade, para o direito, a invocação de um princípio ou direito de tolerância (Lucas, 1996). Considera o problema atual das diferenças de identidades – raciais, culturais, linguísticas – “toleráveis” erro de enunciação, por serem as diferenças que constituem a identidade, e, por tal razão, o que a tolerância tenderia garantir precisamente seria a diferença em si mesma como elemento de identidade das pessoas e dos grupos; porém, segundo o juízo de Javier de Lucas, a solução do problema da identidade não está na tolerância, mas na

igualdade⁴, mormente porque o Estado não poderia interferir em problemas éticos ou definir normativamente as fronteiras da identidade (Lucas, 1996, p. 154).

A questão sobre o sentido de se falar de tolerância como princípio jurídico, exposta por Javier de Lucas (1996), revela que os comunitários são mais liberais do que pensam. Ao se manterem fieis ao conceito negativo de tolerância, restrito ao âmbito da contemplação e da abstração do pensamento, e incapaz de transportar-se à esfera das ações, negam a tendência à proteção jurídica da diversidade sexual, étnica, religiosa, ideológica e política pela outorga de direitos coletivos e individuais de tolerância, os quais não se confundem e mantêm, em certos casos, conflituosidade com as liberdades de convicção e pensamento de caráter discriminatório. O problema intercultural não se resolve, como pretendem os comunitários multiculturalistas, pelo simples reconhecimento da isonomia axiológica entre culturas distintas, mas, fundamentalmente, pelo diálogo interpessoal entre indivíduos de culturas diferentes e, mais ainda, pelo acesso individual à própria diversidade cultural, como condição para o exercício da liberdade de pertencer a uma cultura, de assimilar novos valores culturais ou, simplesmente, se reinventar culturalmente. Aliás, o reconhecimento da isonomia axiológica entre culturas é importante, não porque limita a individualidade a uma estrita visão antropológica que projeta a condição humana ao círculo concêntrico da cultura do agrupamento familiar e social a que pertence o indivíduo, mas porque liberta, ao dar amplitude de opção cultural que, transcendendo a esfera de identidade individual como simples parte de uma cultura, dimensiona a individualidade no campo da liberdade – da liberdade de criar a si mesmo. Por fim, a passagem para a democracia não-totalitária, ou seja, democracia

⁴O fundamento da Corte Européia de Direitos Humanos na decisão do pleito n. 44774/98 de Leyla Sahin contra o ato de banimento da Universidade de Istambul, proibindo estudantes femininas do curso de obstetrícia de usarem o véu durante as aulas, sob o argumento de que a não há “liberdade de escolha incondicionada porque o uso do véu surgiu como imposição de um sistema baseado na desigualdade e opressão do sexo feminino” (Fachin, 2009, p.191-2), revela a invocação do princípio da igualdade sexual como argumento a favor da restrição da liberdade religiosa da estudante Leyla Sahin, ou seja, do seu direito de ser diferente diante da introdução, de influência ocidental, da política do secularismo na Turquia, demonstrando a possibilidade de conflito discursivo entre o princípio da igualdade – utilizado como definição normativo da fronteira aceitável da identidade – e o direito à diversidade – enquanto garantia da diferença em si mesma considerada como elemento de identidade pessoal e cultural.

na e para a diversidade, decorre, justamente, da sensibilização do político e da democratização do espaço pessoal, antes preso à teia indizível do monismo cultural ocidental, tornando-se papel do Estado as condições de acessibilidade à diversidade cultural, enquanto ambiente imprescindível à autogestão da identidade pessoal.

A afirmação de que o “pessoal é político” (Costa, 2009, p. 53), nas décadas de 60 e 70, significou um salto qualitativo no conceito de política. A consciência marcuseana, com perdão da palavra, propiciou a revalorização do conceito de prazer, como matriz psicológica da felicidade e da liberdade. Nega-se o pressuposto da modernidade de que o desenvolvimento das condições humanas em geral exige a subordinação das forças irracionais, ainda presentes no ser humano, à razão, tornando imprescindível a substituição do princípio do prazer pelo princípio da realidade, como forma de elevar-se da condição animal à humana (Marcuse, 2001, p. 120-1). Propõe o emergir de ser humano pós-moderno – o ser sensível (Marcuse, 1981a, p. 67), deslocando o político para o pessoal. Valoriza-se a superação de um estágio patricêntrico-aquisitivo, em direção à reivindicação de felicidade, além dos limites modernos de seu controle, e da exposição e desmontagem dos tabus morais (Marcuse, 1981b, p. 207-210), no pleno reconhecimento da existência de necessidades pós-aquisitivas (Alonso, 1994, p. 586). Essas condições existenciais de liberdade e felicidade, antes reduzidas e reprimidas ao campo da individualidade e da intimidade, estranho ao político, foram sendo trazidas para o coletivo por novos movimentos sociais, formados por grupos ou organizações de direitos civis, e postas no âmbito político como reivindicação de ações afirmativas de novas demandas sociais por necessidades pós-aquisitivas. A substituição do modelo de regulação do Estado Social, preocupado com ideias de relações de classes (capital-trabalho), por um modelo de liberdades pessoais, desloca a antiga preocupação do modelo keynesiano com o crescimento econômico e o pleno emprego, para novas demandas sociais, que: a) pôs em crise a própria distinção clássica entre direito público e privado (Perlingieri, 2007, p. 53); b) deu destaque especial à valorização da dignidade humana, à não-segregação, à liberdade sexual e à diversidade étnica, identificando-se “o pessoal e o político”. Nos anos 80 e 90, ocorre uma retração social e uma busca alternativa por caminhos de afirmação da individualidade humana,

como crítica ao coletivismo opressor e à revalorização da dignidade da pessoa humana e do respeito à diversidade cultural e à pluralidade social, favorecendo, ainda mais, novos conceitos de liberdade e democracia, implicativos da emancipação dos sentidos e da existencialidade na diversidade.

Nesse contexto, o direito, com expressão das liberdades negativas e positivas, alcança, na discursiva pós-moderna, um sentido técnico-linguístico. O direito de defesa é o modo de garantia jurídica das liberdades negativas em face do Estado e consiste no direito de exigir que o próprio Poder Público se abstenha de eliminar ou prejudicar uma posição jurídica (Canotilho, 2008, p. 40 e 76) no mundo, referente ao exercício de dada esfera da autonomia pessoal. O direito à proteção é a forma de garantia jurídica das liberdades negativas mediante o Estado e representa o direito de invocar a proteção deste perante a agressão (Canotilho, 2008, p. 76), interferência ou intervenção de terceiro (Alexy, 2002, p. 431), que venha a suprimir, embaraçar ou danificar uma posição jurídica no mundo, concernente ao exercício de dada esfera da autonomia pessoal. O direito à prestação, no sentido formulado por Alexy (2002, p. 4820), é a forma idônea de tutela das liberdades positivas em face do ou mediante o Estado. As tutelas das liberdades positivas em face do Estado, ou seja, direitos à prestação direta ou vertical, constituem-se no direito de exigir uma prestação ao poder público, no sentido de corrigir uma condição de vulnerabilidade que impeça sua acessibilidade concreta a dada posição jurídica, por redução ou eliminação de suas oportunidades de autodeterminação. As tutelas das liberdades positivas mediante o Estado, isto é, direito à prestação indireta ou horizontal, consistem no direito de invocar a mediação coercitiva do Estado com a finalidade de obter uma prestação de terceiros, no sentido de corrigir uma condição de vulnerabilidade que impeça sua acessibilidade concreta a dada posição jurídica, por redução ou eliminação de suas oportunidades de autodeterminação. Ademais, a efetividade judicial de tais direitos pressupõe direito de acesso à justiça, enquanto categoria dos direitos à organização e procedimento, a qual compreende o direito a instrumentos jurídicos, procedimentos judiciais e administrativos e organização de competência destinada a dar efetividade à tutela concreta das liberdades fundamentais.

A democracia, de outro modo, como bem salientou Alain Touraine (2000, p. 90), há muito deixou de dizer respeito às regras do jogo político para se transformar na força viva de construção de um mundo mais vasto e diferenciado possível, apto a conjugar tempos passados e futuros, afinidades e diferenças, meios sociais imprescindíveis ao desenvolvimento da autenticidade e da individualidade de cada pessoa. O espírito democrático desenvolve-se na diversidade e estabelece o diálogo na pluralidade. Diversidade é a semente inesgotável da autenticidade e da individualidade humana, que se expressam na subjetividade da liberdade pessoal. Mas a condição de ser livre, ou seja, de desenvolver a autenticidade e a individualidade, pressupõe o contexto da diversidade, somente atingível, em termos políticos, no âmbito do espírito democrático. Círculo que demonstra a intimidade e interdependência entre democracia e liberdades fundamentais. Liberdade em duplo sentido: como o respeito e a aceitação das diferenças individuais e coletivas como dever de solidariedade e compromisso com as condições para a liberdade de todos, o que implica garantia do direito à não-discriminação e do direito a políticas afirmativas, enquanto formas de manifestação do direito à diversidade, as quais representam novos padrões de proteção jurídica, a ensejar a acessibilidade às condições materiais, sociais, culturais e intelectivas, imprescindíveis à autodeterminação individual, denomináveis direito de acessibilidade (liberdades positivas), requisito primeiro para o pleno exercício das liberdades de escolhas (liberdades negativas). O que acarreta democracia não-totalitária⁵, ou seja, que não se sustenta com base em uma “liberdade” de escolhas pré-fabricadas (Marcuse, 1981a, p. 23) por fatores de exclusão social ou condicionamento cultural assentado na exigência de um mínimo de homogeneidade, os quais tornam a dignidade humana uma quimera⁶. Ou melhor: democracia do diálogo na diversidade.

⁵ O conceito de democracia totalitária tem certa aproximação do sentido dado por Hannah Arendt (2004, 96) à locução sociedade totalitária, enquanto expressão da imposição de uma “verdade monolítica”, ou seja, “todas as manifestações públicas, culturais, artísticas e eruditas, e todas as organizações, os serviços sociais e de bem-estar, até os esportes e o entretenimento, são ‘coordenados’”. De outro modo, o conceito de democracia totalitária guarda pertinência com o termo fascismo social formatado por Boaventura de Souza Santos (2008, p. 333-7), enquanto elemento de exclusão e *apartheid* social, privação da acessibilidade concreta, geração de ansiedade e insegurança e exclusão de espaços de debate democrático, via privatização ou tecnologização das funções originárias das instituições políticas – normatização e coação.

5. Papel do juiz constitucional na pós-modernidade

Isso tudo implica debate acerca do papel que o juiz constitucional vai desempenhar em sua função de assegurar as condições de diversidade e pluralidade, que, no campo político, fomentam a democracia e, no âmbito social, permitem o desenvolvimento da autenticidade e da individualidade da pessoa humana. A pós-modernidade, ao situar o problema da interpretação e da concretização do direito no campo da linguagem e da aceitabilidade ou razoabilidade discursiva, conduz à crise da teoria analítica do direito, ao revelar este como um mundo de signos criados por atos linguísticos expressos por legisladores, juizes e servidores, e construído por significados, a eles atribuídos, pelas interpretações dadas por operadores do direito e juristas (Ferrajoli, 2005, p. 33). A crença no método analítico-linguístico e fé na lógica da construção conceitual e teórica do direito desmontam-se e, como elas, a ilusão kelseniana e bobbiana na teoria pura ou formal do direito, enquanto ciência “avalorativa” ou descritiva (Ferrajoli, 2005, p. 47). Abre-se um importante espaço para a compreensão de que: a) se não mais pode legitimar a função do juiz constitucional no âmbito restrito da discursiva normativa, e b) o magistrado, como todos os operadores de direito, desempenha um papel estratégico, pró ou contra, na consolidação gradativa das liberdades negativas e positivas e na construção de uma democracia não-totalitária, que pressupõe a formação de uma sociedade na e para a diversidade.

Estudos de ciência política e jurídica, que passam a se preocupar com o caráter político dos tribunais constitucionais no século XX, contribuíram como problema teórico-metodológico da aceitabilidade das decisões

⁶A falsa noção de liberdade, que tem confundido a ideia de poder, principalmente o econômico e o privado, como reconhece o próprio Luigi Ferrajoli (2005, p.178), com a noção de liberdade, desprezando sua real antinomia e construindo, já na primeira fase, o sistema de proteção ao poder individual ou privando em nome da tutela à liberdade, não permite a percepção cristalina de que, existencialmente, todo direito fundamental é um direito à liberdade. Os direitos sociais, ambientais, informativos, entre outros, nada mais são que direitos à acessibilidade às condições existenciais para o desenvolvimento pleno da liberdade. O que precisa ser compreendido é a nítida separação e oposição entre as ideias de liberdade e poder, o que é fundamental para a construção do conceito pós-moderno de direito fundamental, enquanto técnica jurídica de efetivação das liberdades fundamentais, negativas ou positivas, como institutos desprovidos de qualquer sentido ou atributo de garantia de poder sobre o outro ou sobre a natureza.

jurídicas como um fenômeno político. O marco histórico da questão foi a crítica do realismo jurídico norte-americano, no final do século XIX e início do XX, que toma força com o advento do debate acerca da legislação do *New Deal*, rompendo com a tradição do formalismo jurídico que vigorava, até os anos 30 do século passado, na Suprema Corte Norte-Americana, o qual vinha considerando inconstitucionais leis estaduais de proteção ao trabalho e de regulamentação econômica sobre a fundamentação clássica da aplicabilidade lógico-dedutiva do princípio de *due process of law*, contido na 14ª Emenda como expressão da garantia à liberdade e à propriedade de empresa. O realismo jurídico, ao descrever a incorporação de metas e de padrões políticos nos julgamentos dos tribunais (Holmes, 1995, p. 60), revelou a íntima relação entre a racionalidade das decisões judicial e política – convicções, ideologias e preconceitos que formam o espírito dos juizes (Frank, 1970, p. 108) –, nos aspectos: a) do processo mental de tomada de decisão; e b) da justificativa discursiva.

O problema do aspecto político do processo mental de tomada de decisão judicial propicia, inicialmente, dois modelos explicativos: a) o atitudinal, e b) o de interação estratégica. O modelo atitudinal definia as decisões judiciais como um conjunto de fatores normativos e, principalmente, pessoais, decorrente de forças políticas subjacentes e profundas, mormente os preconceitos, treinamentos e princípios políticos, que, afetiva e cognitivamente, influenciam o processo de julgamento judicial e alimentam a construção de valores políticos e interpretação legal. Dá-se ênfase ao seu aspecto comportamental, ao explicar a tomada de decisão dos tribunais apenas como decorrência das preferências individuais dos magistrados (Maltzman; Sprigs; Wahlbeck, 1999, p. 44-46) por determinados resultados de política pública, permitindo a aplicação de um método quantitativo (Segal; Spaeth, 1993, p. 65), que situa as preferências políticas numa escala de padrões de votos que vai da posição mais liberal à conservadora (Clayton, 1999, p. 24-5). O modelo da interação estratégica reconhece, na alteração ou acomodação dos votos dos magistrados, um comportamento tipicamente estratégico, no qual os juizes, apesar da intenção natural de virem suas preferências políticas refletidas no direito do caso, são atores estratégicos. Como tais, sabem que o processo de tomada de decisão judicial é decorrente de um contexto de interação institucional, no qual a afirmação ou negação de seu ponto

de vista depende da ação de outros atores políticos – os seus pares nos tribunais, o Congresso Nacional, a opinião pública etc. Ações que refletirão na determinação final de seu voto, sendo, pois, as decisões jurídicas não a simples somatória da preferência pessoal dos magistrados, mas, essencialmente, o decurso da interdependência e interação do âmbito de certo quadro institucional (Maltzman; Sprigs; Wahlbeck, 1999, p. 46).

A partir do final dos anos 70 do século passado, como dissidência do movimento *Critical Legal Studies*, o problema do processo de tomada de decisão judicial passa a ser analisado sobre nova ótica – a **perspectiva cultural ou pós-moderna**, que dá realce ao papel construtivo do direito e tem as decisões jurídicas como um repertório de estratégias e estruturas simbólico-discursivas, o qual recria, cognitivamente, o real a partir de um conjunto de convenções indeterminadas, pluralistas e contingentes, oriundas das dinâmicas das práticas sociais, que têm no processo judicial uma de suas instâncias ou espaços institucionais de composição artificial de interesses, no qual a necessidade e os valores de um grupo social prevalecem em detrimento de outros grupos (McCann, 1994, 46). Nesse contexto, os processos judiciais são produtos de um conjunto de estratégias discursivas levado a cabo – conforme as normas, convenções e práticas aceitas por uma comunidade de juristas – não apenas pelos magistrados, mas por grupos sociais, em sua representação (demanda) individual ou coletiva, no interior das instituições judiciais. A tomada de uma decisão judicial não é, assim, simples decorrência das preferências individuais dos juizes ou, exclusivamente, de suas estratégias pessoais, em sua interação institucional, mas, antes de tudo, um diálogo construtivo do direito, enquanto cultura intersubjetiva, compartilhada de símbolos, mitos e convenções produzidas pelos jogos estratégicos dos conflitos sociais, de modo que a distinção entre instituições parlamentares e judiciais é muito mais procedimental e discursiva do que funcional. A decisão judicial é tão política quanto a decisão parlamentar. A diferença é que, enquanto a decisão parlamentar enseja uma discursiva política sobre os valores e interesses em jogo, que se consolida em uma ponderação artificial em termos normativos, a decisão judicial produz uma discursiva própria que justifica, em linguagem jurídica, uma ponderação imediata dos mesmos valores e interesses, agora postos no jogo das demandas processuais individuais ou coletivas, a partir do texto normativo proposto pelo legislativo (ou executivo), o ponto de partida do processo de recriação

interpretativa do direito, no qual se estabelece, na hierarquia das competências jurisdicionais, um consenso artificial e, muitas vezes, precário, a condicionar, enquanto referencial ou precedente, a discussão da comunidade jurídica e o debate nas decisões judiciais subsequentes.

Nesse cenário, a discursiva jurídica abdica-se do corte formalista da teoria analítica do direito e manifesta-se através de um corte operacional (Machado, 1963), nega natureza metafísica ao direito e o compreende como fenômeno histórico e produto da cultura humana, situando a estratégia da reconstrução da retórica constitucional na “intencionalidade axiológica do homem como agente da história” (Reale, 1968, p. 93). Nesse diapasão, a reconstrução da retórica constitucional pertence ao plano operacional e compreende um mapa estratégico que se depara, de um lado, com o extrato axiomático composto de princípios que valem em si mesmo enquanto centro do projeto ideal da civilização e, de outro, com os limites postos em forma de regras jurídicas, pela representação política, na expressão de um momento das culturas concretas e históricas da sociedade. O papel da estratégia de reconstrução da retórica constitucional é o de mediador entre a intencionalidade normativa dos preceitos axiológicos originários do projeto abstrato e ideal de constitucionalismo pós-moderno e a intencionalidade axiológica imediata e contingente de um dado estágio da cultura política e social, expressa em leis, atos normativos e decisões judiciais. De um lado, o ideal de liberdade de ser para si e de poder ser diferente e o da inevitável responsabilidade individual e coletiva de solidariedade e engajamento para com a acessibilidade aos meios de superação das condições de vulnerabilidades, impeditivos da liberdade de todos, de ser para si e de poder ser diferente, em busca da construção de um mundo na e para a diversidade. Do outro, o egocentrismo, a prepotência metafísica, a tirania da normalidade, os interesses privados e as vaidades particulares que permeiam as decisões parlamentares, administrativas e, até, judiciais e as transvestem, na discursiva dos políticos ou juristas, em conceitos vagos, indeterminados e emocionalmente simbólicos de interesse público, eticidade, moralidade, dignidade, vontade popular etc. A quem ou ao que servir é, sem dúvida, o dilema diário dos tribunais e dos seres humanos que os compõem, na angustiante e difícil tarefa de mediação entre a vocação do projeto pela liberdade na pluralidade e na diversidade e as contingências da mundaneidade cultural.

Oportuno, contudo, evitar ambiguidades, ressaltando que cada cultura tem uma história cumulativa (Lévi-Strauss, 1976, p. 71-5) de afirmação e solidificação de certos valores – elos de sua unidade cultural. O significado atribuído a tais valores vai gravitando de um conceito operacional a outro, em busca da congruência histórica e precária entre valores e relações sociais, em contínua expansão conceitual, que permite a cada etapa a ampliação concreta das liberdades, igualdades e espírito de fraternidade⁷. Tal extrato axiológico é inerente à constituição das sociedades ocidentais e somente tem validade e sentido nestas civilizações. A evolução de uma sociedade é o caminho que ela faz da flexibilidade à inflexibilidade da efetividade do extrato axiológico fundamental, por ela idealizado no início de sua formação, numa tentativa de esgotar todo o sentido conceitual de seus valores na gradual realização do seu modelo axiológico primário. E as sociedades ocidentais modernas não esgotaram seu círculo de vida enquanto seus ideais (seus critérios de validade histórica) de liberdade individual, igualdade geométrica e fraternidade filantrópica subsistiram “em seu conteúdo ainda irrealizado” (Marcuse, 2001, p. 91). A dualidade entre os pilares (Santos, 2008, p. 31) da regulação – expressão dos interesses concretos – e da emancipação – expectativas axiológico-utópicas – não fica restrita à modernidade, mas vai tomando outras formas na pós-modernidade enquanto fase de transição conclusiva do projeto ocidental e ponto de partida para um novo projeto. A “nova arquitetura de direitos humanos” (Santos, 2008, p. 463), seja lá como ela será, há de ser construída, a partir da pós-modernidade, no reconhecimento dos direitos universais à diversidade e à acessibilidade, os quais têm na democracia não-totalitária sua *conditio sine qua non* de desenvolvimento existencial. A função da justiça constitucional pós-moderna consiste, justamente, em dar, cada dia mais, passos em direção ao funcionamento e à operacionalidade das instituições que deveriam realizar essas novas ideias e, por contingência histórica e resistência política, as mantém ou irão deixá-las irrealizáveis.

A compreensão da dimensão político-estratégica da jurisdição

⁷Exemplo: o valor das liberdades civis foi posto de início no projeto constitucional ocidental, mas o alcance de seu sentido foi, na afirmação dos direitos cívicos dos anos 60 e 70, do século XX, bem mais amplo que o sentido a ele atribuído nos séculos XVII e XVIII.

constitucional permite uma colaboração no debate central da teoria geral da constituição contemporânea acerca da questão até que “ponto o tribunal constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas” (Habermas, 2003, p. 343), apresentando-se como alternativa a algumas teses correntes: a) a jurisdição constitucional não se diferencia do processo político por ser uma representação argumentativa dos cidadãos, como propõe Robert Alexy (2008, p. 35-6), na medida em que a deliberação parlamentar e a jurisdicional são, na sua forma e medida, discursivas e, em termos concreto e imediato, o discurso político está muito mais próximo de uma representação argumentativa dos cidadãos comuns do que a discursividade jurídica, tanto no formato linguístico como na intencionalidade axiológico-histórica; b) o problema da discricionariedade judicial não pode se resumir à questão da solução dos casos difíceis, como propõe o debate Hart versus Dworkin (Rodríguez, 1997, p. 68-88), o primeiro, partindo da tese da textura aberta⁸, favorece a hipótese da discricionariedade nos casos difíceis (Hart, 1998, p. 176-191), e o segundo, em uma tentativa de distinguir ontologicamente padrões políticos e normativos (Dworkin, 1999, p. 474), vai de encontro à hipótese da racionalidade dos princípios; c) a assertiva de Bruce Ackerman (2006, p. 195) de que não é “próprio à jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e mais elevados valores” e a de que tal tarefa cabe aos cidadãos, nas suas lutas em busca do apoio da maioria, ficando a cargo dos juízes e juristas apenas a preservação destas conquistas, têm a impropriedade de não compreender que tais valores elevados, do ponto de vista da congruência e integralidade conceitual, já estão materializados na intencionalidade normativa dos preceitos axiológicos originários do projeto ideal de constitucionalismo, e que as lutas sociais não os criam, apenas reafirmam, a cada passo, a extensão de alcance e a ruptura com os obstáculos mundanos da política dos interesses; d) a jurisprudência constitucional pós-moderna não deve, tão-somente, compensar o “desnível entre o ideal

⁸Aliás, o próprio conceito de textura aberta da constituição é um conceito operacional, necessário para explicar a mediação entre a intencionalidade normativa dos preceitos axiológicos originários do projeto abstrato e ideal de constitucionalismo ocidental e a intencionalidade axiológica imediata e contingente de um dado estágio da cultura política e social.

republicano e a realidade constitucional” (Habermas, 2003, p. 343), mas sim compensar o desnível entre o ideal discursivo-axiológico – liberdade de ser para si, diversidade e acessibilidade – e a realidade sociocultural e seus reflexos políticos imediatos, contribuindo, sensivelmente, na mediação entre o projeto constitucional de liberdade – ideal emancipador – e os jogos de interesses e limitações culturais imediatas e contingentes de um dado estágio da vida política, social e econômica – expressão do aspecto regulador das legislações e atos normativos –, e e) por fim, o ativismo judicial constitucional não é fenômeno recente nem se constitui numa estratégia neoliberal de neutralização e substituição do marco político do “contratualismo social” pelo marco jurídico e judicial de um “contratualismo individual”, como propõe Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 330); este talvez não tenha percebido que o fenômeno da “jurisdicionalização do político” é apenas um dos novos espaços nos quais se desenvolve o duelo cotidiano entre interesses e preconceitos relutantes, concretizados politicamente na regulação legislativa ou, até, pseudo-técnica, e novos valores emancipatórios em formação no embrionário projeto constitucional pós-moderno, que, longe de reduzir a juridicidade a uma atitude eminentemente individual, a coloca, cada vez mais, no âmbito de processos coletivos e de controle abstrato da normatividade, de modo a transformar a “jurisdicionalização do político” em autêntica “politização do jurisdicional”.

Nesse contexto, pode-se reconhecer que a estratégia da jurisdição constitucional tem uma função de destaque na operacionalidade do conteúdo, ainda irrealizado, do projeto emancipador do constitucionalismo pós-moderno em construção, sendo um importante agente de concretude da proteção às liberdades, concebidas num mundo da diversidade e no âmbito do direito de ser para si mesmo, semelhante ou diferente, e de ter em si mesmo o compromisso inalienável e solidário com o direito de todos serem livres em si e para si, o que somente é possível na sensibilidade de uma democracia não-totalitária. Assim, tem a justiça constitucional papel de relevo na elaboração e afirmação dos novos paradigmas do constitucionalismo pós-moderno e seu projeto arquitetônico de direitos fundamentais emancipadores da liberdade plena de ser para si, da existência na diversidade e da proteção à acessibilidade.

6. Conclusão

O papel da Justiça Constitucional na construção gradual de um mundo de liberdade e democracia é produto de uma estratégia de mediação entre a operacionalidade do projeto de respeito e reconhecimento da individualidade enquanto liberdade de ser para si no mundo, mesmo de modo diferente ou por uma escolha alternativa, que pressupõe a construção cotidiana de um ambiente de sensibilidade e de uma democracia na e vocacionada à diversidade, e a ausência de solidariedade e engajamento para com a acessibilidade aos meios que garantam a superação das condições de vulnerabilidade e a consolidação da pluralidade, decorrente da política de interesses e da intolerância cultural, moral ou metafísica, que impedem, a si e aos outros, de fazer escolha livre e definir caminho próprio de autodeterminação. Com efeito, no angustiante e, muitas vezes, solitário ofício de conciliar o inconciliável, ao operador do direito, mormente ao juiz constitucional, resta a escolha de decidir a quem e/ou a que serve: a) as políticas de interesse ou as almas obscurecidas pela ilusão da segurança forjada sobre dogmas e preconceitos correntes em normas, atos e hábitos político-jurídicos, escravizando-se os outros enquanto escraviza-se a si mesmo (o pilar regulador), ou b) a liberdade incondicionada, dirigindo sua atenção, com sensibilidade e prudência, na formação cotidiana de um mundo composto de iguais e repletas oportunidades de se fazer diferente e ser para si, tornando irrenunciável o dever de lutar, até o último sopro da existência, pelo direito de todos serem para si o que desejarem ser (o pilar emancipador).

Referências

ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, 2006.

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traducción

de Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2002.

ALONSO, L. E. **Crisis y transformación de los nuevos movimientos sociales en un entorno posfordista**. Comportamiento Político y Electoral: Coord: Pilar del Castillo. Madrid : CIS, 1994, (578-631).

ANDRESKI, S. **Las ciencias sociales como forma de brujería**. Versión española de Juan Carlos Curutchet. Madrid: Tarus, 1973.

APEL, K-O. **Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola., 2000.

ARENDT, H. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ATIENZA, M. **La filosofía del derecho argentino actual**. Buenos Aires: Desalma, 1984.

BERLIN, I. **Dos conceptos de la libertad**. In: Anthony Quinton (org.). *Filosofía Política*. Trad. E. L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo : Malheiros, 2007.

BURDEAU, G. **La democracia: el poder del povo**. Texto anexo na obra de: FAYT, Carlos S. *Historia del pensamiento político: la democracia*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974.

CABEDO MANUEL, S. **Filosofía y cultura de la tolerancia**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2008.

CLAYTON, C. **The supreme court and political jurisprudence: new and old institutionalisms**. Supreme Court Decision-Making : New Institutional Approaches. Chicago: Chicago UP, (15-42) 1999.

COSTA, A. A. A. **O movimento feminista no Brasil: dinâmica de uma intervenção política**. Olhares Feministas: Org. Adriana Piscitelli, Hildete Pereira de Melo, Sônia Weidner Maluf e Vera Lucia Puga. Brasília: Ministério da Educação, (51-76) 2009.

DASGUPTA, P. **Well-being and the extent of its realisation in poor countries**. In: The economic journal, vol. 100, n.º. 400, Conference Papers, 1990.

DURÁN Y LALAGUNA, P. **La definición de los derechos humanos**. Manual de Derechos Humanos: coord., Paloma Durán y Lalaguna. Granada: Comares, (29-62) 1993.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

ELIAS, N. **La civilisation des moeurs**. Paris: Calmann-Lévy, 1991

_____. **La dynamique de l'occident**. Paris: Calmann-Lévy, 1975.

FACHIN, M. G. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FAYT, C. S. **Historia del pensamiento político: la democracia**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974.

FERRAJONI, L. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Diaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1970.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HEGEL, G. F. **Filosofia del derecho**. Traducción de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires: Claridad, 1987.

HOBBS, T. **Elementos de direito natural e político**. Tradução de Fernando Couto. Porto-Portugal: Resjurídica.

HOLMES, O. W. **The path of law**. Nova Iorque : Oceana, 1995.

JEFFERSON T. **Escritos políticos (Pensadores)**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril, 1979.

JUSTINIANO. **Institutas do imperador justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla elaborado por ordem do Imperador Flavius Petrus Sabbatius Justinianus**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KINZO, M. D. G. **Representação política e sistema eleitoral no Brasil**. São Paulo: Símbolo, 1980.

LÉVI-STRAUSS, C. **Raça e história**. Tradução de Inácia Canelas. A noção de estrutura em etnologia, raça e história, o totemismo hoje/Claude Lévi-Strauss (Coleção dos Pensadores). São Paulo: Victor Civita, 1976.

LÓPEZ, J. T. **Análisis económico del derecho**. Madrid: Tecnos, 1987.

LUCAS, J. de. **Tolerancia y derecho. ¿Tiene sentido hablar de tolerancia**

como princípio jurídico? Isegoria: Revista de filosofia moral y política, n. 14, 1996 (152-163).

MACHADO, J. B. prefácio da obra de: KELSON, H. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1963.

MALTZMAN, F.; SPRIGGS, J. F.; WAHLBECK, P. **Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to supreme court decision-making**. Supreme Court Decision-Making : New Institutional Approaches, Chicago: Chicago UP, (43-64) 1999.

MARCUSE, H. **Contra-revolução e revolta**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981a.

_____. **Cultura e psicanálise**. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Robespierre de Oliveira e Isabel Loureiro. São Paulo : Paz e Terra, 2001.

_____. **Eros e civilização: uma introdução filo[ofica do pensamento de Freud**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981b.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

MASSINI, C. I. **La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna**. Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 69. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MCCANN, M. **Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization** (Chicago Series in Law and Society). Chicago UP : Paperback, 1994.

MENDES, G. **Pronunciamento na conferência mundial sobre justiça constitucional**. www.stf.jus.br/portal/cms/

verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102159&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N. Terça-feira, 27 de Janeiro de 2009.

MISHAN, E. J. **How valid are economics evaluations of allocative changes.** Journal of Economic Issues, 14, (143-161), 1980.

PEREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife : Renovar, 2007.

PIÇARRA, N. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra, 1989.

PINARD, G. E. **Los derechos humanos en las constituciones del mercosur.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito.** São Paulo: Saraiva, 1968.

RORTY, R. **Verdade e progresso.** Tradução de Dense R. Sales. Barueri-SP: Manole, 2005.

SANTOS, B. de S. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2005.

SARTRE, J. P. **O existencialismo é um humanismo.** Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução de Rita Correia Guedes. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H.J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

SMITH, A. **Teoria dos sentimentos morais**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TAYLOR, C. **El muticulturalismo y la política del reconocimiento**. México: FCE, 1993.

TOURAINÉ, A. **Igualdade y diversidad: las nuevas tareas de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

VIEIRA, D. A. **Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição para o debate liberais versus comunitários**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WEBER, M. **O estado nacional e a política econômica**. Weber: Sociologia, Org: Gabriel Cohn; Coord: Florestan Fernandes. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo : Ática, 1986.

WEIL, E. **Filosofia política**. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1990.

WIMMER, M. **Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 5, n. 20, out/dez, 2007, (183-207)

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Mariana Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZARKA, Y. C. **La tolérance ou comment coexister: anciens et nouveaux enjeux**. Les fondements philosophiques de la tolerance (tomo I, Etudes), Paris: PUF, 2002.

Ministério Público no Brasil: uma história de conquistas

Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro*

RESUMO

O presente artigo versa sobre o surgimento do Ministério Público no mundo e no Brasil, a conquista de suas diversas atribuições, os principais nomes, datas, fatos e desafios.

* Promotora de Justiça no Estado do Tocantins, Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Albert Einstein, Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

1. Introdução

O Ministério Público como órgão encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis é instituição recente.

Neste ensaio, pretendemos estudar seu aparecimento e crescimento no Brasil. Faremos uma análise do tratamento dispensado ao Ministério Público no decorrer de todas as Constituições brasileiras para, por fim, chegarmos à Carta Política de 1988.

Percorreremos todo esse caminho para tentarmos descobrir por que o Ministério Público tem tanta credibilidade em nossos dias, sendo o último refúgio dos cidadãos na solução de suas mazelas pessoais e comunitárias, e por que há tantas propostas legislativas tentando desnaturá-lo, reduzindo suas atribuições.

Observaremos que ao longo do tempo, há marca comum: sempre que se inaugura um regime totalitário, sobrevém um atentado contra o Ministério Público.

2. O Ministério Público na história mundial

Há autores que procuram a origem do Ministério Público no antigo Egito, na histórica figura do funcionário real que era a língua e os olhos do rei, chamado de *Magiaí*, os quais tinham as funções de castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro e perseguir o malvado e o mentiroso (MORAES, 2005, p. 536), eles eram como o “*marido da viúva e pai do*

órfão' (CAMPOS, 2004, p. 23).

Justificam também as origens do Ministério Público nos *Éforos* de *Esparta* ao exercerem a acusação, nos *Gerneiner Anklager* da Alemanha ou mesmo nos *thesmotelis* ou *tesmátetas* grego, antigo acusador público.

Outros dizem que o Ministério Público surgiu em Roma com os *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris*, encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador.

Ainda são encontradas raízes do órgão na Antigüidade Clássica, na Idade Média e no direito canônico.

Se não há consenso sobre a origem remota, por certo que a origem próxima do Ministério Público deu-se na França, quando o rei Felipe IV criou o *Parquet*.

A figura do procurador da Coroa existiu em Portugal, já sob o reinado de Afonso III, em 1289. Igualmente, em 1387, o Rei Don Juan I criou *El Ministerio Fiscal* que guardava certa semelhança com o Ministério Público atual.

Por outra quadra, Ricardo Ferreira Sacco, citando Marques, 1996, afirma que quando o Ministério Público foi regulamentado, já existia e agia perante a sociedade, vejamos:

Mas o que pode se inferir é que o Ministério Público se revelou primeiro por sua ação, sendo que, quando as ordenanças francesas dele se ocuparam, a instituição já estava em pleno exercício (SACCO, 2008, p. 52).

Em 1302, a Ordenança de Felipe IV, rei da França, "O Belo", determinou que os seus procuradores prestassem juramento igual ao dos juizes, proibindo-lhes outras funções que não as concedidas por ele.

Já em 1690, há registro de um decreto na França que atribuía vitaliciedade aos agentes do Ministério Público.

A Revolução Francesa estruturou o Ministério Público, enquanto instituição, e conferiu garantias a seus membros, tendo o Código de Napoleão difundido o Ministério Público nos diversos estados, dando-lhe o formato que hoje se conhece.

Pois bem, se o Ministério Público, tem sua origem próxima na França, adquiriu seus traços definitivos com a Revolução Francesa.

Já a expressão Ministério Público ganhou força na França (*Ministère*

Public) quando os procuradores do rei falavam do seu próprio mister ou ministério e acrescentavam o adjetivo público para explicar os interesses que deveriam defender.

3. O Ministério Público no Brasil

Após a descoberta do Brasil, as leis de Portugal regiam suas colônias e órgãos. Desse modo, nosso estudo deve se iniciar pelas terras colonizadoras.

Em Portugal, surge o Ministério Público na figura do Procurador da Coroa no ano de 1289. Estes, durante as Ordenações Afonsinas (1446), foram substituídos pelo Procurador dos Nossos Feitos (SACCO, 2008, p. 53). Contudo, foi nas Ordenações Manuelinas (1521) que surgiu o *Promotor de Justiça*. Sendo que as Ordenações Filipinas (1603) estruturaram as funções do Procurador dos Feitos da Coroa, do Procurador da Fazenda, do Promotor da Justiça da Casa da Suplicação e do Promotor da Justiça da Casa do Porto (MAZZILLI, 1995, p. 7).

Segundo Octacílio Paulo da Silva (1991, p. 06):

...grande parte do Brasil-colônia e parte do Império foram regidas pelas Ordenações Manuelinas, em cujos Título XI e XII do Livro I se compeliram as obrigações do Procurador dos Feitos, do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e dos Promotores de Justiça da Casa Civil.

Em breve resumo, pode-se dizer que na legislação portuguesa a figura do *Promotor de Justiça* existia desde as Ordenações Manuelinas. Mas, é comum afirmar que, no Brasil, a figura do Promotor de Justiça surgiu em 1609, quando foi regulamentado o Tribunal de Relação da Bahia (por meio do Alvará de 07 de março de 1609). Naquela época, existia o Procurador dos Feitos da Coroa e o Promotor de Justiça (ARAÚJO, 2005, p. 394).

3.1. O Ministério Público nas diversas Constituições Brasileiras

3.1.1. Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (sic)

Tal Carta Política foi outorgada em 25 de março de 1824, sob a influência do liberalismo francês, da Revolução Portuguesa de 1820 e da proclamação da independência do Brasil em 1822.

Nela os poderes foram divididos de forma quadripartite, isto é, além dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, foi criado o Poder Moderador, que agia acima dos demais poderes, podendo dissolver a Câmara, escolher senadores, suspender juizes e escolher Ministros de Estado.

Visconde de Ibororai (Joaquim José Rodrigues Torres), citado por José Afonso da Silva, dizia que no sistema inglês “*o Rei reina, mas não governa*” e que aqui, à época, “*o Rei reinava, governava e administrava*” (SILVA, 2006, p. 76).

Nessa Constituição Imperial foram criados o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, tendo sido nomeados os Desembargadores e os Procuradores da Coroa (como representantes do Ministério Público, reconhecidos como “*Chefes do Parquet*”, de livre nomeação e exoneração).

A Constituição Imperial de 1824 não se referiu expressamente ao Ministério Público, sendo a persecução penal atribuição concorrente da Câmara dos Deputados e do Procurador da Coroa. Sob o seu manto foi editado o Código de Processo Penal do Império (1832) que, pela primeira vez, previu a figura do Promotor de Justiça atuando nas comarcas, ao dispor sobre o “promotor da ação penal”.

Por seu turno, a lei do ventre livre estabeleceu que ao Promotor de Justiça caberia a defesa dos fracos e indefesos, bem como dos filhos livres de mulheres escravas.

As funções do Ministério Público ficavam a cargo dos Procuradores da Coroa, com previsão legal no artigo 48 da Constituição de 1824: “art. 48: No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional” (Brazil, 1824) (sic).

Posteriormente, o Decreto n.º 120, de 21 de janeiro de 1843, refere-se à regulamentação do Ministério Público, afirmando que os promotores seriam nomeados pelo Imperador do Município da Corte e pelos

Presidentes nas Províncias, por tempo indefinido, e serviriam enquanto houvesse conveniência de sua conservação no serviço público

Em 1876, com a Consolidação Ribas, surgiu na segunda instância o Procurador da Coroa.

Durante a Primeira República, Campos Sales foi considerado o baluarte da independência do Ministério Público no Brasil e o patrono do órgão.

Destacamos a importância de 02 (dois) dispositivos legais: Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890 e Decreto n. 1.030 de 14 de novembro de 1890.

3.1.2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Com a proclamação da República Federativa do Brasil, em 15 de novembro de 1889, a primeira norma jurídica do movimento republicano foi a edição do Decreto n. 01, redigido por Rui Barbosa que criou provisoriamente a República Federativa, com as províncias sendo transformadas em Estados. Em seguida, foi criada uma Comissão para elaborar a nova Constituição, que por ter sido composta por 05 (cinco) membros, ficou conhecida como “Comissão dos Cinco”.

Quanto aos poderes, volta-se à Teoria Tripartite de Monstequieu (Charles-Louis de Secondat, 1689-1755), influenciado por Aristóteles e John Locke, com um Executivo presidencialista, um Legislativo Federal composto por Câmara e Senado e um Judiciário, agora com garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

Do mesmo modo, a Constituição de 1891 fez referência às atribuições do Procurador-Geral e criou o Supremo Tribunal Federal, semelhante à *Supreme Court* norte-americana.

É de se ressaltar que o Decreto n. 848, de 11 de novembro de 1890, publicado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que teve como Ministro da Justiça e vice-chefe do Governo Provisório Rui Barbosa, foi fundamental na definição da instituição Ministério Público, deixando já consignada a independência deste. Vale citar a exposição de motivos do referido Decreto:

O Ministério Público, instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está

representado nas duas esferas da Justiça Federal, depois do Procurador Geral da República vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber. A sua independência foi devidamente resguardada (Brasil, 1890).

Já o Decreto n. 1.030 de 14 de novembro de 1890, como dito anteriormente, é considerado o primeiro diploma legal a tratar do Ministério Público como instituição:

Art. 162 - O Ministério Público era, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito (Brasil, 1890).

Para Ricardo Ferreira Sacco (2008, p. 69): *“é digno de observação o fato de o Ministério Público ter aparecido realmente como instituição ato contínuo à Proclamação da República, haja vista a natureza republicana assumida pela instituição”*.

3.1.3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Promulgada em 16 de julho de 1934 foi a primeira Carta Política a outorgar garantias aos membros do Ministério Público. Além de delinear sua atribuição, trouxe um rol mínimo de prerrogativas funcionais, tais como: estabilidade dos membros, ingresso na carreira através de concurso. Determinou ser o cargo de Procurador-Geral da República de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, tendo vencimentos iguais aos do Ministro da Corte Suprema.

Tratou, por fim, do Ministério Público perante as justiças militar e eleitoral e estabeleceu a competência dos estados-membros para legislar sobre garantias do Ministério Público em nível estadual (artigos 95 a 98) e do “quinto constitucional” (art. 104, § 6º). Lei Federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios e leis estaduais organizariam o Ministério Público nos Estados.

3.1.4. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Um golpe liderado por Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, fechou o Congresso Nacional, extinguiu os partidos políticos e outorgou a nova Constituição.

Por ser uma carta outorgada em plena ditadura retirou o Ministério Público do texto constitucional e do cenário político. Apenas o artigo 99 fazia menção ao Procurador-Geral da República e os artigos 101 e 105 dispunham sobre a competência para processar e julgar aquela autoridade e sobre o quinto constitucional.

Apesar de ter enfraquecido a instituição, neste período foram publicados o Código de Processo Penal, de 1941 e o Código de Processo Civil, de 1939, que tinham diversas normas sobre o Ministério Público e o Promotor de Justiça.

3.1.5. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946

A Nova Constituição pretendia por fim ao Estado autoritário que vigia no país desde 1930, foi uma Carta Republicana, Federativa e Democrática que recupera a independência do Ministério Público.

O Ministério Público foi dividido em federal e estadual; com garantias de estabilidade aos seus membros; concurso de provas e títulos; inamovibilidade; promoção de entrância a entrância.

Todavia, no dia 31 de março de 1964 um golpe militar implantou uma nova ditadura no Brasil, depondo o presidente João Goulart e estabelecendo um governo de militares, por um período de 20 anos.

Direitos políticos foram cassados e diversos cidadãos, dentre eles, juizes e promotores foram exonerados e exilados do país.

3.1.6. Constituição do Brasil de 1967

Promulgada em 24 de janeiro de 1967, nela o Ministério Público passou a ser órgão do Poder Judiciário, mantidas as regras vigentes sobre a instituição e estendidas aos Promotores de Justiça os direitos a

aposentadoria e vencimentos semelhantes ao permitidos aos magistrados, num sistema de paridade.

Sucedeu que em 13 de dezembro de 1968 o governo editou o Ato Institucional n. 5 que suspendeu as garantias da magistratura, do Ministério Público e eliminou a estabilidade dos funcionários públicos.

Logo depois, através da Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, o Ministério Público voltou a integrar o Poder Executivo, o que representou um golpe à instituição.

3.1.7. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Em 1984 uma Assembléia Nacional Constituinte foi instalada com o fim de elaborar a Nova Constituição.

Cidadãos, advogados e membros do Ministério Público se mobilizaram em todo o Brasil para discutirem questões institucionais. Citemos como exemplo, a Carta de Curitiba, firmada após o **I Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público** (junho de 1986) que serviu como documento oficial para reivindicar garantias, direitos e deveres pertinentes ao Ministério Público.

Ficou conhecida como Constituição Cidadã, por ser um estatuto da liberdade e da democracia.

Estabelece o artigo 127 da Constituição da República do Brasil que o Ministério Público é (a) instituição permanente, isto é, não pode ser abolida por emenda constitucional, assim como as Forças Armadas (CHIMENTI, 2001, p. 249); (b) essencial à função jurisdicional do Estado; (c) incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Determinou, ainda, a Carta Magna que leis complementares da União e dos Estados-membros, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, que detém a chefia administrativa da instituição nos estados, devem estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de direitos e deveres da categoria.

De acordo com o artigo 169 da Constituição da República de 1988 compete ao Ministério Público propor ao Poder Legislativo a criação e

extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, tudo para garantir a autonomia funcional, administrativa e financeira do órgão.

Nela o Ministério Público não se caracteriza como um quarto poder nem está vinculado ao Judiciário, ao Executivo ou ao Legislativo, pois na sua essência é órgão da sociedade, logo tem o que se chama de “*status de quase-poder*” (art. 85, II; art. 62 §1º, I, “c”; art. 68 §1º, I; art. 168 da CR/88).

É comum afirmar que, atualmente, os membros Ministério Público são agentes políticos, porque além de gozarem de prerrogativas próprias semelhantes as dos magistrados programam políticas públicas.

E assim, a Constituição da República de 1988, fez do Ministério Público verdadeiro agente de transformação da realidade social, ao assegurar-lhe as famosas tarefas de tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A partir daí o que houve foi um histórico avanço, sendo a lei da ação civil pública recepcionada, passando o Ministério Público de “mão do Rei” para “mão da lei” (TRINDADE, 2008, p. 01).

Para Paulo Bonavides (BONAVIDES apud MOURA JR, p. 350) o Ministério Público “*é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.*”

Consagra a Carta Magna alguns princípios basilares, dentre eles os mais importantes:

Princípio da Unidade - o Ministério Público é um único órgão, sendo as divisões administrativas, mera forma de organização do poder. A unidade é aplicável dentre dos seus diversos ramos, isto é, unidade do Ministério Público Federal e unidade do Ministério Público Estadual, do Trabalho, Militar, Eleitoral, por exemplo. A unidade traduz a identidade do Ministério Público como instituição, tendo um único ponto de comando do que concerne a sua organização administrativa.

Princípio da Independência Funcional - significa que o membro da instituição poderá manifestar-se livremente, sem subordinação nem hierarquia ao Procurador-Geral ou qualquer outra autoridade integrante de qualquer dos poderes, seguindo exclusivamente sua convicção e fundamentando juridicamente suas manifestações.

O chefe da instituição tem apenas hierarquia nas questões administrativas, nunca hierarquia funcional. Ademais, as recomendações do Procurador-Geral de Justiça, das Corregedorias e do Conselho Nacional do Ministério Público, não podem ter efeito normativo e não vinculam os promotores de justiça.

Por conta da independência funcional é possível manifestações processuais conflitantes entre membros do Ministério Público, o que é aceito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Princípio da Indivisibilidade - um membro do Ministério Público pode substituir outro, pois a atuação é do órgão e não do agente, os promotores não se vinculam ao processo, podendo ser substituídos entre si. É possível, da mesma forma, a ratificação de atos oriundos de promotor sem atribuição na área.

A substituição legal, automática (casos de férias, licenças, impedimentos) ou mediante remoção ou promoção visa dar continuidade ao serviço público, sempre através de regulamentação legal prévia, objetiva e impessoal, para evitar violação ao princípio do promotor natural.

Princípio do Promotor Natural - determina que as funções do Ministério Público só possam ser desempenhadas por membros, previamente investidos no exercício do cargo, o que afasta designações impessoais, subjetivas e arbitrárias.

Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira - o Ministério Público tem competência para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos. Bem assim, propor a política remuneratória, os planos de carreira (autonomia administrativa) e orçamento dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (autonomia financeira), nos termos expressos do art. 127, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988.

3.2. O Ministério Público 20 anos após a Constituição Federal de 1988

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, membros do Ministério Público de todo o país vêm tentando reduzir as injustiças sociais: combatendo a corrupção administrativa, a corrupção

eleitoral, a sonegação fiscal, as organizações criminosas, por um viés. E por outro, assegurando os direitos das minorias (portador de necessidade especial, afrodescendentes) e os interesses sociais (respeito ao consumidor, ao indígena, ao meio ambiente sustentável) o que tem causado um grande descontentamento em vários setores sociais, que tentam de todo modo retroceder e diminuir os poderes da instituição.

“O incômodo causado pelo Ministério Público desde sua redefinição pela CF/88, causou pavor em muita gente, tremor em muito corrupto e abalo na Administração Coronelista do interior do Brasil. O ódio acendeu e não demorou uma campanha para amordaçá-lo. (...) A pressão exercida sobre o Ministério Público se converteu em uma espécie de ameaça com a seguinte conotação: ‘se vocês não pararem de denunciar a corrupção neste país; se vocês com esse fervor de juventude, de renovação, de empolgação pela carreira não pararem de denunciar a corrupção, nós vamos votar uma lei que vai obrigá-los a se calar e, por vocês nem as pedras clamarão!’ (VIEIRA, 2003, p. 192 e 194/5).

É pacífico que o Ministério Público tem cumprido o seu papel. Por certo, que existem casos de falhas, abusos, excessos que devem ser punidos pelos diversos órgãos de fiscalização, notadamente Corregedorias e Conselho Nacional do Ministério Público. Todavia, são casos isolados que em nada comprometem o benefício geral da atuação da grande massa de seus membros.

Tentativas, como as da lei da mordaza e a negação do poder de investigação dos membros do Ministério Público, têm sido comum. A tendência de querer calar o Ministério Público é recorrente e condenável. Uma investigação séria e independente é interesse de toda a sociedade, em especial, dos homens de bem, pagadores de seus tributos, do eleitor que merece o acesso à publicidade, devendo o sigilo legal ficar restrito às exceções.

O Ministério Público, como vimos, é um conquista do desenvolvimento da democracia do Estado brasileiro, foi enfraquecido, esvaziado e por vezes ignorado durante as ditaduras, mas voltou com grande força na Constituição Federal de 1988, adquirindo novas funções, destacando a

sua atuação na tutela dos interesses difusos e coletivos. A partir daí é juridicamente vedado o retrocesso, e, factualmente firmada a irreversibilidade

4. Conclusão

Da análise da origem do Ministério Público no mundo e no Brasil, do surgimento de suas diversas funções e da evolução de suas atribuições, de procurador do rei ou defensor dos interesses do monarca a defensor da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis concluímos que, na verdade, o Ministério Público brasileiro contemporâneo encontra-se desvinculado dos demais poderes estatais típicos, tendo tratamento constitucional singular e natureza jurídica própria, por ser órgão da sociedade, isto é, não é poder, mas tem qualidade e atributos de tal.

Observamos que o Ministério Público brasileiro é *sui generis* e um dos mais avançados órgãos de fiscalização e transformação social do mundo, uma vez que possui amplas atribuições (na sua maioria elencadas pela Constituição da República de 1988, marco do Estado Democrático de Direito no Brasil), independência em relação aos demais Poderes e paridade com a magistratura.

Ocorre que 20 (vinte) anos após a promulgação daquela que entrou para a história como a Constituição Cidadã, inúmeras são as tentativas de se reduzir os poderes de Promotores e Procuradores. O que sob o nosso olhar é impossível.

Extinguir o Ministério Público, só através de um golpe de Estado, pois para a Constituição da República é instituição permanente.

Além disso, determina nossa Carta Política que o Ministério Público é encarregado da defesa do regime democrático, logo se a democracia é cláusula pétrea, isto é, se a democracia faz parte daquele eixo imutável da nossa Constituição, é impossível reduzir as atribuições do órgão encarregado de garanti-la.

A democracia, a ordem jurídica, a paz social, a tutela dos interesses difusos, apenas como exemplos, dependem da existência de um órgão independente, autônomo e bem estruturado apto a defendê-las.

Percebe-se da acurada análise da história do Ministério Público brasileiro, que da Constituição da República de 1988 em diante, é vedado

o retrocesso ou reversibilidade, desse modo nenhuma emenda constitucional poderá acoitá-lo arbitrariamente, mas apenas reforçá-lo, aumentar prerrogativas, ampliar hipóteses de atribuições.

Nesta quadra, percebemos que o Ministério Público brasileiro só tem progredido e deve continuar posicionando-se como aliado do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, como valores-mestre do nosso ordenamento jurídico.

Referências

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves, **Estudo sobre o Ministério Público. *Justitia***. Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 45/13.

ARAÚJO, Luiz Alverto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993. 3. v.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline. **Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos**. 1ª reimpressão rev. e ampl. Rio de Janeiro: CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra Política, 1096.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o**

do Governo. In: MOURA JR., Flávio Paixão et al. Ministério Público e a ordem social justa.

BRASIL. Constituição Política Do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 05 de mai 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 07 de mai 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 08 de mai. 2009.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 08 de mai. 2009.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 08 de mai. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 09 mai. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 mai. 2009.

BRASIL. Decreto n. 848, de 11 de novembro de 1890. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>> Acesso em: 10 de mai. 2009

BRASIL. Decreto n. 1030, de 14 de novembro de 1890. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>>
Acesso em: 10 de mai. 2009

CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. **Tese aprovada pelo III Congresso do MP Fluminense**. 1970.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. **A importância do Ministério Público junto ao Consumidor**. Teresina: APMP, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: *Harvard University Press*, 1978, *apud* COMPARATTO, Fabio Konder, **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord.). **Estudos de Direitos constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES, J. A. V. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LYRA, Romero Lallemand (organizador). **Ministério Público**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Acesso à justiça e o Ministério Público**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

- _____. **Introdução ao Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **A mordaza para os membros do Ministério Público.** Acesso em: 20 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/060508021445.pdf>>.
- MILARÉ, Edis (coordenador). **Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos.** 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis.** Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 925. p. 536.
- _____. (coordenador). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.** - - São Paulo: Atlas, 2009.
- NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **20 anos do novo Ministério Público.** Disponível em: <<http://www.mp.mt.gov.br/cma/secure/arquivos/arq797.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2009.
- PEREIRA, Almir de Lima. **O Ministério Público e a Legislação Pátria.** In: *Justitia*, órgão do Ministério Público de São Paulo. p. 208. v. 87.
- SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e o Ministério Público: uma visão panorâmica.** Belo Horizonte: Mandamentos, HC/FUMEC, 2008.
- SALLES, C. A. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público.** In: VIGLIAR, J. M. M. e MACEDO JÚNIOR, R. P. (coordenadores). **Ministério Público II: democracia.** São Paulo: Atlas, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Octacílio Paulo. **Ministério Público**. Sugestões Literárias: 1991.

TRINDADE, Reginaldo Pereira. **O Ministério Público seu poder de investigação e uma recente decisão do STF**, Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB1F6D461-B62F-45DE-8D6A1547B0ABFA1%7D> 6.pdf. Acesso em: 20 de abril de 2009

VIEIRA, Judivan. **O Ministério Público: o 4º Poder**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

O poder de investigação do Ministério Público em face do atual entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional do Ministério Público

Paulo Alexandre Rodrigues de Siqueira*

RESUMO

Este estudo tem por escopo a demonstração da legitimidade da função investigatória criminal pelo Ministério Público a partir do perfil institucional que lhe foi delineado pela Constituição Federal de 1988. A questão é polêmica, e está assentada, basicamente, sobre as seguintes hipóteses: (in)existência de previsão constitucional e legal para o exercício de tal atividade, (in)subsistência de um monopólio da Polícia Judiciária para investigar crimes e (im)possibilidade de o Ministério Público aglutinar as funções investigatória e acusatória. O embate origina-se de diferentes interpretações conferidas a dispositivos da Constituição Federal e da legislação pertinente. A acareação dos pesados argumentos de ambas as correntes de entendimento conduz ao juízo de que o Ministério Público é, sim, órgão legitimado ao exercício de diligências investigatórias no âmbito criminal, atividade, contudo, que há de ser informada por uma necessidade circunstancial e passível de efetivo controle jurisdicional, bem como pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e Conselho Superior do Ministério Público sobre o poder de investigação do *Parquet*.

*Promotor de Justiça Substituto em exercício na Promotoria de Justiça da Comarca de Natividade -TO.

1. Introdução

A criminalidade recrudescer assustadoramente no País e, paralelamente, cresce a impunidade. Os criminosos organizam-se e sofisticam suas estruturas de atuação. Os mecanismos de repressão ao crime já se mostram insuficientes. Vive-se uma imensa confusão social, em que a sociedade se vê fragilizada, pois desprovida de segurança e de confiança nos organismos incumbidos de sua defesa.

A Constituição de 1988 brindou a Nação com uma “nova” instituição: um Ministério Público voltado à defesa da sociedade e de seus interesses. Dotou-lhe de instrumentos suficientes para o cumprimento de tão elevado mister. Dentre eles, a titularidade exclusiva da ação penal, que reservou à Instituição o alto controle da organização repressiva ao crime. O debate que se propõe enfrentar diz respeito justamente às atribuições do Órgão Ministerial no âmbito criminal, especificamente, à realização de diligências investigatórias nessa seara, tema assaz controverso, que tem provocado choques impetuosos de opiniões nos tribunais pátrios. Para enfrentar o assunto, num primeiro momento, realizar-se-á um breve exame sobre o papel institucional do Ministério Público e, em seguida, abordar-se-á a controvérsia acerca da sua legitimidade para investigar crimes. Por fim, ponderar-se-á acerca da permissibilidade legal e jurisprudencial dessa atuação. Ao fomentar este profícuo debate, deseja-se contribuir, minimamente que seja, com a construção de um Estado Democrático de Direito, como aquele proposto pela Constituição Federal de 1988.

2. A legitimidade do Ministério Público para a investigação criminal

O artigo 4º, parágrafo único do CPP admite, claramente, o concurso de autoridades, além da policial, para averiguação de infrações penais. Tal norma foi, aparentemente, recepcionada pela Constituição Federal, pois esta não estabeleceu que as investigações preliminares fossem feitas exclusivamente pela polícia judiciária, e dispôs quais órgãos teriam atribuição de polícia judiciária. No § 4º do artigo 144 da Lei Maior, há a previsão de que, salvo exceções, a investigação criminal seja procedida pela polícia civil. Tal norma não é taxativa. No inciso IV, § 1º, do citado artigo da Constituição está disposto que, em âmbito federal, apenas a polícia federal pode exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, o que não ocorre com a polícia civil dos Estados-Membros. Em sentido contrário, insurge-se a ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, para a qual a investigação policial, tal como a ação penal pública, é um monopólio e deve ser resguardada à polícia judiciária, por ser uma garantia à ordem constitucional.

A discussão jurisprudencial acerca da matéria teve sua perspectiva inicial quando o STF, em decisão de 2002, prolatou acórdão no sentido de que o inquérito realizado pelo Ministério Público é válido. No voto do Ministro Relator Maurício Correia, são discorridas questões acerca da interpretação conjunta do art. 144 com o artigo 129, inciso IX, todos da Constituição Federal, *in verbis*: “BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1517/UF. Relator Ministro Maurício Corrêa. 30 de abril de 1997. Brasília, Diário da Justiça da União, vol. 2092, p. 107, 22 nov. 2002”.

Há, portanto, uma permissividade legal, oriunda de uma interpretação sistemática da Constituição Federal com o Código de Processo Penal no sentido de que o inquérito realizado pela polícia judiciária não é a única forma de investigação criminal existente no ordenamento jurídico brasileiro.

O ordenamento pátrio já consente que outras autoridades, que não as policiais, presidam inquéritos extrapoliciais, tais como: a) o inquérito para apurar infrações ocorridas em áreas alfandegárias (*ex vi* da alínea *b* do artigo 33 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965); b) o inquérito para

apuração de infrações de competência da justiça militar; c) investigações efetuadas pelas CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º do artigo 58 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), as quais têm um maior poder de investigação na apuração de fatos determinados e, na constatação de crimes de competência da Justiça Comum, podem fornecer elementos ao Ministério Público para que este ofereça denúncia; d) investigação por parte do juiz nos casos de infrações em crimes falimentares; e) inquérito para apurar crimes cometidos nas dependências da Câmara dos Deputados ou Senado Federal, cabendo à Casa a instauração da investigação prefacial (Súmula 397 do Supremo Tribunal Federal); f) inquérito instaurado pelo Superior Tribunal de Justiça na apuração de crimes imputados a Governador de Estado, cabendo a presidência ao Relator do feito, o qual deve ser assistido pela Polícia Federal; g) inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público, entre outros.

Com base nessas premissas, o Senado Federal, em uma tentativa de dar respaldo legal a essas reivindicações, estabeleceu, no artigo 4º do Projeto de Lei 3.713/97¹ (visa substituir a Lei 9.034/95 e traz como principais inovações: a definição legal de “organizações criminosas” e a possibilidade do Ministério Público presidir investigações preliminares, ou inquéritos penais, a respeito de crimes organizados), que:

Art. 4º. O Ministério Público, na apuração de crimes praticados por organização criminosa, requisitará procedimento investigatório de natureza inquisitiva e sigilosa, acompanhando-o, a fim de colher elementos de prova, ouvir testemunhas e, ainda, obter documentos, informações eleitorais, fiscais, bancárias e financeiras, devendo zelar pelo sigilo respectivo, sob pena de responsabilidade penal e administrativa.

Inicialmente é de se vislumbrar que tal particularidade só será atribuída ao Ministério Público em casos de investigação de crime praticado por organização criminosa.

¹<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaAvancada.action>

Mesmo assim, o *lobby* feito na Câmara dos Deputados foi suficiente para que tal artigo fosse suprimido do texto original. Inconformada com tal destino, a Associação Nacional dos Procuradores da República, em nota², espera que, quando o projeto retornar à sua casa de origem, o Senado, tal dispositivo seja reintegrado. O principal motivo alegado pelo Ministério Público é que a sociedade não pode ficar à mercê da criminalidade organizada sem que um órgão com as atribuições do Ministério Público possa fazer algo. A par dos exageros, é sabido que uma das principais células do crime organizado se encontra entre policiais corruptos, ou predispostos à criminalidade. Eles têm maior acesso aos presos, são mal remunerados, na maioria das vezes desqualificados e sem uma infraestrutura digna da corporação.

Esses motivos e os já expostos refletem o anseio social de que uma instituição imbuída do espírito de defesa da sociedade possa combater com mais ênfase o crime organizado. A complexidade nas quais as organizações criminais se envolvem pode apenas ser enfrentada por um ente como o Ministério Público. A pressão psicológica exercida pelo *Parquet* sobre os criminosos é fruto da ordem constitucional, que dotou esse órgão com garantias e atribuições ímpares. Sendo cada vez maior o número de membros das forças policiais participantes de atividades ilícitas, financiadas por organizações criminosas, não pode a sociedade ter um respaldo de integridade por parte da Polícia. Se uma das funções do Ministério Público é o controle externo da atividade policial, por que não essa Instituição exercer atividades não defesas pelo ordenamento jurídico pátrio? As atividades do *Parquet*, nesse sentido, sempre estarão, de qualquer modo, sob o olhar atento do Judiciário, o qual deverá ser sempre manejado, caso algum ilícito seja cometido por um membro do Ministério Público.

Não havendo na Constituição Federal norma proibitiva no sentido de que apenas a polícia judiciária tem atribuições para a realização de diligências investigatórias, pode o ordenamento infraconstitucional estabelecer medidas com o fim de o Ministério Público proceder a esse desiderato.

²http://www.anpr.org.br/portal/index.php?option=com_anpronline&Itemid=171

Nesse diapasão insere-se o Projeto de Lei nº 3.713/97 – Atribuições ao Ministério Público. O papel do Ministério Público é zelar para que o combate à criminalidade não seja estanque, intermitente. Tal desafio é perene. Sabendo das dificuldades apresentadas na realidade brasileira para tal fim, o legislador visou, no supracitado Projeto, a uma maior integração entre diversos órgãos componentes da sociedade.

É garantido ao *Parquet*, pelo parágrafo único do art. 4º do referido Projeto, acesso a informações bancárias dos investigados. O art. 7º dispõe que as autoridades fazendárias, bancárias e as da Comissão de Valores Imobiliários, quando tiverem conhecimento de indícios de atividades de crime organizado, deverão remeter, imediatamente, documentos informativos ao Ministério Público. Para que tal argumento legal seja eficaz, é necessário respeito mútuo às instituições, além de uma estruturação prática entre esses órgãos.

O artigo 13 do mesmo Projeto de Lei traz uma norma programática nesse sentido. O projeto dispõe, também, que empresas de transporte possibilitarão acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público e de autoridade policial aos bancos de dados de reservas e registro de viagens, que deverão ser guardados por cinco anos. No caso das concessionárias de telefonia fixa ou móvel, elas também deverão manter os registros de identificação das ligações por cinco anos.

Fica demonstrado que deve haver uma preocupação com a reforma das leis penais e processuais, porém a preocupação maior é em dotar os organismos responsáveis pela investigação e persecução de melhores instrumentos para a consecução desses desideratos, além de garantir ao Ministério Público uma postura mais arrojada, a fim de que possam, juntos, coordenar tais atividades.

Qualquer forma de combate ao crime organizado só poderá ser bem sucedida se houver, inicialmente, uma reestruturação das instituições.

Para que isso dê certo no Brasil, faz-se necessário o abandono da postura corporativista enraizada nas instituições político-econômicas.

3. O entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional do Ministério Público acerca do poder de investigação do Parquet

Como é cediço, o Brasil mudou muito nos últimos anos, política e juridicamente. Hoje, a Suprema Corte, com seus 11 (onze) ministros, possui uma nova composição, assim encabeçada:

Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Cezar Peluzo (Vice-Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Dias Toffoli.

Nessa seara, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca dos poderes investigatórios do *Parquet* já existe há algum tempo, bem antes da nova composição do Egrégio STF.

A possibilidade de o Ministério Público participar de investigação criminal é objeto de diversas ADIs e de um Inquérito em tramitação no STF, no entanto, ainda houve um pronunciamento definitivo da Corte.

Ainda sem julgamento no STF³ sobre o assunto estão as ADIs 2943, proposta pelo Partido Liberal (PL) em 2003 e também tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, que é relator, igualmente, das ADIs 3309 e 3318, ajuizadas pela Adepol-Brasil no Distrito Federal e em Minas Gerais, ambas em 2004, assim como da ADI 3349, proposta pela PGR em Rondônia, naquele mesmo ano. Tramitam, ainda, no STF, as ADIs 3317, ajuizada pela Adepol no Rio Grande do Sul em 2004, tendo como relatora a ministra Ellen Gracie; 3329, 3337 e 3340, propostas por seccionais da Adepol em várias estados e tendo como relator o ministro Cezar Peluso e, por fim, o Inquérito 1968, proposto pelo Ministério Público Federal no DF em 2003, tendo como relator o ministro Marco Aurélio.

O assunto divide a jurisprudência. Basicamente, a divergência é entre uma corrente que defende fortemente a exclusividade de atribuições e recusa a atuação direta dos membros do MP na investigação criminal, e outra, que defende essa possibilidade, argumentando que ela representa um reforço saudável na estrutura do sistema.

Esta discussão voltou recentemente à agenda pública, principalmente após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 10 de março de 2009. A 2ª Turma do STF, em votação unânime, que a Constituição Federal outorgou, ao Ministério Público, poder investigatório.

³http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica_onprint.asp?id=294

A 2ª Turma analisava o Habeas Corpus (HC) 91661, referente a uma ação penal instaurada a pedido do MP, na qual os réus são policiais acusados de imputar a outra pessoa uma contravenção ou crime mesmo sabendo que a acusação era falsa.

Segundo a relatora do HC, ministra Ellen Gracie, é perfeitamente possível que o órgão do MP promova a coleta de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e materialidade de determinado delito. “Essa conclusão não significa retirar da polícia judiciária as atribuições previstas constitucionalmente”, poderou Ellen Gracie⁴.

Ela destacou que a questão de fundo do HC dizia respeito à possibilidade de o MP promover procedimento administrativo de cunho investigatório e depois ser a parte que propõe a ação penal. “Não há óbice [empecilho] a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente à obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal”, explicou a ministra.

A relatora reconheceu a possibilidade de haver legitimidade na promoção de atos de investigação por parte do MP. “No presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que também justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo MP”, acrescentou.

Na mesma linha, Ellen Gracie afastou a alegação dos advogados que impetraram o habeas corpus de que o membro do MP que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos, ainda que por meio de oitiva de testemunhas, não poderia ser o mesmo a oferecer a denúncia em relação a esses fatos. “Não há óbice legal”, concluiu.

É cediço que decisão não encerra definitivamente o debate, mas revela a tendência de votos para o julgamento que deve sepultar a acalorada discussão, cujo leading case é o Habeas Corpus 84.548.

Neste sentido, é evidente que essa decisão não encerra definitivamente o debate, mas revela a tendência de votos para o julgamento que deve sepultar a discussão, cujo leading case é o precedente logo acima citado, ajuizado em favor de Sérgio Gomes da Silva, mais conhecido como

⁴<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104441>

Sombra”, acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel.

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal, razão pela qual me permito colacionar apenas o recente julgado a seguir:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao Parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o parquet é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos?

2. [...]

3. [...]

4. Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida. (Origem: STJ - HC 38495 / SC - HABEAS CORPUS 2004/0135804-0 - SEXTA TURMA - Relator: HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - DJ 27.03.2006.

A fim de reforçar tal posicionamento, salientamos que o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção

da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial seja dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. Assim, é forçoso ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público.

Este desiderato possui reconhecimento jurisprudencial e respaldo infraconstitucional. Prevê a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no art. 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93 e o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, que o membro do Ministério Público pode investigar diretamente notícias de crimes e contravenções, instaurando, para tanto, procedimento administrativo. Isto, na realidade, trata de uma consequência lógica do princípio da exclusividade da promoção da ação penal – art. 129, inciso I da CF-88.

Nesse diapasão, antecipando a decisão da 2ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, o então criado Conselho Nacional do Ministério Público reafirmou e consolidou, em 02/10/2006, o poder dos membros da Instituição de conduzirem investigação criminal. O Conselho aprovou, por maioria de votos, a resolução n.º 13⁵, proposta pela Conselheira e Procuradora Regional Federal Janice Ascari para estabelecer as regras gerais para a instauração e a tramitação dos procedimentos de investigação criminal pelos membros do Ministério Público.

Neste contexto, analisando-se pormenorizadamente a Resolução 13/2006, tem-se que o CNMP não só conformou a prática de investigação com o sistema garantista, mas também uniformizou o procedimento adotado em todo o MP brasileiro, conferindo substância ao princípio da

⁵http://www.cnmp.gov.br/conselhos/cnmp/legislacao/resolucoes/pdfs-de-resolucoes/res_cnmp_13_2006_10_02.pdf

isonomia, que demanda tratamento igualitário para situações fáticas semelhantes.

Após a edição da resolução, novamente se travou o embate jurídicos entre os defensores da tese da exclusividade da investigação criminal pela polícia judiciária e a sua permissibilidade ao *Parquet*.

Neste diapasão, em 25/09/2009, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADI 4305⁶. A ADPF/Brasil argumentando que os poderes de investigação são atribuição exclusiva dos delegados de polícia e que, portanto, as normas atacadas afrontariam a Constituição Federal (CF), sobretudo os seus artigos 2º; 5º, incisos II, LIII e LIV; 22, inciso I; 24, inciso XI; 129, incisos I, II, VI, VII e VIII e 144, parágrafo 1º, incisos I, II e IV e parágrafo 4º.

Consultado, o CNMP manifestou-se, preliminarmente, pelo não cabimento da ADI face à Resolução nº 13/06, observando que ela constitui mera reprodução de normas já estabelecidas na legislação nacional (LC nº 75 e Lei 8.625/93). Portanto, não teria caráter autônomo para ser atacada em ADI. Igual manifestação foi colhida da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União (AGU).

No mérito, o CNMP sustentou que inexistente incongruência entre a direta realização de diligências por membros do MP, no âmbito da investigação criminal, e qualquer dispositivo constitucional.

No mesmo sentido se manifestaram a Presidência da República (além do CNMP e do Congresso Nacional, o presidente da República é um dos requeridos na ADI) e a AGU. Eles se posicionaram a favor da possibilidade de o MP realizar investigação criminal, sem contaminar as investigações por sua participação na colheita pré-processual da prova.

Em seu parecer⁷, a PGR obtempera que não se pode confundir o conceito polícia judiciária com o de investigação criminal. Segundo ela, trata-se de conceitos próximos, mas distintos. Ela lembra que a Constituição Federal (CF), em seu artigo 144, parágrafo 1º, sem mencionar exclusividade de qualquer espécie, atribui à Polícia Federal a investigação

⁶<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2004218/agu-se-manifesta-na-adi-que-trata-de-resolucao-do-cnmp-referente-ao-procedimento-investigatorio>

⁷<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/>

de determinadas infrações penais. Assim, não há como incluir, mesmo em termos léxicos, a investigação criminal dentro do conceito polícia judiciária.

Segundo a PGR, as funções investigatórias do Ministério Público decorrem do sistema constitucional e, designadamente, da combinação dos incisos I, III, VIII e IX do artigo 129 da CF. A impossibilidade, em certas circunstâncias, de separar o caráter penal das repercussões civis dos ilícitos reforça esse poder ministerial.

Ainda segundo a PGR, o acertado entendimento de que o MP tem legitimidade para atuar na investigação criminal desenvolve, ademais, a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* – pacificada no direito americano, segundo a qual a concessão de uma função a determinado órgão ou instituição pela própria Constituição traz consigo, implicitamente, a concessão dos meios necessários à sua concretização. Esses meios foram devidamente reconhecidos pelo Poder Legislativo.

Por fim, a PGR argumenta que a tese da imparcialidade do MP que, segundo alguns, impediria sua atuação nas investigações criminais – porquanto contaminaria a formação da *opinio delicti* (fundadas suspeitas sobre a existência do delito) –, destoa completamente da visão do processo penal constitucional.

Segundo a PGR, este raciocínio ignora que a possibilidade de investigação criminal pelo MP leva em consideração uma fórmula institucional, dentro da qual – não há razão para se pensar de outra forma – está envolvida uma instituição pública com conceitos e padrões de atuação bem fixados.

4. Conclusão

Concluimos que a investigação criminal direta pelo Ministério Público independe da existência ou não de inquérito policial, pois se trata de exercício de suas prerrogativas de '*dominus litis*', e não de usurpação da função policial.

Assim, o Ministério Público não pode assistir passivamente aos acontecimentos, principalmente nos delitos praticados por organizações criminosas, que maiores danos trazem ao meio social.

O entendimento, nesse sentido, é de que não pode a sociedade se ver privada da atuação do Ministério Público, mormente quando interesses

corporativos se voltam contra a autonomia e independência da instituição, criadas como garantia do pleno exercício de suas funções e como proteção a direitos indisponíveis da coletividade.

O compromisso dos agentes da lei deve ser com a busca incessante da verdade real, para que condutas reprováveis sejam coibidas.

Malgrado a clareza da questão ora discutida, existem razões de ordem política e não meramente jurídica, para motivar o cerceamento da investigação criminal, o que repousa na persistência de ver reconhecido o monopólio da investigação dos crimes nas mãos da polícia judiciária. No entanto, o tema vem sendo tratado a fim de se estabelecer uma “guerra” entre Ministério Público e polícia judiciária. Entretanto, não se trata somente de discussão sobre a exclusividade da investigação pela polícia e exclusão do Ministério Público, por motivos outros, mas sim de sugestão de integração das instituições objetivando um maior sucesso sobre a atividade investigatória.

Se for dever do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, a sociedade é a mais beneficiada com a participação efetiva da instituição ministerial nas investigações criminais.

Na maior parte dos outros países democráticos, os poderes de investigação, que o Ministério Público já possui, tendem a ser ampliados e fortalecidos, de modo que o órgão pode promover e conduzir, e em alguns deles, até sozinho, as investigações criminais. Irroga-se ainda, ao *Parquet*, o agir de alguns de seus integrantes com abusos e excessos, de forma aparatosa e precipitada. O que admira muito é que tais falhas e defeitos comuns a todas as instituições humanas sejam nele tão raros e de monta e expressão tão diminuta, máxime em comparação com a instituição policial.

Nesse contexto, pugna-se que a decisão a ser lançada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, sob nova composição, provavelmente ainda no 1º semestre de 2010, no âmbito do HC 87395⁸, acerca da consolidação do poder de investigação do ministério público, deve acompanhar, o já decidido, por unanimidade, pela *2ª Turma da Excelsa Corte, no bojo do Habeas Corpus (HC) 91661, outorgando de forma definitiva o poder investigatório ao Parquet.*

⁸<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2340730>

Referências

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário ilustrado da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Bloch, 1976. 2 v.

AMORIM, Carlos. **Comando vermelho**: a história secreta do crime organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

ASSASSINS. THE 1995 GROLIER MULTIMEDIA ENCYCLOPEDIA. USA: Grolier Eletronic, 1995.

BRASIL. **Código penal**. Barueri: Manole, 2003.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 3.731, de 16 de outubro de 1997. Define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios, destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas. **Diários da Câmara dos Deputados**. Brasília, 21 nov. 1997, p. 73.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAFFARO, Luiz Carlos. **O ministério público e o crime organizado**. *Irr*. Anais do X Congresso Nacional do Ministério Público, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito penal na constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CERVINI, Raúl. Tóxicos: criminalidad organizada: su dimensión económica. *Irr*. PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal**: críticas e sugestões, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 117-148.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción ao derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- CRIADA diretoria de combate ao crime organizado. **Folha de Pernambuco**, Recife, p. 8, Caderno Brasil, 16 ago. 2003.
- DEMARIS, Ovid. **O último mafioso**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito asdministrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal**. São Paulo: RT, 1999.
- DOUGLAS, William, PRADO, Geraldo. **Comentários à lei contra o crime organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FERNANDES, Antônio Scarance. O crime organizado e a legislação brasileira. *In* PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 31-55.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Roma: Laterza, 1990.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva. **O difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCrim 21.
- FRANCO, João. **Ensaio penais**. Recife: FASA, 1999.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal:**

introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid (Servicio de publicaciones), 1995.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOVERNO tem plano para controlar lavagem de dinheiro. **Diário de Pernambuco**, Recife, p. A-3, 30 de mai. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 167-196.

LUIZI, Luiz, **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

MACHADO, Luiz Alberto. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A lei da “caixa preta”. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 152.

ROCHA, José da Moura. **Das origens do ministério público**. Rio de Janeiro: 1971.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.º 35, jul./set. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Juary C. A macrocriminalidade, **Revista dos Tribunais**, S. Paulo, 1980.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95**. Curitiba: Juruá, 1995.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Temas de processo penal**. Campinas: Copola, 1994.

SOUZA, Percival. **Narcoditadura: o caso Tim Lopes, crime organizado e jornalismo investigativo no Brasil**. São Paulo: Labortexto Editorial, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **A modernização das leis penais**. *In*: PENTEADO,

Jaques de Camargo. **Justiça penal**: críticas e sugestões, vol. 3. São Paulo: RT, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.

TRAUMANN, Thomas; DANTAS, Edna; FERNANDES, Nelito. O esquema da filial. **Época**, São Paulo, n. 281, pp. 40-43, 6 de outubro de 2003.

Prisão preventiva e garantia da ordem pública

Octahydes Ballan Junior*

RESUMO

Este artigo investiga a *ordem pública* como elemento autorizador da prisão preventiva. A pesquisa foi essencialmente bibliográfica.

* Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Pós-Graduado em Ciências Criminais (UNAMA) e em Processo Civil (PUC-Minas).

1. Introdução

É de amplo conhecimento dos operadores do direito a regra do artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Deixa a legislação processual evidente a exigência para a custódia preventiva da presença de dois pressupostos configuradores do *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e de ao menos um dos requisitos demonstrativos do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal).

É exatamente no tocante aos requisitos que fica demonstrada a natureza *cautelar* da prisão preventiva.

Nos limites deste estudo, cabe analisar quando a prisão preventiva estará autorizada para a garantia da ordem pública.

2. A garantia da ordem pública

2.1 Visão doutrinária

Ordem pública é um conceito sem definição no Código de Processo Penal. Diante disso, o professor Vicente Greco Filho (2009, p. 261-262) leciona:

A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima.

Historicamente já se entendeu que a proteção do próprio acusado seria motivo de preventiva. Hoje essa colocação não tem cabimento, porque a proteção do acusado deve ser atendida com providências policiais de segurança e não com decreto de prisão. É possível que a autoridade informe que a única maneira de protegê-lo seja o refúgio em estabelecimento penal ou policial, mas isso não pode ser determinação ou coação.

Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações.

A garantia da ordem pública, em verdade, abrange a garantia da ordem econômica, a necessidade da instrução criminal e a segurança da aplicação da pena, porque estas são, também, interesses de ordem pública.

Para Tourinho Filho (2001, p. 577), “Ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio social”.

Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 302) sustenta:

A necessidade da prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída. Não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena. Procura-se justificar a prisão como forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.

Entendendo que a prisão processual para garantia da ordem pública se afasta do caráter instrumental cautelar para ganhar contornos de “justiça sumária”, Roberto Delmanto Junior (2001, p. 183-184) restringe a sua aplicação. Vale conferir:

É de se esclarecer, porém, ser *indisfarçável* que, *nesses termos*, a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento *do processo e da eficácia* de seu resultado – ínsito a toda e qualquer *medida cautelar*, servindo de *inacreditável instrumento de justiça sumária*.

Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á *presumindo a culpabilidade* do acusado (...)

Todavia, há que se abrir uma exceção quando a perturbação da ordem pública vier, em casos extremos, a efetivamente *tumultuar o bom andamento da persecução penal*, seja na fase do inquérito ou do processo.

Essa perturbação atingiria, então, a própria *regularidade dos atos dessa persecução*: interrogatório, oitiva de testemunhas, reconstituição, acareações etc., encontrando-se aí – *e talvez só aí* – a *cautelaridade processual*, constitucionalmente exigida.

Ressalte-se, porém, ao analisar o problema da perturbação da ordem pública com vistas ao bom desenvolvimento do processo, como acima afirmado por nós, deve ainda o magistrado agir *com muita cautela*, estando atento às hipóteses de *dramatização* promovida pelos meios de comunicação de massa, que é o que leva, muitas vezes, ao “clamor público”, o qual não se verificaria na sua ausência. Tal dramatização visa mais aumentar a audiência televisiva ou radiofônica, ou, ainda, o número de leitores de periódicos, com a finalidade precípua de valorizar o espaço para a propaganda, do que, realmente, informar de forma isenta o ocorrido.

Também apontando a dificuldade de se justificar a instrumentalidade da prisão para garantia da ordem pública, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 521) aduz:

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se vê, a questão é bastante complexa.

Contudo, o mesmo autor continua (2004, p. 521-522):

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado, quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como *mera abstração*, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses *excepcionalíssimas*.

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando

presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, esteja a reclamar uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor *assume* a autoria do crime, e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura na obtenção da confissão.

É claro que em tema tão complexo e explosivo todo cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública. Fosse assim, mesmo após confessar a prática de vários homicídios, apontando, inclusive, onde estariam enterrados os corpos, não se poderia impor a prisão de um agora nacionalmente conhecido *matoboy*, à época residente na cidade de São Paulo, com endereço certo e no exercício de atividade lícita.

Conquanto tormentosa a justificativa da natureza cautelar da prisão para a garantia da ordem pública, Marcellus Polastri Lima (2006, p. 328), lembrando Romeu Pires de Campos Barros, escreve:

Na verdade, consoante Romeu Pires de Campos Barros, o “que evidencia o *periculum in mora*, na situação focalizada, são os prováveis danos que a liberdade do réu possa causar. Isso importaria numa satisfação tardia do desfecho do processo principal, em prejuízo dos bens jurídicos por ele tutelados”.

Assim, a prisão cautelar embasada na ordem pública efetivamente pode ser vista como garantia processual e, conseqüentemente, social, proporcional ao ataque de bens jurídicos constitucionalmente protegidos e os fins do processo.

Entendemos que a prisão para garantia da ordem pública, seja visando evitar o cometimento de novos delitos, seja para amenizar o forte abalo proporcionado por um grave crime, gerador de intranquilidade social, *tem sim natureza cautelar*.

Ora, é um dos fins do Direito Penal a *prevenção especial*, tendente a

impedir, com a reprimenda, que o agente volte a delinquir. Este objetivo está entranhado no processo e nele deve ser focalizado, inclusive para garantir a correta imposição da pena *necessária e suficiente* para a *reprovação* e *prevenção* do crime, como disposto no artigo 59, *caput* do Código Penal. Se, estando em liberdade, o acusado demonstra que não cumpre as regras sociais, cabe ao Estado lançar mão da medida cautelar (prisão preventiva) para, naquele próprio processo, garantir um dos seus fins (a prevenção), pois o desfecho tardio da persecução resultaria na frustração da medida aplicada, que seria inapta a prevenir delitos, então já reiteradamente cometidos.

Se na hipótese de assecuração da aplicação da lei penal usualmente se identifica o *periculum* na “intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça” (Paulo Rangel, 2004, p. 617), quando em jogo está a vertente de *reprovação* do crime, não há como negar que, no caso da ordem pública, a outra vertente demonstrativa da cautelaridade é a *prevenção*, constitucionalmente hábil a ensejar a segregação provisória.

De outro lado, também é um fim do Direito Penal a paz social, com a manutenção de um estado de tranquilidade calcado nas regras essenciais de convivência, sendo a pena a medida a ser imposta no processo para o retorno dessa paz. No caso de um forte abalo provocado por grave delito, indubitosa a necessidade da prisão preventiva para se atingir um dos objetivos daquele processo (e daí a instrumentalidade da medida), ou seja, a manutenção de um estado mínimo de tranquilidade e respeito às regras sociais, sob pena de se autorizar o retorno a barbárie e à justiça privada.

Rogério Schietti Machado Cruz afirma que sendo “Seguramente a mais importante derivação do princípio do *favor rei*, a presunção de inocência, ou presunção de não-culpabilidade, exige que, no processo penal, se conceda ao acusado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação” (2006, p. 68-69). Todavia, convém ter em mente que a própria Constituição Federal admitiu a prisão antes do trânsito em julgado da condenação nos casos de flagrante delito e de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), afinal, mesmo os direitos e garantias fundamentais “não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos

igualmente consagrados pela Carta Magna” (Moraes, 2000, p. 59), e esta também garante a inviolabilidade à vida, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*).

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 589-591):

Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio *gravidade da infração + repercussão social*. (...) Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.

Por fim, cumpre trazer a lapidar lição de Mirabete (2001, p. 690):

Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa.

Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências, não se constitui em motivo suficiente para a decretação da custódia, mas está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, ou quando denuncia na prática do crime perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral.

Destarte, não há negar a prisão para garantia da ordem pública frente a concreta gravidade do crime, sob pena de deixar a sociedade desamparada.

Os direitos e garantias individuais, entre eles o da presunção de não-culpabilidade, têm de conviver harmoniosamente com os fins de um devido processo penal que também tem uma sociedade afrontada como destinatária.

Nessa linha de raciocínio, pondera Denise Neves Abade (2005, p. 120-121):

Cumpra, então, operacionalizar – e não só reconhecer teoricamente – a eficácia do processo penal, o que deve se dar por meio das garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal.

Neste contexto, há que se apreender a noção de que uma visão que considere os fins sistêmico-sociais do processo não restringe ou é incompatível com o enfoque individual dado ao devido processo penal.

As garantias constitucionais do processo penal, assim, devem ser voltadas aos fins da Justiça Penal: proteção de bens jurídicos, restabelecimento da paz, realização da Justiça no caso concreto, manutenção da confiança da sociedade em sua própria eficácia, sem olvidar das garantias individuais do acusado.

Desta forma, os valores imputados interesses do acusado podem e devem conviver com novas metas de política criminal, que

preservem a consciência dos valores ético-sociais, não apenas na direção da pena, mas também do próprio procedimento de punir e do próprio processo penal.

A proclamação da eficácia da justiça penal como uma dimensão essencial do Estado de Direito, protegendo de forma autônoma o bem jurídico supra-individual, vem se consolidando no Direito Comparado.

O operador do Direito é um profissional aplicador de ciência social, não podendo perder de vista que sua atuação é dirigida para a sociedade, da qual o Estado retirou o direito de fazer justiça com as próprias mãos (justiça privada), deixando essa tarefa aos próprios entes públicos.

Logo, cumpre ao poder público, dentro das regras constitucionais do processo penal, resguardar a sociedade, inclusive cautelarmente, o que do contrário resultaria no próprio perecimento desta.

Em pesquisa de mestrado defendida junto ao Departamento de Sociologia da USP, Jacqueline Sinhoretto escreveu (2002, p. 196-198):

Em relação ao Judiciário, constatou-se uma dualidade nos discursos. De um lado, a Justiça Pública é vista como o meio mais adequado para resolução de conflitos criminais. Num plano ideal, as falas sobre a justiça oficial são sempre positivamente valoradas. Entretanto, quando se fala da prática, fala-se também da morosidade, dos altos custos dos serviços de advocacia, dos recortes de classe nas sentenças judiciais. Quando se fala especificamente da Justiça Criminal, fala-se de experiências concretas de violências vividas pelos entrevistados ou por pessoas queridas, que são experiências de injustiça.

Os conflitos criminais vividos pelas pessoas que moram na periferia da grande metrópole estão na periferia da ação do Judiciário.

Diante dessa sua condição de periferia política, a comunidade do bairro ocupa os espaços que o Estado não se interessa em ocupar. Cuida de sua própria segurança, e às vezes de sua própria justiça. Embora manifeste-se no discurso um desejo de inclusão desses conflitos na esfera estatal e pública.

Os casos de linchamento aqui revisitados são histórias de conflitos

que não encontram uma via de canalização nas instâncias oficiais. Mas foram absorvidos pela mobilização da comunidade diante do medo e do sentimento de injustiça coletivos. A revolta mobiliza a rede de relações de vizinhança para a ação de justiça popular. E essas ações são vistas pelos moradores dos bairros como uma produção efetiva de justiça, em que o coletivo recupera uma correlação de forças que havia sido violada, instaurando um novo equilíbrio no lugar onde havia a tensão entre os grupos de moradores e bandidos. Esse novo equilíbrio traz consigo um novo tempo, um tempo menos violento.

Aos olhos dos moradores, portanto, a justiça popular praticada na forma do linchamento concorre com a justiça oficial e apresenta sua vantagem, na medida em que interfere no conflito com os bandidos e promove a pacificação do bairro. Apesar de idealmente reivindicada, a justiça dos tribunais não atua no tempo nem no espaço do bairro. E o que sobressai são relações políticas de outra natureza, que ancoram e legitimam as ações da justiça popular.

Essa tensão política de inclusão/exclusão faz com que se leia os linchamentos aqui estudados não apenas como resposta aos conflitos interpessoais no interior de uma comunidade articulada de modo específico, mas como expressão do próprio conflito social. O linchamento, além de um ritual de execução de justiça que repõe reciprocidades quebradas no nível local de sociabilidade, é uma expressão de ruptura com um estado de coisas, é uma forma de protesto social, contra o crime e o criminoso, mas também contra a polícia, a justiça, os políticos, que não fazem o que deveria ser feito segundo as expectativas daqueles que se revoltam ou apóiam a revolta. Justifica-se essa afirmação pela constatação de que não há uma regra geral para a ocorrência de linchamentos, não são todos os crimes de sangue que os motivam; apenas em certas situações é que eles eclodem, situações de revolta, indignação, sedição.

Como em outras situações de sedição popular, a revolta contra a condição de periferia política não propõe a revolução das relações de poder da sociedade, pois, como foi constatado, não há um desejo de destruição das instituições; ao contrário, o que se quer é expandir

o Judiciário e a Polícia. Por isso, o alvo dos discursos são agentes dessas instituições, idealmente concebidas, que “deturpam” a sua verdadeira função. Assim como o alvo da ação são aqueles que imediatamente ameaçam a segurança local, como é comum, de acordo com Thompson (1998), ocorrer em sociedades em que as relações de dominação não são produzidas face-a-face entre poderosos e subalternos, mas são atravessadas por uma série de mediações e reproduções; desta forma, nos motins reage-se contra aquele que representa na situação concreta a exploração e a violação do direito à segurança que aos amotinados acreditam deter.

Destarte, ressoa nítido o perigo da não intervenção do Estado quando há a prática de delito especialmente violento, inclusive para a manutenção da existência da Justiça Criminal (posta em xeque em caso de omissão) e, quiçá, do próprio Estado Democrático de Direito.

A prisão cautelar, então, é sim o meio hábil a garantir a ordem pública, impedindo a barbárie e a vingança privada e desmedida. Patente e irrecusável o *periculum in mora*.

2.2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Como visto, a doutrina sinaliza para a admissão da garantia da ordem pública nesses casos: a) reiteração da prática delitiva; b) gravidade concreta do crime; c) acautelamento do meio social e credibilidade da Justiça; d) perturbação à regularidade dos atos da persecução; e) preservação de bem jurídico essencial à convivência social.

Não se acolhe a prisão cautelar fundada unicamente em clamor público, mas é de se recordar a transcrita advertência de Greco Filho de que tal clamor pode ser o revelador da repulsa social e, então, da especial gravidade do fato, autorizador da custódia.

Também a gravidade em abstrato do fato (ex.: homicídio) é insuficiente para a custódia, fazendo-se exigência da gravidade *especial*, a autorizar maior repulsa e intranquilidade.

O art. 144, CF, diz que “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”.

A partir desse texto, o Ministro Carlos Britto tem sustentado que:

Pois bem, o que se tem de mais claro nesse dispositivo constitucional é que segurança pública é atividade genuinamente estatal, voltada para a preservação de tais valores ou bens jurídicos: a ordem pública, a incolumidade das pessoas, a incolumidade do patrimônio (seja o patrimônio público, seja o de natureza privada). Mais: segurança pública de permeio com as instituições estatais dela encarregadas, tanto na esfera federal, quanto estadual e municipal; isto é, de permeio com os órgãos repressivos da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária, das polícias civil e militar dos Estados, assim como dos corpos de bombeiros militares.

12. Avanço no raciocínio para dizer que a expressão “ordem pública”, justamente é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. O máximo que consegui até agora: um conceito negativo. Quero dizer: “ordem pública” é bem jurídico distinto de incolumidade das pessoas e do patrimônio. (HC 94.979-7/TO)

A dificuldade conceitual, porém, não tem impedido o STF, inclusive em votos da lavra do próprio Min. Carlos Britto, de entender o seguinte:

1. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social.
2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública.
3. O fundamento da fuga do paciente do distrito da culpa tem a força de preencher a finalidade do artigo 312 do CPP, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal.

4. Ordem denegada.

(STF – HC 94.979-7/TO – Rel. Min. Carlos Britto – j. 09/09/2008)

No voto, o Min. Carlos Britto bem ressaltou que “na concreta situação dos autos, o juiz identificou ordem pública e acautelamento do meio social. Identificação, essa, que tenho por suficiente para preencher a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservar a ordem pública. É dizer: quando a situação for de evidente acautelamento do meio social, não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública.”

E continuou: “como assentei no julgamento do HC 93.012, da relatoria do ministro Menezes Direito, penso que, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública.”

O STF ainda decidiu inúmeras vezes no mesmo sentido. Exemplificativamente: HC 97.688/MG, j. 27/10/2009; HC 92.459/CE, j. 10/03/2009, HC 93.893/PR, j. 30.09/2008; HC 88.971/PE, j. 25/09/2007; HC 90.413/GO, j. 10/04/2007.

Desta maneira, quando do fato concreto ficar evidente e inegável a periculosidade dos agentes, mormente pelo *modus operandi*, restará irrefutável o abalo à ordem pública, abrindo-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva.

Também é do STF o entendimento de que:

A periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.09.08; HC 93.254/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.08.08; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.06.08).

(RHC 95.143/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.12.2009).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

NECESSIDADE. Prisão preventiva para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Necessidade, porquanto o paciente é integrante do tráfico ilícito de entorpecentes no Morro do Chapéu, na Mangueira, possui nove anotações de crimes graves e uma condenação transitada em julgada, além de estar foragido. Ordem denegada.

(HC 98.170/RJ, rel. Min. Eros Grau, j. 29/09/2009)

Reconhecendo que a prisão pode ser decretada em razão da reiteração de condutas delituosas e fundada no perigo do agente, encontram-se, dentre inúmeras:

Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.568/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007) (HC 98.754/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/11/2009).

EMENTA. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decretação para garantia da ordem pública. Tráfico de entorpecentes. Quadrilha especializada. Constrangimento ilegal inexistente. HC denegado. Aplicação do art. 312 do CPP. Precedentes. É legal, a título de garantia da ordem pública, o decreto de prisão preventiva fundado em indícios de que o acusado integra quadrilha especializada, desde que demonstrada concretamente a elevada probabilidade de reiteração delitiva.

(HC 92.735/CE, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009)

Já se reconheceu, contudo, que a gravidade abstrata do crime e o fato de ser morador de rua não são elementos hábeis à custódia: “É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua” (HC 97.177-6/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009).

De igual sorte a gravidade isolada e o clamor social sem base concreta:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Habeas corpus. Impetração contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao STJ, negou seguimento ao pedido. Supressão de Instância. HC a que se nega seguimento. Concessão, porém, de ordem de ofício, para cassar decreto de prisão fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime e pela crença de impunidade que domina o senso comum. Exigência de clamor público e credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. Em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, não conhece do pedido. Concede-se ordem de ofício para cassar decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. (HC 98.866-1/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009)

Diante disso, caberá ao julgador, analisando detidamente o fato concreto, ter a sensibilidade para apurar a necessidade da prisão. A gravidade abstrata não dá ensejo a ela, mas a demonstração concreta da especial gravidade e da periculosidade do agente são suficientes para a custódia.

3. A exigência de fundamentação

Como toda decisão judicial, a que decreta a prisão preventiva também deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF).

De acordo com Nelson Nery Júnior:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões

que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

Conquanto a prisão processual se trata de medida cautelar, de cognição não exauriente, há necessidade de apontamento das razões concretas que levam ao encarceramento.

Conforme Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 290-291):

A sumariedade ou superficialidade da cognição, com efeito, não se confundem com o arbítrio ou qualquer forma de automatismo no que se refere aos provimentos que importem restrição ao direito de liberdade; ademais, se a lei se contenta com mero juízo de probabilidade relativamente ao *fumus boni iuris*, o mesmo não pode ser afirmado quanto ao *periculum libertatis*, que deve obrigatoriamente resultar de avaliação mais aprofundada sobre as circunstâncias que indicam a necessidade da medida excepcional. E a efetividade da cognição judicial só pode ser constatada por meio da *motivação* do provimento, garantia de caráter instrumental em relação a todos os demais preceitos que devem ser obedecidos. (...)

No que toca ao *periculum libertatis*, a fundamentação deve contemplar explicitamente os fatos em que se assenta a necessidade da adoção da medida, seja para garantia da ordem pública, conveniência da instrução, ou para assegurar a aplicação da lei penal; a mera repetição de palavras da lei ou o emprego de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coadunam com a gravidade e o caráter excepcional da medida.

No mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci (2004, 244) assevera que:

não basta, por exemplo, afirmar o juiz que a prisão preventiva é decretada para garantia da ordem pública, pela conveniência da instrução criminal, ou para que não se frustrate a aplicação da lei penal: imprescindível é que sejam alinhados os motivos pelos quais ela se torna necessária em face de qualquer dessas hipóteses contidas na previsão legal.

Portanto, cabe apontar claramente dado fático, extraído da persecução penal, que autoriza a custódia cautelar, não bastando a referência genérica a dispositivos legais e provas.

4. Conclusão

Feitas todas essas considerações, conclui-se que:

1) a prisão preventiva para a garantia da ordem pública tem natureza cautelar;

2) está configurada a necessidade de acautelar a ordem pública, exemplificativamente, nas hipóteses de: especial gravidade concreta do delito; periculosidade do agente; quando a intervenção estatal seja necessária para garantir a paz social; quando o clamor público e/ou a repercussão social vieram aliadas a violência e/ou gravidade do fato; quando a liberdade puder tumultuar a regularidade da persecução penal; quando há reiteração na prática delitiva;

3) não há lugar para a prisão preventiva para garantia da ordem pública nos casos de gravidade abstrata do fato e clamor público isoladamente;

4) cabe ao Magistrado apurar, atentamente, a legitimidade do clamor público para verificar se, junto com ele, faz-se presente a gravidade real do fato, autorizador da custódia, o que pode vir retratado na frieza do agente, na sua insensibilidade com a vítima ou a sociedade, na brutalidade empregada, no modo de agir etc.;

5) o operador do direito, como aplicador de uma ciência social, deve ter os olhos voltados para a sociedade, compreendendo seus anseios e, valendo-se dos instrumentos permitidos no devido processo penal, agindo de modo a preservar a paz, garantindo a existência da Justiça Criminal e do Estado Democrático de Direito, para que não se retorne aos tempos das barbáries e da justiça privada;

6) a decisão que decreta a prisão preventiva deve apontar o fato concreto que a autoriza, extraído dos elementos existentes na persecução penal, não bastando referências genéricas a dispositivos legais e provas.

Referências

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 2v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAGEL, Paulo: **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SINHORETTO, Jacqueline. **Os juízes e sua justiça: linchamentos, costume e conflito**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 1v.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

Títulos paroquiais e o direito de propriedade

Bruno Marques de Almeida Rossi*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto acalear o debate jurídico existente quanto à validade jurídica dos títulos paroquiais, havidos em decorrência da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), a qual instituiu um cadastro geral de terras no Brasil, cujos títulos erroneamente em virtude das legislações então vigentes, não foram convalidados com ato translativo de domínio, ou seja, título de propriedade, mas sim como meros atos declaratórios de posse, sobre terras públicas e ou devolutas, cujo resultado é vivenciado ainda hoje em diversos Estados da Federação, onde efetivamente não ocorreu o necessário procedimento discriminatório, visando corrigir a abstração jurídica de tais ocupações, “posses”, as quais não outorgam aos ocupantes, em decorrência da imprescritibilidade, o direito a usucapião, gerando infundáveis conflitos.

* Promotor de Justiça do Estado do Tocantins. Especialista em direito público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix, e em direito processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

1. Introdução

O direito de propriedade, sem dúvida, é fruto da matiz capitalista de determinado Estado, uma vez que não haveria sentido ao cidadão promover sua mais-valia individual, caso lhe fosse outorgado o direito à propriedade, e a garantia deste patrimônio.

Nesse sentido inaugural, aqui já deixamos claro que o Brasil é um Estado capitalista, o qual desde seus primórdios reconhece o direito à propriedade, razão pela qual se mostra importante o debate acerca da validade jurídica dos diversos títulos de legitimação de posse, inerentes às mais variadas regiões deste país, que dia a dia, são o estopim, de graves conflitos agrários, fomentados ou não por movimentos sociais.

É cediço que desde os idos de 1500, a coroa portuguesa, visando à proteção de seu território, no caso o Brasil colônia, instituiu mecanismos para garantir um controle sobre a efetiva ocupação de terras, visando com isso à função social da propriedade, que fixando o homem à lide da terra, garantia maior rendimento tributário, ao governo geral, procedimento que até hoje é adotado pelos governantes em decorrência da utilização de um sistema não puramente socialista.

Em meio a tantos influxos sociais e históricos, alguns anos após a independência do Brasil, mas ainda sob a égide do governo monárquico, buscou-se o cadastramento de toda a ocupação fundiária do país, surgindo em 1850, à chamada Lei de Terras, a qual instituiu um amplo cadastramento das ocupações, por meio de atos declaratórios, junto às autoridades eclesiásticas católicas locais, constituindo o “título paroquial” ou “registro do vigário”.

2. Títulos Paroquiais

Após a estipulação de diversos regulamentos cujo efeito social, não trouxe relevância significativa, para garantir o efetivo controle na legitimação de terras, cuja origem eram as concessões de cartas de sesmarias, o governo imperial do Brasil, no dia 18 de setembro de 1850, editou a Lei nº 601, a qual passou a ser um marco jurídico ao país, quanto ao direito de propriedade.

Pois bem antes de adentrarmos no tema, é necessária uma pequena digressão sobre a origem da estrutura territorial do Brasil, a qual remonta ao ano 1500, quando efetivamente houve a declaração do descobrimento da colônia pela coroa portuguesa, cuja área territorial de ocupação somente veio a ser efetivamente legitimada, *grosso modo*, pelo Tratado de Tordesilhas.

Assim caminhando neste contexto histórico, visando evitar a dilapidação do patrimônio natural português, o Brasil colônia, foi desmembrado em 15 (quinze) capitanias, as chamadas capitanias hereditárias, regiões administrativas, as quais especificamente em razão de sua vasta extensão de terras, o que impedia o escopo que deu azo à sua origem, novamente tiveram suas terras desmembradas, desta vez em núcleos menores, conhecidos por Cartas de Sesmarias, ou Sesmarias.

Sesmarias, que nada mais eram do que títulos dominiais, com cláusula de retorno, ou seja, eram títulos que previam a doação de terras públicas em favor do sesmeiro, mas de validade jurídica vinculada ao cumprimento de determinados ônus, dentre eles a “função social”, sob pena de revogação do benefício, por meio do instituto à época nominado “comisso”.

Penalidade que nem sempre era aplicada, seja por razões políticas, ou mesmo pela própria ausência de controle estatal, o que somado às diversas falsificações de títulos, conhecidas por “grilos ou grilagem”, tornavam o cenário territorial bastante conturbado.

2.1. Conceito

Os títulos paroquiais surgem do advento da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, e tem a natureza jurídica de ato declaratório de posse, promovido em face de representante do Estado.

O termo “títulos paroquiais”, ganha relevo em decorrência da

existência de um Estado, o qual adotava religião oficial, no caso a religião católica, a qual em razão da grande atividade missionária, mostrou-se presente em grande parte da América do Sul, notadamente o Brasil, constituindo a autoridade eclesiástica, “pároco ou vigário”, não só um representante divino, mas também um representante do Estado, e símbolo de sua ocupação.

Foi justamente em decorrência da forte presença da atividade religiosa, nos diversos rincões do país, onde caso ausente a “Igreja”, o Estado era considerado letra morta, que o então legislador, buscou aglutinar tal atributo estatal, à própria credibilidade da igreja, para então constituir a autoridade religiosa, da incumbência de promover o “registro”, em termo próprio, das declarações de posse.

Declarações essas, que eram efetivamente desvinculadas da existência real do imóvel e sua exata confrontação, principalmente porque o declarante pagava por palavra escrita, o que enfaticamente reduzia a especialização do bem, e pelo fato do registro paroquial ser somente um cadastro, cuja legitimação dependeria de ato posterior do posseiro, buscando junto ao governo geral a titulação definitiva, sob pena de cancelamento do título paroquial.

Assim, podemos definir como títulos paroquiais, os atos declaratórios, transcritos por autoridade eclesiástica católica, sob a égide da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, o qual atribuía ao declarante, posseiro de terras públicas, terras devolutas, ou terras originárias de sesmarias, as quais tenham ou não sido confirmadas, o direito à sua regularização fundiária, desde que no prazo previsto na Lei, atendesse aos seus requisitos, dentre os quais se destacava a exigência do cumprimento da função social.

2.2. Generalidades

Grande destaque trouxe a Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850) e o decreto que a regulamentou (Decreto nº 1.318 de 30 de janeiro de 185), ao preverem em seu bojo legislativo, distinções acerca da legitimação de terras, cuja origem seria:

a) A posse mansa e pacífica, ou seja, ocupação *a non domini*, cujos imóveis em sua maioria eram terras públicas ou terras devolutas, nos quais se exigia o pagamento de indenização;

b) A regular ocupação decorrente de cartas de sesmaria, ou outros

títulos de concessões previstos no artigo 4º da Lei de Terras, aos quais não era exigida indenização ao governo geral, para sua regularização.

É necessário advertir os leitores, que a Lei de Terras, a altura do artigo 92 a 107, previa uma série de obrigações para a validade do registro paroquial, e sua efetiva conversão em título de propriedade, permitindo a efetiva transladação do domínio real, porém caso tais premissas não fossem observadas, o artigo 94 era enfático em aduzir que todos os títulos com data anterior ao registro paroquial, bem como os títulos paroquiais não convalidados, perderiam todos os seus efeitos jurídicos, sendo declaradas devolutas.

No entanto, a Lei de Terras, salvo quanto ao objetivo de cadastramento fundiário, o qual revolucionou tal seguimento no Brasil, não foi memorável quanto à correta legitimação de terras, porque embora proibisse a ocupação das terras consideradas como devolutas, fazia uma ressalva, quanto às áreas cultivadas, nos imóveis devolutos.

Imóveis devolutos que não foram retomados pelo Império, especificamente em decorrência do processo histórico, com a queda do governo monarquista, e o início do governo republicano, que de forma geral não tinha o interesse de digladiar com as novas lideranças políticas, sob pena de nova derrocada do Poder.

Assim, em decorrência desta omissão da atuação estatal, e considerando o sistema jurídico então vigente o qual permitia o registro pessoal de títulos, os títulos paroquiais, incorretamente foram levados a registro, especificamente em decorrência da Lei nº 1.237, de 1864, regulamentada em 1865, pelo Decreto nº 3.453, a qual além reformular a legislação hipotecária, de instituir efetivamente o primeiro sistema de registro público no país, marcado pela transcrição e não mais pela tradição.

Portanto, o registro imobiliário, o qual deveria conter somente títulos constitutivos de direitos de propriedade, passou a ser impregnado por títulos declaratórios de posse, cuja validade ainda que transcritos em tal cadastro, não é suficiente para garantir a transmissão de propriedade, pois às áreas narradas em seu bojo, não foram certificadas, no caso, legitimadas pelo Estado.

3. O Direito de Propriedade no Brasil

O marco do direito de propriedade no Brasil, efetivamente passou a ser caracterizado pelo advento da Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916,

no caso o então vigente Código Civil, que condensando a legislação esparsa, desmistificou a indeterminada transmissão imobiliária, sem qualquer espécie de transcrição imobiliária, pois até então se primava somente pela posse e não pela propriedade, como direito autônomo.

A contribuição galgada pelo Código Civil de 1916 foi trazer a previsão no artigo 859, de que todos os imóveis levados a registro, passariam a ter presunção legal, de que eram pertencentes à pessoa cujo nome se inscreveu ou transcreveu, ou seja, caracterizou-se o direito real a propriedade, dando-se ênfase ao sistema registral.

Ressalte-se que ainda vigorava a concepção trazida pela Lei de Terras, ou seja, para o Estado, não era permitida a aquisição de terras devolutas por mera ocupação, exigindo título expedido pelo órgão estatal, premissa que ainda está em vigor, consoante dispõe o vigente Código Civil e a Constituição de 1988.

Porém, naquele período, diversos juristas discutiam sobre a possibilidade de usucapião sob terras públicas, uma vez que não existia até então dispositivo legal, na legislação em vigor que impedisse tal mecanismo de aquisição originária de propriedade, prevalecendo até o ano 1931, o entendimento de que os bens públicos dominicais eram alienáveis, e, portanto passíveis de usucapião.

Entendimento que foi acolhido pelo Governo Provisório, ao editar o Decreto nº 19.924, em 1931, reconhecendo as concessões de terras devolutas processadas sob a égide do regime anterior, exigindo a partir de sua vigência, como ato indispensável à validade desses títulos, sua transcrição, junto ao registro imobiliário.

No ano 1933, Vargas edita o decreto nº 22.785, e veda o regate dos aforamentos de terrenos pertencentes à União, instituindo a proibição de usucapião sobre bens públicos, entendimento este que passou a ser compilado para interpretar o artigo 67 do Código Civil, extraindo que após a vigência dos citados decretos, não era possível a usucapião sobre bens públicos, salvo casos excepcionais, e limitados à determinada área, quanto à ocupação de terras devolutas.

Atualmente um exemplo prático de tal premissa, está consagrado na Lei nº 6.383, de 1976, a qual prevê o procedimento discriminatório de terras devolutas, e prevê em seu bojo a possibilidade do reconhecimento de domínio de área com até 100 (cem) hectares, em favor do possuidor, que promover a função social.

Assim, esvazia-se o debate costumeiro em sede forense de que vastas áreas de terras de terras, cuja origem da posse são títulos paroquiais, poderiam ser objeto de usucapião, ou de ações reivindicatórias, pois como afirmado seus detentores são meros possuidores, os quais em razão do vício inerente à origem dos títulos estão impossibilitados do exercício do direito de propriedade, ou exercício do domínio pleno, garantindo-se a estes somente o direito à posse, enquanto mansa e pacífica.

4. Procedimento Discriminatório

Com a instituição da República, em 1891, o território nacional passou a ser desmembrado em favor de cada unidade federativa, não havendo mais um único órgão dominante sobre o território nacional, como antes havia o Império.

Em análise a este contexto histórico, e tendo em vista que a contemporaneidade do tema, bem como a inexistência de direito adquirido em face de regime constitucional, a vigente carta republicana elenca a existência de terras devolutas pertencentes ao domínio da União, as discriminando categoricamente no artigo 20, inciso II, bem como cita no artigo 26, inciso IV, o caráter residual do domínio dos Estados sobre as terras devolutas.

Domínio dos Estados ou da União, que não exige ato declaratório ou constitutivo para sua eficácia, por decorre de um longo processo histórico, que simplesmente será apurado mediante ação discriminatória, a efetiva dimensão, localização e uso que está sendo outorgado pelo particular à área pública, considerada como terra devoluta, dentre as quais destacamos a grande maioria dos títulos, cuja origem é paroquial.

Portanto, em razão da competência constitucional, o procedimento de verificação das terras devolutas, competirá à esfera estatal, que tenha competência específica para tal, o que por exclusão, não estando à área dentre as especificações contidas no artigo 20, inciso II da Constituição Federal, competirá ao Estado, onde tais terras forem localizadas.

O procedimento discriminatório, está previsto na Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, a qual prevê uma série de procedimentos administrativos ou judiciais, para a arrecadação das terras, tidas por devolutas, garantindo-se ao possuidor o direito à ampla defesa, para comprovar que, seu direito de propriedade ao bem, defluiu de título com

origem dominial válida e regular.

No artigo 27 da citada Lei, existe disposição expressa de que esta será aplicada para a arrecadação das terras devolutas pertencentes aos Estados, cujo texto, prevê ainda a possibilidade de convênio junto ao INCRA, visando maior auxílio nos procedimentos demarcatórios.

Por fim destacamos o artigo 29 da Lei do Procedimento Discriminatório, a qual conforme enfatizamos visa a correta distribuição de terras, permitindo aos posseiros ocupantes de terras devolutas, à preferência e subsídios para a aquisição da área ocupada, limitada a 100 (cem) hectares, o que ao ruralista trabalhador é uma grande benesse, pois terá sua ocupação regularizada, com base em seu trabalho honesto, do qual irá retirar os frutos para o pagamento do simbólico valor atribuído à terra.

5. Jurisprudência

Em razão da relevância do tema, trago à baila importante julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS COISAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DOMÍNIO PLENO. ILHA COSTEIRA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 601 DE 1850 (LEI DE TERRAS). SÚMULA 07/STJ. REGISTRO PAROQUIAL. DOCUMENTO IMPRESTÁVEL À COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE. JUNTADA DE “DOCUMENTO NOVO” EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A análise de prova, antiga ou superveniente, é vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07.
2. Em sede de recurso especial, não cabe a esta Corte Superior, uniformizadora do direito infraconstitucional que é, analisar supostas violações a artigos da Constituição Federal. Ademais, o próprio acórdão recorrido consigna explicitamente não vislumbrar, no caso, óbice constitucional à pretensão do autor.
3. A origem da propriedade particular no Brasil ora advém das doações de sesmarias, ora é proveniente de ocupações primárias. Ambas, para se transformarem em domínio pleno, deveriam passar pelo crivo da “revalidação” ou, quanto às “posses de fato”, da

“legitimação”, procedimentos previstos, respectivamente, nos arts. 4º e 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras).

4. A legitimação da posse, para caracterização do domínio pleno, cujo procedimento foi regulamentado pelo Decreto nº 1.318 de 30 Janeiro de 1854, requeria como condições, além da medição a que faz referência o art. 7º da Lei nº 601/1850, o cultivo ou princípio de cultivo da terra, a moradia habitual do respectivo possessor, bem como as demais condições explicitadas no art. 5º, caput e parágrafos, do Diploma em análise. Assim, a controvérsia não se limita simplesmente em saber se a medição das terras (art. 7º) poderia ser dispensada na hipótese. Em realidade, para que a posse mansa e pacífica fosse legitimada, nos termos do art. 5º da Lei de Terras, também era necessário o preenchimento das demais condições a que faz referência a Lei, e cuja comprovação não pode ser realizada na instância especial, por força do que dispõe a Súmula 07/STJ.

4. Ademais, mostra-se desarrazoada a interpretação que relativizada, 159 (cento e cinquenta e nove) anos depois, literal disposição da Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850), a qual visava, expressamente, estabilizar as relações fundiárias existentes no Brasil, concedendo ao Estado a perseguida certeza jurídica em relação a terras, quer pertencentes a ele, quer pertencentes a particulares.

5. Não há direito de propriedade decorrente do Registro Paroquial.

Com efeito, nos termos do art. 94 do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, as declarações dos possuidores ou sesmeiros feitas ao Pároco não lhes conferiam nenhum direito.

6. Por outro lado, sendo vedado ao possuidor ou sesmeiro hipotecar ou alienar o terreno antes de tirar título passado na respectiva Representação Provincial, infere-se que o direito de propriedade das glebas somente se aperfeiçoava com o registro do dito título, sendo irrelevante o cadastro realizado perante o Vigário Paroquial.

7. Recurso especial não conhecido.

(REsp 389.372/SC, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 15/06/2009)”

6. Conclusão

Em diversos Estados da Federação, a incerteza quanto aos títulos de propriedade acarreta graves prejuízos econômicos, gerando inclusive

conflitos sociais, que trazem estigmas graves à sociedade, bem como dilaceram a vida de diversos núcleos familiares.

O núcleo da grande maioria destes conflitos fundiários, remonta à vigência da Lei de Terras, donde surgiram os títulos paroquiais, os quais embora sejam meros atos declaratórios de posse, e não representem expressões de domínio ou propriedade, em decorrência das legislações vigentes no decorrer de todo este período histórico equivocadamente possibilitou a transcrição de tais títulos junto ao registro imobiliário.

Transcrição cuja efetividade jurídica, não é outra senão causar prejuízos a credores, bem como a compradores de boa-fé, uma vez que os registros imobiliários, não especificam claramente nas transcrições subseqüentes que o título originário, é paroquial, possibilitando vendas, ou seja, novas transcrições, e averbações de gravames, a exemplo de hipotecas, e penhor rural.

Omissão, não só dos delegatários de serviço público titulares das serventias de registro imobiliário, mas também do Estado, que não atuou discriminando tais imóveis, tidos como terras devolutas, bem como não utilizou os mecanismos legais, para obstar a prática de novos atos sob a matrícula de tais imóveis, o que fomenta a grilagem de terras, e a constituição de fraudes, geralmente pela ausência real das terras.

Sem dúvidas, não podemos esquecer que a legitimação de terras públicas e a discriminação de terras devolutas, é um procedimento moroso, que desde o surgimento do Brasil, vem tentando ser efetivado, porém ainda assim o Estado deve se sensibilizar, e promover a efetiva regularização fundiária, esta sim debatida pelos movimentos sociais, uma vez que não irá retirar a terra dos ricos para os pobres, mas sim, outorgar a cada um o efetivo direito de propriedade, observando a real função social.

Neste aspecto, citamos o Estado do Tocantins, cujo território já sofreu diversas ações sociais visando à legitimação fundiária, ainda quando pertencente ao Estado de Goiás, e posteriormente quando então já unidade federada específica, com a instituição de órgão específicos, como o grupo de terras do Araguaia, e atualmente o Itertins (Instituto de Terras do Tocantins), cujo trabalho embora relevante ainda é insuficiente para absorver o escopo social.

A crítica é quanto à ausência de atuação maciça do Estado visando à promoção de um conjunto de ações discriminatórias, em áreas polarizadas

do Estado, a exemplo da região do “bico do papagaio”, a região da Comarca de Goiatins e a região sudeste do Estado, onde existem por questões históricas, diversas áreas de terras públicas e terras devolutas, cujos possuidores, ostentam-se como proprietários utilizando-se de títulos paroquiais.

Fato que deve ser corrigido com urgência, ainda que outorgando a preferência na aquisição onerosa destes imóveis, aos seus possuidores, com o escopo de implementar a sua legitimação mediante mensuração georeferenciada, procedendo-se a correção do registro imobiliário, com o cancelamento de diversos títulos ilegítimos, o que trará a redução dos conflitos agrários na região, um aumento da receita estatal, e também uma redução no número de fraudes à concessão de garantias para financiamentos, pois efetivamente haverá a correta certificação do Estado, quanto a existência real dos imóveis cadastrados no registro imobiliário.

Procedimento discriminatório, que deverá observar a função social da propriedade, e nos termos da legislação aplicável, garantirá ao agricultor familiar de baixa renda, mediante subsídios e linhas de crédito específicas, a legitimação de sua ocupação, em área de até 100 (cem) hectares, o que evitaria diversos conflitos sociais.

Ressalte-se que não é socialmente justo, garantir linhas de crédito, subsidiadas, para a aquisição de maiores glebas de terras ao mesmo possuidor, uma vez que 100 (cem) hectares, representa uma área em módulos rurais suficiente para a agricultora familiar, sendo que as áreas remanescentes destas ocupações devem ser utilizadas para a promoção de projetos governamentais, ou para venda em hasta pública, garantindo recursos ao Estado, para recompor o patrimônio despido com tal iniciativa fundiária.

Observem nobres leitores, sob o ponto de vista da legalidade, sem dúvida deveria ser outorgada a preferência na discriminação das inúmeras terras devolutas, ainda existentes neste país, para a legitimação de seus ocupantes, observando-se o disposto no artigo 29, da Lei nº 6.383/76, o que é melhor do que promover grandes conflitos sociais, fomentando movimentos diversos, para incentivar desapropriações, muitas das vezes ilegais, às quais em sua maioria, oneram imóveis produtivos e que tem origem dominial perfeita.

Portanto, concluímos que os títulos paroquiais, são meros atos declaratórios de posse, oriundos do advento da Lei nº 601, de 18 de

setembro de 1850, os quais não representam direitos dominiais, ou seja, direito de propriedade, no entanto, considerando que diversos títulos foram erroneamente transcritos no fôlio real do Registro de Imóveis, para seu cancelamento se faz necessário outorgar o direito a ampla defesa, em favor da pessoa, em favor de quem o imóvel está registrado.

Ressalte-se que tal defesa ao ato de cancelamento é restrita a comprovação da convalidação do título por ato estatal, em regra compra e venda, ou doação do ente público, documento que levado a registro convalidará o título primitivo, permitindo a abertura de nova matrícula, para a correta especialização do bem, a qual ausente, implicará no cancelamento do registro do título paroquial, o qual sequer deveria ter sido transcrito no fôlio real, pois como já dito, não representa o direito real de propriedade.

Referências

CIRNE LIMA, Raul. **Pequena história territorial do Brasil: Sesmarias e terras devolutas**, 2ª edição, Livraria Sulina Editora: Porto Alegre, 1954.

LAMANA PAIVA, João Pedro; *et al.* **Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil**. Disponível em http://www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=85&id_noticias_area=1. Acesso em: 20 jan. 2010.

OLIVEIRA, Umbelino de Oliveira *et al.* **O processo de constituição da propriedade privada da terra no Brasil**. Disponível em: ega12009.easypanners.info/.../6193_OLIVEIRA_Arivaldo_Umbelino.doc. Acesso em: 06 fev. 2010.

PORTO, Ary Eduardo. **Aspectos de dominialidade**. Disponível em www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/.../regulariza2/doutrina1.html. Acesso em 05 fev. 2010.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Os serviços notariais e registrais no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1358, 21 de mar. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9629>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Transparência, inexistência de sigilo bancário em transações a partir de contas de entes públicos junto a instituições financeiras e o efetivo combate à corrupção

Vinícius de Oliveira e Silva*

RESUMO

O presente estudo trata da transparência nos atos dos entes da administração pública, sua relevância no enfrentamento da corrupção e a não existência de sigilo acerca das informações de transações bancárias em contas de entes públicos junto a instituições financeiras, tudo de modo a se permitir uma maior fiscalização do erário.

* Promotor de Justiça MP-TO em exercício na Promotoria de Justiça de Gurupi. Especialista em Direito Constitucional.

1. Introdução

O Padre Antonio Vieira, no ano de 1655, pregou na Igreja da Misericórdia de Lisboa um de seus mais famosos sermões: o *Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia*. O corajoso e contundente discurso, que tem como tema central a desonestidade dos integrantes da monarquia, permanece em tudo aplicável ao Brasil do Século XXI, com sua história contemporânea maculada pelos deletérios ilícitos de ímprobos agentes públicos.

Naquela época, o visionário Vieira advertia os ímprobos reis tratando-os como pecadores e conclamava o povo a meditar acerca do modo de condução do estado pelos monarcas e seus desmandos: Escreveu o padre:

Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo de seu risco, estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam. (VIEIRA, 2004).

Hoje, em nosso país de tantas realidades e de uma democracia ainda em consolidação, não é incomum depararmos com atitudes de

“representantes do povo” que mais se assemelham a atos de um príncipe absolutista, em completo descompasso com a fundamental noção de *res publica* e com a noção sobre quem é verdadeiro titular dos interesses e bens administrados: o povo.

O presente ensaio visa analisar o que entendemos ser a mais fundamental premissa para um efetivo controle das ações governamentais e para o combate à corrupção: *a ampla transparência dos atos da administração pública*.

Sabe-se que a vivência democrática só se concretiza com a participação popular nos negócios jurídicos do Estado e nas deliberações estatais, bem como que a prevenção e a repressão à corrupção depende do conhecimento, tanto pelo Ministério Público e pelas demais instituições incumbidas do controle externo, quanto por qualquer cidadão, de todos os atos dos entes públicos e do acesso a informações dessa seara, tudo de modo a concretizar o princípio da publicidade.

Somente adotando essa perspectiva será possível lançar luzes sobre os atos ilegais praticados cotidianamente por gestores desonestos e viabilizar um tratamento de, no mínimo, igual desvalor entre o “furtador de bolsas” e o “ladrão de cidades e reinos”, como profetizou Vieira.

2. O republicano e democrático dever de transparência na administração pública

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece que o Brasil é uma República, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito.

O termo república, como é sabido, tem sua origem na concepção de “coisa do povo e para o povo”, ou seja, *res publica*.

A forma republicana de governo – ou seja, a maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados (DA SILVA, 2006, p. 34) se opõe a monarquia, porquanto nessa a acessão ao trono é automática, hereditária e vitalícia e o monarca não tem responsabilidade política, não possuindo obrigação de prestação de contas de seus atos aos súditos, enquanto naquela os mandatos dos chefes de governo são temporários, decorrentes de eleição e há responsabilidade do governante na administração de um patrimônio comum, com inerente dever de prestação de contas ao povo e às instituições de controle.

De outro lado a democracia é o regime político¹ “do povo, pelo povo e para o povo” (Lincoln). O conceito clássico, entretanto, não se implementa sem a noção de que a democracia existe materialmente se o povo possuir, além de liberdade de voto, liberdade de informação e de manifestação (CHIMENTI, 2002, p. 51), exatamente para ser possível a formação de uma opinião sólida e o exercício da fiscalização dos governantes visando verificar se, realmente, os representantes do povo exercem com fidelidade o mandato que receberam.

Do contrário, permaneceremos eternamente na situação apontada Sérgio Buarque de Holanda (1982, p. 119) em “Raízes do Brasil”:

A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.

É dizer: a participação popular somente será realmente relevante para o amadurecimento da democracia se for exercida depois da plena utilização do direito de informação acerca dos atos da administração pública. Após o amplo conhecimento dos negócios do Estado é que se poderá realmente dizer que “todo o poder emana do povo”.

Assentadas em brevíssimas linhas as idéias básicas acerca do princípio republicano e do regime democrático, cumpre introduzir um dos corolários dessas concepções: a ampla publicidade dos atos estatais.

Deveras, se as atuais balizas constitucionais do Estado Brasileiro estão ancoradas naquelas concepções históricas constitucionais, fácil concluir que o primeiro dever de todo governante público é o dever de prestar

¹Segundo José Afonso da Silva, Regime Político “*é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da Sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico*” (Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. p.124) Assim, de acordo com o escala de participação do povo nos negócios do Estado, pode-se ter estruturas autocráticas ou democráticas.

contas do que executa, permitindo a transparência nos negócios do ente público que administra.

Hoje sociólogos descrevem a existência da chamada “sociedade informacional”, resultado de profundas transformações no modo de produção ante a central importância da informação nas relações sociais, superando-se a antiga sociedade industrial, essa calcada tão-somente na relevância dos recursos naturais e no capital financeiro. Pois bem, na chamada Era da Informação é comum depararmos-nos com alegações de sigilo, restrições ao acesso a dados públicos ou regulamentações que frustram por via transversa o conhecimento pleno acerca de atos de entes estatais. Lamentavelmente o país está repleto de administradores públicos, em todos os Poderes, que desprezam o dever de informar até mesmo a instituições de controle e à imprensa.

Cuida-se da denominada “opacidade informacional” ou “fator opacidade”, ou seja, a ausência de transparência, que, em muitos casos, é usada exatamente como biombo para práticas corruptas, sendo constatável que quanto mais corrupto um governo, menor é o grau de transparência de seus atos.

A transparência na condução dos governos é, portanto, dever inerente à função pública, sendo preciso que os “administradores reconheçam que as informações lhe são apenas confiadas pela sociedade e que eles não são donos das informações públicas”(ECCLESTONE apud SPECK, 2002, p. 382).

3. O princípio da publicidade

Com a superação do período ditatorial no Brasil, o legislador constituinte buscou estabelecer, na Carta de 1988, uma normatização da publicidade consentânea com a democracia. Tal viés foi determinado, assim como outros que constam da Constituição Cidadã, porque inúmeros desmandos do regime de exceção ocorreram na penumbra do desconhecido, à sorrelfa, na obscuridade dos segredos. Como observou o Ministro Marco Aurélio no julgamento do mandado de injunção nº 284 -DF *in* RTJ nº 139/713

(...) alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se dentre vários atos de

arbitrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas (...) ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'praxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (O Futuro da Democracia, 1986, Paz e Terra), não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que se oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou na lição expressiva de Bobbio, como 'um modelo ideal do governo público em público.

É consabido que o artigo 37, prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentro outros, o princípio da **publicidade** e, portanto, a norma consagra que o ordinário é não haver sigilo acerca de quaisquer atos administrativos².

A própria Carta Maior estabeleceu outrossim regras que são verdadeiros desdobramentos do princípio da publicidade, especialmente o direito a

²Nas eternas palavras de Hely Lopes Meirelles: "A publicidade, como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento de licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89.

informações (artigo 5º, inciso XXXIII), o direito a certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações pessoais (artigo 5º, inciso XXXIV, b), o direito ao *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII), a necessidade de que os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos (artigo 93, IX), a exigência de julgamentos administrativos dos Tribunais serem realizados em sessão pública (artigo 93, X), entre outros.

A efetividade da publicidade, porém, requer uma facilitação e modernização dos fluxos de informação, até mesmo uma mudança da mera posição passiva e burocrática para uma postura ativa pela administração. Esclarece a doutrina especializada:

As reformas administrativas levadas a cabo na última década em muitos países do mundo, até mesmo no Brasil – tanto pela vertente gerencial da chamada nova administração pública como pela vertente democratizante das chamadas administrações democráticas-populares – evidenciam uma nova compreensão de gestão pública e o reconhecimento da importância central de uma gestão consciente dos fluxos de informação. Tornou-se cada vez mais evidente que os órgãos públicos não podem mais se restringir a reagir – de forma passiva – às demandas de informação, mas precisam assumir uma postura pró-ativa, considerando a gerência e disponibilização de informações uma função essencial do serviço público. Um aspecto importante refere-se à opacidade informacional da selva burocrática, que impossibilita ao cidadão chegar sem maiores problemas às informações requisitadas. Em geral, ninguém fora do governo compreende o funcionamento e a complexidade da gestão das informações nos órgãos públicos. Por isso, é indispensável que as administrações coloquem à disposição do público os índices internos e os catálogos que informam o cidadão sobre qual departamento é responsável por o quê, qual departamento deve dispor de que tipo de informação referente a certo assunto, para que o cidadão possa encaminhar seus pedidos de forma mais eficiente. (SPECK, 2002, p. 379/380).

Em suma: é dever do administrador e direito do cidadão a absoluta transparência nas gestões de entes públicos, sendo obrigação basilar do governante dar publicidade aos atos oficiais e atender, com presteza,

requerimentos de informações de cidadãos e/ou órgãos da imprensa privada ou requisições de instituições de controle, sendo que, somente com a facilitação no acesso a tais dados e o surgimento de uma nova cultura de publicidade, é que se poderá estabelecer uma relação de respeito da população com os seus representantes.

4 Os custos sociais da corrupção

A palavra corrupção advém do latim *rumpere*, que significa romper, dividir, surgindo daí a expressão *corrumpere*, que equivale a deteriorar, depravar.

Historicamente sempre desaprovada nas sociedades civilizadas, a corrupção é um dos grandes flagelos de nossa época.

Exatamente por deteriorar as funções do próprio Estado, a corrupção é deveras prejudicial ao meio ambiente, aos direitos humanos, às instituições democráticas e ao tão necessário implemento dos direitos sociais, sendo certo que, para alimentar a ganância de alguns, a improbidade gera o aumento da pobreza (e de suas sabidas consequências) de milhões de pessoas no mundo.

A organização não-governamental *Transparency International* publica o conhecido Índice de Percepções de Corrupção³, sendo certo que, no ano de 2006, o Brasil figurou na posição de número 70 - de um total de 154 países -, recebendo nota 3,3 (numa escala de 0 a 10), afastado, portanto, muitas posições dos percebidos como menos corruptos, a Finlândia, a Islândia e a Nova Zelândia. Tal estudo, apesar de não ser uma constatação precisa do número de atos corruptos - até pela impossibilidade de se conhecer os atos ilícitos que tendem a permanecer na clandestinidade -, é uma referência para se chegar a triste conclusão que temos um caminho longo a percorrer para atingirmos um nível de honestidade aceitável.

Penso que um dos sentimentos que devemos estripar de nossa sociedade é de que a corrupção é pouco, ou menos, lesiva que outros ilícitos.

É difundido no imaginário popular que a periculosidade é atributo

³ <http://www.transparencia.org.br/miscelanea/cpi-2006.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2009.

exclusivo de indivíduos que cometem crimes mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Não é incomum também a utilização de argumentos de criminalistas no sentido de que o cárcere deve ser reservado para pessoas perigosas, referindo-se aqueles criminosos habituais que ofendem a vida ou a integridade física de outrem com suas próprias mãos.

Tal ideologia está estampada inclusive no Código Penal que prevê no artigo 44 a aplicação de penas restritivas de direitos (penas alternativas) para condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, *desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*, o que acaba por beneficiar, por exemplo, condenados por peculato, corrupção ativa e passiva, entre outros crimes contra a administração pública.

Se é certo que um homicida ou um assaltante é nocivo ao corpo social, pois lesa uma a vida ou saúde de um cidadão, com muito mais razão é correto dizer que um gestor que desvia milhares ou milhões de reais dos cofres públicos é responsável pela morte nas filas dos sucateados hospitais, pela falta de saneamento básico que condena os carentes a doenças medievais, ou pela precariedade das rodovias que gera acidentes fatais, ou seja, pela dolorosa morte de vários inocentes brasileiros.

O ilustre Promotor de Justiça Emerson Garcia em profundo artigo acerca do tema anota que, segundo um estudo do Banco Mundial, publicado na Revista Veja nº 1.491 de 14.03.2001, se diminuídos os níveis de corrupção pela metade, ocorreria a redução dos seguintes fatores de lesão social: a) mortalidade infantil – 51%; b) desigualdade na distribuição de renda – 54%; c) porcentagem da população que vive com menos de dois dólares por dia – 45%. E conclui o nobre colega:

“Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais” (GARCIA, 2003, p. 117).

Diante dessas ponderações é irrefutável a conclusão de que a periculosidade ou a lesividade social da atuação de gestor corrupto é muitas vezes maior que a periculosidade de um assaltante ou seqüestrador, não se compreendo, nessa quadra da história nacional, a tibieza no tratamento repressivo dos ímprobos, muitas vezes considerados, inclusive pelo Poder Judiciário, como não ofensores da ordem pública.

5. As contas bancárias de entes públicos e a inexistência de sigilo bancário em face da transparência dos atos da administração pública

5.1. A perspectiva teleológica do sigilo bancário

Historicamente, pode-se anotar que o sigilo bancário é costume surgido na Grécia Antiga, na prática de se efetuar a guarda, nos templos religiosos, de dinheiro, realizando-se naqueles locais inclusive atividades bancárias. Tais atividades, assim como as cerimônias religiosas eram consideradas sagradas. Os romanos, séculos depois, forjaram o conceito jurídico de segredo e o tema foi positivado em diplomas jurídicos ao redor do mundo. (FOLMANN, 2004, p. 117).

No Brasil a primeira norma que tratou do tema foi a Lei 556 de 1890 que equiparou os banqueiros aos comerciantes em geral, estendendo-lhes o princípio da garantia do segredo no comércio.

Na atualidade discute-se se o sigilo bancário teria ou não *status* constitucional, especificamente se estaria abarcado no inciso XII, do artigo 5º da Carta Maior que estabeleceu o segredo na comunicação de “dados”⁴. Sem adentrarmos nessa discussão, que foi objeto do MS nº 21729-DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é certo que a leitura integral do dispositivo permite concluir com facilidade que os dados referidos no inciso XII são aqueles referentes a liberdade de comunicação dos cidadãos e não às informações bancárias⁵.

Argumenta-se, de qualquer maneira, que o sigilo em questão seria derivado do direito à intimidade e vida privada, pois os dados bancários são capazes de espelhar as atividades econômicas da pessoa. Ensina Sérgio Covello (2001, p. 156):

⁴Art. 5º (...) XII: é inviolável o sigilo de 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.

⁵Nesse sentido foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS nº 21729: “De minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reporto-me, no caso, *brevitatis causa*, a um primoroso estudo do a respeito do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior.”

Os Bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e de outras pessoas, inteirando-se de dados os quais, não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente permanecem excluídos do conhecimento alheio. Na intimidade, incluem-se fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e a atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar esse aspecto da personalidade contra a indiscrição alheia.

Nesse contexto, é de convir que o sigilo bancário é um instituto que tem como *ratio* a proteção de direitos da personalidade sendo, por sua própria natureza, aplicável às pessoas físicas ou jurídicas privadas, que tem intimidade/vida privada e atividade negocial a ser preservada.

5.2. O fator opacidade e sua relação com a corrupção

Nas palavras de Peter Eigen integrante da *Transparency International*: *“a preocupação mundial com a melhoria dos níveis de governança e ‘accountability’⁶ nunca foi maior, seja no setor público ou privado, seja nas organizações internacionais e não-governamentais.”* E arremata o doutrinador: *“Hoje há uma crença universal de que o aumento da transparência pode levar não somente a níveis mais significativos de ‘accountability’, como pode fazer isso de maneira muito mais eficaz em termos de custo.”*

O movimento mundial pela transparência funda-se no fato de que

⁶*Accountability* é um termo da língua inglesa, sem tradução exata para o português que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização dever de prestar contas. *Accountability* significa que quem desempenha funções de importância na sociedade deve regularmente explicar o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir. Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos mas de auto-avaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. A obrigação de prestar contas, neste sentido amplo, é tanto maior quanto a função é pública, ou seja, quando se trata do desempenho de cargos pagos pelo dinheiro dos contribuintes.

probidade e transparência estão contrapostas à corrupção.

A diminuição da opacidade, por si só, é forte medida de prevenção à improbidade, porquanto joga luz nas práticas administrativas dos entes públicos e, conseqüentemente, desestimula - ante a maior possibilidade de apuração - fraudes de toda natureza.

Urge, pois, que os negócios estatais sejam absolutamente transparentes, a fim de realizar com plenitude o princípio constitucional da publicidade.

5.3. A inexistência de sigilo em transações bancárias de entes públicos

Assentadas as premissas que fundamentam o objetivo da garantia do sigilo bancário - quais sejam, a proteção da intimidade e da vida privada - e, de outro lado, certa a incidência do princípio da publicidade nos atos dos entes públicos, cabe analisar a questão das transações bancárias em contas de entes públicos.

Realmente, os poderes, órgãos e instituições públicas (assim como quaisquer pessoas físicas e jurídicas privadas) valem-se todos dos dias dos serviços bancários na condução de suas finanças. Aliás, em muitos municípios brasileiros, os grandes clientes dos bancos são, exatamente, as pessoas jurídicas de direito público.

Na atualidade, a legislação de regência do sigilo bancário é a Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001 que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências”.

Tal diploma estabelece obrigação às instituições financeiras de preservar o segredo em relação aos dados de seus clientes. Entretanto, não existe qualquer consideração na norma acerca da hipótese de o cliente não ser uma pessoa física ou jurídica que tenha interesse em preservar sua intimidade ou vida privada, mas sim um ente público, que tem o dever de agir com total transparência de seus atos, em razão da determinação constitucional de publicidade.

Ora, é essa a questão que se coloca, pois, apesar de ser direito do cidadão saber com precisão sobre o patrimônio de um ente público (inclusive qual é o destino das verbas públicas), as instituições financeiras apegam-se às leis de sigilo bancário, criadas para resguardar interesses de particulares, para negar acesso a dados sobre dinheiro absolutamente público, criando ilegais óbices até mesmo para autoridades incumbidas

da fiscalização do erário, como os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos.

Quando se cuidam de contas bancárias de entes da administração direta e mesmo de autarquias e fundações públicas parece indisputável o acerto da posição dos colegas Carlos Humberto Prola Júnior e Diogo Roberto Ringenberg, Procuradores do Ministério Público de Contas de Santa Catarina que afirmam:

(...) não há atividade privada a justificar a imposição do referido sigilo. Tudo o que estas representações do poder público fazem deve-se orientar pelo interesse público, o qual inclui a obrigação de prestar contas integralmente dos seus atos. Nestes casos, opor o sigilo bancário implica arvorar-se de uma prerrogativa sem sustentação constitucional: a de realizar apenas meia-prestação de contas.

Além disso, toda a Administração Pública está subordinada aos princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, dos quais destacam-se a moralidade e a publicidade.

Neste contexto, deve-se atentar que a obrigação de prestar contas envolve os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, d), os quais, quando não observados, permitem justificar inclusive a intervenção de um ente federado em outro, como meio de retomar a ordem constitucional. Isso assim é porque não se pode cogitar da existência de um Estado Democrático de Direito, como declarou o constituinte originário, quando algum dos partícipes da cena social, notadamente aqueles que assumem o *munus publicum* de gerir a *res publica*, pretenda negar aos demais o direito que possuem de saber como foi gerido aquilo que integra o patrimônio comum (PROLA JÚNIOR, 2008, p. 228).

Assim, as informações referentes aos recursos públicos que existem nas contas bancárias dos referidos entes públicos são eminentemente públicas, não devendo pairar sobre as mesmas nenhum segredo, mistério ou sigilo.

Impende ainda anotar que mesmo o sigilo bancário de particulares vem enfrentando um movimento em prol da flexibilização em diversos países do mundo⁷ - exatamente em face da movimentação nos bancos

de enormes numerários fruto dos mais diversos crimes (tráfico de entorpecentes, sonegação fiscal, corrupção, contrabando, lavagem de dinheiro) – e, assim, não se compreende pretender realizar uma indevida e ilógica aplicação do instituto do sigilo bancário às contas públicas, sob pena de verdadeiro fomento da corrupção e proteção de interesses criminosos inconfessáveis.

Exsurge, pois, clara a incidência do princípio da publicidade em todos os atos da administração pública, inclusive e especialmente nas transações bancárias, e igualmente clara, é a inaplicabilidade da garantia do sigilo bancário no que diz respeito às contas de entes públicos junto a instituições financeiras, pois, nesses casos, os bancos detêm nada mais que informações públicas e não segredos comerciais ou aspectos da intimidade de um cidadão ou empresa.

5.4. O acesso a Informações de transações bancárias de entes públicos pelo Ministério Público e por outras instituições fiscalizadoras.

O acesso a informações de transações bancárias feitas por pessoas jurídicas de direito público, notadamente, dados sobre saldos, extratos e *destino de transferências e pagamentos a partir de contas públicas*, é, portanto, decorrência do princípio da publicidade, até porque não se pode querer negar fiscalização ao *quantum* existe em uma conta bancária de ente público ou para quem foi feito pagamento ou transferência de dinheiro.

Assim, o Ministério Público e também outras as instituições de fiscalização devem ter, *independentemente de justificativa ou de ordem judicial*, a possibilidade de analisar as contas bancárias dos entes públicos, visando verificar o numerário em caixa, os valores que adentraram nas contas públicas e também cada operação de saída, bem como os destinos de tais valores.

Não se concebe, portanto, - num país que declara ser uma República e

⁷É sabido que o sigilo bancário é um dos grandes biombos para a circulação de capitais derivados de ilícitos, bem como quanto mais protetiva é a legislação acerca do sigilo, maior é atração de dinheiro de origem duvidosa. Na Suíça, as rígidas regras de proteção ao sigilo, foram flexibilizadas nas últimas décadas exatamente por pressão da comunidade internacional. Atualmente os governos estrangeiros podem solicitar pedidos judiciais de quebra de sigilo de contas, o que não acontecia no passado, permitindo-se, por exemplo o bloqueio das contas do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto em Genebra.

um Estado Democrático de Direito - que integrantes do Poder Legislativo, autoridades da Polícia Civil, Polícia Federal, membros dos Tribunais de Contas, Procuradores de Contas e notadamente os membros do Ministério Público Estadual ou Federal encontrem qualquer restrição ao acesso a dados de transações bancárias de contas de entes públicos.

5.5. O acesso a Informações de transações bancárias de entes públicos por qualquer um do povo

A completa tutela do patrimônio público, além de ser realizada pelas instituições públicas que representam e devem buscar incansavelmente o interesse da sociedade, deve ser feita também pela própria população. A participação da “sociedade civil organizada”, segundo pensamos, está em franca ascensão e deve ser incentivada e respaldada pelo Ministério Público, visando com a máxima disponibilização de informações.

Assim, se os dados das contas bancárias são públicos e se a sociedade civil, por ela mesma, pode e deve fiscalizar o bom uso do patrimônio público, é evidente que qualquer um do povo tem o direito de ter acesso às movimentações bancárias de seu município e de seu estado por exemplo, até porque é o cidadão que está convivendo na *polis* e que tem, portanto, maiores possibilidades de verificar *in loco* aplicação do dinheiro público, *vg* em obras, serviços ou ainda na existência ou não dos servidores públicos que constam na folha de pagamento.

A ampla publicidade de todos os negócios jurídicos do estado, inclusive dos dados bancários, é, em suma, essencial para a consolidação da democracia no país e, talvez, a melhor forma para se verdadeiramente falar, como cunhou Bobbio, em “*um modelo ideal do governo público em público*” e, conseqüentemente, reduzir os revoltantes casos de mau uso/desvio do dinheiro público, que poderá ser verdadeiramente aplicados na saúde, moradia e educação dos filhos da tão carente população brasileira.

6. Conclusão

O Estado Brasileiro, sendo uma República e um Estado Democrático de Direito, tem os atos jurídicos dos entes públicos que o compõe regidos pelo princípio da publicidade. A transparência na gestão dos governos é

regra exatamente para viabilizar o controle e a fiscalização dos administradores da *res publica*, o que deve ser efetivado pelo Ministério Público Brasileiro, pelas demais instituições constitucional e legalmente incumbidas do controle externo e também pela sociedade civil.

O incremento de tal controle é necessário especialmente diante de uma situação social de extrema desigualdade e do completo desrespeito aos direitos sociais mais fundamentais, em prejuízo especialmente da população mais pobre, o que exige o mais eficaz e sério uso dos recursos públicos.

De outro lado, a corrupção – cínica e criminosamente - subtrai o tão necessário dinheiro público do erário e coloca grande parte do povo brasileiro abaixo da linha da pobreza, bem como condena à morte as crianças e idosos que necessitam dos combalidos serviços de saúde pública e assistência social, fazendo-se mister o incremento dos meios de fiscalização da utilização do patrimônio público.

Nesse contexto verifica-se que os dados bancários de contas de entes públicos junto a instituições financeiras (saldos, extratos e *destino de transferências e pagamentos a partir de contas públicas*) são dados públicos e, portanto, não se lhes aplica o sigilo bancário, fundado no resguardo da intimidade e vida privada, mas sim o princípio constitucional da publicidade. Assim tais informações bancárias devem ser plenamente conhecidas pelas instituições públicas de controle (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministérios Públicos Estaduais e Federal, Tribunal de Contas, Ministérios Públicos de Contas) e pela sociedade civil, independentemente de justificativa ou de ordem judicial, objetivando-se um maior controle do uso do dinheiro público.

A pacificação do entendimento jurídico sobre a inexistência do sigilo bancário na espécie e a larga utilização das informações bancárias no controle do erário - por todas as instituições fiscalizadoras e pela própria população - é, segundo acreditamos, um importante passo para criação de uma cultura de transparência na gestão do dinheiro público.

Referências

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: comentário**. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional**. São Paulo: Paloma, 2002.

COVELLO, Sérgio. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. Curitiba: Juruá, 2004.

GARCIA, Emerson. **A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica**. Revista de Direito Administrativo, jul.set 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1982.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto; RINGENBERG, Diogo Roberto. *O sigilo bancário e os Tribunais de Contas*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência**. Campinas: Editora Unicamp, 2002.

VIEIRA, Antonio. **Sermões escolhidos**. Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Sede social da Associação Tocantinense do Ministério Público - ATMP

A sede social da ATMP está localizada às margens do Lago da Usina do Lajeado, formado pelo represamento do Rio Tocantins, no Loteamento Village Morena, Município de Porto Nacional. Possui uma área total de cerca de 18 mil metros quadrados. O terreno, na época com 13.998.51 metros quadrados, foi adquirido pela Associação por meio de doação do Promotor de Justiça Lucas Bernardes da Costa, no ano de 1999, na gestão da Promotora de Justiça Beatriz Regina Lima de Mello.

A construção e entrega da obra de infraestrutura do clube deram-se na gestão do Promotor Marcelo Sampaio, que inaugurou o espaço com salão de festa e quatro chalés, em 2004. Na gestão do Promotor José Maria da Silva Junior foi realizado o trabalho de reformulação de toda a parte elétrica do clube e outras melhorias, como a construção de um palco no salão de festas, ampliação da estrutura e instalação de um portão eletrônico.

Na atual administração, que tem à frente o Promotor de Justiça Edson Azambuja, foram realizadas obras de reforma da piscina e reestruturação hidráulica, além de aquisição de dois lotes para ampliação do clube, uma vez que existe um projeto de reorganização do espaço a ser implementado nessa gestão.

Além de oferecer oportunidades para o lazer bem próximo da Capital (cerca de 9 km), os chalés da sede social são utilizados para a hospedagem dos Promotores de Justiça do interior, por ocasião de suas vindas a Palmas.

Realização:



Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
- CESAF -

Apoio:

