

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

**Ministério Público Catarinense**

v.6, n. 14, jan./jun. 2009

# Atuação

Revista Jurídica do

## Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Raulino Jacó Brüning  
Gustavo Viviani de Souza  
Eduardo Sens dos Santos  
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães  
Maury Roberto Viviani  
Rejane Gularte Queiroz

As opiniões emitidas nos artigos  
são de responsabilidade  
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral  
de Justiça do Estado de Santa Catarina e da  
Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mp.sc.gov.br](mailto:revistajuridica@mp.sc.gov.br)

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint (CRB 14/384)

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /  
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa  
Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. -  
v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACMP,  
2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,  
2009- .

v. 6, n. 14, jan./jun. 2009.

ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II.  
Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05  
CDU 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: xxx. 200x

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224.4600 e 3224.4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229.9000  
[pgj@mp.sc.gov.br](mailto:pgj@mp.sc.gov.br)  
[www.mp.sc.gov.br](http://www.mp.sc.gov.br)



## Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

### **Procurador-Geral de Justiça**

Gercino Gerson Gomes Neto

### **Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos**

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

### **Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos**

Gladys Afonso

### **Secretária-Geral do Ministério Público**

Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça**

Gladys Afonso - *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

### **Assessoria do Procurador-Geral de Justiça**

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Leonardo Henrique Marques Lehmann

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

### **Colégio de Procuradores de Justiça**

*Presidente:* Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão - *Secretário*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Conselho Superior do Ministério Público**

*Presidente:* Gercino Gerson Gomes Neto    Antenor Chinato Ribeiro  
Paulo Ricardo da Silva    Narcísio Geraldino Rodrigues  
Paulo Roberto Speck    Pedro Sérgio Steil  
Jacson Corrêa    José Eduardo Orofino da Luz Fontes  
José Galvani Alberton    *Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

Paulo Ricardo da Silva

### **Subcorregedora-Geral do Ministério Público**

Lenir Roslindo Piffer

#### **Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público**

Marcílio de Novaes Costa

#### **Assessores do Corregedor-Geral do Ministério Público**

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol  
Ivens José Thives de Carvalho  
Eliana Volcato Nunes  
Monika Pabst

### **Coordenadoria de Recursos**

Tycho Brahe Fernandes – Coordenador

#### **Assessoria do Coordenador de Recursos**

Laudares Capella Filho  
Fabiano Henrique Garcia

### **Ouvidoria do Ministério Público**

Anselmo Jerônimo de Oliveira

### **Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa**

Ricardo Paladino - Coordenador-Geral

### **Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente**

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - Coordenador-Geral



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Centro de Apoio Operacional do Consumidor**

Rodrigo Cunha Amorim – Coordenador-Geral

### **Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações**

Luiz Fernando Góes Ulysséa - Coordenador-Geral

### **Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude**

Priscilla Linhares Albino – Coordenadora-Geral

### **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**

Gustavo Viviani de Souza – Diretor

### **Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária**

Rafael de Moraes Lima – Coordenador-Geral

### **Centro de Apoio Operacional Criminal**

César Augusto Grubba- Coordenador-Geral

Onofre José Carvalho Agostini -Coordenador

### **Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade**

Raulino Jacó Brüning - Coordenador-Geral

Mauro Canto da Silva – Coordenador

### **Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas**

Robison Westphal – Coordenador-Geral

### **Coordenadoria de Inteligência e Dados Estruturados**

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – Coordenador

### **Coordenadoria de Contra-Inteligência e Segurança Institucional**

Rafael de Moraes Lima – Coordenador

### **Coordenadoria de Assessoramento Técnico**

Adalberto Exterkötter – Coordenador

### **Coordenadoria de Investigações Especiais**

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – Coordenador



**ACMP**  
Associação  
Catarinense  
do Ministério  
Público

## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

### **Presidente**

Rui Carlos Kolb Schiefler

### **Vice-Presidente**

Rogério Ferreira

### **1º Secretário**

Fernando da Silva Comim

### **2º Secretário**

Eduardo Sens dos Santos

### **Diretor Financeiro**

Durval da Silva Amorim

### **Diretor de Patrimônio**

Ary Capella Neto

### **Diretora Cultural e de Relações Públicas**

Lara Peplau

### **Diretor Administrativo**

Fabiano Henrique Garcia

### **Diretora da Escola**

Walkyria Ruicir Danielski

### **Conselho Fiscal**

Cid Luiz Ribeiro Schmitz  
César Augusto Grubba  
Paulo César Ramos de Oliveira  
Ivens José Thives de Carvalho  
Valberto Antônio Domingues  
Clóvis Mauro da Silva - *suplente*

### **Conselho Consultivo**

Jackson Goldoni  
Fabiano Baldissarelli  
Alexandre Herculano Abreu  
Vagner Pires Kuroda  
Márcio Conti Júnior  
Jean Pierre Campos  
Andrey Cunha Amorim  
Havah Emília Mainhardt  
Gustavo Mereles Ruiz Diaz  
Rejane Gularte Queiroz  
Carlos Alberto Platt Nahas  
Ruy Wladimir Soares de Sousa  
Marcelo de Tarso Zanelatto  
Leonardo Felipe Cavalcanti Luchezi  
Osvaldo Juvêncio Cioffi Júnior

## SUMÁRIO

### INSTITUCIONAL

Para Onde Caminha o Ministério Público? Um novo Paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Re-estruturar para Assumir a Identidade Constitucional.....	9
<i><u>Márcio Soares Berclaz e Millen Castro Medeiros de Moura</u></i>	

### CONSTITUCIONALIDADE

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por Promotor de Justiça.....	33
<i><u>Raulino Jacó Brüning e Eduardo de Carvalho Rêgo</u></i>	
Legitimidade da Defensoria Pública para Ação Civil Pública: Inconstitucionalidade.....	75
<i><u>Renato Franco de Almeida</u></i>	

### PROCESSUAL

A Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Recente Reforma Processual Penal.....	101
<i><u>Mauro Fonseca Andrade</u></i>	

### CRIMINAL

A Reforma do Código de Processo Penal – Procedimentos .....	131
<i><u>Rômulo de Andrade Moreira</u></i>	
A Reforma do Código de Processo Penal – Provas.....	155
<i><u>Rômulo de Andrade Moreira</u></i>	

## **INFÂNCIA E JUVENTUDE**

A Atuação do Ministério Público e a Garantia do Direito à Educação Escolar de Crianças e Adolescentes..... 183

*Helen Crystine Corrêa Sanches e Priscilla Linhares Albino*

A Intervenção Judicial em Políticas Públicas Relacionadas ao Direito da Criança e do Adolescente..... 207

*Geovani Werner Tramontin*

## **CÍVEL**

Transfusões de Sangue Contra a Vontade de Paciente da Religião Testemunhas de Jeová: Uma Gravíssima Violação de Direitos Humanos ..... 219

*Cláudio da Silva Leiria*

## **FILOSOFIA DO DIREITO**

A Legitimação Democrática do Direito: Uma Teoria de Política Jurídica..... 277

*Sonia Maria Demeda Groisman Piardi*

A Teoria Tridimensional do Direito: Ferramenta Aplicada à Análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena segundo a Lei n. 8072/90 – Lei dos Crimes Hediondos..... 287

*Davi do Espírito Santo, Marilene do Espírito Santo e Júlio César Ferreira de Melo*

INSTITUCIONAL

PARA ONDE CAMINHA O  
MINISTÉRIO PÚBLICO?  
UM NOVO PARADIGMA: RACIONALIZAR,  
REGIONALIZAR E RE-ESTRUTURAR  
PARA ASSUMIR A IDENTIDADE  
CONSTITUCIONAL

Márcio Soares Berclaz

*Promotor de Justiça do Estado do Paraná*

Millen Castro Medeiros de Moura

*Promotor de Justiça do Estado da Bahia*

SÍNTESE DOGMÁTICA

*A estrutura organizacional do Ministério Público encontra-se à beira do colapso, impedindo-lhe o cumprimento da missão constitucional. Faz-se necessária a implementação de um novo modelo de gestão baseado em três diretrizes: **racionalizar** atribuições, estabelecendo prioridades e estratégias para uma tutela mais eficiente dos interesses sociais; **regionalizar** a atuação, mediante trabalhos em grupo e ações coordenadas, para aperfeiçoar a unidade e o alcance funcional de sua atividade; **re-estruturar** os órgãos auxiliares em busca de um crescimento institucional baseado numa otimização do trabalho dos membros.*

“Minha dor é perceber que, apesar de termos feito tudo, tudo o que fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais.” (Belchior)

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 9 a 32

## I INTRODUÇÃO

Em sua origem, o Ministério Público incorporou características próprias de diferentes órgãos do passado, aos quais se incumbiam diversas atividades - promoção da ação penal, defesa do fisco, proteção de outros interesses governamentais, bem como zelo pelos hipossuficientes de modo geral - causa contributiva e determinante para o surgimento de uma instituição atualmente encarregada de desempenhar amplas atribuições previstas ao longo do sistema normativo. Assim, no seu histórico institucional, de procurador do Rei, passou a advogado dos interesses da Coroa e ainda teve de atuar como patrono da Fazenda Pública, para, enfim, somente após o advento da Carta da República de 1988, alcançar a posição de guardião da sociedade e imparcial defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Todavia, essa traumática transição de identidade do “governo” para a “sociedade civil” deixou múltiplas seqüelas, dentre as quais a percepção de que, por força de um modelo de atuação antigo e ultrapassado, basta percorrer muitas das atribuições ainda formalmente conferidas ao Ministério Público para perceber que sobram intervenções absolutamente incompatíveis e prejudiciais ao cumprimento da elevada e pretensiosa missão constitucional confiada ao *Parquet*: integrar “a parcela das organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e atuam no sentido da transformação da realidade” (GOULART, 2000, p. 22).

Sinalizando esta problemática, a busca incessante e descriteriosa por novos focos de intervenção na esfera cível, ao mesmo tempo em que aumentou simbolicamente a importância da instituição, tornou-a incapaz de atender, com a eficiência esperada, a promoção de demandas socialmente relevantes, norteadas pela escala axiológica prevista no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Paralelo a isso, a organização e divisão funcional do Ministério Público de forma vinculada e simétrica ao Poder Judiciário, inicialmente progressista e vantajosa, mostrou, com o tempo, ser paradigma saturado e insuficiente para permitir o cumprimento adequado das suas finalidades, panorama agravado pela precária forma de estruturação humana e material dos seus serviços auxiliares. Outrossim, apesar de a Carta Magna de 1988 ter redesenhado o perfil ministerial, atribuindo-lhe o zelo pela consolidação do Estado

Democrático de Direito e a promoção da Justiça Social, a instituição ainda permanece presa a uma estrutura espelhada no Judiciário, razão pela qual urge construir um novo e revolucionário modelo de gestão que lhe atribua uma identidade própria.

É preciso reformular boa parte das premissas gerenciais até aqui vigentes, não raras vezes reproduzidas sem maior senso crítico ou mesmo preocupação com uma política institucional e um planejamento estratégico voltados à priorização das atividades extraprocessuais de defesa dos direitos fundamentais em detrimento de intervenções envolvendo minúsculos interesses judicializados. Nesse raciocínio, o projeto de um novo modelo de gestão sustenta-se em 03 (três) eixos fundamentais: racionalização, regionalização e re-estruturação de órgãos auxiliares.

A *racionalização* impõe a compreensão de que, diante da pluralidade de temas remetidos ao Ministério Público, é preciso revisar e filtrar quais as intervenções que, qualitativamente, merecem manter-se incorporadas ao campo de interesse institucional como instrumentos eficazes para implementar positivas transformações na realidade social. Por sua vez, a *regionalização*, como forma de gestão, assenta-se na ideia de que o *princípio da unidade* do Ministério Público exige plataformas prioritárias e uniformes de atuação dentro de um planejamento institucional a ser construído com a sociedade, respeitando-se sempre as peculiaridades locais, para estimular maior envolvimento, capacitação e especialização dos Promotores de Justiça. Já a re-estruturação de *órgãos auxiliares* constitui medida imprescindível para superação das dificuldades estruturais e orçamentárias impeditivas à adoção de uma política necessária ao crescimento da instituição quanto aos seus recursos materiais e humanos diretamente relacionados aos órgãos de execução propriamente ditos.

## II DESENVOLVIMENTO

### II.A RACIONALIZAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES COMO FORMA DE INCREMENTAR A EFICIÊNCIA NA ATUAÇÃO MINISTERIAL

Ao instituir o inquérito civil e a ação civil pública, concedendo a titularidade de ambos ao Ministério Público, a Lei n. 7.347/1985 tornou-

se marco para uma *nova ordem de existência institucional*, permitindo a transformação do Promotor de Justiça em verdadeiro Agente Político. Por meio desses instrumentos e da recomendação administrativa, ao agente ministerial é dado investigar, ajustar interesses conflitantes à sociedade, reprimir e reparar lesões a direitos fundamentais, enfim, fazer cessar desrespeito ao texto da Constituição, poder progressivamente ampliado com o advento de outras normas (v.g, Lei 8.078/90) aptas à composição de um microsistema de tutela coletiva. Essa situação consolidou o perfil constitucional extraído da Carta Magna, segundo a qual a defesa de tais interesses indisponíveis exige um Ministério Público pró-ativo, caracterizado pelo sucessivo emprego do verbo “promover” nos quatro primeiros incisos do art. 129, característica bem destacada por COMPARATO (2001, p. 63):

“Ora, no Estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, esse **poder impediente**, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de **promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado**, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas essas atribuições, a impediente e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos”.

O Ministério Público pós-1988 precisa superar o modelo demandista, baseado no mero agente processual, que tem como único horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. Na linha de evolução institucional, ropõe-se “um Ministério Público Resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional”. (GOULART, 2000, p. 36), protótipo no qual se espera que o Promotor de Justiça seja *realizador* de positivas transformações sociais, não apenas um asséptico burocrata-

ta capaz de contentar-se com mera atuação processual. É tal postura que merece predominar em todos os campos de atuação.<sup>1</sup>

Diante das prerrogativas inerentes ao cargo e do caráter técnico que determina o ingresso de novos membros à instituição, quanto maior a aproximação e o diálogo democrático com a sociedade, mais legitimado e resolutivo o resultado do seu trabalho. Promover audiências públicas, participar de conferências, frequentar reuniões dos conselhos municipais e de associações de moradores são exemplos práticos de que, para o bom desempenho das atribuições extrajudiciais, é imprescindível manter-se acessível e disponível ao povo, destinatário primeiro e último da atuação ministerial. Desta forma, atuando como guardião do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, deve o Promotor de Justiça dar tratamento prioritário a ações capazes de melhorar a qualidade de vida das classes hipossuficientes e de maior vulnerabilidade econômica e social. O atuar ministerial, neste perfil, abre um canal de acesso à Justiça, direcionado à redução das desigualdades sociais, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Carta Política.

Contudo, para maior eficiência da defesa da tutela coletiva, forçoso um verdadeiro *choque de gestão*, revisando e reformulando práticas vigentes, pelo que se impõe reflexão crítica e progressiva sobre *tradicionais* intervenções ministeriais desatreladas de genuíno interesse público. Surge aí, portanto, a necessidade da “racionalização” das atividades ministeriais cotidianas, pois é a partir desta desoneração e do desapego de atividades perfeitamente dispensáveis que, ao agente ministerial, deverá ser permitido (e cobrado) bem exercer seu papel de *ombudsman*. À figura de um membro enclausurado no seu gabinete, conformado e preocupado em atuar apenas como típico *despachante processual*, qualificado parecerista, propõe-se a edificação de um Promotor de Justiça transformador, compromissado com os grandes problemas da comunidade na implementação dos seus direitos fundamentais, aprimorando

---

1 Exemplificando, na área criminal, isso implica a viabilidade de coordenar o combate à macrocriminalidade organizada, não raras vezes facilitada pela cooptação e corrupção de segmentos do aparato policial, bem como melhor assunção do controle externo da atividade policial de modo geral; no cível, tal postura significa optar pela busca de soluções negociadas frente aos conflitos sociais coletivos, utilizando os seus procedimentos para firmar acordos e ajustar condutas, ou seja, considerar o Judiciário espaço excepcional de atuação, em vez de apenas usar os inquéritos civis como meio de coleta de provas para instruir ações civis públicas.

o Estado Democrático de Direito capaz de garantir o aperfeiçoamento da cidadania e condições de vida digna.

Racionalizar, nesta ótica, propõe uma releitura das atribuições ministeriais a partir de um processo de *filtragem constitucional* capaz de projetar efeitos em toda a legislação ordinária, extirpando a atuação do Promotor de Justiça em intervenções obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional (v. g., atuação em usucapião individual, demandas envolvendo entes públicos, lides de interesse precipuamente pecuniário, quaisquer tipos de mandado de segurança, litígios de cunho previdenciário etc.).<sup>2</sup>

Aliás, nem mesmo a defesa dos interesses indisponíveis deve escapar ao foco coletivo como objetivo derradeiro de qualquer intervenção ministerial.<sup>3</sup> Assim, por exemplo, uma eficiente atuação na saúde pública não se qualifica por apenas garantir direitos puramente individuais, ainda que indisponíveis, como um medicamento para determinada criança ou idoso; obtém-se, principalmente, quando, tomando-se conhecimento de um caso isolado, investiga-se a qualidade da atenção ao direito coletivo de acessibilidade à assistência farmacêutica e, a partir daí, outras questões sanitárias, tais como o cumprimento dos indicadores de saúde, o fluxo adequado da atenção básica, a ausência de efetividade no controle social.<sup>4</sup> Nesta linha, bem adverte MAZILLI (2003, p. 168):

(...) o grande campo de atuação do Ministério Pú-

2 Foi com a Carta de Ipojuca-PE (13/05/2003) que se iniciou a discussão institucional sobre a racionalização da intervenção ministerial na área cível.

3 *“É tempo de sair dos lindes estreitos do privatismo, que tem comandado até hoje a iniciativa do Ministério Público no cível, para somente autorizá-la na defesa do interesse social, quando afetado este através de um interesse privado merecedor de particular proteção, e inovar; ampliando-a no sentido da defesa de interesses totalmente impessoais, porém com reflexos profundos no bem estar de toda a coletividade.”* FAGUNDES (1961, p. 9) *sic*

4 Na atuação individual, o que importa é a “busca pelo amparo coletivo da situação de afronta à saúde apresentada”: (...) *sem descurar da importância da abordagem pontual de caráter individual, mostra-se oportuno e valioso, quando possível, conferir proteção coletiva (em sentido amplo) às questões de saúde, tendo em vista a possibilidade de restar concedida resposta unitária a conflitos com dispersão social, evitando ocorrência de prejuízos aos pacientes e a proliferação de decisões contraditórias, culminando com a diminuição da sobrecarga da função jurisdicional na apreciação de causas particulares.* (MAGGIO, 2006)

blico do futuro está mais voltado para as ações de caráter coletivo que para as de caráter individual. Não raro, é nas ações coletivas que o Ministério Público vai conseguir resolver o problema de maior abrangência ou de maior expressão social, assegurando a milhares ou até milhões de lesados o efetivo acesso à Justiça, acesso este que eles jamais teriam por meio de ações individuais

A racionalização do exercício funcional, apesar da pregressa resistência, baseada mais em *argumentos de autoridade do que na autoridade destes argumentos*, experimenta, na atual vivência institucional, sentimento diverso, contando com ampla aceitação da classe.<sup>5</sup> É justamente a partir desta visão de preferência à atuação extrajudicial, voltada ao interesse coletivo, que também se percebe a forma míope e assistemática como se estruturam a divisão e a classificação dos serviços ministeriais, seja pela natureza e distribuição dos órgãos de execução e suas atribuições (v. g., dicotomia cível-criminal ainda vigente em muitas Promotorias e Procuradorias de Justiça), seja pela forma de atuação e consolidação do sistema de estatísticas e informações exigidas pela Administração Superior, em especial pelas Corregedorias-Gerais, órgãos cuja fiscalização se preocupa mais com o cumprimento de prazos e a verificação da quantidade de processos submetidos a uma formal intervenção do que com os efetivos resultados advindos de sua atuação ou mesmo com o cumprimento do planejamento estratégico-institucional.

Por essa deficiente modelagem institucional, por essa estrutura que tem tornado a instituição incapaz de exercer com plenitude as atribuições realmente importantes, compreendem-se os motivos pelos quais, por vezes, costuma-se responsabilizar também o Ministério Público pela deficiência do sistema judiciário, pelo fracasso no combate ao crime organizado, pela violência e corrupção da máquina pública, pela falta de resultados efetivos na defesa da probidade administrativa e do

---

5 Pode servir de exemplo consulta realizada pelo MP de São Paulo em 2001, quando, dentre os 698 membros que a responderam, 97,28% a consideraram importante ou muito importante para a implementação do perfil constitucional, dos quais 88,03% entenderam que ela deve servir para maior eficiência ou eficácia na atuação ministerial e 74,3% atribuíram que tem como objetivo a concentração de esforços voltados aos interesses sociais mais relevantes. Aliás, tal situação não surpreende, pois 96,42% conferem alto grau de relevância à defesa dos interesses coletivos, o que confirma o fato de que a instituição, pelo menos em teoria, enquadrou-se no seu perfil constitucional.

meio ambiente, pela insuficiência de políticas públicas infanto-juvenis adequadas, pelo mau funcionamento do Sistema Único de Saúde, pois todas essas são, direta ou indiretamente, atribuições importantíssimas que não vêm sendo eficiente e prioritariamente cumpridas; isso ocorre exatamente porque a instituição se encontra assoberbada e injustificadamente onerada com uma demanda regular contraproducente e inútil, distante da defesa dos direitos sociais.

Assim como crescem, as instituições perdem importância, relevância ou eficácia. Este Ministério Público de hoje não tem assegurado um futuro evolutivo, de expansão ou 'aperfeiçoamento'. (...) A sua eventual decadência poderá ser gerada pelo surgimento de novas instituições (estatais ou não-governamentais), mais modernas e aptas a atender as demandas de seu tempo (MACEDO JÚNIOR, 2000, 330).

Aumentando o desafio proposto, quando se pretende dispensar intervenções desnecessárias para intensificar a resolução de conflitos eminentemente coletivos, por certo que a diretriz de racionalizar serviços traz consigo a necessidade de estabelecer um novo regime de capacitação e mobilização dos Promotores de Justiça, a fim de habilitá-los adequadamente à consecução das metas visadas. Assim, como estratégia suplementar capaz de assegurar que a racionalização e desoneração pretendidas servirão para realmente ampliar o foco de atuação do Ministério Público sobre interesses metaindividuais, imprescindível que se cogite uma nova divisão espacial dos órgãos de execução baseada em um critério uniforme e territorialmente concentrado, estabelecido em torno de prioridades definidas, resultados e metas a serem alcançados, enfim, fundada em um novo planejamento estratégico-institucional. Com isso, vem à tona o segundo eixo sobre o qual assentamos o novo modelo de gestão para o Ministério Público: a regionalização.

## II.B REGIONALIZAÇÃO DE PROMOTORIAS DE JUSTIÇA COMO PARADIGMA DE ESTRUTURAÇÃO FUNCIONAL E APERFEIÇOAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Até pouco tempo, o *Parquet* atuava quase exclusivamente perante o Poder Judiciário, ora ajuizando ação penal, ora intervindo em processos cíveis iniciados por terceiros. Buscando crescer e fortalecer-se como instituição, adotou um modelo de equiparação à Magistratura. Se, em relação a direitos e prerrogativas, este tratamento reflexo até pode mostrar-se vantajoso e evolutivo, as marcantes diferenças funcionais entre ser Promotor de Justiça e ser Juiz de Direito exigem distinto molde de composição orgânica, assim como diferenciada forma de atuação funcional.

Já consolidado como instituição autônoma e essencial, o Ministério Público precisa desvincular-se de sua imagem de ator coadjuvante excessivamente atrelado e dependente da resposta do Judiciário, para cumprir sua missão de defensor dos *direitos* sociais e da democracia, sendo protagonista dentro do seu próprio *espaço de atuação e decisão*, de modo funcionalmente independente. Como *“toda a estrutura orgânica e administrativa do Ministério Público atualmente existente foi concebida e implementada antes das profundas transformações havidas a partir da década de oitenta”* (FERRAZ, 2003), já é mais do que chegada a hora de a instituição libertar-se dos obstáculos impeditivos ao seu progresso, um dos quais reside na equivocada compreensão de que o postulado da *“independência funcional”* permite uma atuação individualista e incondicionalmente fragmentada dos órgãos de execução.

Diz-se isto porque, apesar de o Ministério Público ser uno e indivisível, o modelo de gestão vigente não contempla o estabelecimento de um necessário *projeto coletivo*, fomentando, ao contrário, uma atuação compartimentada e isolada do Promotor de Justiça espacialmente vinculado a uma determinada Comarca (ou Vara), seguindo o já criticado modo de estruturação tipicamente jurisdicional. Por conta desse isolamento, ao invés de o planejamento estratégico-institucional, como *“regra”*, ditar os objetivos prioritários dos órgãos de execução, excepcionada a possibilidade de cada Agente Ministerial a ele acrescer outras metas de aplicação pertinente à sua realidade, os atuais critérios de divisão funcional incentivam uma atuação assistemática e descoordenada dos Promotores de Justiça, o que vem enfraquecendo a

possibilidade de a instituição avaliar e produzir melhores resultados. Mais do que identificar o *princípio da unidade* como parâmetro para a construção de um novo modelo de gestão, é preciso deixar claro que o verdadeiro sentido do postulado da *independência funcional* deve ficar reservado para discussões de caráter técnico-jurídico, jamais podendo servir como óbice à construção de um modelo de atuação ministerial regionalizada.<sup>6</sup>

Com o extraordinário acúmulo das novas atribuições constitucionais, faz-se necessário edificar novos paradigmas. Não basta a racionalização, que pressupõe a assunção de “novas” e relevantes atividades em detrimento de “velhas” e desnecessárias intervenções. Há de se implantar também a regionalização como nova postura administrativa por meio da qual o exercício funcional dos órgãos de execução desenvolve-se coletivamente. Assim se diz porque insistir no falido modelo de atuação isolada, desprezando a soma organizada de esforços, significa conformar-se com um Ministério Público incapaz de cumprir suas funções.

Por mais que o Ministério Público ainda goze de prestígio junto ao corpo social, por mais que esta entidade ainda alcance resultados positivos na defesa dos *direitos do povo*, tal situação não há de perdurar por muito tempo se estas conquistas continuarem a ocorrer mais em decorrência de excepcionais iniciativas individuais de seus membros do que como consequência natural de um eficaz e aprimorado modelo de gestão. Neutralizar este prognóstico exige o advento de uma *nova postura administrativa* pautada pela *regionalização*, afinal, como sabiamente já se disse, “*saber ao que se apegar e, sobretudo, resolver os problemas cujas causas já identificamos, é uma urgente atitude e, ao mesmo tempo, uma tarefa a ser pacientemente cumprida, pois só assim poderemos construir, com sucesso, o nosso futuro*”.<sup>7</sup> Uma das premissas deste novo perfil de atuação envolve o

---

6 “Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse de seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, torna-se possível afirmar que o principal prisma de análise deste importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público.” (GARCIA, 2005, p. 68).

7 Fala de FRANCISCO SALES DE ALBUQUERQUE, Ex-Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, constantes do prefácio ao Diagnóstico Ministério Público dos Estados realizado em 2006.

redimensionamento do *espaço* de atuação do Promotor de Justiça, substituindo a atividade isolada e segmentada, hoje ainda predominante, pela mobilização dialética de grupos e forças-tarefas coordenadas e comprometidas com a importância do trabalho *em rede*, estabelecendo as chamadas Promotorias de Justiça Regionais. Já em 1992, FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR (1992, p. 14) alertavam para esse cuidado:

Promotoria é sinônimo de conjugação de esforços, mas, sobretudo, de estabelecimento de uma responsabilidade coletiva pelos interesses sociais confiados à tutela do Ministério Público. Na Promotoria, o trabalho em equipe coexiste harmonicamente com as atribuições individuais de seus integrantes, pré-estabelecidas em perfeita observância ao princípio do promotor natural. Entretanto, ao lado da responsabilidade de cada um pela parcela dos serviços a seu encargo, surge uma nova responsabilidade, essa geral, de toda a Promotoria, tendo por objeto o planejamento global da atuação, a organização administrativa dos trabalhos, a atividade de prevenção, a defesa, enfim, como um todo, do interesse social numa determinada comarca, distrito ou circunscrição territorial, ou ainda numa determinada área de especialização.

Ademais, o Diagnóstico “Ministério Público dos Estados”, realizado em 2006, mostra que 80,7% dos membros mostram-se favoráveis à implantação de Promotorias Regionais, expressiva estatística que bem evidencia o quanto a classe está ansiosa e aberta ao estudo e reflexão crítica sobre a necessidade de se estabelecer a *regionalização* como uma das diretrizes necessárias ao aperfeiçoamento e modernização de nossa instituição. De uma vez por todas, é preciso apresentar um planejamento estratégico-institucional que assegure o adimplemento do *débito político* contraído pelo Ministério Público perante o poder constituinte. Ao lado de complexas atribuições, de diversas prerrogativas e direitos para a sua efetivação, é chegado o momento histórico de construir um paradigma de gestão institucional capaz de assegurar equilíbrio entre a “expectativa” social e os “resultados” objetivamente alcançados.

(...) ao lado desse crescimento, alargou-se o abismo entre o “legal” e o “real”, ou seja, entre aquilo que o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, preconiza como atribuição do Ministério Público e aquilo que a instituição efetivamente produz em termos de resultados concretos, prestáveis ao resgate de seu múnus constitucional. Pode impressionar, estatisticamente, o número de pareceres e de processos cíveis e criminais deflagrados. Mas, senão insuficiente, tem-se mostrado ineficaz para, no plano real, impedir, por exemplo, o aumento da violência e da corrupção, garantir a dignidade e a presteza dos serviços públicos e proteger o meio ambiente. O abismo persiste. Logo, o Ministério Público está em débito com a sociedade brasileira – política e juridicamente. (ALBERTON, 2007)

Com a *regionalização*, a gênese e o desenvolvimento deste trabalho em grupo, além de permitir maior *uniformidade* da ação ministerial e promover a aproximação e edificação de valores solidários entre os seus membros, traz a inexorável vantagem de potencializar e maximizar a excelência dos efeitos obtidos pela instituição, isto é, maior alcance e melhor resultado com menor esforço e menos despesas. Isto porque a *regionalização* não só favorece a prioridade da atuação extrajudicial na defesa da tutela coletiva como, sobretudo, permite a criação de um *arejado* ambiente institucional amplamente favorável à troca de informações e à estruturação de novos *canais democráticos* para discussão, deliberação e planejamento das ações ministeriais passíveis de serem implementadas, respeitando-se os distintos recortes da realidade social.

Mais do que isso, *regionalizar* Promotorias de Justiça envolvidas na promoção dos direitos metaindividuais otimiza o campo de interação e relacionamento institucional, assim como aloca e disponibiliza novas fontes de recursos humanos e materiais à disposição do agente ministerial para enfrentar os diversos focos de problema surgidos no limite do exercício das suas atribuições constitucionais. Idealiza-se a possibilidade de que as Promotorias de Justiça Regionais possuam uma estrutura humana e material mais completa, com peritos, servidores administrativos, veículos e

equipamentos de apoio, que seriam utilizados pelos demais membros das comarcas circunvizinhas no suporte a suas atividades. Enquanto algumas unidades federativas seguem alheias a este perfil e outras o estabelecem de forma tímida, a experiência de alguns Ministérios Públicos Estaduais já se mostra destacada e avançada nesse sentido<sup>8</sup>.

Essa nova visão afasta velhas estruturas administrativas e práticas superadas de gestão, sepulta uma atuação marcadamente individual e racionaliza o contínuo crescimento do volume de serviços. Estabelecer prioridades e comprometer-se com planejamento estratégico é, em outras palavras, evitar um efetivo colapso institucional. Assim, a *regionalização* busca não só promover e aparelhar a ação do Promotor de Justiça na defesa do interesse público, como também evitar que todo um projeto de atuação coordenada, democraticamente discutido com a classe, fique indevidamente retido e retardado de atingir determinado segmento social por eventual postura egoística de omissão e inércia *não-fundamentada* prejudicial à efetivação da Justiça Social, o que, sem dúvida, estabelece eficiente ferramenta de controle e fiscalização da atuação ministerial na gestão do interesse coletivo<sup>9</sup>.

Regionalizar, enfim, consiste em *centralizar* a captação e discussão de problemas e dificuldades para, a partir daí, *descentralizar* intervenções ministeriais positivas no plano da realidade social. Com efeito, ao contrário do que possa parecer, em vez de violar o postulado da *independência*

---

8 Nesse sentido, Ministério Público de Minas Gerais e Santa Catarina. O Ministério Público de São Paulo também discute a proposta, conforme conclusões do Grupo de Estudos Aluísio Arruda, de Ribeirão Preto, do dia 23 de junho de 2007, abaixo citadas:

O Ministério Público deve atuar em nova espacialidade ou territorialidade, fora do conceito tradicional de Comarca, como a regionalização de promotorias, especialmente através de promotorias temáticas, nas áreas de meio ambiente, cidadania, educação, crime organizado e direitos coletivos e difusos.

*A unidade e independência funcional devem ter relação com a conotação política da instituição e atingimento de objetivos estratégicos, de acordo com o plano de atuação e a vinculação do seu cumprimento, em relativização ou limitação da independência funcional.* [http://www.apmp.com.br/diremacao/gruposestudios/conclusoes/conc\\_aluisio\\_arruda.htm](http://www.apmp.com.br/diremacao/gruposestudios/conclusoes/conc_aluisio_arruda.htm) (acesso em 27.07.2007, as 02:30).

9 Esse mecanismo relevante vem suprir uma verdadeira lacuna no controle e acompanhamento da atuação do Ministério Público, derivada do fato de as Corregedorias-Gerais, como regra geral, estarem distantes de assumir postura pró-ativa para fiscalizar e orientar a atividade dos Promotores de Justiça que demonstram pouca resolutividade no trato dos interesses coletivos.

*funcional*, tal paradigma cria mecanismo democrático e eficiente capaz de assegurar a independência de pensamento e convicção do Promotor de Justiça, associando-o com o *princípio da unidade* do Ministério Público. Assim, dada a atribuição concorrente, a regionalização, por meio de uma centralização mitigada, ao mesmo tempo em que oxigena a atuação do promotor natural, previne que grandes prioridades e estratégias de ação institucional sejam barradas ou impedidas por falta de vontade, acúmulo de serviço ou mesmo deficiência de capacitação e sensibilidade a respeito de uma determinada situação-problema.

Certamente que, como todas as fases e dificuldades próprias à consolidação de um trabalho *dialético de grupo*<sup>10</sup>, implementar o projeto de *regionalização* como um dos pilares deste *novo momento institucional* não constituirá tarefa fácil e simplificada, todavia, longe de ser uma idéia passível de ser condensada numa única formatação, ela merece ser mais discutida e adaptada na medida da necessidade e vivência institucional, da realidade de cada espaço, de cada unidade ministerial federativa.

Ao lado da racionalização e, como veremos a seguir, do aperfeiçoamento dos órgãos auxiliares, mais importante do que definir “como” implementar o projeto de regionalização é incorporar esta ideia ao novo modelo de gestão do Ministério Público.

## II.C RE-ESTRUTURAÇÃO E APARELHAMENTO DE ÓRGÃOS AUXILIARES COMO FORMA DE CRESCIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Muito já se falou a respeito das múltiplas atribuições ministeriais e da necessidade de priorizar parte destas tarefas para que a instituição possa colher resultados socialmente úteis. Ao lado dessas constatações, foram apresentadas as diretrizes estratégicas da *racionalização* e *regionalização* como componentes de um novo modelo de gestão. Todavia, reconstruir o papel ministerial, priorizar a defesa dos direitos coletivos com ênfase na atuação no plano extraprocessual, remete também à constatação da insuficiência de recursos materiais e humanos atualmente disponíveis para a implementação deste novo paradigma. De

10 Neste sentido, “Crítica à Razão Dialética”. SARTRE, Jean Paul.

nada adianta a Carta Magna prever a atuação do Ministério Público nos mais diversos campos sociais se, na prática, na vivência cotidiana da Promotoria de Justiça, como regra, a realidade sinaliza gritante falta de estrutura para o cumprimento desta *vocação constitucional*, problema indicativo de que esta mudança de perfil precisa ser seguida de uma postura administrativa voltada ao fortalecimento e aparelhamento adequado dos órgãos auxiliares. Assim já anteviu MAZZILI (2000): “*acreditamos seja caso de cogitar de uma nova estrutura para as Promotorias de Justiça. Concebemos as Promotorias de Justiça de maneira totalmente diferente (...) cada órgão de execução do Ministério Público deveria ser dotado de estrutura administrativa própria e independente*”.

Afastada a indevida parametrização das atividades “ministeriais” com aquelas afetas ao Poder Judiciário, premissa já sustentada na regionalização, forçoso sustentar a impossibilidade de - na ausência de planejamento estratégico e orçamentário<sup>11</sup> - continuar-se a prover cargos de Promotores de Justiça apenas porque o Judiciário assim o fez, como já bem alertou DIAS JÚNIOR (1999, p. 44)

À medida que as atribuições de membros do *Parquet* se direcionam inequivocamente às áreas preventiva e investigativa, tanto no âmbito cível quanto no criminal, torna-se difícil aceitar que a cada Vara instalada corresponda um novo cargo de Promotor de Justiça. Outras soluções de engenharia institucional devem ser buscadas para evitar a similitude estrutural, que somente a tradição e a pouca reflexão podem explicar.

Para evitar o caos orçamentário, defende-se um padrão administrativo que, dentre outras premissas, está baseado numa clara definição: re-estruturar órgãos auxiliares em vez de criar, assystematicamente, mais e mais cargos de novos membros, o que, como ganho secundário, também serve para mitigar uma exagerada fragmentação do poder decisório na atividade de órgãos de execução atuantes sobre matérias sobrepostas. Assim, em vez

---

11 Nessa ótica, dada a realidade do quadro orçamentário e dos rígidos limites de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, quer-se crer e sustentar que a solução para a efetivação prática deste novo modelo de gestão, neste momento, passa pelo incremento dos serviços auxiliares ao invés da criação e provimento de novos cargos de membros.

de, numa só Comarca, existirem diversos Promotores de Justiça atuando na mesma matéria (diferenciados, quase sempre, apenas pela Vara Judicial à qual estão “vinculados”), o ideal é definir, com base em critérios metodológicos, qual o número de membros efetivamente necessários para coordenar a gestão de cada categoria de interesse. Como se vê, a ênfase na tutela coletiva como resultado da soma da ideia de *racionalização* e *regionalização* na construção de um *emancipatório*<sup>12</sup> planejamento estratégico-institucional precisa ter sustentáculo prático na paralela estruturação de órgãos auxiliares<sup>13</sup>, a serem compostos por servidores públicos vinculados ao Ministério Público em definido e estruturado *plano de carreira* contemplativo da formação de equipes interdisciplinares<sup>14</sup>. Tal idéia já recebeu a defesa por MAZZILLI (2000, p. 190):

Precisamos de Promotores dotados de completa estrutura administrativa. Assim, por exemplo, numa Comarca, dependendo de seu porte, deveria haver uma Promotoria Cível, outra Criminal, uma de *ombudsman*, uma de meio ambiente, outra do consumidor etc. Cada qual dessas Promotorias corresponderia a um único Promotor, e teria adequada estrutura própria, com assessores jurídicos, advogados, estagiários e demais funcionários, sob direção do Promotor; seria ele o agente político encarregado de tomar as decisões sobre se investiga, se denuncia, se arquiva, se propõe ação civil, se recorre – o mais caberia aos seus funcionários

---

12 Vocabulário citado por Boaventura de Sousa (2005, p. 18).

13 Da mesma forma, quando se fala em aparelhamento de órgãos auxiliares, ainda que o tema não possa ser aprofundado nos estreitos limites deste estudo, oportuno registrar a importância deste novo *modelo de gestão* ocupar-se, também, de reformular a estrutura institucional ideal dos “Centros de Apoio”, dos quais é de se exigir: 1) criação e constituição com base em critérios objetivos; 2) estruturação e capacitação para atender com presteza os órgãos de execução; 3) ausência de acúmulo de atribuições executivas como regra geral, salvo situações excepcionais que venham a surgir em benefício da instituição – características infelizmente ausentes na realidade de diversas unidades federativas.

14 Contendo profissionais de todos os campos do saber afetos à atividade ministerial, v.g. auditoria contábil para apurar desvios no patrimônio público e permitir apuração de improbidade administrativa; auditoria médico-sanitária para verificar procedimentos ilegais cometidos no SUS; auditoria ambiental para apurar atividade com potencial de degradação, etc.

executar, sempre sob sua supervisão, direção ou iniciativa direta ou por ele delegada.

Nesta nova proposta de gestão, não se concebe a manutenção de situações hoje vivenciadas, nas quais o Promotor de Justiça - agente político que deveria ocupar-se da gestão e coordenação das atividades desenvolvidas pela Promotoria como órgão de execução - por força das circunstâncias, acaba obrigado a praticar atos materiais burocráticos e periféricos<sup>15</sup> cuja realização deveria ser destinada a órgãos auxiliares oficiais<sup>16</sup>, uma vez que *“racionalizar significa valorizar a atuação do Promotor e do Procurador de Justiça, como agentes políticos, freqüentemente aviltadas pelo desempenho de tarefas que poderiam ser cumpridas por funcionários de quadro auxiliares.”* (FERRAZ e FABRINI, 2002, p. 71)

Talvez o problema seja sentido mais de perto pelos Promotores que atuam em Comarcas menores (uma ou duas Promotorias), verdadeiros clínicos gerais Direito, onde o excesso de atribuições conduz a uma análise superficial de tudo que lhe vem com vista e contribui para a baixa qualidade do trabalho de tão importante órgão. Isto, para não dizer em insuficiência, pois, em boa parte de suas ações civis públicas depara com a complexidade de questões técnicas em relação às quais não tem conhecimento e amparo institucional suficientes para rebater substanciosos argumentos de grandes consultorias “especializadíssimas” (jurídica, contábil, ambiental etc.) que encontra do outro lado

---

15 Expedição de ofícios e notificações, recebimento de documentos em protocolo, atendimento de telefonemas e comparecimento aos correios para remessa de correspondência.

16 Experiência interessante e de relativo sucesso na estruturação do quadro de pessoal com preferência aos serviços auxiliares reside na composição do Tribunal de Contas, que, no entendimento de FERRAZ (2003, p. 91): *“Nesse aspecto, costumam adotar modelo de gestão infinitamente mais racional, viável, competente e inteligente do que o do Ministério Público ou do Poder Judiciário. Embora o volume de seus serviços cresça continuamente – porque aumenta o número de municípios e porque são progressivamente mais intrincados os problemas inerentes à fiscalização -, não se verifica normalmente elevação do número de Conselheiros (que, assim, não experimentam declínio em suas parcelas de poder). Ali, o modelo de gestão privilegia a estrutura de apoio e aos Conselheiros fica reservada, sobretudo, a decisão, única atividade realmente indelegável para um agente político”.*

da relação processual. (MOURA, 2002)

O maior entrave a essa re-engenharia reside numa tímida e deficiente política de criação e estruturação de órgãos auxiliares. Prova disso é que o Diagnóstico do “Ministério Público dos Estados”, realizado em 2006, traz o dado impactante de que, para cada auxiliar do Poder Judiciário, existia apenas 0,07 (zero vírgula zero sete) servidor equivalente do *Parquet*, situação que bem demonstra a absoluta carência de serviços auxiliares no Ministério Público como um dos empecilhos ao cumprimento de suas operosas funções, mormente aquelas voltadas à defesa dos interesses coletivos<sup>17</sup>, como bem já advertiu profícuo estudo sobre o tema:

“Não obstante a responsabilidade entregue pelo constituinte e algum avanço, a estrutura material e humana do Ministério Público não teve o mesmo progresso que suas atribuições, tampouco que sua visibilidade e respeitabilidade. Apresenta carências generalizadas, como insuficiência de membros, de funcionários (...) Enfim, não condiz com sua responsabilidade constitucional, mas com a realidade daquela Instituição a quem incumbia, basicamente, a persecução penal que vinha estampada em inquéritos policiais e a intervenção opinativa em alguns feitos cíveis”. (SCHIRMER, 2007).

Quando o *Parquet*, em vez de gerir, refletir e decidir a estratégia de atuação técnico-funcional, ocupa-se com atos materiais perfeitamente delegáveis, que são “atividades-meio” distantes da previsão legal do artigo 129, §2º, da CF, está colaborando para esse falido e ineficiente modelo de gestão. Corrigir tal situação exige uma racionalização tanto na “matéria” objeto da intervenção como, sobretudo, na “forma” de execução das atribuições. Ora, considerando que a única atividade efetivamente indelegável no exercício funcional do Ministério Público é a “tomada de decisão”<sup>18</sup>, boa parte das tarefas atualmente integradas ao ofício do Pro-

---

17 v.g. documentar e registrar o impulso e diligências realizadas nos procedimentos administrativos desencadeados, realizar as perícias e auditorias contábeis, ambientais e médicas, dentre outras tarefas imprescindíveis ao bom andamento dos expedientes de apuração de violação de direitos coletivos.

18 Comprovando esta ideia, diferenciando tarefas passíveis de serem cumpridas por órgãos auxiliares de atos de execução próprios do Promotor de Justiça enquanto agente

motor de Justiça necessitam ser repassadas a serviços auxiliares oficiais de assessoramento<sup>19</sup>. Contanto que haja efetiva fiscalização e orientação, tal distribuição de trabalho afigura-se medida eficiente para canalizar as atenções e esforços dos membros àquilo que realmente importa ao planejamento estratégico-institucional.

Idealizar um *modelo de gestão* desprovido de específica estratégia de gerenciamento e administração de recursos humanos é inviabilizar os meios de efetivação das ideias anteriores. Apesar de todas essas dificuldades, acredita-se que uma política otimista e planejada de re-estruturação de serviços auxiliares possa mitigar o isolamento do Promotor de Justiça como “centro de atenção” do qual emana toda e qualquer providência, contribuição decisiva para a obtenção de resultados satisfatórios e compatíveis com a expectativa da sociedade e o elevado padrão de exigência constitucional.

---

político propriamente dito, colhe-se didática doutrina de FERRAZ e FABBRINI (2002, p. 71):

- a) estabelecer se um inquérito policial deve ser arquivado ou dar ensejo a imediato oferecimento de uma denúncia; ou se a hipótese em análise recomenda a instauração de inquérito civil ou ajuizamento da ação civil pública ou a interposição de recurso;
- b) definir o conteúdo de um pedido ou a capitulação de um fato penalmente relevante;
- c) determinar o teor jurídico da manifestação ou arazoado perante um Juiz ou Tribunal.

Indelegável, pois, é o fundamental trabalho de pensar, de decidir, de planejar, de buscar soluções legislativas mais adequadas, de lutar por medidas que possam prevenir lesões a interesses sociais. Indelegável é a administração dos destinos do Ministério Público, como instituição. Tudo o mais pode ser administrado de forma a aliviar a carga de tarefas quase manuais do Promotor ou Procurador de Justiça, dando-lhe mais tempo para fazer o que faz o diretor de qualquer empresa: ser um planejador, um coordenador, e não prioritariamente um executor.

19 Consulta realizada no MP-SP, em 2001, mostrou que 74,35%, dentre os 698 membros entrevistados, consideram que deveria caber aos assessores graduados em direito, denominados “assistentes de promotorias”, a execução de tarefas de menor complexidade, tais como atendimento ao público, elaboração de pareceres e exórdios mais rotineiras, acompanhamento de audiências preliminares nos Juizados Especiais ou até mesmo de instrução em feitos iniciados por terceiros.

### III CONCLUSÃO

O drama cotidiano mais aflitivo ao Promotor de Justiça não deriva da complexidade do seu trabalho, nem da carga de serviço judicial historicamente árdua, mas sim da frustrante sensação de não conseguir cumprir a contento as finalidades funcionais necessárias a uma interferência positiva na realidade social (tutela de interesses coletivos e promoção de justiça social). Esse débito político-social decorre da falência do atual modelo organizacional do Ministério Público, que dificulta o cumprimento de sua missão constitucional e impede-o de aprimorar-se na defesa dos interesses primordiais da sociedade. A própria instituição precisa promover reformas internas para solucionar a “crise de identidade” em que está mergulhada, consistente na dissonância entre o seu perfil constitucional e a atuação prática de muitos de seus membros, sob pena de sua inércia contribuir para a redução da credibilidade de que goza junto à sociedade e, conseqüentemente, para a fragilização de sua legitimidade como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis.<sup>20</sup>

Superar este paradigma, em busca da *evolução institucional do Ministério Público*, exige a projeção de um emancipatório e revolucionário perfil institucional focado na *racionalização, regionalização e re-estruturação de serviços auxiliares* como diretrizes fundamentais para a seleção de interesses metaindividuais relevantes, os quais merecem proteção integral por intermédio de um trabalho uniforme e coletivamente organizado, apoiado por um eficiente quadro de recursos humanos.

Esta *nova ordem de existência* propõe, em síntese: (1) **Racionalizar**, para permitir que o Ministério Público otimize sua atuação, atendendo, de forma prioritária e eficiente, aos interesses transindividuais, concentrando esforços para uma atuação extrajudicial resolutive; (2) **Regionalizar**, como forma de a instituição assumir uma distribuição espacial própria à sua finalidade, mobilizando esforços e otimizando meios de cumprir o planejamento estratégico-institucional mediante uma atuação uniforme e articulada capaz de emprestar o suporte técni-

---

20 Do contrário, em último grau de possibilidade, o Ministério Público poderá perder sua utilidade social, “tornando-se irrelevante e descartável, assim como outras instituições que, por se negarem a acompanhar os avanços do mundo e a dar respostas que a sociedade almeja e precisa, passaram a cumprir papel menor no cenário político” (GOULART, 2000, p. 37).

co-administrativo suficiente para a promoção dos interesses sociais; (3) *Re-estruturar serviços auxiliares*, como alternativa imediata e factível para suprir os insuficientes recursos humanos e contornar os rígidos limites orçamentários e fiscais.

Por mais que a seleção e o conteúdo dessas diretrizes não esgotem a problemática, ainda que as ideias lançadas mereçam um debate democrático aberto aos que lutam pela modernização e fortalecimento desta instituição, a mera possibilidade de estas singelas linhas propiciarem reflexão crítica e propositiva sobre o atual paradigma de gestão remete a uma provocação fundamental: enfim, para onde caminha o Ministério Público?

#### IV PROPOSIÇÕES

**1** - Para cumprir sua missão constitucional, o Ministério Público necessita implementar um novo paradigma de gestão, baseado na racionalização, regionalização e re-estruturação de órgãos auxiliares.

**2** - A atuação ministerial deve estar necessariamente vinculada ao interesse público, ou seja, à proteção dos direitos coletivos e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal).

**3** - A racionalização, ao exigir do membro ministerial maior seletividade e critério nas intervenções voltadas à tutela de interesses individuais, torna mais eficiente a sua atividade porque lhe viabiliza priorizar a defesa extrajudicial dos interesses metaindividuais.

**4** - Por conta da racionalização, a atividade do Promotor de Justiça na defesa de direitos individuais, ainda que indisponíveis, sempre deve ter como foco a perspectiva de este trabalho repercutir ou viabilizar a interferência na proteção de interesses coletivos, principal objetivo da atuação ministerial.

**5** - A regionalização, ao ressaltar a formação de grupos de trabalhos para a execução de projetos coletivos, aperfeiçoa a atuação institucional, otimizando resultados e valorizando a unidade do Ministério Público, pois afasta a ideia equivocada de que o princípio da independência funcional pode justificar uma inércia não-fundamentada do Agente Ministerial no cumprimento do planejamento estratégico-

institucional.

6 - A regionalização, ao redimensionar o espaço de atuação do Promotor de Justiça, estabelece inovadora composição orgânica própria e adequada à identidade constitucional do Ministério Público, sem qualquer equiparação à estrutura administrativa do Poder Judiciário.

7 - A regionalização estimula maior envolvimento e atuação do Promotor de Justiça Natural no trato da tutela coletiva ao definir estratégias conjuntas de ação, concentrando a discussão dos problemas e disponibilizando melhores recursos materiais para o desenvolvimento coordenado das ações ministeriais necessárias.

8 - A re-estruturação de órgãos auxiliares de suporte técnico e administrativo mostra-se necessária e preferencial à política de criação assistemática de novos cargos de membros, como alternativa para solucionar a insuficiência dos recursos humanos, apesar dos limites orçamentários vigentes.

9 - As diretrizes de racionalização e regionalização pressupõem um planejamento estratégico-institucional voltado à re-estruturação de órgãos auxiliares, incluindo plano de carreira e reserva orçamentária que contemple a formação de equipes interdisciplinares de suporte às matérias coletivas especializadas.

10 - As atividades destituídas de poder de decisão podem ser delegadas e exercidas por órgãos auxiliares, desde que sob a supervisão e coordenação do membro ministerial.

11- Como o Promotor de Justiça deve ocupar-se preferencialmente com a gestão e coordenação das suas atividades, a prática de atos materiais e técnicos de menor complexidade cabe aos órgãos auxiliares, destacada a importância de provimento de cargos de assessores jurídicos.

## V REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, José Galvani. *Parâmetros da Atuação do Ministério Público no Processo Civil em face da Nova Ordem Constitucional*. Disponível em [http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra\\_artigos.php&idmateria=123](http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&idmateria=123). Acesso em 17.08.2007, às 23:15.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos

direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 40, jul./dez 2001.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. Crescimento dos cargos do Ministério Público: reflexões. *APMP Revista*, São Paulo, ano III, n. 28, ago./set. 1999.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). *O Ministério Público na visão de seus membros: consulta sobre temas institucionais*. São Paulo: APMP, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo. *Justitia*, São Paulo, vol. 35, 4º trimestre 1961.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Um Novo modelo de gestão para o Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2003.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. FABBRINI, Renato Nascimento. *O Ministério Público e a crise orçamentária*. In: FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). São Paulo: APMP, 2002.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*. São Paulo: APMP, 1992.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª edição, 2005.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 3, 2000.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil*. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Ministério Público 500 anos depois do Descobrimento, 2000. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 6, t. 1, p. 324-335, 2000.

\_\_\_\_\_. Proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no nível a partir do conceito de interesse social. *APMP Revista*, São Paulo, v. 4, n. 36, dez./fev. 2001.

MAGGIO, Marcelo Paulo. A Resolutiva Atuação do Ministério Público em Prol da Saúde. Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa

da Saúde, III, Florianópolis, *Livro de Teses*, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um novo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 189/192, 2000.

\_\_\_\_\_. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: críticas e perspectivas. in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

MOURA, Genney Randro B. de. Uma Releitura da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil. Disponível em [http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/11-14\\_genneyrandrodbdemoura\\_pj\\_mg](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/11-14_genneyrandrodbdemoura_pj_mg). Acesso em 29/07/2007, às 13:11.

MOURA, Millen Castro Medeiros de. *A adequação do custos iuris ao novo perfil ministerial*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11242>. acesso em 06.05.2008, às 14:00.

SADEK, Maria Tereza. LIMA, Fernão Dias. *Diagnóstico Ministério Público dos Estados*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, vol. 1, 5a ed., 2005.

SARTRE, Jean Paul. *Crítica da razão dialética*, DP&A, 2002.

SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. A necessidade de novas estruturas para atuação do Ministério Público. Congresso Regional do Ministério Público do Estado do Paraná, *Livro de Teses*, 2007.

SILVA, Cátia Aida. *Promotores de Justiça e Novas Formas de Atuação em Defesa de Interesses Sociais e Coletivos*. Disponível em [http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra\\_artigos.php&ID\\_MATERIA=102](http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=102). Acesso em 30.07.2007, às 01:20.

# AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA

Raulino Jacó Brüning  
*Procurador de Justiça – SC*

Eduardo de Carvalho Rêgo  
*Assessor Jurídico – SC*

## SUMÁRIO

1 Considerações iniciais – 2 Objeto da ação direta de inconstitucionalidade – 3 Fundamentação legal em Santa Catarina – 4 Propositura de ação direta pelo Promotor de Justiça e a necessária troca de informações com o Procurador-Geral de Justiça – 5 Tramitação paralela de ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade – 6 Petição inicial e medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade – 7 Processamento da ação direta no Tribunal de Justiça – 8 A Recorribilidade das decisões – 9 A efetividade das decisões proferidas em ADI's – 10 Considerações finais – Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por força do princípio da Supremacia da Constituição<sup>1</sup>, toda a

---

1 Para José Joaquim Gomes Canotilho, “O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 33 a 73

legislação infraconstitucional precisa conformar-se com a Lei Maior. Ora, não haveria de ser diferente, pois é na Constituição que se encontram os princípios basilares de todo e qualquer ordenamento jurídico. Entretanto, casos há em que a atividade legislativa é realizada em desconformidade com os preceitos constitucionais, sejam os atinentes ao processo legislativo ou aqueles que se referem à substância da norma. No primeiro caso, diz-se que há inconstitucionalidade formal e, no segundo, inconstitucionalidade material. Carlos Roberto de Alckimin Dutra explica que “o vício formal é aquele que atinge o ato em seu processo de elaboração” e “a inconstitucionalidade material revela uma dissonância entre o conteúdo normativo e a Constituição”.<sup>2</sup> Ao tratar do assunto, Luis Roberto Barroso diferencia as duas espécies de inconstitucionalidade:

Ocorrerá inconstitucionalidade *formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.<sup>3</sup>

O vício formal desdobra-se, ainda, em subjetivo e objetivo. Diz-se subjetivo quando a iniciativa de lei ou ato normativo é de determinada autoridade e o processo legislativo é iniciado por outra. Tem-se aí o cha-

---

de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – supremacia da constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 245-246).

2 DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. *O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005, 17-18.

3 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

mado vício de iniciativa<sup>4</sup>. A Constituição do Estado de Santa Catarina, por exemplo, estipula, em seu art. 50, § 2º, que são de iniciativa privativa do Governador do Estado, entre outras, as leis que disponham sobre a organização, o regime jurídico, a fixação ou modificação do efetivo da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, o provimento de seus cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. Caso esses assuntos sejam tratados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, estar-se-á em face de inconstitucionalidade formal subjetiva. O vício formal objetivo, por sua vez, é aquele referente às características do processo legislativo, tais como a utilização de espécie normativa diversa àquela correspondente a cada assunto específico. De acordo com Pedro Lenza,

[...] o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei complementar sendo votada por um *quorum* de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta.<sup>5</sup>

Para que sejam sanadas eventuais inconstitucionalidades, formais ou materiais, será necessária a utilização do controle de constitucionalidade, que é conceituado por Alexandre de Moraes da seguinte maneira:

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

4 Para Pedro Lenza, “O vício formal subjetivo verifica-se na fase *de iniciativa*. Tomamos um exemplo: algumas leis são de *iniciativa exclusiva (reservada)* do Presidente da República, como as que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas, conforme art. 61, § 1.º, I, da CF/88. Iniciativa privativa, ou melhor, *exclusiva* ou *reservada*, significa, no exemplo, ser o Presidente da República o único responsável para deflagrar, dar início ao processo legislativo da referida matéria. Em hipótese contrária (ex.: um deputado federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo e a lei será inconstitucional” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 99).

5 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, p. 100.

Desse modo, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (*bloco de constitucionalidade*).<sup>6</sup>

Quanto à natureza do órgão de controle, ensina Luis Roberto Barroso, o controle de constitucionalidade pode ser político ou judicial; quanto ao momento de exercício, o controle pode ser preventivo ou repressivo; quanto ao órgão judicial que o exerce, o controle pode ser difuso ou concentrado; e quanto à forma ou modo, o controle pode ser por via incidental ou por via principal (ação direta)<sup>7</sup>.

O controle político, sempre preventivo, é efetivado pelo Poder Legislativo – quando da feitura das leis – ou pelo Poder Executivo – por meio do veto a projetos de lei – e tem como principal escopo barrar a entrada de lei inconstitucional no ordenamento jurídico. Já o controle de constitucionalidade judicial, predominantemente repressivo, é realizado tanto pelos juízes de primeiro grau quanto pelos Tribunais, com o objetivo de expurgar do mundo jurídico leis ou atos normativos, já promulgados ou sancionados<sup>8</sup>, incompatíveis com a Carta Magna.

No âmbito jurisdicional, cabe aos juízes de primeiro grau e aos Tribunais realizar o controle difuso, por via incidental. Esse tipo de controle de constitucionalidade, inspirado no direito norte-americano<sup>9</sup>,

---

6 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 637.

7 Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 41-42.

8 Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que “O controle abstrato de normas pressupõe, também na ordem jurídica brasileira, a existência formal da lei ou do ato normativo após a conclusão definitiva do processo legislativo. Não se faz mister, porém, que a lei esteja em vigor. Essa orientação exclui a possibilidade de se propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade de caráter preventivo. Entretanto, no julgamento da ADI 3.367, em 13-4-2005, o Tribunal, por unanimidade, afastou o vício processual suscitado pela Advocacia-Geral da União – que demandava a extinção do processo pelo fato de a norma impugnada (EC n. 45/2004) ter sido publicada após a propositura da ADI – e entendeu que a publicação superveniente da mesma corrigiu a carência original da ação” (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1063).

9 “Nos Estados Unidos da América [...] a primeira manifestação efetiva acerca da superioridade constitucional e, portanto, da possibilidade de o Poder Judiciário declarar

tem início no caso concreto, quando qualquer das partes recusa-se a se subordinar à lei inconstitucional. Instaure-se, desse modo, uma questão prejudicial e o Poder Judiciário se manifesta sobre a constitucionalidade da norma, produzindo uma decisão com efeitos *inter pars*. Nos dizeres de Luis Roberto Barroso, o controle por via incidental

É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente.<sup>10</sup>

Ao Supremo Tribunal Federal cabe realizar o controle concentrado, por via principal, quando a ofensa se der à Constituição Federal. No âmbito estadual, esse tipo de controle é feito pelo Tribunal de Justiça, mas o parâmetro utilizado é a Constituição do Estado. Nos dois casos a decisão possui efeitos *erga omnes*. Barroso explica que,

Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via *principal* é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com

---

inválido um ato contrário à Constituição, ocorreu no início do século XIX, exatamente em 1803, quando a Suprema Corte Americana foi chamada a analisar uma contenda entre Federalistas, que deixavam o poder, e Republicanos, que o alcançavam” (DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. *O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 7).

10 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 49.

a Constituição.<sup>11</sup>

Ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade con-substancia-se em uma ação cujo pedido principal é a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (ou de suas ausências) incompatível com os preceitos estipulados pela Constituição. No Brasil, três<sup>12</sup> são os tipos mais comuns de ações que visam a concretizar o chamado controle de constitucionalidade por via de ação direta: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No âmbito estadual, a ação declaratória de constitucionalidade não é cabível<sup>13</sup>, sendo o controle realizado por meio de ações diretas de inconstitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

## 2 OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O principal objetivo da ação direta de inconstitucionalidade é ver declarada a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos incompatíveis com os ditames constitucionais. Isso significa dizer que a impugnação pode ser dirigida não somente às leis em sentido estrito, mas também a outras espécies normativas, tais como decretos, resoluções ou portarias. Entretanto, para que possam ser questionados por meio

---

11 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 50.

12 Em sua obra, Luís Roberto Barroso apresenta outras duas espécies de ações inseridas no controle concentrado de constitucionalidade: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta Interventiva. O autor, entretanto, as descreve como “duas hipóteses especiais de controle concentrado”.

13 De se respeitar as opiniões em contrário. Luís Roberto Barroso comenta sobre a controvérsia: “O texto constitucional não prevê expressamente a legitimidade de instituição dessa modalidade de ação direta em âmbito estadual, como faz em relação à representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º). Nada obstante, a doutrina majoritária tem-se inclinado por admitir essa possibilidade, tendo por objeto do controle lei ou ato normativo estadual ou municipal, o que faz ainda mais sentido para os que sustentam que a ação declaratória de constitucionalidade equivale à ação direta de inconstitucionalidade ‘com o sinal trocado’. Na realidade, todavia, a relativa desimportância do constitucionalismo estadual reduz o alcance prático da controvérsia” (BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 204-205).

da ação direta de inconstitucionalidade, os atos normativos têm que ser gerais e abstratos. De acordo com Alexandre de Moraes,

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo. Isso não impede, porém, o controle abstrato de constitucionalidade dos decretos autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) ou, ainda, dos decretos que tenham extravasado o poder regulamentar do chefe do Executivo, invadindo matéria reservada à lei.<sup>14</sup>

Destarte, não é a espécie normativa em si que vai possibilitar ou não o controle concentrado de constitucionalidade, e sim o caráter geral e abstrato da norma a ser impugnada. Desse modo, pode haver caso de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra uma resolução de caráter normativo e caso de descabimento de ação direta contra uma lei ordinária que possua efeitos concretos<sup>15</sup>. Luís Roberto Barroso assinala:

---

14 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 667.

15 De acordo com Eduardo Sens dos Santos, Promotor de Justiça em Santa Catarina, em texto publicado na Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, “No sistema jurídico brasileiro, consideram-se lei todos os atos normativos emanados do Poder Legislativo no exercício de sua função principal. Portanto, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos-legislativos e resoluções podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Por exclusão, quando não tiverem natureza geral e abstrata (sendo portanto leis de efeitos concretos, como por exemplo ocorre com a lei orçamentária), não podem ser considerados atos normativos, não se submetendo ao controle (SANTOS, Eduardo Sens dos. Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina: Linhas Gerais. In: *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, nº 7, Setembro a Dezembro de 2005, p. 95).

A norma impugnada por ação direta tem de ser dotada dos atributos de generalidade e abstração. Por vezes, sob a roupagem formal de uma lei, são editadas medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos. Esses atos de efeitos concretos, despojados de coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata, não são passíveis de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Insere-se nessa categoria, e. g., o dispositivo de lei orçamentária que fixe determinada dotação ou o ato legislativo que veicule a doação de um bem público a uma entidade privada ou que suste uma licitação.<sup>16</sup>

Sobre o tema, eis recente entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. 1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembléia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96). 2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos - quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados - não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito. 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ

---

16 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 158.

146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93).<sup>17</sup>

Tal posicionamento da Corte Constitucional do Brasil não é isento de críticas. Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins assinalam que “O Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas”.<sup>18</sup> Eis os argumentos dos autores:

Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento

17 STF, ADI-MC-QO 1937. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 20/06/2007.

18 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 120.

adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.<sup>19</sup>

Essa não é a única restrição que o Supremo Tribunal Federal faz em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A Corte Suprema brasileira já firmou entendimento no sentido de que não é cabível ação direta de inconstitucionalidade quando se observam descumprimentos constitucionais de forma indireta<sup>20</sup>. Havendo lesão direta a normas jurídicas infraconstitucionais descabe o controle abstrato de constitucionalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.  
PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 4º DA INSTRUÇÃO  
Nº 55, APROVADA PELA RESOLUÇÃO Nº 20.993,  
DE 26.02.2002, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITO-

---

19 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 119-120.

20 Em sua obra *Constituição do Brasil Interpretada*, Alexandre de Moraes chama este desrespeito à Carta Constitucional, com supedâneo em decisão do Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade reflexa. Eis o referido julgado: “O Supremo Tribunal Federal tem orientação assentada no sentido da impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais ou de matéria de fato” (MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2294).

RAL. ART. 6º DA LEI Nº 9.504/97. ELEIÇÕES DE 2002. COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 5º, II E LIV, 16, 17, § 1º, 22, I E 48, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.<sup>21</sup>

Por fim, o STF também entende que não se pode declarar inconstitucional, por meio do controle concentrado, uma lei produzida anteriormente à Carta Magna. Caso haja incompatibilidade entre a lei antiga e a nova Constituição, entende-se que aquela não foi recepcionada por esta<sup>22</sup>. Doutrina Barroso:

O entendimento consagrado de longa data pelo Supremo Tribunal Federal é o de que não cabe ação direta contra lei anterior à Constituição. Isso porque, ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente, fica ele revogado, não havendo sentido em buscar, por via de controle abstrato, paralisar a eficácia de norma que já não integra validamente o ordenamento. A eventual contrariedade entre a norma anterior e a Constituição posterior somente poderá ser reconhecida incidentalmente, em controle concreto de constitucionalidade.<sup>23</sup>

Atualmente, portanto, a ação direta só é cabível contra lei ou ato normativo editado posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

21 STF, ADI 2626/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 18/04/2004.

22 NA ADI 7, de relatoria do Min. Celso de Mello, com julgamento em 07/02/1992, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação nos seguintes termos: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE A VIGENCIA DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - INOCORRENCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA [...]”.

23 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 158-159.

### 3 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL EM SANTA CATARINA

A Constituição do Estado, em seu art. 83, XI, *f*, estabelece a competência do Tribunal de Justiça para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados em face dela, ainda que o preceito constitucional invocado seja mera repetição de dispositivo constante da Constituição Federal, conforme se depreende da decisão proferida na Reclamação nº 383/SP do Supremo Tribunal Federal:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.<sup>24</sup>

Por seu turno, a Lei Estadual nº 12.069, de 27 de dezembro de 2001, seguindo o modelo da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, fixa o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça catarinense.

Antes de tudo, é importante ressaltar que a ação direta de inconstitucionalidade não visa a proteger diretamente e de forma individualizada os direitos subjetivos de pessoas pré-determinadas. É lógico que a

---

24 STF, Rcl 383/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 11/06/1992.

repercussão de uma decisão em sede de controle concentrado acarretará mudanças no mundo dos fatos, mas isso não quer dizer que o plano fático necessariamente deva interferir no processo. Em decorrência disso, a doutrina costuma classificar a ação direta de inconstitucionalidade como um processo de natureza objetiva. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes destacam que

A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o *caráter objetivo* do processo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público. Já sob a vigência da Constituição de 1988, teve o Tribunal oportunidade de reiterar essa orientação, reconhecendo que, no controle abstrato de normas, tem-se *processo objetivo*, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição.<sup>25</sup>

Em virtude disso, há severa limitação quanto aos legitimados para propor ADI. A Constituição Federal, em seu art. 103, estipula que podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Já, a Constituição do Estado de Santa Catarina estipula, em seu art. 85, que são partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual, quando o ato impugnado for estadual e, por fim, o Prefeito,

---

25 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 87-88.

a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

Nem todos os legitimados, entretanto, possuem a chamada legitimação ativa universal<sup>26</sup> para propor ação direta de inconstitucionalidade. Explica Luís Roberto Barroso:

Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os *universais*, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os *especiais*, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>27</sup>

Por via de consequência, os legitimados especiais têm que comprovar a chamada pertinência temática<sup>28</sup> para que sejam admitidos como autores da ação direta. O Supremo Tribunal Federal vem afirmando

---

26 Cf. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, p. 136.

27 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 141.

28 Alexandre de Moraes explica que a pertinência temática pode ser “definida como o requisito objetivo da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação” (MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*, p. 2314).

a necessidade de comprovação de pertinência temática, conforme se depreende da decisão na ADI nº 2.551/MG:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE EXPEDIENTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DPVAT - INCIDÊNCIA DA REFERIDA TAXA DE EXPEDIENTE SOBRE AS SOCIEDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS QUE FIZERAM INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - INOCORRÊNCIA - PERTINÊNCIA TEMÁTICA CONFIGURADA [...].<sup>29</sup>

No âmbito estadual, os legitimados ativos que têm de comprovar a pertinência temática para que possam atuar no controle concentrado de constitucionalidade são as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual. As associações representativas de classe ou da comunidade, que apenas podem impugnar a legislação municipal, também precisam comprovar pertinência temática. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina adota, no âmbito estadual, o mesmo posicionamento que o Supremo Tribunal adota no âmbito federal. Eis o teor de uma de suas decisões:

CONSTITUCIONAL. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ADIN PROPOSTA POR FEDERAÇÃO SINDICAL DE ATUAÇÃO INTERESTADUAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. [...] A atuação interestadual da federação sindical não lhe retira a legitimidade ativa para o manejo da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, prevista no artigo 85, VI, da Constituição do Estado, se evidenciada a pertinência temática da discussão constitucional [...].<sup>30</sup>

<sup>29</sup> STF, ADI-MC-QO 2551/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 02/04/2003.

<sup>30</sup> TJSC, ADI 2005.014127-7. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben. Julgamento em

Fora a exigência de pertinência temática, no âmbito federal não há qualquer restrição em relação aos legitimados, no sentido de que todos podem propor ações diretas de inconstitucionalidade tanto de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Já no âmbito estadual, existe tal restrição. O inciso VII – tanto do art. 85 da Constituição quanto do art. 2º da Lei Estadual nº 12.069/2001 – estipula que as autoridades lá previstas somente poderão propor ADI de leis ou atos normativos municipais.

Tal estipulação é cabível, pois existem casos em que a autoridade capacitada a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade só tem genuíno interesse em impugnar leis no âmbito municipal. Nesse sentido é o comentário de Noel Tavares:

Quando se tratar de lei ou ato normativo municipal, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o prefeito municipal, a mesa da Câmara ou um quarto dos vereadores, o representante do Ministério Público, a subseção da Ordem dos Advogados e as associações representativas de classe ou da comunidade. A previsão desses legitimados ativos para o controle de constitucionalidade dos instrumentos normativos municipais aperfeiçoa o estado democrático de direito. Nesse caso, o prefeito municipal pode ajuizar ação direta de inconstitucionalidade para questionar lei cujo projeto de lei foi vetado pelo chefe do poder executivo municipal.<sup>31</sup>

A Constituição de Santa Catarina e a Lei Estadual da ADI acertaram ao colocar no rol de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade em face da legislação municipal, além das autoridades previstas nos incisos I a VI, aqueles que convivem diariamente com os problemas do Município, pois eles podem, com maior facilidade, identificar as especificidades e dificuldades mais urgentes de cada comunidade.

---

23/11/2005.

31 TAVARES, Noel. *Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005, p. 37.

#### 4 PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA E A NECESSÁRIA TROCA DE INFORMAÇÕES COM O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Como visto no item anterior, no âmbito estadual, tanto o Procurador-Geral de Justiça – que delegou as funções inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade ao Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – quanto os Promotores de Justiça têm legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos municipais incompatíveis com os ditames da Constituição de Santa Catarina. Importante ressaltar que, ao que tudo indica, Santa Catarina é o único Estado brasileiro em que os Promotores de Justiça têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Em que pese o fato dessa legitimação constar da letra constitucional, vez por outra a legitimidade ativa do Promotor de Justiça é questionada. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entretanto, reconhece a legitimidade do membro do Ministério Público de primeiro grau:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, INC. VII, DA LEI N. 12.069/2001. “São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição: [...] o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal” [...].<sup>32</sup>

A própria legitimidade ativa do Coordenador-Geral do CECCON, delegada pela Portaria nº 1.389/2007, de 17 de abril de 2007/PGJ, é objeto de questionamentos, principalmente quando a impugnação se dirige à legislação estadual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em

32 TJSC, ADI 2001.017099-0. Relator: Des. Silveira Lenzi. Julgamento em 19/12/2003.

que pesem alguns votos no sentido contrário, é firme no entendimento da possibilidade de delegação dessa função pelo Procurador-Geral de Justiça, conforme se pode depreender da recente decisão proferida na ADI nº 2006.004045-9:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE CONCENTRADO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CECCON E DO CURADOR DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA - DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 125 DA CF, ART. 85, INC. III, DA CE, ART. 93 DA LOMPSC E ART. 29 DA LOMP - PREFACIAL AFASTADA. "Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, compete ao Procurador-Geral de Justiça delegar a membro do Ministério Público de segundo grau suas funções de órgão de execução, dentre elas a de ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade" (Adi N. 05.007821-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 17.05.2006).<sup>33</sup>

Esta co-legitimação, embora muito importante, pode trazer sérias conseqüências para a gestão do Ministério Público, pois, só a título exemplificativo, pode ocorrer de o Promotor de Justiça ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça e a Administração Superior desconhecer o fato, como pode o Coordenador-Geral do CECCON, nestas circunstâncias, repetir a ação aforada pelo Promotor, o que revelaria atraso na gestão da coisa pública. Estes riscos, por si só, evidenciam a necessidade de racionalizar o procedimento das ações de inconstitucionalidade, de modernizar o sistema de informação, criando um banco de dados composto por peças jurídicas, com a finalidade de imprimir maior eficiência no exercício das atribuições ministeriais em comento.

---

33 TJSC, ADI 2006.004045-9. Relator: Des. Irineu João da Silva. Julgamento em 21/02/2007.

Por força do art. 54 da Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000, os Centros Operacionais do Ministério Público possuem suas competências específicas e entre elas estão as seguintes:

Art. 54. Compete aos Centros de Apoio Operacional:

[...]

II - colaborar no levantamento das necessidades dos órgãos do Ministério Público, com vistas à adoção das providências cabíveis;

[...]

V - receber representações e expedientes relacionados com suas áreas de atuação, encaminhando-os ao órgão de execução a quem incumba dar-lhe atendimento;

VI - remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados à sua atividade;

VII - prestar apoio aos órgãos de execução do Ministério Público, especialmente na instrução de inquéritos civis ou na preparação e propositura de medidas judiciais;

Atento a isso, o Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade vem praticando interessante comunicação com os Promotores de Justiça, seja recebendo representações ou pedidos de consulta, seja enviando estudos de casos e peças jurídicas. A propósito, diversas são as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Coordenador-Geral do CECCON em conjunto com o Promotor de Justiça da comarca. Vejam-se, por exemplo, as seguintes decisões proferidas em ações diretas propostas em conjunto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO - EXPLORAÇÃO DO TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS - LEI N. 5.824, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001 - OFENSA AO ART. 137, § 1º, DA CONSTITUI-

ÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, E TAMBÉM DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA - NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM PERMISSÃO - PRELIMINARES, POR MAIORIA, REJEITADAS - PROCEDÊNCIA, POR MAIORIA, DO PLEITO VESTIBULAR.

*Ex vi* do inciso VII do art. 85, da Carta Política Estadual, há legitimidade ativa ad causam do Ministério Público para manejar o controle abstrato, “quando se tratar de lei ou ato normativo municipal, o mesmo ocorrendo com o Coordenador Geral do Centro do Centro de Controle de Constitucionalidade, em face de delegação do Procurador-Geral de **Justiça**. Vencido o relator designado com o precedente do Excelso Pretório no AG.REG. na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 75-1/SP, veredicto prolatado em 03 de maio deste ano, confirmando decisão monocrática.<sup>34</sup>

E ainda:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO COORDENADOR-GERAL DO CECCON E DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INOCORRÊNCIA - DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 125 DA CF; ART. 85, INC. III, DA CE; ART. 93 DA LOMPSC E ART. 29 DA LOMP - PREJUDICIAL AFASTADA. É possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade tanto pelo Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON,

---

34 TJSC, ADI 2002.020438-8. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. Julgamento em 31/01/2007.

como pelo representante do Ministério Público, desde que estejam agindo por expressa delegação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, em consonância com as exigências preconizadas no art. 125 da Constituição Federal, art. 85, III, da Constituição Estadual, art. 93 da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina e o art. 29 da Lei Orgânica do Ministério Público Nacional.<sup>35</sup>

Geralmente o que sucede é que o Promotor de Justiça, em sua atuação diária, depara-se com leis que, em uma primeira análise, considera-as inconstitucionais e remete-as para estudos ao Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade. Caso o Promotor solicite somente estudo, é remetido à Promotoria um parecer jurídico sobre a norma em questão. Caso ele questione a possibilidade de manejar ação direta de inconstitucionalidade, é enviada ao Promotor a sugestão e/ou a petição inicial, conforme o caso.

Ressalte-se que, em casos de impossibilidade de ação direta de inconstitucionalidade contra leis que ofendem a Constituição - como ocorre, por exemplo, nas inconstitucionalidades reflexas ou então com as leis de efeitos concretos -, o CECCON se posiciona no sentido de sugerir ao Promotor ingressar com outras medidas cabíveis e capazes de frear a eficácia de atos normativos ofensivos ao ordenamento jurídico. A ação civil pública muitas vezes tem se mostrado um dos instrumentos mais satisfatórios nesse sentido. Por meio do controle difuso de constitucionalidade, o Promotor pode fazer cessar os efeitos da legislação inconstitucional:

PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TIP - CARÊNCIA AFASTADA - POSSIBILIDADE JURÍDICA QUE NÃO IMPLICA SUBSTITUIR A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO LEGITIMADO À CAUSA - INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO PREJUDICA A LIDE - INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE

---

35 TJSC, ADI 2004.025310-9. Relator: Des. Rui Fortes. Julgamento em 20/12/2006.

ILUMINAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Mudança legislativa no curso da demanda sem inovação constitutiva, modificativa ou extintiva dos fatos, nada influi na possibilidade jurídica do pedido. Não se confundem ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública. Esta “tem por objeto a tutela de qualquer interesse de ordem pública e social, bem como todos os direitos difusos e coletivos”. Aquela visa ao controle jurisdicional de constitucionalidade da norma de modo abstrato, independentemente de litígio concreto. Ademais, a declaração incidental de inconstitucionalidade, mesmo na ação civil pública, não faz coisa julgada, que se restringe à parte dispositiva da sentença, CPC, art. 469 [...].<sup>36</sup>

Conforme se depreende da decisão acima colacionada, ação civil pública não pode substituir ação direta de inconstitucionalidade, fazendo cessar, com efeitos *erga omnes*, a legislação impugnada. O controle incidental de constitucionalidade realizado por este meio só poderá atingir os atos de efeitos concretos, que repercutem na esfera individual. O ex-Ministro Maurício Corrêa, do egrégio Supremo Tribunal Federal, já se manifestou sobre o assunto:

Entendo que, embora haja um parentesco entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, pois em ambas se faz o controle de constitucionalidade das leis, na primeira é feito o controle difuso, declarando-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, e com eficácia, apenas, aos que são réus no processo, enquanto na segunda é feito o controle concentrado e com efeito *erga omnes*. Acrescento que as ações civis públicas estão sujeitas à toda a cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o STF, enquanto que as ações diretas são

---

36 TJSC, AC 44.272. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgamento em 29/03/1994.

julgadas em grau único de jurisdição, de forma que os reclamantes têm à sua disposição adequados e valiosos instrumentos para sustentarem as suas razões.<sup>37</sup>

Dessa forma, cabe ao Promotor de Justiça ponderar sobre os prós e contras de cada ação e escolher a via mais adequada ao caso concreto.

## **5 TRAMITAÇÃO PARALELA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Importante ressaltar que a propositura de ação civil pública não inviabiliza o controle concentrado de constitucionalidade e vice-versa. Como visto, as duas ações possuem objetos diferentes e não visam ao mesmo resultado. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo expurgar do ordenamento jurídico a norma acoimada de inconstitucional, na ação civil pública eventual inconstitucionalidade da norma servirá apenas de argumento para a procedência da ação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já proferiu diversas decisões, negando a litispendência entre ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade, conforme se depreende dos seguintes julgados:

LITISPENDÊNCIA - Inocorrência - Ação direta com pedido de declaração de inconstitucionalidade de preceitos de Lei Municipal - Existência de ação civil pública solicitando a abstenção do lançamento de taxa - Distinção evidente - Preliminar rejeitada.<sup>38</sup>

E ainda:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal - Alegada litispendência em razão de ação civil pública - Inocorrência - Trípli-

37 STF, Rcl 554-2/MG. Relator: Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 26/11/1997, p. 61.738.

38 TJSP, ADI 19.927-0. Relator: Des. Cunha Bueno. Julgamento em 24/08/94.

ce identidade inexistente - Preliminar Rejeitada - Ação procedente<sup>39</sup>.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também não reconheceu pedido de conexão entre as duas ações:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Conexão a ação direta de inconstitucionalidade - Inadmissibilidade - Ações com competência de natureza absoluta - Artigo 2º da Lei n. 7.347/85 - Instituto da conexão reservado apenas às de competência relativa - Descartada a modificação da competência em razão da conexão - Preliminar rejeitada<sup>40</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, ao se deparar com recurso especial na ação civil pública, no qual se discutia matéria objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tramitando no Supremo Tribunal Federal, optou por suspender o processo pelo prazo de um ano, *in verbis*:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGIME DE ICMS. TARE. SUSPENSÃO DO PROCESSO.**

**PRAZO MÁXIMO DE UM ANO.**

1. Estando em curso no STF **ação direta de inconstitucionalidade de preceito normativo** que autoriza o Distrito Federal a celebrar com seus contribuintes **Termo de Acordo de Regime Especial - TARE**, é cabível a suspensão, pelo prazo **de um ano, de ações** individuais visando a anular referido ato administrativo. Aplicação do art. 265, IV, a e § 5º do CPC. Precedentes.

2. Recurso especial provido.<sup>41</sup>

Colhe-se do voto do Ministro Relator:

Embora não seja obrigatória a suspensão do processo nas circunstâncias enunciadas no presente caso, ela certamente não pode ser considerada

39 TJSP, ADI 22.533-0. Relator: Des. Nelson Schiesari. Julgamento em 08/02/95.

40 TJSP, ADI 18.468-0. Relator: Des. Dirceu de Mello. Julgamento em 09/11/94.

41 STJ, Resp 826055/DF. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento em 26/06/2007.

ofensiva ao dispositivo transcrito. Pelo contrário, considerando a natureza das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, que têm eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, não há como negar sua relação de supremacia em face de sentenças proferidas em ações individuais fundadas no mesmo preceito normativo<sup>42</sup>.

Dessa forma, percebe-se que a tramitação paralela de ação civil pública na comarca e ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal é possível, sem que ocorra prejuízo de qualquer das duas ações.

## 6 PETIÇÃO INICIAL E MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, segundo o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 12.069/2001, deve ser apresentada em duas vias, acompanhada da lei ou ato normativo impugnado, além dos documentos necessários ao embasamento do pedido. Quase sempre a legislação está disponível no próprio *website* do Município, o que facilita sobremaneira o trabalho do proponente. Caso o Município não disponibilize a lei por meio eletrônico, poderá o Promotor de Justiça solicitar ou requisitar cópia à Prefeitura, Câmara Municipal ou a qualquer outro órgão competente.

Sobre a possibilidade de aditamento ou emenda da inicial, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins lecionam:

Embora o Regimento Interno não contemplasse, expressamente, a possibilidade de alteração na petição inicial, reconheceu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial até a requisição das informações ao órgão de que emanou o ato ou

---

42 STJ, Resp 826055/DF. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento em 26/06/2007.

a medida impugnada.<sup>43</sup>

É importante dizer que o art. 5º da Lei Estadual nº 12.069/2001 não admite a desistência da ação direta de inconstitucionalidade. Os dois consagrados autores explicam que

A razão principal que fundamenta o dispositivo ora examinado reside na natureza objetiva do processo do controle de constitucionalidade. “A admissibilidade do controle de normas – ensina Söhn – está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle (*öffentliches Kontrolbedürfnis*)”.

A provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional. Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo e controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição.<sup>44</sup>

Por fim, cumpre destacar que, de acordo com o art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/01, é cabível a concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, visando à suspensão dos efeitos da lei objurgada até o julgamento final da ação. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se manifestou no sentido de que o pedido cautelar deve ser feito na própria inicial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LIMINAR NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL AFASTADA - PROVIDÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA - DESNECESSIDADE DE PROPOSITURA DE MEDIDA CAUTELAR - PRELIMINAR REJEI-

43 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 151.

44 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 155-156.

TADA [...].<sup>45</sup>

Para o acolhimento da medida é necessário que o autor demonstre a existência de *fumus boni juris* e de *periculum in mora*. A ausência de um dos requisitos inviabiliza a concessão da medida, conforme se depreende da seguinte decisão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FORMOSA DO SUL - ARTIGO 68, II, VEDANDO AO VICE-PREFEITO O EXERCÍCIO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO REMUNERADO NAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO, AUTARQUIAS, EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - APARENTE INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO NA CARTA ESTADUAL - ARTIGO 25, II E § 1º - AUSÊNCIA, PORÉM, DO PERICULUM IN MORA - LIMINAR INACOLHIDA.<sup>46</sup>

Quanto aos efeitos da medida cautelar, diz-se que eles podem ser modelados pelo Tribunal, por força do disposto no § 1º do art. 11 da Lei Estadual nº 12.069/2001. Entretanto, a regra geral determina que os efeitos da decisão, nessa fase processual, não retroagem. Eis a redação do referido dispositivo:

Art. 11 - Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º - A medida cautelar, dotada de eficácia contra

45 TJSC, ADI 2002.013665-0. Relator: Des. Torres Marques. Julgamento em 03/09/2003.

46 TJSC, ADI 98.006175-0. Relator: Des. Alcides Aguiar. Julgamento em 22/06/1998.

todos, será concedida com efeito “ex nunc”, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa.

Essa disposição existe, pois a cautelar não deve, via de regra, ser satisfativa. A anulação da lei deve ocorrer propriamente quando do julgamento final, de mérito.

## **7 PROCESSAMENTO DA AÇÃO DIRETA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Recebida a petição inicial, o Desembargador Relator, via de regra, solicita informações às autoridades das quais emanou a norma impugnada. Caso não haja pedido de medida cautelar, o Relator solicitará informações nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 12.069/2001. Caso haja pedido de concessão de medida cautelar, segue-se o disposto no art. 10 da Lei Estadual da ADI, que dispõe da seguinte forma:

Art. 10 - Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto, no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º - O Relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e o Procurador Geral de Justiça, no prazo de três dias.

§ 2º - No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º - Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a

lei ou o ato normativo impugnado.

As primeiras informações, que embasarão a decisão cautelar, geralmente são mais breves, e abordam, quase sempre, a tramitação legislativa da norma impugnada. É costumeiro que as autoridades pugnem, nesse momento, pelo indeferimento da medida cautelar, realizando verdadeira defesa preliminar do ato.

Conforme estipula o § 1º do art. 10 da Lei Estadual da ADI, o Relator poderá ouvir o Procurador-Geral do Estado ou do Município caso julgue indispensável. Da mesma forma ocorre com o Procurador-Geral de Justiça. Este, na condição de *custus legis* - e representado pelo Coordenador-Geral do CECCON - exara parecer sobre o pedido cautelar.

Como se pode notar da leitura do § 3º do art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/2001, havendo urgência, a medida cautelar pode ser concedida sem a oitiva das autoridades das quais emanou a lei impugnada e do Procurador-Geral de Justiça. Importante ressaltar, inclusive, que, em casos excepcionais, a medida cautelar pode ser concedida de plano pelo Relator, que levará o caso ao Tribunal Pleno na sessão seguinte, ocasião em que os Desembargadores poderão referendar a decisão.

O julgamento da medida cautelar é realizado em sessão do Tribunal Pleno e, por força do art. 12 da Lei Estadual da ADI, o Tribunal poderá julgar definitivamente a ação, na hipótese de o Relator submeter-lhe o processo diretamente, quando for relevante a matéria e se evidenciar especial significado para a ordem social e segurança jurídica. Trata-se, portanto, de um procedimento mais célere, em que o Tribunal, após serem prestadas as informações e apresentadas as manifestações do Procurador-Geral do Estado ou do Município e do Procurador-Geral de Justiça, julgará definitivamente a ação.

Julgada a medida cautelar, o Desembargador Relator dará novo despacho, determinando que o Procurador-Geral do Estado ou Município realize a defesa da norma impugnada. Tal mister constitui múnus público, não podendo, via de regra, o Procurador-Geral se esquivar de realizá-lo.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - OMISSÃO DO PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO - EXEGESE DOS ARTS. 85, PARÁGRAFO 4o, DA CE e 103,

PARÁGRAFO 3o, DA CF -INDECLINABILIDADE DA SUA INTERVENÇÃO E DO DEVER DE DEFENDER A NORMA ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL. A cogência da notação “defenderá”, contida no art. 103, parágrafo 3o, da Carta Magna e que foi reproduzida no art. 85, parágrafo 4o da CE, obriga o Procurador-Geral do Município a pronunciar-se e efetivamente defender a norma acoimada de inconstitucional, posto que, *in casu*, não defende os interesses subjetivos da circunscrição administrativa autônoma do estado, mas sim aquele objetivamente custodiado, qual seja, a validade, sob o prisma constitucional, da norma impugnada. A indeclinabilidade do exercício da novel atribuição constitucional carregada ao Procurador-Geral, na condição de defensor impessoal da presumida constitucionalidade do diploma legal, repugna a omissão. Persistindo a inércia, exsurge inevitável a nomeação de curador especial à presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, sob pena de nulidade. Ementa aditiva.<sup>47</sup>

Após a defesa de mérito, o Procurador-Geral de Justiça, por meio do Coordenador-Geral do CECCON, apresenta a sua última manifestação na condição de *custus legis*. Em seguida, o Tribunal Pleno profere a decisão definitiva na ação direta de inconstitucionalidade. Quanto aos efeitos da decisão, eis o disposto no art. 17 da Lei Estadual da ADI:

Art. 17 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu transito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

---

47 TJSC, ADI 98. Relator: Des. Eder Graf. Julgamento de 20/04/1994.

A decisão final, se procedente, declara inconstitucional a norma; isto é, a lei ou ato normativo impugnado passa a ser nulo e, nessa condição, impedido de produzir efeitos desde o nascedouro. Entende-se cabível a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex-nunc* apenas nos casos em que disposição em contrário acarrete maiores prejuízos à coletividade.

## 8 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

Por força do disposto no art. 26 da Lei nº 9.868/1999<sup>48</sup>, no âmbito federal a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios. Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ESCLARECIMENTOS. A dúvida sobre o alcance do acórdão prolatado é conducente ao acolhimento dos embargos declaratórios, para prestar esclarecimentos.<sup>49</sup>

E ainda:

Embargos declaratórios — Omissão — Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência.<sup>50</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também admite a propositura de embargos declaratórios, muito embora a Lei Estadual nº 12.069/2001 silencie sobre o assunto. Veja-se a seguinte decisão:

48 O art. 26 da Lei nº 9.868/99 é objeto da ação direta de inconstitucionalidade 2.154, ainda não julgada.

49 STF, Emb. Decl. na ADI 3522. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 20/09/2006.

50 STF, ADI 2.728/ED. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 19/10/2006.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA - EMENDA - DISPOSITIVO ESTABELECEndo EM UM ANO O MANDATO DOS MEMBROS DA MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL E AUTORIZANDO A RECONDUÇÃO NA ELEIÇÃO SUBSEQÜENTE - ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INICIATIVA LEGISLATIVA SUBSCRITA INADEQUADAMENTE - MATÉRIA SANADA - EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. Em face de particularidades da espécie, a existência de insuficiência de edis na iniciativa legislativa de emenda à Lei Orgânica, resta convalidada com a tramitação e aprovação da matéria.<sup>51</sup>

A Corte Catarinense tem admitido, inclusive, embargos declaratórios com efeitos infringentes<sup>52</sup>:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL - EDIÇÃO POSTERIOR DE LEI COMPLEMENTAR AB-ROGANDO O PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI EM DISCUSSÃO NA ADIN - PERDA DO OBJETO - CONCESSÃO DE EFEITO INFRINGENTE - EXCEPCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO. - Consoante posicionamento jurisprudencial dominante, possibilita-se, em casos excepcionais, que os embargos declaratórios tenham efeitos infringentes. - Tendo sido promulgada e publicada nova Lei Complementar

51 TJSC, Bem. Decl. na ADI 97.012116-4. Relator: Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Julgamento em 16/08/2000.

52 De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “o embargante não pode deduzir, como *pretensão* recursal dos EDcl, pedido de infringência do julgado, isto é, de *reforma* da decisão embargada. A infringência poderá ocorrer quando for *conseqüência necessária* ao provimento dos embargos” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786).

revogando expressamente a anterior, objeto de discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade, cabível, excepcionalmente, a concessão de efeito infringente aos embargos de declaração, a fim de reconhecer a perda do objeto da ADIn.<sup>53</sup>

Além dos embargos declaratórios, nas ações diretas de inconstitucionalidade, também é cabível o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, eis o comentário de Carlos Roberto de Alckimin Dutra:

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a interposição de recurso extraordinário contra as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade nos casos em que a decisão do Tribunal estadual, interpretando norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrarie o sentido ou o alcance da norma da Carta Federal. Nesse caso, a *interpretação* dada pelo Tribunal de Justiça à norma da Constituição estadual, análoga à da Constituição Federal, pode ser inconstitucional em face dessa última. Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, cabe a ele dar a palavra final na interpretação de suas normas.<sup>54</sup>

Importante ressaltar que a interposição do recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, via de regra, não suspende<sup>55</sup> a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça estadual. Veja-se, por exemplo, a decisão do STF no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 694-SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

#### AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR

53 TJSC, Bem. Decl. na ADI 2003.013333-0. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Julgamento em 18/05/2005.

54 DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. *O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 110.

55 O Supremo Tribunal Federal assentou no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 694-SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que “A concessão de efeito suspensivo em recurso extraordinário reveste-se de excepcionalidade absoluta, razão pela qual as hipóteses nas quais a suspensão ocorre devem ser interpretadas restritivamente”.

- PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU CONSTITUCIONAL O INC. IV DO ART. 22 DA LEI N. 8.212, DE 1991, ALTERADO PELA LEI N. 9.876, DE 1999. 1. **A concessão de efeito suspensivo em recurso extraordinário reveste-se de excepcionalidade absoluta, razão pela qual as hipóteses nas quais a suspensão ocorre devem ser interpretadas restritivamente [...]** (grifo acrescido).

Assim, mesmo que da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade seja proposto recurso extraordinário, é de extrema importância que o Promotor de Justiça busque imediatamente o cumprimento dos acórdãos exarados pelo Tribunal de Justiça.

## 9 A EFETIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS EM ADI'S

Luís Roberto Barroso explica que “A decisão proferida em ação direta terá, como regra, eficácia contra todos, retroativa e vinculante”.<sup>56</sup> Isso equivale a dizer, dentre outras coisas, que o provimento da ação acarreta a invalidação da norma impugnada desde o momento de sua edição. *Grosso modo*, o que objetiva a ação direta é tornar nula, no plano abstrato, lei que se afigure incompatível com os ditames constitucionais. Nesse sentido, explica o autor:

A declaração de inconstitucionalidade, assim, deverá alcançar os atos pretéritos praticados com base na lei ou ato normativo rejeitados, por sua inaptidão para produzir efeitos válidos. É bem de ver, no entanto, que nem sempre será possível, ou mesmo legítima, a automática desconstituição das situações jurídicas que se formaram e consolida-

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 191.

ram anteriormente à manifestação judicial [...] <sup>57</sup>.

O autor faz questão de diferenciar, em sua obra, os efeitos da decisão no plano abstrato e no plano concreto. Diz ele:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo: atuando como legislador negativo, o Tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade. Distinto é o plano das situações concretas já constituídas em decorrência de atos jurídicos individuais, tanto entre partes privadas como os que envolvem o Poder Público. É certo que também essas relações deverão sofrer os reflexos da decisão, mas se impõem certas cautelas e temperamentos. <sup>58</sup>

É certo que bom número de leis são de abstração absoluta, bastando a declaração de inconstitucionalidade para fazer cessar a sua eficácia. Entretanto, normas há que, apesar de declaradas inconstitucionais, continuam a repercutir no plano fático. Barroso explica:

Em múltiplas hipóteses, os efeitos da decisão abstrata sobre o plano concreto deverão produzir-se por mero ato de ofício da autoridade administrativa. Por exemplo: declarada inconstitucional a lei instituidora de um tributo, não só o Estado não deverá mais cobrá-lo como deverá invalidar todos os autos de infração pendentes, que se haviam fundado na norma rejeitada. Parece razoável sustentar, no entanto, que a restituição do valor já recebido, ainda que indevidamente, deva ser precedida de pedido administrativo do contribuinte, com a comprovação do pagamento.

Pode haver casos, no entanto, em que o desfazi-

<sup>57</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 191.

<sup>58</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 191-192.

mento de situações constituídas com base no ato considerado inválido exija um devido processo legal, administrativo ou judicial. Um contrato que vigore de longa data entre particulares ou uma relação entre administrado e Administração na qual o primeiro já tenha cumprido sua parte na obrigação podem conter elementos que imponham temperamento a sua desconstituição sumária. À parte afetada tocará o direito subjetivo de procurar demonstrar que, na hipótese, deverá ser resguardada sua boa-fé, ou prevalecer o princípio da segurança jurídica ou ser impedido o enriquecimento ilícito, dentre outros argumentos.<sup>59</sup>

Portanto, é imperioso notar que, às vezes, a ação direta de inconstitucionalidade não é bastante para a resolução dos casos concretos. Dessa forma, como salientou o Professor Luís Roberto Barroso, faz-se necessário um procedimento administrativo, ou, até mesmo, um processo judicial, tal como a ação civil pública, para dar azo à decisão proferida. Bem por isto, deve o Procurador-Geral de Justiça encaminhar aos Promotores cópia dos acórdãos referentes às medidas cautelares concedidas ou julgamentos definitivos procedentes, para que os membros do Ministério Público nos municípios possam promover a correção dos efeitos concretos remanescentes.

A Reclamação, prevista no art. 83, XI, *i*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, é outro remédio hábil a promover a efetividade das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. No âmbito federal, a reclamação é bastante utilizada, com a finalidade de resguardar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade:

RECLAMAÇÃO - ACÓRDÃO PROFERIDO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO. A jurisprudência do Tribunal mostra-se pacífica quanto à possibilidade de manuseio da reclamação para

---

59 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 191-192.

buscar-se a eficácia de acórdão prolatado em processo objetivo. Ressalva de entendimento pessoal [...].<sup>60</sup>

Na Constituição Estadual, a Reclamação está prevista nos mesmos termos da Constituição Federal, porém pouco tem sido sua utilização com tal finalidade. Não obstante, nada há que impeça a utilização deste meio de controle. Carlos Roberto de Alckimin Dutra preleciona:

Nenhuma razão existe, ao nosso ver, a impedir os Tribunais de Justiça dos Estados, onde haja previsão da reclamação, desde que devidamente provocados, de utilizar esse instrumento processual, com vistas à preservação das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de prestigiar o julgado proferido no seio do Tribunal Pleno ou de seu Órgão Especial, no exercício da proeminente tarefa de invalidar as leis dissonantes da Constituição, aviltado por decisão judicial ou administrativa que descumpre o seu teor.<sup>61</sup>

Por fim, ainda é possível a utilização do instituto da intervenção, previsto no art. 35, da Constituição Federal, cabível nos seguintes casos:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

II - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos

60 STF, Rlc 2398/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 06/10/2005.

61 DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. *O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 110.

de saúde;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Caso seja descumprida decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, é cabível a intervenção do Estado no Município, muito embora não haja disponível no *website* do Tribunal de Justiça catarinense nenhuma intervenção com base especificamente no descumprimento de decisão proferida em ADI. Decisões há, entretanto, que acolhem o pedido de intervenção com base em descumprimento de ordem judicial:

Pedido de intervenção estadual no município. Descumprimento de ordem judicial. Pagamento de precatório. Transação. Homologação. Perda do objeto. Extinção do pleito interventivo. Inteligência do art. 269, III do CPC. Sendo observada a ordem cronológica de pagamento, torna-se plenamente admissível proposta conciliatória, nos pedidos de intervenção estadual, com fundamento no descumprimento de ordem judicial para o pagamento de precatório.<sup>62</sup>

E ainda:

INTERVENÇÃO DO ESTADO EM MUNICÍPIO. DESCUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL (CF, art. 35, IV; CE, art. 11, IV). INOCORRÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE. Não restando nitidamente caracterizada quaisquer das situações taxativamente arroladas no texto constitucional, não se justifica a decretação de intervenção do Estado no Município.<sup>63</sup>

62 TJSC, Pedido de Intervenção Estadual no Município nº 2003.006719-1. Relator: Pedro Manoel Abreu. Julgamento em 07/06/2006.

63 TJSC, Pedido de Intervenção Estadual no Município nº 97.0057773-3. Relator: João Martins. Julgamento em 06/05/1998.

Importante lembrar que as autoridades, órgãos ou pessoas que descumprirem decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade incidirão em ato de improbidade, com todas as conseqüências previstas na Lei nº 8.629/93 e no art. 37, § 2º e § 4º, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Desse modo, a atuação do Promotor de Justiça torna-se fundamental para o cumprimento do disposto na Constituição.

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao determinar que “o representante do Ministério Público” é parte legítima para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, a Constituição do Estado de Santa Catarina, de certa forma, prestigiou a Instituição do Ministério Público e, especialmente, os Promotores de Justiça. Mais do que isso: conferiu a eles o poder-dever constitucional de defender a Constituição do Estado.

Nesse sentido, por mais que a legitimidade do membro do Ministério Público possa ser vista como uma concessão, ela deve ser vista, acima de tudo, como uma obrigação. Ou seja, sempre que o Promotor de Justiça, em sua atuação diária, se deparar com alguma lei municipal eivada de inconstitucionalidade, caber-lhe-á propor a respectiva ação direta de inconstitucionalidade para que veja a lei ou ato normativo

viciado expurgado do ordenamento jurídico.

Por outro lado, não se pode nunca esquecer que o Procurador-Geral de Justiça possui idêntica legitimidade, afigurando-se plausível a hipótese de o Promotor de Justiça estar estudando eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo na Comarca e o Procurador-Geral de Justiça, via de regra por meio do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – CECCON, estar tomando as mesmas providências no seu âmbito de atuação.

Por isso, mostra-se essencial a troca de informações entre os Promotores de Justiça e o Procurador-Geral de Justiça, não apenas para que sejam evitados eventuais posicionamentos antagônicos ou duplicidades de ações, mas também para otimizar o trabalho realizado pelos co-legitimados, no sentido de aprofundar os estudos e as teses jurídicas. Nesse sentido, é interessante a manutenção de um banco de dados sobre o tema, com jurisprudência, doutrina, petições iniciais, pareceres jurídicos e estudos.

Esse banco de dados, se alimentado de forma correta e eficiente, promoverá uma melhor administração do tempo, tanto dos Promotores como do Procurador-Geral, pois evitará que o mesmo estudo ou tese, já realizado anteriormente, tenha que ser criado ou modelado diversas vezes.

O reaproveitamento dos estudos realizados é de grande valia, ainda mais quando se leva em consideração que os Municípios muitas vezes editam leis idênticas, com inconstitucionalidades idênticas.

Em termos de praticidade, tal iniciativa acabará proporcionando não apenas um controle mais eficaz e qualificado, mas também um controle mais abrangente. A manutenção do banco de dados evitará, portanto, que leis municipais inconstitucionais – e são muitas – passem despercebidas pelo crivo dos Promotores de Justiça.

Com isso, certamente, nem todas as normas municipais irregulares serão afastadas do ordenamento jurídico catarinense, mas o número de leis inconstitucionais diminuirá.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 333p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504p.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos**. São Paulo: Saraiva, 2005. 126p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. 654p.

MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. 357p.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1.364p.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. 2.924p.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 948p.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.536p.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina: Linhas Gerais. In: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, nº 7, Setembro a Dezembro de 2005. p. 91-118.

TAVARES, Noel. **Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. 158p.



CONSTITUCIONALIDADE

## LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INCONSTITUCIONALIDADE

Renato Franco de Almeida

*Promotor de Justiça*

*Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino*

### RESUMO

Propõe-se um estudo sobre a constitucionalidade da Lei que dá legitimidade para a Defensoria Pública propor Ação Civil Pública. Analisa sua compatibilidade à luz dos preceitos constitucionais que organizaram a Instituição, concluindo pela inconstitucionalidade da Lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalidade. Representação judicial. Proibição de retrocesso social.

### RESUMEN

Se propone un estudio sobre la constitucionalidad de la Ley que da legitimidad a el Defensor del Pueblo proponer Acción Civil Pública. Analiza su compatibilidad a luz de los preceptos constitucionales que organizan la Institución, concluyendo por la inconstitucionalidad de la Ley.

**PALABRAS-LLHAVES:** Constitucionalidad; Representación judicial; Prohibición de retroceso social.

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 75 a 100

## 1 INTRODUÇÃO

Em 15 de janeiro de 2007, veio a lume a Lei federal n. 11.448, a qual, modificando o inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), conferiu legitimidade ativa concorrente à Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública, objetivando a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conquanto se mostre, em princípio, uma razoável política pública de defesa jurídica dos necessitados – aqueles com insuficiência de recursos – tem o presente estudo por escopo demonstrar a incompatibilidade da referida Lei com a Constituição da República, notadamente quanto à argumentação segundo a qual a Defensoria Pública está incumbida, por expressa cláusula constitucional, de *representar judicialmente* os necessitados, e, não de atuar como substituta processual nas hipóteses de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*.

Antes, porém, insta evidenciar o pensamento segundo o qual os argumentos de política não podem sobrepor-se aos argumentos de princípio, como fundamento de uma decisão estatal, notadamente a decisão judicial. Isso porque, como anota Dworkin (2005, p. 31):

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos

individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.

Daí eventuais políticas públicas que objetivem a melhoria do bem-estar social sob alguma perspectiva determinada não poderão estabelecer mitigação ou malferimento a nenhum direito fundamental, na medida em que este se traduz em elemento de uma convicção política mais ampla absorvida e exposta no documento constitucional pela sociedade. Portanto, a vontade das ocasionais maiorias congressuais não poderá sobrepor-se àqueles padrões éticos estabelecidos em textos constitucionais como fundamento do sentimento social.

Nesse sentido, afirma Dworkin (2005, p. IX):

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de

princípio são baseados em direitos.

Na medida, portanto, que os juízes são vinculados, quanto à fundamentação de suas decisões, a se utilizarem de argumentos de princípio político, deverão sobrepor os direitos fundamentais insculpidos nos textos constitucionais às políticas públicas que, conquanto melhore a vida social como um todo, malferem direitos que se traduzem no fundamento da existência dos membros da sociedade.

Assim: “Mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata.” (DWORKIN, 2005, p. X)

Dessa forma, as decisões políticas realizadas pelo departamento judicial do Estado deverão ter como fundamento os princípios e, não, as políticas públicas, à medida que estas violem aqueles, conquanto aumentem o bem-estar social.

O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumento de procedimento político. (DWORKIN, 2005, p. 6)

Entretanto, como ainda observa Dworkin, faz-se mister que, na concretização dessa concepção ampla de justiça, imponha-se a *coerência*.

Com efeito, o modelo construtivista adotado pelo jurista não ignora a existência de incoerências aparentes registradas em decisões judiciais. No entanto, exige que as decisões tomadas em nome da justiça nunca extrapolem a capacidade de um tribunal explicá-las no contexto

de uma teoria da justiça mais ampla. Na realidade, “exige que atuemos com base em princípios, e não por fé” (DWORKIN, 2002, p. 252). Em outras palavras, esclarece Dworkin (2002, p. 253):

O modelo construtivo insiste na coerência com convicção como uma exigência independente, que não decorre do pressuposto de que essas convicções sejam relatos verdadeiros, mas do pressuposto diferente de que é injusto que os funcionários públicos atuem se não for com base numa teoria pública geral que os obrigue à coerência, que lhes forneça um padrão público para testar, discutir ou prever o que fazem, sem permitir que apelem a intuições singulares que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal. Assim, o modelo construtivo requer coerência por razões independentes de moralidade política.

Dessarte, a sustentação da teoria – ou de uma teoria mais ampla de justiça – impõe seja reconhecida também como uma teoria coerente, no sentido de que se evite a utilização de fé (irracionalidade) e se acolha a decisão por princípios (racionalidade), os quais devem refletir os padrões éticos da sociedade.

## 2 O ASPECTO HISTÓRICO

*Ab initio*, mister ressaltar, por imprescindível, a importância histórica da Instituição da Defensoria Pública no constitucionalismo nacional e sua origem nos ordenamentos internacionais.

O acesso facilitado à Justiça, como é sabido, tem sua origem na Antiguidade. O Código de *Hamurabi*, *v.g.*, garantia a defesa dos mais fracos perante a opressão dos mais fortes. (CARNEIRO, 1999, p. 4)

De efeito, essa preocupação com a proteção e a defesa jurídica dos necessitados deu origem, na modernidade, a dois sistemas referentes àquela assistência, que, embora não se excluam, são, porém, marcadamente distintos.

Nesse sentido, asseveram Cappelletti e Garth (1988, p. 35):

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado *sistema judicare*. Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe. (Grifo dos autores)

A outro giro, em outros países, como no Brasil, a assistência judiciária para a defesa dos direitos dos necessitados é patrocinada por advogados remunerados pelos cofres públicos. (CAPPELLETTI; GARTH, p. 39 *et seq.*)

Em razão das vantagens e desvantagens que cada sistema engendra, determinados países optaram pelo sistema misto, combinando as características próprias de cada um em prol de sua comunidade carente. (CAPPELLETTI; GARTH, p. 43 *et seq.*)

No Brasil, o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos prevalece, alcançando a respectiva Instituição *status* constitucional, a partir de 1988, com o advento da Constituição da República, que expressamente prevê, em seu artigo 134, os delineamentos da Instituição, no qual é abordada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados na forma do artigo 5º, inciso LXXIV do mesmo texto constitucional.

Malgrado os problemas existentes com este sistema (CAPPELLETTI; GARTH, p. 41 *et seq.*), importa pôr a lume que a Defensoria Pública, no Brasil, constitui importante meio de acesso à justiça, entendida esta tanto como um julgamento justo, quanto como no sentido de facilidades de se dirigir ao Poder Judiciário.

Por derradeiro, impende frisar que a Defensoria Pública representa importante instrumento de cidadania, com o desiderato primeiro de pôr

fim à opressão e à desigualdade sociais brasileiras, em defesa dos necessitados, ou seja, de todos os cidadãos comprovadamente hipossuficientes, comprovada a insuficiência de recursos econômicos próprios.

Vem a calhar, não obstante, a profunda advertência encetada por José Afonso da Silva (1994, p. 200-1), no sentido de que:

A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art.134).

Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: *Cura pauperibus clausa est*. Ou as Defensorias Públicas federais e estaduais serão mais uma instituição falha? Cabe aos Defensores Públicos abrir os Tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também, se não cumprida convenientemente, será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram. (Grifo nosso)

### **3 LEI FEDERAL QUE CONFERE LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM* À DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISTINÇÃO ENTRE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL COMO PREMISSA INAFASTÁVEL A SER OBSERVADA PELA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. DOGMA CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

Como é cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil, norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, tem por objeto esta-

belecer a estrutura do Estado, a disposição de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício e limites de sua atuação, além de assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar seus fins sócio-econômicos, bem como os fundamentos da Ordem econômica, social e cultural.

Nessa linha de raciocínio, as Instituições, consubstanciadoras do Estado brasileiro, possuem suas diretrizes plasmadas no texto constitucional, cuja observância, por óbvio, não pode ser deslembrada pelo legislador infraconstitucional em razão do princípio da *supremacia* da Constituição.

De efeito (CANOTILHO, 2002, p. 245-6):

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do estado de direito - uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* - **supremacia da constituição** - e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o "*primado do direito*" do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. (Grifos do autor)

Fixada, portanto, a premissa segundo a qual os princípios institucionais/organizativos (princípios constitucionais estabelecidos) insertos na Constituição, como de resto, todo seu corpo, devem ser observados pelas leis de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fim institucionais a *representação judicial* dos necessitados, e, não, como previsto na Lei federal sob comento, a *substituição processual*, institutos que, como veremos na sequência, divergem tanto na sua estrutura, quanto nos seus efeitos.

Cabe não deslembrar, ainda, que, por toda relevância e gravidade

da função que foi atribuída à Defensoria Pública, faz-se necessário a fiel observância dos ditames e limites constitucionais que a regem, a fim de se evitar o seu desvirtuamento funcional, o que representaria imensurável prejuízo para seus destinatários – a população necessitada.

Com efeito, impende reconhecer, com as clássicas lições de Chiovenda (2000, p. 327), segundo as quais a *representação judicial* ocorre dentro das seguintes circunstâncias:

Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar diretamente os atos ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial [...] Daí, outro dos pressupostos processuais é a capacidade de requerer em juízo (*ius postulandi*).

Ensinando sobre a natureza da relação entre a parte processual e seu defensor, Carnelutti (2000, p. 237-8) aponta, também em escólios clássicos:

O defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de poder (procuração); esse nome se refere em particular ao patrocínio ativo, e provém certamente da opinião de que o defensor ativo é um representante. (Grifo nosso)

Divisa-se, assim, que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de interesse ou direito alheio.

Desse entendimento não se afasta a doutrina moderna, notadamente a pátria que, à luz dos ensinamentos de um dos maiores doutrinadores contemporâneos, prescreve quanto à representação processual (NERY JUNIOR; NERY, 1997, p. 278-9):

[...] é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não

é parte no processo.

Sob outra perspectiva radica a *substituição processual*, que, ainda em ensinamentos clássicos, pode ser conceituada da seguinte forma (CARNELUTTI, p. 222): “Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio.”

E ainda, nas precisas palavras de Calamandrei, a substituição processual deve ser descrita em contraposição à representação processual, pois assim se revelará, com maior facilidade, a distinção entre ambas. (CALAMANDREI, 1999, p. 295)

Com efeito (CALAMANDREI, p. 295):

Estudada por Chiovenda quando ainda o antigo - Art. 81 - código não a disciplinava expressamente, a substituição processual (também esta denominação é de origem chiovendiano), está agora admitida indiretamente pelo art. 81 do C. p. c., segundo o qual ‘fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio’. Este artigo, como proíbe normalmente a substituição, assim também a permite excepcionalmente nos só casos ‘expressamente previstos pela lei’: é, então, um instituto excepcional, cuja característica, colocada de manifesto nesta fórmula legislativa, está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (‘direito *alheio*’), que seria o *substituído* e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo ‘em nome *próprio*’, que seria o *substituto*.

E, com precisão cirúrgica, assevera ainda o ilustre doutrinador italiano (CALAMANDREI, p. 295):

Basta ter presente esta contraposição para - Representação e substituição - captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e

substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio* (é dizer, um direito do representado a nome do representado), o substituto faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos sob exame reside na coincidência ou não das pessoas do titular do direito material e do titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*; em não havendo, *substituição*.

Destarte, impõe-se considerar, quanto à questão constitucional que se quer expor neste estudo, as seguintes proposições: a) se os legitimados à propositura da Ação Civil Pública estão na qualidade de substitutos processuais ou meros representantes processuais; b) se a Defensoria Pública pode litigar na qualidade de substituta processual.

No que concerne à primeira, forçoso reconhecer que os referidos legitimados (art. 5º, Lei federal n. 7.347/85) litigam, em sua maioria, na qualidade de substitutos processuais (legitimação extraordinária), e, não de representantes processuais.

Isso porquanto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 244), após descortinar as correntes doutrinárias sobre o assunto, informa que tem se entendido, majoritariamente, que os legitimados à Ação Civil Pública agem em substituição processual, referindo-se especificamente a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (2000) sobre o tema, cuja ementa se transcreve:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na

defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4.º, da Lei 8.429/92).

Impõe-se, pois, a premissa segundo a qual alguns legitimados para a propositura da Ação Civil Pública se colocam no processo como substitutos processuais.

Tal assertiva se mostra verdadeira quanto à legitimação conferida pela Lei Federal n. 11.448/2007 à Defensoria Pública.

Entretanto, põe-se a questão: pode, à luz das diretrizes constitucionais de regência, a Defensoria atuar na qualidade de substituta processual?

Realizando-se uma interpretação exclusivamente literal do artigo 5º da Lei n. 7.347/85 (alterada pela Lei n. 11.448/ 2007), poder-se-ia entender pela plenitude de legitimação da Defensoria Pública para propositura da Ação Civil Pública, posto que a referida Lei, em si, não traz nenhum limite ou condicionante para a mesma.

Não obstante, a resposta negativa se impõe à questão.

Isso porque, necessário asseverar que os delineamentos constitucionais quanto à Defensoria Pública a impedem de litigar na qualidade de legitimada extraordinariamente, residindo suas atribuições na *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados.

Daí se infere a inconstitucionalidade da Lei federal n. 11.448/2007, à medida que confere a qualidade de substituta processual à Instituição que, por determinação constitucional, somente poderá figurar em processos judiciais como representante processual da parte necessitada, comprovada a insuficiência de recursos.

É o que vem decidindo nossa Suprema Corte, segundo a qual as atribuições da Defensoria Pública confinam-se nos estreitos limites da *representação judicial*.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 558-8/RJ, já sedimentou o pensamento segundo o qual a Defensoria Pública atua, no processo,

como *representante processual* dos necessitados. É o que se extrai do voto do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence (STF, 1991):

27. Essa suposição [...] parte, *data venia* da confusão indevida entre a legitimação ativa do Ministério Público para a promoção, em nome próprio e incondicionada, da ação civil pública (CF, art. 129, III), a função de assistência judiciária, confiada à Defensoria Pública para a representação em juízo de outras pessoas físicas ou jurídicas concorrentemente legitimadas pela lei federal à defesa de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, § 1º). (Grifos nossos)

Na linha do raciocínio exposto, impossível se mostra figurar a Defensoria Pública na qualidade de *substituto processual*, uma vez que, à luz dos direcionamentos institucionais e da jurisprudência da nossa Corte Suprema, cabe àquela Instituição tão-somente a representação processual daqueles comprovadamente necessitados, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Tal pensamento se justifica exatamente pelos termos constitucionais utilizados para a Defensoria Pública e, de outro lado, o Ministério Público. Neste, vislumbra-se a afetação, dentre outras atribuições, da defesa dos interesses ou direitos meta e transindividuais (art. 129 CR/88) (ALMEIDA, 2004). Quanto àquela, o confinamento na representação judicial dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV CR/88).

Na hipótese corrente, forçoso asseverar que somente a Constituição – no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro e na sua preponderância no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) – poderia conferir, em tese, atribuições à Defensoria Pública cujo caráter processual redundaria na *substituição processual* (legitimação extraordinária), no que toca à defesa de direitos ou interesses meta e/ou transindividuais.

À Lei infraconstitucional não concedeu a Constituição espaço – como o fez para o Ministério Público (art. 129, IX CR/88) – para conferir outras atribuições à Defensoria Pública, senão a representação judicial (processual) dos comprovadamente necessitados.

Frise-se, ademais, que ao Ministério Público está vedada a *represen-*

*tação processual* (CR/88, art. 129, IX, *fine*), o que demonstra, às escâncaras, a intenção constituinte no moldar tal arquitetura constitucional.

Sob este aspecto, portanto, a Lei federal n. 11.448/2007 padece do vício incontornável de inconstitucionalidade, eis que confere qualidade processual (*substituto processual*) à Defensoria Pública ao arrepio das diretrizes constitucionais de regência.

#### **4 LEI FEDERAL. ENSEJO AO AFASTAMENTO DAS DIRETRIZES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTAS À DEFENSORIA PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DOS NECESSITADOS COLOCADA EM SEGUNDO PLANO. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Não só sob este prisma a atitude perpetrada pelo Legislador federal vai de encontro à arquitetura da Constituição. De efeito, impende frisar algumas premissas que, sem as quais, impossível demonstrar uma nova perspectiva da inconstitucionalidade da referida Lei.

No sistema liberal-burguês, inaugurado oficialmente pela Revolução Francesa de 1789, como é cediço, o aspecto processual da garantia dos direitos se restringia ao titular do direito subjetivo material, é dizer, somente o titular do direito subjetivo violado teria legitimação para a causa, quando de sua propositura perante o órgão competente (legitimação ordinária).

Com efeito, essa onda ideológica, como não poderia deixar de ser, afetou o Direito pátrio, notadamente o direito processual, que ainda está demasiadamente contaminado pelos postulados liberais, criados por ocasião daquela Revolução de fins do século XVIII.

Naquela época, primou-se por dar ênfase ao indivíduo enquanto indivíduo, na onda da corrente liberal-burguesa onde se pregava a absoluta liberdade de iniciativa do cidadão.

Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A '**atomização**' da sociedade pelo desfazer dos grupos

que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estágio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos caos que nos apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí [...] Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais 'autónomos' nas suas práticas e nas suas representações ideológicas. (MIAILLE, 1994, p. 117).

Por conseqüência, sob o aspecto processual, tão-só o titular do interesse conflituoso – de outro lado o titular do dever – poderia propor a demanda – e ser demandado – cabível no caso concreto para a salvaguarda dos seus interesses ali em conflituosidade.

Tal ideologia chegou ao nosso ordenamento jurídico, hodiernamente, pelo artigo 6º do Estatuto Processual Civil, o qual estabelece a legitimação *ordinária* para a propositura de demandas.

Não obstante a recepção do dispositivo legal mencionado pelo texto constitucional, impende frisar que a Constituição da República, a par de autorizar o litígio intersubjetivo, conferiu poderes a determinadas Instituições, públicas ou privadas, para a proteção e defesa, em nome próprio, de interesses que escapam ao atomismo liberal-burguês.

Assim, o legislador infraconstitucional, antes mesmo do advento do atual texto constitucional, inseriu no ordenamento jurídico instrumento de caráter jurídico-processual para a salvaguarda de interesses grupais, materializada na Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Importa ressaltar que tal instrumento jurídico ganhou magnitude constitucional, a partir de 1988 (CR/88, art. 129, II e § 1º).

Com efeito, na dicção de autorizada doutrina, a Ação Civil Pública vem a ser “o direito expresso em lei de fazer autuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional”. (MILARÉ, 1990, p. 6).

Divisa-se, de pronto, que pela Ação Civil Pública defendem-se interesses e direitos que não radicam tão-somente na esfera jurídica do indivíduo atomizado. Antes, protegem-se através desse instrumento jurídico-processual interesses meta-individuais e transindividuais. (ALMEIDA, 2004) Quanto a estes, tal se deu em razão da redação conferida à Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei federal n. 8.078/90), que inseriu naquela os *interesses ou direitos individuais homogêneos* (transindividuais).

Percebe-se daí que, por meio da Ação Civil Pública, estão conferidas aos respectivos legitimados a proteção e a defesa dos interesses e direitos meta-individuais (difusos e coletivos) e transindividuais (individuais homogêneos), os quais ganharam contornos conceituais no Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Vislumbra-se que, quanto aos interesses ou direitos difusos, prepondera para sua caracterização, a indeterminabilidade do titular do direito ou interesse violado e a indivisibilidade de seu objeto; em relação aos coletivos *stricto sensu*, avulta o interesse do grupo ou categoria, assim como, da mesma forma que os difusos, a indivisibilidade de seu objeto.

Por último, impende ressaltar que o tipo contido nos interesses *individuais homogêneos*, em verdade, não se trata de nova forma de interesse coletivo sob o aspecto material, senão de nova forma *processual* de se defender interesses individuais disponíveis, cujos titulares são perfeitamente determinados. Pode-se afirmar, destarte, que, na defesa dos interesses individuais homogêneos, o que há é uma demanda *coletiva* (e não intersubjetiva plúrima – litisconsórcio) para defesa de direitos individuais.

Os interesses e direitos individuais homogêneos são os que tenham tido origem comum. São direitos que, embora refiram-se a pessoas consideradas individualmente, são tratados coletivamente por terem a mesma causa, e envolverem mais de uma pessoa. (GONÇALVES, 1993, p. 57)

Nada impede, antes fomenta, que a defesa em juízo se dê de *forma* coletiva, sendo, todavia, os direitos, ali defendidos, ainda de caráter materialmente individual.

É o que afirma o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p. 120-1):

O processo civil, sob essa óptica, aparece como um instrumento a serviço dos direitos subjetivos, conquanto estes possam ser exercidos individualmente (ações individuais) ou coletivamente (ações coletivas, *stricto sensu*); neste último caso, o conteúdo e a finalidade da ação continuam a ser privados (é o interesse dos indivíduos reunidos em grupo que está em jogo); apenas o exercício, a forma, é que é coletiva.

Pois bem.

Firmado o entendimento segundo o qual, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública se tornou instrumento de proteção e defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, além dos já previstos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, devemos questionar como serão, a partir da vigência da Lei sob estudo, protegidos os direitos individuais dos necessitados que se traduzem em direito fundamental? (CR/88, art. 5º, LXXIV)

De início, poderemos afirmar caber ao Ministério Público essa defesa, assim como, concorrentemente, aos demais legitimados, na redação original da Lei n. 7.347/85.

Não obstante, no que toca à Defensoria Pública, impõe-se uma ressalva.

De efeito, à luz da realidade institucional da Defensoria Pública em todo o país, é notório que a ampliação de suas atribuições operada pela Lei sob comento tem o condão de, obliquamente, mitigar a concretização de direito fundamental estampado no artigo 5º, LXXIV da Constituição da República, em flagrante violação ao princípio da *proibição do retrocesso*.

Isso porquanto, consoante nos ensina Canotilho (2002, p. 336):

O princípio da democracia económica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade

económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática [...] No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discricionariedade legislativa* quanto ao 'se' da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização. (Grifos do autor)

E acrescenta (CANOTILHO, 2002, p. 336-7):

O princípio da democracia, económica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. [...]

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [...] O reconhecimento desta proteção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. [...] (Grifo do autor)

Destarte, impõe-se reconhecer que a atuação legislativa conformadora deve se restringir à maior concretização dos direitos sociais *lato sensu*, e, não, operar um retrocesso social em relação à legislação infraconstitucional em vigor.

Nessa linha de raciocínio, podemos afirmar que a Lei n. 11.448/2007 se traduz em claro retrocesso social, no sentido que demonstraremos a seguir.

Mostra-se patente, a nosso aviso, que, por expressa determinação constitucional, a Defensoria Pública tem por objetivo *representar* em juízo

os necessitados, aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, ensejando essa proteção um direito fundamental (CR, art. 134 c/c art. 5º, LXXIV).

Assim, ao conferir atribuições à Instituição para demandar em defesa de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, a Lei sob exame realiza um retrocesso social, na medida em que a Defensoria Pública deixará, em parte, de prover, na realidade material, tal proteção.

Ninguém desconhece a realidade pela qual passam as Defensorias Públicas em todo o país, quanto à carência de membros, de materiais para trabalho, além da exígua remuneração. Realidade essa que não fugiu da apreciação da nossa Suprema Corte (1997).

Nessa perspectiva, portanto, divisa-se incontestável que os destinatários da proteção e defesa jurídicas ofertadas pela Instituição perderão, em qualidade e quantidade, em relação aos serviços prestados, uma vez que não há condições materiais – frise-se: nem jurídicas – de a Defensoria Pública absorver mais essa atribuição, além das suas constitucionais.

Daí afirmar Canotilho (2002, p. 337), de forma escurra, que:

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Nessa medida, observada a diminuição da eficiência da Instituição na proteção e defesa dos necessitados através da representação judicial, impende reconhecer que, no particular, a Lei n. 11.448/2007 enseja um retrocesso social, na medida em que diminui o nível de concretização já

alcançado legislativamente do direito fundamental referente à proteção e defesa dos necessitados, por sinal, cláusula constitucional pétreia. (CR, art. 60, § 4º, IV)

De efeito, quaisquer outras atitudes interpretativas que possam ser conferidas à Lei n. 11.448/2007 ensejará sua inconstitucionalidade, à medida que poderá direcionar a Defensoria Pública para a defesa de direitos cujos titulares não são constitucionalmente qualificados de *necessitados*.

Destarte, a possibilidade de atuação da Defensoria Pública pressupõe, por força normativa da Constituição da República de 1988, a existência de dois requisitos básicos: a) possibilidade de representação processual; b) ser direcionada aos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos.

Ademais, em oportunidade recente, nossa Suprema Corte consagrou o esse entendimento. É o que se infere da ementa produzida na ADI n. 3.022-1/RS, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (STF, 2005):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.

2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “*bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais*”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.

3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

4. Ação julgada parcialmente procedente. (Grifo nosso)

Impende, por oportuna, a transcrição do voto do eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, o qual, além de convergir com as teses aqui expostas, coloca uma pá de cal no assunto, *verbis* (STF, 2005):

Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estendendo seu raciocínio, o Ministro Relator expõe, com agudeza, o problema colocado (STF, 2005):

Talvez a questão se resolvesse sob o prisma da regra de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, de regras da Constituição Federal. Por esse enfoque, o texto da Constituição estadual foge, por excesso, ao padrão definido na Constituição Federal de 1988.

A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o

Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele - o Constituinte estadual - extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988.

É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.

A defesa de servidores pela Defensoria Pública gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constituição de 1988. Por via transversa, a não-reprodução exata do sistema institucional previsto na Carta Magna importa o risco objetivo de não-concretização adequada (conforme os parâmetros da CF/1988) do direito fundamental à assistência jurídica.

Como é possível perceber do aresto proferido pela nossa Suprema Corte, a Lei *sub examen* malfere o texto constitucional, na medida em que extrapola os condicionamentos estruturais da Defensoria Pública ofertados pela Constituição, a qual restringe as atribuições daquela Instituição à representação processual dos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos, assim como à medida que se traduz em um retrocesso social, proibido constitucionalmente.

Nunca é demais lembrar as palavras de Luís Roberto Barroso (1998, p. 54), segundo as quais:

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o funda-

mento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.

Conferir legitimidade constitucional à Lei em estudo representa ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, representa séria ameaça ao regime Democrático de Direito. Não podemos olvidar, portanto, a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) esta se sujeitar ao poder dos fatos ou à eventuais políticas públicas engendradas por ocasionais maiorias congressuais. Nem mesmo um eventual estado de necessidade suprapositivo, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. Aliás, como imporíamos limites a esse estado de necessidade? Impossível renunciar a vontade da Constituição. A preservação e o fortalecimento da força normativa constitucional é medida fundamental que se impõe ao intérprete. Essas as lições de Konrad Hesse (1991, p. 32):

As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos. (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade insti-

tucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

Em compêndio, mostra-se imperioso asseverar que a Lei n. 11.448/2007 não é adequada constitucionalmente, à medida que subverte a estrutura organizacional conferida à Defensoria Pública plasmada na Constituição de Outubro e malfez a proibição do retrocesso social.

## 6 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Renato Franco de. A competência nas ações coletivas do CDC. **Revista CEJ**: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 25, p. 97-103, jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558-8/RJ. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 16 ago 91. DJ 26.03.93.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 70.514/RS. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 23 mar 1994. DJ 27.06.1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 208.790/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Pleno. DJ 15.12.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022-1/RS. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 02 ago 2004. DJ 04.03.2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso á justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. 5. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. O ministério público e a defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 57-74, jul-set 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e Legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIAILLE, Michel, *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado: legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1994.

PROCESSUAL

## A ATIVIDADE PROBATÓRIA EX OFFICIO JUDICIS NA RECENTE REFORMA PROCESSUAL PENAL

Mauro Fonseca Andrade

*Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul  
Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona*

### RESUMO

A recente reforma de nossa codificação penal adjetiva, operada pela Lei 11.690/08, acirrou ainda mais os ânimos da doutrina contrária aos, assim chamados, *poderes instrutórios do juiz*. Por isso, o presente artigo procura colocar, frente a frente, os argumentos por ela utilizados e os institutos, legislação comparada e bases doutrinária e jurisprudencial invocados para sustentar a inércia judicial. Resultado disso será a demonstração de que a base informativa, utilizada por esse ramo da doutrina, não dá suporte às afirmações professadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova – Processo Penal – Sistema Acusatório – Sistema Inquisitivo.

### INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, dois foram os temas de processo penal que mais deixaram à mostra a forte divisão ideológica existente nesse delicado ramo do direito. Dizem eles respeito às discussões em torno

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 101 a 130

da investigação criminal do Ministério Público e da produção, *ex officio*, de prova por parte do juiz.

Quanto ao primeiro tema, o deslinde de tal questão passou a depender do Supremo Tribunal Federal, já que nessa Corte tramitam diversas ações diretas de inconstitucionalidade buscando alcançar a impossibilidade de o Ministério Público realizar sua própria investigação criminal. Portanto, os operadores do direito nacional seguem aguardando a intenção daquela Corte em abrir o julgamento de, ao menos, uma dessas ações, que lá tramitam já há alguns anos, dando fim, portanto, a tal controvérsia<sup>1</sup>.

Quanto ao segundo tema, as previsões contidas no Código de Processo Penal, permissivas da chamada produção probatória *ex officio judicis*, vinham sendo alvo de severas críticas por parte de um setor bem identificado da doutrina nacional. O argumento utilizado procurava demonstrar que, ao produzir prova de ofício, o juiz estaria agindo como gestor da prova e, com isso, abandonava o sistema acusatório implicitamente adotado por nossa Constituição Federal. Em suma, sustentava-se que a produção probatória de ofício tornava o juiz um inquisidor, com toda a carga pejorativa que essa expressão adquiriu ao longo da história, pois sua imparcialidade estaria irremediavelmente comprometida caso agisse por conta própria em sede probatória.

Como os tribunais superiores reiteradamente ratificavam a constitucionalidade das disposições legais que autorizavam o juiz criminal a produzir prova de ofício, a esperança dessa corrente doutrinária estava integralmente depositada na reforma parcial do Código de Processo Penal, que há anos tramitava no Congresso Nacional. Contudo, ao ser publicada a Lei 11.690/08, que re-escreveu o Título VII daquela codificação, viu-se que o legislador não só manteve a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício na fase judicial, senão também permitiu sua produção antecipada, por iniciativa própria do magistrado, antes mesmo do ajuizamento da ação penal, ou seja, ainda na fase de investigação. Em outras palavras, segundo a visão daquela corrente doutrinária, o que já era ruim, ficou pior.

Como era de esperar, a crítica à reforma – ao menos no que diz

---

1 Sobre a formação histórica da investigação criminal do Ministério Público, seus aspectos processuais e os argumentos favoráveis e contrários a ela, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

respeito ao tema que agora nos ocupamos – não tardou a vir, e foi ácida. Muitos dos argumentos anteriormente utilizados foram novamente invocados para combater a possibilidade de o juiz atuar na fase probatória sem provocação das partes. E, quanto à possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção antecipada de prova na fase de investigação, a inconformidade foi ainda maior.

Em vista dessa realidade, o presente ensaio visa analisar os argumentos apresentados pela doutrina, endereçados a combater a opção adotada pelo legislador nacional quanto à posição do juiz frente à produção probatória, de modo a ver se os fundamentos por ela utilizados nos permitem chegar aos mesmos resultados que professa.

## 1 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO

### 1.1 FIXAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Há tempos que a doutrina vinha alertando para a necessidade de o legislador nacional regulamentar o incidente de produção antecipada de prova, deixando de lado, assim, a conveniente e conformada utilização analógica das disposições contidas na legislação civil adjetiva<sup>2</sup>. Não por outro motivo, a produção antecipada de prova era considerada, nas palavras de Lopes Jr., “uma ilustre desconhecida para o nosso processo penal”<sup>3</sup>.

Apesar dos alertas feitos, uma grande oportunidade foi perdida com a reforma operada pela Lei 11.690/08, pois, além de não trazer regulamentação alguma a esse incidente, o legislador adicionou ainda

---

2 LOPES JR., Aury. A Opacidade da Discussão em Torno do Promotor Investigador (Mudem os Inquisidores, mas a Fogueira Continuará Acesa). *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, ano 12, nº 142, set. 2004, p. 11. LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005, p. 89.

3 LOPES JR., Aury Celso L. A Crise do Inquérito Policial: Breve análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, nº 78, v. 26, jun. 2000, p. 74.

mais confusão em um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito.

De acordo com a nova disposição do artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova de tudo aquilo que for alegado no processo continua sendo incumbência da parte que a fizer. Entretanto, ao juiz foi-lhe facultada a possibilidade de produzir prova em determinadas oportunidades. E a primeira delas, segundo previsão contida no inciso I daquele artigo, diz respeito à ordenação, de ofício, da produção antecipada de prova não só durante a fase processual, senão também antes mesmo do ajuizamento da ação penal.

A resposta a essa opção legislativa foi rápida e centrada na perda da imparcialidade do juiz que viesse a determinar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação criminal. Mais que isso, argumentou-se que o legislador haveria desprezado o fato de no país não existir a figura do juiz-instrutor<sup>4</sup> (que preside o modelo de investigação conhecido como *juizado de instrução*), e erigir o magistrado brasileiro à condição de “juiz-instrutor-inquisidor”, pois só assim se justificaria sua atuação, de forma independente, em uma fase da persecução penal onde, via de regra, com ela só mantém contato quando provocado<sup>5</sup>. Oliveira e Eberhardt lembraram, inclusive, da ADI 1.570, que julgou inconstitucional o artigo 3º da Lei 9.034/95 (organização criminoso), prevendo que outro não será o destino do inciso I do artigo 156<sup>6/7</sup>.

---

4 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol. I, p. 247.

5 LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?: *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, ano 16, nº 188, jul. 2008, p. 10.

6 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 296-297. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 152-153. EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no âmbito da Produção Probatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 92.

7 Além da ADI 1.570, também a ADI 3.450 insurge-se com a possibilidade de atuação judicial, *ex officio*, na fase de investigação. Trata-se de ação ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, destinada a alcançar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.296/96 (que regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução criminal), onde utiliza, como argumento, a mácula a normas constitucionais concernentes ao sistema acusatório e ao princípio do devido

Outra linha de argumentação foi adotada por Carvalho e Depaoli, mas igualmente criticando os termos do inciso I do artigo 156. Segundo eles, o fato de o magistrado estar autorizado a, de ofício, produzir prova de modo antecipado, se chocaria com o espírito da reforma operada pela Lei 11.690/08, espírito este materializado na nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz deveria manter-se afastado da persecução penal como um todo. Desta feita, embora esses autores tenham permanecido silentes quanto aos termos do parágrafo único desse mesmo artigo 212<sup>8</sup>, sustentam eles que a reforma estaria voltada a uma maior aproximação do direito brasileiro ao *adversarial system*<sup>9</sup>, que nada mais é do que o modelo de sistema acusatório da *Common Law*, onde o magistrado não exerce outro papel na fase de produção de provas, a não ser o de garante de sua licitude.

Em defesa dessa atuação judicial, ocorrente ainda na fase de investigação, encontramos, de forma quase isolada, a doutrina de Avena. Segundo ele, ainda que a Constituição Federal tenha adotado o sistema acusatório, o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado em sua literalidade, sob pena de irremediavelmente ser considerado inconstitucional. Em realidade, o fato de – conforme entende – nossa legislação também haver acolhido o princípio da *verdade real*, obrigaria o intérprete a fazer os devidos temperamentos, de modo a permitir a coexistência harmônica dessas duas diretrizes de política criminal<sup>10</sup>.

---

processo legal.

8 Artigo 212 CPP. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

9 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 190, set. 2008, p. 6.

10 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 156-157.

## 1.2 AFASTAMENTO DA PREMISSA INVOCADA: O FERIMENTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Com a devida vênia dos autores referidos, detentores que são de imensa respeitabilidade no meio acadêmico, é possível observar que partem todos eles da premissa de que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, ainda que de forma implícita, para, a partir daí, sustentarem a inconstitucionalidade daquela norma ou sua temperada conformidade com a Lei Maior. Expliquemos melhor.

Já há algum tempo vimos sustentando que a Carta de 1988, embora tenha erigido o Ministério Público à condição de titular da ação penal, e concedido importantes direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em verdade não optou – seja explícita, seja implicitamente – por qualquer um dos três sistemas de processo penal conhecidos, a saber, acusatório, inquisitivo ou misto. E assim pregamos porque absolutamente todos aqueles critérios apontados como definidores do sistema acusatório, sem maiores problemas podem perfeitamente ser encontrados em textos – históricos e, até mesmo, atuais – representativos do sistema misto e, inclusive, do inquisitivo.

Em outras palavras, ninguém menos que a própria história – passada e presente – do processo penal é que, por si só, trata de desfazer esse pretense vínculo de nossa Constituição Federal com o sistema acusatório. Não por outro motivo, também vimos sustentando que, a exemplo de Portugal, devemos optar por uma definição constitucional de nosso sistema de processo penal<sup>11</sup>, ou, ao menos, por sua menção expressa no novo Código de Processo Penal projetado por um grupo de notáveis nomeados pelo Senado Federal<sup>12</sup>.

Embora nossa proposição, relativa à necessidade de uma nova conceituação dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, já encontre guarida em relevante segmento da doutrina nacional<sup>13</sup>, cremos que a

11 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 461-463.

12 ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 61, mai./out. 2008, p. 116-120.

13 Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Ob. cit., p. 5.

não-adoção do sistema acusatório, em nível constitucional, pode perfeitamente ser demonstrada a partir da falta de convicção de ninguém menos que os nossos próprios Tribunais Superiores. Mas, previamente, devemos dar por superadas duas questões.

Em primeiro lugar, desnecessário é, aqui, reproduzir os inúmeros julgados proferidos tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, como pelo Supremo Tribunal Federal, que há algum tempo invocam, como fundamento de decidir, a suposta adoção, ainda que implícita, do sistema acusatório pela Carta Maior. Tal realidade é por demais conhecida pelos operadores do direito com atuação na esfera criminal. Em segundo lugar, bem sabemos que a investigação criminal presidida pelo Poder Judiciário só encontra respaldo nos sistemas inquisitivo e misto, e é conduzida, respectivamente, pelas figuras do juiz-inquisidor e do juiz-instrutor (juizado de instrução). Portanto, a constitucionalização do sistema acusatório levaria à flagrante inadequação de toda e qualquer investigação criminal judicial com o sistema de processo penal entendido como presente na Carta Maior. Contudo, essa lógica simples não é seguida por esses tribunais quando se deparam com investigações criminais presididas por magistrados.

Pois bem; em uma retrospectiva necessária, vemos que a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal narra a existência de uma forte discussão, travada na década de trinta do século passado, em torno da manutenção do inquérito policial como instrumento de investigação criminal, ou da adoção do juizado de instrução, tal como à época proposto por Vicente Ráo<sup>14</sup>. Como este último modelo de investigação foi rejeitado pelo legislador de então, que optou pelo inquérito policial em nossa codificação adjetiva, tornou-se frequente, em sede doutrinária, a assertiva de que em nosso país não existe a figura do juiz-instrutor, que nada mais seria do que um juiz-investigador<sup>15</sup>.

14 PROJETO. Código de Processo Penal. Exposição de Motivos do sr. Ministro da Justiça justificando o projecto. *Justiça*. Porto Alegre, Ano IV, vol. VII, Fascículo V, p. 455-468, set. 1935. RÁO, Vicente. Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal, encaminhado à Presidência da República em 15-8-1935. *Diário Oficial*, Suplemento nº 221, edição de 25 de setembro de 1935. Críticas ao projeto podem ser encontradas em: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. A Legislação Brasileira em Face do Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, 1997, nº 20, p. 59. COS-

Entretanto, como bem ressalva Nassaro, o Brasil não adotou o juizado de instrução de forma sistemática<sup>16</sup> – ou seja, como modelo de instrumento investigatório para toda e qualquer infração penal cometida no país –, o que não quer dizer, por óbvio, que não existam casos esparsos em que a legislação pátria autoriza o Poder Judiciário a realizar sua própria investigação criminal. E, se fizermos uma análise mais detida de nosso regramento, sem grandes esforços poderemos detectar ao menos cinco casos em que a autoridade investigadora é um membro do Poder Judiciário.

O caso clássico é a prerrogativa de os magistrados brasileiros serem investigados somente *interna corporis*, sempre que venham a se envolver em fatos com repercussão criminal<sup>17</sup>. Todavia, os Tribunais Superiores jamais questionaram a constitucionalidade desse modelo de investigação em todas as oportunidades – que não foram poucas – em que ela foi levada à análise por parte daqueles<sup>18</sup>. Ao contrário, em âmbito doutrinário há quem não poupe palavras para apregoar a adequação de tal prerrogativa às previsões constitucionais<sup>19</sup>.

Outra hipótese existente – e de forma constrangedora – está

---

TA, Paula Bajer Fernandes Martins. Inquérito Policial e a Investigação dos Fatos que Antecede a Ação Penal no Ordenamento Jurídico Instaurado pela Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, nº 19, jul./set. 1997, p. 177. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Ob. cit., p. 247.

- 16 NASSARO, Adilson Luís Franco. Considerações sobre o Juizado de Instrução Criminal. *Revista A Força Policial*. São Paulo, nº 41, jan./mar. 2004, p. 80.
- 17 Lei Complementar nº 33, de 14 de março de 1979 (LOMAN), artigo 33, § único: “Quando, no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”.
- 18 STF, HC 94.278-4, rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 25-09-2008, DJ 28-11-2008. STF, HC 88.280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15-08-2006, DJ 08-09-2006, p. 43. STF, RHC 84.903/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 16-11-2004, DJ 04-02-2005, p. 27. STF, HC 77.355-8, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 01-02-1998, DJ 02-02-2001. STJ, HC 32.391, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 10-02-2004, DJ 15-03-2004. STJ, HC 30.707, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 18-12-2003, DJ 16-02-2004. STJ, REsp 113.159, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 14-04-1997, DJ 09-06-1997. STJ, AR, rel. Min. Assis Toledo, j. 10-05-90, RSTJ 17/179.
- 19 VIEIRA, Luis Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, nº 15, 2004, p. 38.

materializada no artigo 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal, ao atribuir a seu Presidente a competência para *instaurar inquérito* em razão de infrações penais que envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou mesmo pessoas não-detentoras dessa prerrogativa de função, mas desde que essas infrações ocorram nas dependências daquela Casa.

Em sequência, Gomes nos faz recordar das investigações presididas por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, sempre que o sujeito passivo dessa investigação seja uma autoridade com prerrogativa de função<sup>20</sup>. Já Lazzarini aponta a investigação judicial eleitoral, ocorrente nos casos de abuso de poder econômico, como representativa da presença do juizado de instrução em solo brasileiro<sup>21</sup>. Fechando o rol de hipóteses legalmente previstas, lembramos a redação do artigo 307, *in fine*, do Código de Processo Penal, que autoriza o magistrado brasileiro, ainda que excepcionalmente, a lavrar auto de prisão de prisão em flagrante.

Como se esses cinco exemplos já não fossem suficientes, outras situações – ainda mais embaraçosas – podem ser encontradas junto à jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao concederem o selo da constitucionalidade a investigações judiciais instauradas fora das hipóteses legais acima elencadas. Ou seja, mesmo defendendo a adoção do sistema acusatório no Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, vêm dando cobertura constitucional a investigações judiciais sem que, ao menos, o magistrado-investigador possua autorização legal para assim proceder<sup>22</sup>.

Todos esses exemplos deixam patente a profunda contradição que há, entre os Tribunais Superiores, ao manifestarem a suposta adoção, por parte da Constituição Federal, de um sistema de processo penal

---

20 GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Falências e suas repercussões criminais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano 6, nº 31, abr.-mai. 2005, p. 15.

21 LAZZARINI, Álvaro. Um Novo Modelo de Investigação Pré-Processual: Juizado de Instrução para Certos Crimes. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005, p. 124.

22 STF, HC 75.769-3, rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, j. em 30-07-1997, DJ 28-11-1997. STF, HC 68.784, rel. Min. Celso de Mello, j. 01-10-1991, DJ 26-03-1993, p. 53. STJ, RHC 4.074-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. em 28-11-1994, DJ 20-02-1995.

qualificado como acusatório, mas, ao mesmo tempo, darem cobertura constitucional a diversos casos de investigação judicial que, sabidamente, não se ajustam às exigências desse mesmo sistema. Ao contrário, todas as hipóteses ventiladas são casos clássicos de juizados de instrução, representativas, como bem se sabe, do sistema misto.

Mais que isso, a constitucionalização de investigações judiciais representativas do juizado de instrução igualmente põe em evidência a impossibilidade de invocação dos termos da decisão proferida na ADI 1.570, de modo a sustentar a inviabilidade constitucional do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal. Embora proferida ao tempo em que, além dos casos acima citados, também existia o inquérito judicial da falência – extinto que foi pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 –, o relator daquela ação incidiu em um grave erro argumentativo – seguido pelos demais Ministros –, ao partir do pressuposto, segundo suas próprias palavras, de que o juizado de instrução “nunca existiu na legislação brasileira”<sup>23</sup>.

Por tudo isso, voltamos a repetir: a Carta Maior de 1988 em momento algum optou pela adoção do sistema acusatório, pois todas as disposições constitucionais se ajustam, como vem sendo decidido, até mesmo ao sistema misto, onde sabidamente a acusação não é incumbência do juiz<sup>24</sup>, e o acusado possui garantias próprias do sistema acusatório na segunda fase de sua persecução penal. E se assim o é, não há como pretender a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, e tampouco fazer depender sua constitucionalidade em razão da adequação das diretrizes constitucionais ao – segundo Avena – princípio da verdade real. Em suma, nossa flagrante indefinição sistêmica torna referido inciso plenamente constitucional, o que não implica dizer que possa ele ter incidência sobre toda e qualquer investigação criminal.

---

23 STF, ADI 1.570, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12-02-2004, DJ 22-10-2004.

24 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Code Napoleônico de 1808*. Um Ilustre Desconhecido. In: *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20-29.

### 1.3 RESTRIÇÃO À APLICABILIDADE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA ANTECIPADA EX OFFICIO JUDICIS

Na nossa visão, a (im)possibilidade de o juiz *ex officio* determinar, em plena fase de investigação, a produção antecipada de prova, irá depender justamente do tipo de investigação em que essa antecipação for determinada. Melhor explicando, o perfil ou poderes que a legislação processual dá ao nosso juiz criminal depende claramente do modelo de investigação em que ele estiver inserido.

Nas investigações policiais ou do Ministério Público, a atuação do juiz está restrita ao exercício do papel de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado. Em razão disso, o processo penal cautelar de produção antecipada de prova somente pode ser instaurado a partir do ajuizamento da respectiva ação penal por parte da autoridade investigante, sob pena de, se assim também agir o magistrado, estar ferindo de morte o brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*.

Ainda nesse modelo de investigação, a inviabilidade de atuação *ex officio*, por parte do juiz, também está presente nos processos cautelares já iniciados por iniciativa da autoridade investigante. E assim o é porque nos parece indiscutível que o fato de o juiz imiscuir-se nos rumos da investigação criminal, e apontar necessidades – ou seja, certas provas – sequer sentidas por quem a presida ou a controle externamente, são fatores mais que determinantes para o afastamento de sua condição de garante dos direitos fundamentais. Reflexo disso será a perda da possibilidade de seguir atuando nessa fase preliminar, e até mesmo de atuar posteriormente como julgador do fato objeto dessa investigação.

Já, nas investigações presididas por um magistrado, o papel exercido pelo juiz não é só o de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado, senão também – e principalmente – o de condutor e responsável máximo pela apuração da infração penal em tese cometida. Mais que isso, as regras desse modelo de investigação criminal não estão calcadas no brocardo *ne procedat iudex ex officio*. Ao contrário, o magistrado possui plena liberdade para agir quando entenda necessário, a começar, inclusive, pela instauração da própria investigação que irá presidir. Se assim o é, nenhum obstáculo há de modo a impedir que o juiz-investigador possa determinar, *ex officio*, a produção antecipada de

prova. Na verdade, é da própria natureza desse modelo de investigação que o juiz tenha plena liberdade de atuação, pois ninguém melhor do que ele para conhecer as necessidades de uma investigação que ele mesmo preside.

Desta feita, como essas investigações judiciais – representativas que são do sistema misto de processo penal – vêm reiteradamente recebendo cobertura constitucional por parte dos Tribunais Superiores, não vemos qualquer inconveniente em sustentar que somente nessa hipótese é que poderá haver a determinação, *ex officio judicis*, de prova antecipada em plena fase de investigação.

Em síntese, para que tenha alguma aplicabilidade prática em nosso direito, e ainda que reconheçamos não ter sido essa a intenção do legislador, acreditamos que o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal só tem lugar no seio de investigações judiciais, e jamais em investigações presididas pela polícia judiciária ou Ministério Público. Logo, não há que se falar, *a priori*, em inconstitucionalidade daquele inciso, senão em sua aplicação exclusiva a um modelo específico de investigação que não é seguido, como regra, em nosso país.

## **2 ATIVIDADE PROBATÓRIA EX OFFICIO JUDICIS NA FASE PROCESSUAL**

### **2.1 O CONFRONTO DA NOVA ORDEM COM A VELHA GUARDA**

O que mais nos chama a atenção, quando do exame da doutrina nacional que procura vincular a produção probatória *ex officio judicis* ao sistema inquisitivo e à alegada perda de imparcialidade do juiz que assim procede, é a utilização de bases argumentativas assentadas do direito estrangeiro.

Essa realidade é fruto da – cada vez maior – busca de aperfeiçoamento profissional junto a países que influenciam a formação de nossas letras jurídicas. E, embora seja ela mais que louvável e necessária, sem grandes esforços é possível observar que, com o retorno desses profissionais ao Brasil, a produção literária advinda a partir de então deixou patente o imenso distanciamento entre as informações trazidas do exte-

rior e os tradicionais – sendo alguns igualmente superficiais – tratados e manuais de processo penal publicados no país.

Em termos práticos, juízes, membros do Ministério Público e defensores passaram a enfrentar certa dificuldade de assimilação dessa nova maneira de encarar determinados institutos do direito, pois as bases argumentativas utilizadas por essa estirpe de autores estavam – e estão – fundadas em direito comparado, doutrina e jurisprudência estrangeiras. E, como essas fontes não são de fácil acesso aos demais operadores do direito, estes últimos foram levados a tomar dois caminhos distintos e antagônicos em sua atuação profissional: ou passaram a absorver acriticamente os postulados que lhes eram transmitidos pela *nova ordem*, simplesmente *seguindo a corrente* para, com isso, serem considerados progressistas, *garantistas*, *constitucionalistas* ou detentores de qualquer outro rótulo que os distanciassem ainda mais de quem não seguisse sua linha de pensamento; ou, então, insistiam em manter suas tradicionais convicções sobre certos temas, razão pela qual eram tachados de *jurássicos*, *antigarantistas*, *lei e ordem*, desatualizados e academicamente inferiores, se comparados àqueles.

Nunca fomos adeptos do *raciocínio preguiçoso*, citado por Cícero<sup>25</sup>, e tivemos Rui Barbosa por mestre na arte de diferenciar o *saber aparente* do – por ele chamado – *saber real*<sup>26</sup>.

Por isso, nossa intenção, no presente tópico, é realizar uma verificação da base argumentativa utilizada para sustentar a inviabilidade da produção probatória *ex officio judicis* prevista no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal – tal como já fizemos em outra opor-

25 De acordo com o maior orador romano do período republicano, “pelos filósofos é chamado *raciocínio preguiçoso* um certo raciocínio com o qual, se o aceitássemos, nada absolutamente fariamos em vida” (CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre o Destino*. IX, 17. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001. Tradução de *De Fato*. P. 17-18).

26 “Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai aprendendo, como do que elabora” (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2003, p. 33-34).

tunidade<sup>27</sup> –, mas agora restrita ao exame dos textos advindos após a reforma operada pela Lei 11.690/08<sup>28</sup>. Ou seja, faremos, por assim dizer, uma conferência ou checagem da base teórica utilizada por essa corrente doutrinária, de modo a ver se há como concordar com a pretendida inconstitucionalidade e/ou inquisitorialidade da conduta do juiz que, sem provocação, produz prova de ofício na fase processual da persecução penal.

## 2.2 A DOCTRINA OCULTA DE FRANCO CORDERO

Franco Cordero foi um renomado doutrinador italiano que, na década de sessenta do século passado, cunhou uma peculiar expressão para designar o comprometimento psicológico do juiz do sistema inquisitivo com o resultado do processo, ou seja, com a condenação do sujeito passivo da persecução penal. Segundo ele, o juiz do sistema inquisitivo desenvolveria *quadros mentais paranoicos*, razão pela qual não haveria condições de esse modelo de magistrado desempenhar o papel de verdadeiro julgador do réu<sup>29</sup>.

Pois bem; essa expressão cunhada por Cordero – *quadros mentais paranoicos* – foi e vem sendo utilizada, em âmbito interno, como argumento para que o juiz não possa produzir prova de ofício. Em termos simples, a relação que se faz é a seguinte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico, e se o juiz do sistema inquisitivo é o único que estaria autorizado a produzir prova de ofício, então, por consequência, o juiz que produz prova de ofício é um inquisidor, paranoico e atuaria contra o réu. Esse é o recado que reiterada e insistentemente vem sendo passado aos operadores brasileiros do direito<sup>30</sup>.

27 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 189-228.

28 Em relação aos argumentos apresentados anteriormente à citada reforma, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba; Juruá, 2008, p.

29 CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

30 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 16, n° 188, jul. 2008, p. 12. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Ob. cit., p. 75-76.

Com o devido respeito a quem assim leciona, a doutrina desse autor italiano não se presta a dela extrair o que vem sendo divulgado.

De início, a obra em que tal expressão foi cunhada data de 1986, período em que a fase de investigação, no direito processual penal italiano, estava sob a presidência do juiz-instrutor. Ou seja, a investigação criminal era presidida por um juiz, que estava encarregado de buscar provas e informações a favor ou contra o investigado. E, como a figura do juiz-investigador é comum aos sistemas misto (juizado de instrução) e inquisitivo, essa era a relação feita em torno da suposta paranoia do juiz italiano ao tempo em que aquela obra foi publicada.

Sob esse contexto, acreditamos que até existe algum sentido na expressão cunhada por Cordero, pois não há como defender a imparcialidade de um juiz que investiga e que, ao igual, acumula a função de julgador. Contudo, essa justificativa parece haver desaparecido em 1988, ano em que a Itália foi brindada com um novo Código de Processo Penal, e que esteve – e está – centrado em uma forma diferente de conceber a persecução penal.

Nesse novo código, a investigação criminal foi retirada do juiz-instrutor, sendo repassada à presidência do Ministério Público, mas tendo a polícia judiciária como importante parceira na realização dos atos de apuração. E, apesar de extinto o juizado de instrução, o legislador italiano entendeu por autorizar que seu juiz, em plena fase processual, produzisse provas *ex officio* sempre que julgasse necessário, como se vê junto aos artigos 70, 190.2, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602 daquele código. Em vista disso, a pergunta que naturalmente vem às nossas mentes é: mas e agora, qual a posição de Cordero frente a esse novo papel do juiz no direito italiano?

Em obra publicada já sob a vigência da nova legislação processual penal italiana, Cordero foi claro ao ratificar sua opinião, no sentido de considerar paranoico o juiz do sistema inquisitivo<sup>31</sup>. Mais que isso, também deixou patente que o fato de o juiz produzir provas de ofício não deve ser encarado como uma *possibilidade* pelo legislador. Ao contrário, deve tal conduta judicial ser encarada como uma *necessidade* para o perfeito funcionamento do processo<sup>32</sup>, o que levou esse autor, na

---

31 CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 21.

32 CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 602.

prática, a avaliar a previsão legal pós-reforma, estampada nos artigos citados. E, de modo a afastar toda e qualquer dúvida relativa ao seu entendimento quanto ao sistema de processo penal italiano, esse autor não mediu palavras ao afirmar que, embora existindo essa necessidade, e tendo o legislador optado por conceder certos poderes ao juiz na fase probatória, possuía o processo italiano natureza indiscutivelmente acusatória<sup>33</sup>.

Em termos mais simples, ninguém menos que o próprio Franco Cordero manifesta seu entendimento de que paranoia e sistema inquisitivo seguem relacionados, mas que produção de prova de ofício e sistema acusatório não são inconciliáveis, tal como se prega no Brasil, e, pior, invocando-se a doutrina de um autor que não afirma isso.

Como já afirmamos em outra oportunidade, ninguém menos que esse mesmo autor é quem põe abaixo a tese, tão propalada no Brasil, de que a gestão da prova é que define um sistema de processo penal, pois ela foi cunhada a partir de uma expressão simpatia aos defensores do juiz inerte. Ou, em termos práticos, é o próprio Cordero quem, ao comentar a atual legislação processual penal italiana, desautoriza-os a falar em seu nome, em especial sobre algo que ele não pensava e nunca disse<sup>34</sup>.

Portanto, a tese da *gestão da prova*, já em sua origem, se mostra totalmente viciada, pois foi construída a partir de uma base doutrinária inexistente.

### 2.3 AS DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Outro argumento para combater a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, e que igualmente foi buscado junto ao direito estrangeiro, diz respeito, especificamente, a dois julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em razão da natural repercussão que essa Corte produz junto ao seu correlato americano. Em termos especí-

---

33 CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 100-101.

34 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 210.

ficos, são invocadas as decisões proferidas nos casos Piersack (1982) e De Cubber (1984)<sup>35</sup>. Mas, novamente, é preciso analisar atentamente o teor dessas decisões, a fim de ver se elas realmente se aplicam ao tema em análise<sup>36</sup>.

O caso Piersack, proveniente da Bérquica, disse respeito a um membro do Ministério Público que, após presidir a investigação criminal, assumiu o cargo de juiz, sendo um dos responsáveis pelo julgamento do próprio fato que anteriormente havia investigado. Em vista disso, o que se decidiu foi pela impossibilidade de esse magistrado participar do julgamento, em razão da atividade que havia exercido anteriormente. Ou seja, a única coisa que se fez foi declarar um impedimento que, desde a década de quarenta do século passado, nosso Código de Processo Penal já previa no inciso II do artigo 252.

Já o caso De Cubber, também belga, versou sobre um fato em que o juiz foi investigador (juizado de instrução) e também julgador. Portanto, o que se pleiteou foi o reconhecimento da impossibilidade de um mesmo juiz cumular ambas as funções, sob pena de ferimento à sua imparcialidade. Como resultado, aquele tribunal acolheu a tese defensiva, e determinou a separação de funções entre os juizes, criando a seguinte regra: o juiz que investiga não julga. Outra vez, buscou-se fora do país uma posição que aqui foi adotada, e de forma precursora no direito continental, ainda ao tempo em que o Brasil era seguidor do juizado de instrução como modelo de investigação criminal. Trata-se da Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824, que determinou ao juiz brasileiro essa separação de funções<sup>37</sup>.

Como é possível observar, esses dois julgados estão única e exclusivamente relacionados com a impossibilidade de o juiz ser investigador e julgador de um mesmo fato. Por consequência, a invocação de ambos os julgados cai no vazio, pois nada têm a ver com a (im)possibilidade de o magistrado produzir prova de ofício na fase processual.

---

35 LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)? Ob. cit., p. 10.

36 Uma análise mais profunda desses dois julgados é possível encontrar em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 198-199.

37 PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. Bauru: Javoli, 1983, p. 342

## 2.4 AS REFORMAS NO DIREITO EUROPEU

Entre as décadas de setenta e oitenta do século passado, o direito europeu passou por profundas mudanças, ao menos junto a países que mais destaque recebem por sua importância como formadores de opinião no direito continental. Referimo-nos, especificamente, a Alemanha, Portugal e Itália, sendo tais reformas invocadas como justificadoras da necessidade de o juiz ser passivo na fase probatória<sup>38</sup>.

De fato, em 1975 a Alemanha realizou uma profunda reforma em seu código de processo penal de 1877, o que levou-a a ser chamada de a *Grande Reforma*<sup>39</sup>. Em 1987, Portugal seguiu o mesmo caminho, mas tratou de construir um novo código, a partir da matriz acusatória estampada desde 1978 no artigo 32.5 de sua Constituição. Por fim, a Itália revogou o antigo Código Rocco, de 1930, e promulgou uma nova legislação adjetiva em 1988.

Nota marcante em todos esses países é que, em suas reformas – parciais ou totais – houve a extinção da figura do juiz-instrutor, substituindo tal modelo de investigação por aquela presidida pelo Ministério Público. Entretanto, em que pese haver ocorrido essa perda de poderes do juiz na fase de investigação – tendo passado ele a atuar, nessa fase, de forma similar ao juiz brasileiro –, é perfeitamente possível observar que, ao menos na fase processual e, em especial, na fase probatória, o magistrado desses países continua tendo poderes para, sem qualquer provocação externa, produzir as provas que entenda necessárias para bem julgar, seja absolvendo, seja condenando. Ao menos essa é a realidade encontrada nos códigos da Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]), Portugal (artigo 340, 1 e 2) e Itália (artigos 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602).

Assim, novamente inviável se mostra a invocação dessas reformas no direito europeu, como argumento de direito comparado destinado a combater a produção de prova *ex officio judicis* prevista na recente reforma de nossa legislação adjetiva.

---

38 LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)!. Ob. cit., p. 11.

39 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. Ob. cit., p. 70-72.

## 2.5 FRAGILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE DE ARMAS E DO CONTRADITÓRIO

Além de argumentos voltados à nossa *pseudo-sincronia* com o direito comparado, outros de ordem principiológica também são invocados para combater a figura do juiz ativo na fase probatória, dizendo eles, respectivamente, ao pretendido ferimento aos princípios da igualdade de armas e do contraditório<sup>40</sup>.

No que diz respeito ao princípio da igualdade de armas, a ideia transmitida é que o juiz se converteria em uma *arma* a favor da acusação, pois o magistrado passaria a somar forças com o Ministério Público para, juntos, condenar o acusado. Se essa é a justificativa, o primeiro equívoco está em considerar o juiz como *instrumento* – uma arma processual –, ao invés de um sujeito da relação, pois o resultado do comprometimento do magistrado com os interesses do autor ou do réu levará à perda de sua imparcialidade, e não à quebra de um princípio que procura equiparar situações, meios, possibilidades e oportunidades entre acusador e acusado. O segundo equívoco reside no fato de partir do pressuposto que no processo penal brasileiro haveria essa igualdade de armas, mas que seria quebrada com a atividade probatória do juiz.

Ora, ninguém desconhece os efeitos do princípio *favor rei* no processo penal, que no Brasil é responsável pela concessão, com caráter exclusivo ao réu, de mais e melhores armas do que aquelas concedidas ao acusador. E, para não deixar passar, tais armas são concedidas a título de favor ao réu – como o próprio nome do princípio indica –, nada tendo que ver com algum critério de compensação decorrente do princípio de igualdade de armas material. Basta lembrar da possibilidade de o réu utilizar-se de prova ilícita para ser absolvido, de só ele poder interpor embargos infringentes e de nulidade, de só a seu favor poder haver uma *reformatio* de ofício em segundo grau, e só poder ser ajuizada ação destinada a revisar sentença condenatória já transitada em julgado, se for essa ação voltada a beneficiar o réu<sup>41</sup>. Em suma, entendemos que

---

40 LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)? Ob. cit., p. 10. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.

41 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 175-187.

não pode ser quebrado – o princípio da igualdade de armas – o que não existe em nosso processo penal.

E, quanto ao ferimento ao contraditório, parece-nos novamente que não há um bom entendimento em relação às consequências da previsão de incidência desse princípio em um determinado ordenamento, como ocorre com o direito brasileiro, em razão da menção constitucional feita no inciso LV do artigo 5º.

O aporte de provas ao processo – sejam elas produzidas por quem for – em nenhum momento impede que a parte prejudicada por seu conteúdo possa ter acesso a elas. Ao contrário, é dever do juiz dar vista de sua produção no processo, tanto ao acusador, como ao acusado, assim que venham elas a ser juntadas aos autos. E, para que não se diga que não tratamos especificamente do caso em que o juiz determina a produção de provas *ex officio judicis*, lembramos que o espírito de nosso código está voltado para a obrigatória participação de autor e réu, sempre que o magistrado pretenda atuar sem provocação prévia de uma das partes do processo. Que o diga o inciso IX do artigo 497 de nosso Código de Processo Penal.

## 2.6 ESTÍMULO AO PRÉ-JULGAMENTO

É impressionante, para não dizer preocupante, que haja quem sustente que o juiz, pelo fato de poder produzir prova de ofício, estará sujeito a pré-julgar o fato posto a seu exame<sup>42</sup> ou que tal prova será produzida somente contra o réu<sup>43</sup>.

Ora, bem sabemos que essa é uma afirmação forte de nossa parte, mas não há como conter a inconformidade ao constatar que esse pensamento surge a partir da premissa de que o juiz somente irá produzir prova de ofício em detrimento dos interesses do réu, e com o único propósito de condená-lo. Mais que isso, há um total desprezo pelo fato de tal questão estar há décadas resolvida e superada no direito proces-

42 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.

43 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 35.

sual civil, e sua invocação no processo penal deixar ainda mais patente o porquê de este último ramo do direito ser considerado o *primo pobre* ou a Cinderela, como prefere Carnelutti<sup>44</sup>, do direito processual.

Em nenhum momento – repetimos, em nenhum momento – os Tribunais Superiores, seja do Brasil, seja do exterior, reconhecem haver um favoritismo, por parte do julgador, em relação ao autor da ação penal, ou uma ânsia condenatória incontrolada contra o réu. Nem mesmo os Tribunais Americano e Europeu dos Direitos Humanos conseguem aceitar esse entendimento, apesar de estarem voltados à preservação dos interesses do cidadão, analisando os processos que a eles aportam sob a ótica – quem diria, e para ser propositalmente redundante – dos *direitos humanos*. Ou seja, em termos práticos, estes últimos tribunais foram criados justamente para transitarem acima da legislação de cada país submetido à sua jurisdição, não estando comprometidos, portanto, em preservar a integridade da legislação interna de uma determinada realidade nacional.

A melhor comprovação do caráter preconceituoso desse argumento está na inexistência de um direcionamento, por parte de nossa legislação processual, quanto a quem pode ou deve ser beneficiário da produção probatória determinada de ofício pelo juiz. Aliás, direcionamento pretendido justamente por quem pretende impedir que o juiz possa produzir prova tanto condenatória, como absolutória. Como veremos mais abaixo, e para incompreensão daqueles que veem o juiz como alguém que deve tratar igualmente a ambas as partes, há quem proponha que só possa o magistrado determinar a produção de prova de ofício se for para beneficiar o réu, e nunca para prejudicá-lo. Maior pré-julgamento que esse, impossível. Mas, como é a favor do réu, a *nova ordem* não escreve uma linha sequer para rebater esse verdadeiro absurdo – histórico e acadêmico –, mesmo dividindo os mesmos espaços acadêmicos com seus proponentes.

Pensávamos, de forma ingênua, que não seria preciso dizer, mas estávamos redondamente equivocados. É preciso dizer sim, e em voz alta: o juiz, ao ser autorizado a produzir prova de ofício no processo penal, pode agir em favor de ambas as partes, não tendo qualquer vín-

---

44 CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994, p. 13-21. Tradução de *Questioni sul Processo Penale*.

culo obrigatório com o autor da ação penal.

## 2.7 INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Outro suposto aliado da tese de impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício é o princípio do *in dubio pro reo*<sup>45</sup>. O que ele significa, pelo visto pouca gente sabe, mas é apresentado, simploriamente, como o dever de o juiz absolver quando tiver dúvida no ato decisório em relação à condenação do réu.

Buscando um pouco mais de fidelidade ao momento de aplicação desse instituto, vemos que ele nasce no direito clássico – em especial no direito romano –, mas não no momento em que os juízes tinham alguma dúvida no momento de julgar. Em uma situação em que houvesse dúvida por parte dos julgadores, faziam eles uso de um voto com a inscrição NL, ou seja, *non liquet*, que significa *não está claro*.

Quando esses votos NL superavam a soma dos votos necessários para a condenação ou absolvição do réu, não havia a incidência do princípio *in dubio pro reo*. O que ocorria era a determinação da incidência do instituto da *ampliatio*, que nada mais era do que a ampliação do julgamento, a fim de que as partes apresentassem mais e melhores provas aos juízes, para que, aí sim, eles pudessem julgar o mérito do processo<sup>46</sup>.

Nesse período, o *in dubio pro reo* só tinha lugar quando houvesse empate na votação em um tribunal composto por vários julgadores (populares ou não)<sup>47</sup>, deixando patente a dúvida quanto a qual decisão tomar – se condenatória ou absolutória –, realidade igualmente presente

45 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 36-37. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.

46 CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9, 26. In: \_\_\_\_\_. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de José María Requejo Prieto. Madri: Gredos, 2000. V. 46, t. I, p. 121. Tradução de *Verrinas*.

47 CICERÓN, Marco Tulio. En Defensa de Aulo Cluencio. 39,108. In: \_\_\_\_\_. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madri: Gredos, 2000. V. 48, t. III, p. 202. Tradução de *Pro Cluentio*.

junto ao direito ateniense<sup>48</sup>, considerado o berço da democracia e do próprio sistema acusatório.

Por isso, o *in dubio pro reo* nada teve a ver com eventual dúvida do julgador em relação à responsabilização penal do réu. Em realidade, ele dizia respeito ao resultado final de uma votação efetuada por juízes que sabiam muito bem qual posição tomar na votação, pois estavam convencidos da culpabilidade e da inocência do réu, mas que, em vista do empate em votos, o resultado levava à absolvição do sujeito passivo do processo.

Portanto, a dúvida levava à manifestação, por parte dos juízes, da demonstração de sua inconformidade quanto ao material probatório apresentado, materializando essa inconformidade com o voto NL. Ou seja, para que pudessem julgar, os juízes necessitavam de mais provas além daquelas já constantes nos autos. E, como não podiam os juízes partirem eles mesmo para a produção dessas provas, já que os tribunais da antiguidade eram formados por centenas ou milhares de cidadãos, a saída encontrada foi justamente delegar essa obrigação às partes, reabrindo-se a instrução através da *ampliatio*.

É justamente nesse sentido que está inserida a possibilidade de o juiz atual determinar a produção de prova *ex officio*, ou seja, ele deixa claro que não está satisfeito com o material probatório aportado pelas partes. Contudo, ao invés de delegar a elas a necessidade de outras provas, parte ele mesmo para a sua produção, pois, frente à substituição dos juízes populares pelo juiz unipessoal (togado), já não há o impedimento de ordem prática existente no direito antigo. Dito de outro modo, para que o juiz possa bem julgar o fato que lhe é posto a exame, tem ele – na verdade, sempre teve – plena liberdade para dissentir das partes, e buscar melhores informações para condenar ou absolver o réu.

Esse não é somente nosso entendimento, senão também o ensinamento transmitido pela filosofia<sup>49</sup> e deixado pela doutrina internacional que seriamente trata do princípio *in dubio pro reo*.

---

48 ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 68-69. 3ª ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 217-212.

49 Como disse Decartes, “para julgar requer-se certamente o entendimento, porquanto nada podemos julgar de uma coisa que de nenhum modo percebemos” (DESCARTES, René. *Princípios da Filosofia*. Tradução de Guido Antônio de Almeida *et alli*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002. Tradução de Principia Philosophiae. P. 51).

Nesta última esfera, as lições são no sentido de que, quando existente um juiz togado, e manifestando ele *estado de dúvida* para bem julgar, aquele princípio somente pode ser invocado depois de o magistrado “oficiosamente diligenciar no sentido de o ultrapassar”<sup>50</sup>, *oficiosidade* esta que equivale à determinação de prova de ofício para suprir essa dúvida, tal como autoriza o direito brasileiro. Ou, como pregava Carnelutti, “quando existem provas evidentes da culpabilidade ou da inocência, antes de condenar ou de absolver é necessário continuar na investigação até haver esgotado todos os recursos”<sup>51</sup>.

Em suma, o alcance que os defensores do juiz inerte na fase probatória pretendem dar ao princípio do *in dubio pro reo* não possui qualquer respaldo histórico, e muito menos doutrinário.

## 2.8 A PROPOSIÇÃO DE UM JUIZ-DEFENSOR

Toda a linha argumentativa, acima analisada, está centrada na impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício, sob pena de, se assim o fizer, estar ferindo o sistema acusatório, onde o juiz seria naturalmente inerte ou mero expectador da atividade das partes. Mais que isso, caso agisse de ofício, o juiz teria irremediavelmente perdida sua imparcialidade, pois parte-se do pressuposto de que essa determinação de produção de prova é sempre realizada com o intuito de condenar o réu. Por tudo isso, consideramos – como mínimo – curiosa a posição manifestada por Giacomolli.

Após aderir ao entendimento de que nosso sistema de processo seria o acusatório, e afirmar que “ao juiz não cabe provar e nem contra-provar”, esse autor propugna que o processo penal somente admitiria a produção de prova *ex officio judicis* a favor do réu, e nunca contra ele. Assim leciona sustentado nos deveres de o juiz preservar o *status libertatis*

---

50 PIMENTA, José da Costa. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 214. no mesmo sentido, MELENDO, Santiago Santis. In *Dubio Pro Reo*. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madri, nº 2-3, 1971, p. 515.

51 CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. 3ª reimp. Tradução de Santiago Santis Melendo. Santa Fe de Bogotá/Colombia: Temis, 1999, p. 40.

do réu<sup>52</sup> e evitar uma “condenação injusta”<sup>53</sup>, fatores que, por sua vez, seriam fruto do direito universal de proteção dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito de defesa<sup>54</sup>.

A proposta feita por esse autor não é nenhuma novidade em nossa doutrina. Entretanto, os argumentos já apresentados são de ordem diversa, tendo eles sido por nos examinados em outra ocasião, momento em que denominamos esse modelo de magistrado como sendo o *juiz-defensor*<sup>55</sup>. Mas, também aqui, e com o devido respeito ao citado autor, a insustentabilidade de sua proposição é igualmente manifesta.

De início, não há como silenciar quanto a uma patente contradição no postulado apresentado por Giacomolli. Em um primeiro momento, esse autor afirma, de forma peremptória, a impossibilidade de o juiz do sistema acusatório produzir prova de ofício *para provar e contraprovar*. Mas, em seguida, sustenta que esse mesmo sistema acusatório – que acredita existir no país – comporta a atividade probatória *ex officio judicis*, desde que exercida a favor do réu. Ou seja, o sistema acusatório admitiria a atividade probatória de ofício, mas estaria condicionada a ser exercida favoravelmente a só um dos lados da relação processual.

Entretanto, ao longo de toda a história do sistema acusatório – tanto no direito antigo, como no direito atual –, em nenhum momento encontra-se qualquer restrição à atividade probatória de ofício do juiz, no sentido de que ele só pode assim agir se for para beneficiar a uma das partes já predeterminadas, tal como aqui proposto. Ou seja, não será no sistema acusatório onde se conseguirá dar alguma cobertura histórica ou de direito comparado ao modelo de juiz proposto por Giacomolli. Ao contrário, a figura do *juiz-defensor* – aquele que só pode produzir prova de ofício se for para beneficiar o réu – historicamente sempre esteve vinculada, quem diria, ao sistema inquisitivo.

Não por outro motivo, Carpsódio criou o brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio* justamente para deixar manifesto esse dever do juiz inquisidor em proteger exclusivamente o réu, em detrimento

---

52 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Ob. cit., p. 36

53 Idem, p. 37.

54 Ibidem.

55 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 219-224.

dos interesses do acusador. Foi em razão desse traço histórico do juiz inquisidor – ser protetor dos interesses do réu – que autores nacionais o erigiram à condição de elemento integrante do sistema inquisitivo<sup>56</sup>. E, se quisermos buscar exemplos, junto aos textos deixados ao longo da história por este último sistema, sem grandes esforços encontraremos esse juiz-defensor na regulamentação da Inquisição Espanhola. Em termos específicos, ele se faz presente nas Instruções de Torquemada (1484), onde o juiz podia buscar novas testemunhas que comprovassem que aquelas arroladas pelo acusador haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção<sup>57</sup>, bem como, nas Instruções de Valdés (1561), onde o juiz somente poderia produzir prova de ofício para averiguar a inocência do réu<sup>58</sup>.

Portanto, sob o ponto de vista histórico, a proposição do juiz-defensor está umbilicalmente vinculada ao sistema inquisitivo, e não há como ser dele excluída com uma simples *penada*. Menos ainda vincular a figura do juiz-defensor ao sistema acusatório, que sempre admitiu – ao menos nos modelos derivados do direito antigo e direito continental hodierno – que o juiz satisfizesse suas dúvidas, antes de julgar o mérito, com a determinação de produção de prova de ofício, a ser trazida aos autos pelas partes (como na *ampliatio* do direito romano) ou por ele próprio (no direito atual). Em uma situação como essa, nunca foi tão atual a lição deixada por Cícero, quando disse que “a imutabilidade nos fatos passados é evidente; em certos futuros, porque não seja evidente,

---

56 MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21-29, p. 23. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, V. I, p. 97. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 50.

57 Instrução 14. Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. *Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monasterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efspaña*, 1532 (In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-98).

58 Instruções 29 e 38. *Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años* (In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 99-131).

nem sequer parece existir”<sup>59</sup>.

Um segundo aspecto que salta aos olhos é a invocação da preservação do *status libertatis* do réu, como fundamento para a figura do juiz-defensor. Ora, a preservação do *status libertatis* do réu foi utilizada como base argumentativa para a criação do princípio *favor rei*, que nada mais é do que a concessão de cobertura principiológica para o fato de o réu receber mais e melhores armas que seu opositor, sob o fundamento de poder demonstrar sua inocência ou restabelecer/manter sua liberdade. Lembremos, aliás, que tais *armas* lhe são concedidas não como decorrência da aplicação do princípio da igualdade material de armas – ou seja, a título compensatório, por uma deficiência sua –, mas sim fruto de um puro e simples favor ao réu, como o próprio nome desse princípio nos indica. Em termos mais singelos, o que pretende Giacomolli é que o acusador – público ou privado –, além de já estar fragilizado endo-processualmente pelo fato de o réu possuir mais e melhores *armas* que seu opositor, também tenha que enfrentar um juiz tendencioso, parcial, que nega o motivo de sua existência no processo e que não merece o qualificativo de magistrado<sup>60</sup>, justamente por estar direcionado a ser um protetor do réu, tal como a seu tempo alertou Carpsódio.

Por toda essa soma de fatores, desde já fazemos o alerta: o real propósito da ideia do juiz-defensor não é para a nossa realidade legislativa, senão para o futuro texto a que estaremos submetidos dentro em breve. Melhor explicando, bem sabemos que a atual codificação adjetiva penal autoriza, sem restrições ou direcionamentos, que o juiz produza prova de ofício na fase processual da persecução penal. Quanto a isso não há

59 CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre o Destino*. IX. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001, p. 17-18. Tradução de *De Fato*.

60 Já no século XVII, em escrito voltado a criticar a Inquisição Católica, Locke lembrava que, entre os deveres do magistrado, estava o de zelar pelos interesses do cidadão e da coletividade em igual nível, situação que, no caso em exame, deixa ainda mais patente a perda da condição de magistrado daquele que se vincula, psicológica e antecipadamente, aos interesses somente do acusado, em detrimento dos interesses da sociedade em ver não só absolvido quem for inocente, mas também condenado a quem for culpado. Segundo as palavras do autor inglês, “O dever do magistrado civil consiste em assegurar, mediante a execução imparcial de leis justas a todo o povo, em geral, e a cada um dos seus súditos, em particular, a justa posse de coisas correspondentes à sua vida” (LOCKE, John. *Carta sobre la Tolerancia*. 4ª ed. 2ª reimpr. Tradução de Pedro Bravao Gala. Madrid: Tecnos, 2002, p. 6. Tradução de *A Letter concerning Toleration [1689-1690]*).

dúvida. Entretanto, as notícias veiculadas pelo Senado Federal dão conta que o projeto de novo Código de Processo Penal optará pela figura do juiz passivo na obtenção da prova, tal como pretendido pela corrente doutrinária acima referida. Aliás, um dos membros da comissão de reforma, nomeada pelo Senado Federal para esse fim, é quem, reiterada e cansativamente, apregoa nos meios acadêmicos a incompatibilidade do sistema acusatório com a figura do juiz que produz provas de ofício, utilizando-se, como base doutrinária, da palavra de Cordero, que, como vimos, simplesmente não prega esse modelo de magistrado.

Com isso queremos dizer que, ao que parece, atualmente está sendo plantada a ideia do juiz-defensor para que seus frutos sejam colhidos com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, caso o modelo de juiz inerte venha a vingar junto ao Congresso Nacional. Ou seja, com a definição de que a prova produzida *ex officio judicis* não se prestará a servir para a condenação do réu, ficará fácil levantar a bandeira do *juiz bonzinho* e buscar sua aceitação em âmbito doutrinário e jurisprudencial, ante a invocação de argumentos voltados à preservação dos direitos humanos do réu, tal como o faz Giacomolli.

Finalizando, não há como negar que, aos olhos do leigo, é simpática a ideia de um juiz que se apresenta como defensor dos direitos humanos e por demais preocupado com o bem-estar das pessoas. É-nos passada, portanto, a imagem de que, justo no processo penal, essa proposição está voltada à criação de um juiz que tem seu coração e mente impregnados da mais pura bondade humana, e que seria moralmente superior ao acusador, por não apresentar tais valores entre seus atributos profissionais e/ou pessoais. O problema é que, quando o tema é a bondade ou boa vontade do ser humano, a literatura é pródiga em duvidar de suas reais proposições.

Cícero diz que “nada é tão popular como a bondade”<sup>61</sup>, inserindo, assim, a bondade entre os instrumentos de manifestação do populismo. Em igual linha seguiu Locke, ao alertar que a boa vontade nem sempre está presente em determinados atos ou comportamentos humanos que, aparentemente, assim possam parecer<sup>62</sup>. Por isso, e conjugando essa linha

61 CICERÓN, Marco Tulio. Defesa de Ligario. XII. 37. In: *Defensa de Ligario. Defensa del Poeta Arquias*. 1ª ed., 1ª reimp. Tradução de Antonio Fontán Pérez. Madrid: Gredos, 1989, p. 54. Tradução de *Pro Ligario*.

62 LOCKE, John. *Carta sobre la Tolerancia*. 4ª ed. 2ª reimp. Tradução de Pedro Bravao

de pensamento com a discussão aqui travada em torno do juiz-defensor, ficamos com Lopes Jr., quando pergunta, ainda que sob a ótica oposta: “Quem nos protege desse tipo de bondade?”<sup>63</sup>.

Mas, como a proposição do juiz-defensor está calcada na equivocada invocação de um sistema de processo penal que não lhe dá guarida, e na formação de um magistrado que sequer merece esse nome, não há como não lembrar a advertência de Marco Aurélio, Imperador-filósofo romano do século II d.C., quando alertou para o fato de que “Convém deixar o erro de um outro ali onde ficou”<sup>64</sup>. Ou seja, no caso do juiz-defensor, só no mundo das ideias.

## CONCLUSÃO

A discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* não é nenhuma novidade no direito processual. Foi ela travada durante muito tempo no processo civil, e sua possibilidade há décadas está assentada, sem grandes traumas acadêmicos, nesse ramo do direito, ao contrário do que vemos, ainda hoje – e para seu demérito – no processo penal.

Essa pode até ser uma afirmação forte, mas não há como esconder nossa frustração em ver um tema de tamanha relevância e seriedade ser tratado da forma como vem ocorrendo. O que dizer em relação aos argumentos aqui expostos em defesa do juiz-defensor ou mesmo do juiz inerte na fase probatória, que podem ser rebatidos por qualquer acadêmico de história ou com a simples leitura da legislação ou da jurisprudência invocadas?

Em nossa opinião, o aperfeiçoamento do processo penal só não ocorre em razão dos traumas deixados pelo sistema inquisitivo, que poucos reflexos produziu no processo civil. Por isso é que o processo civil se encontra em um patamar técnico mais elevado, pois não encontramos autores que invoquem o selo da *acusatoriedade* ou da *inquisitorialidade* para defender ou opor-se a temas que ideologicamente são favoráveis

---

Gala. Madrid: Tecnos, 2002, p. 6. Tradução de *A Letter concerning Toleration [1689-1690]*.

63 LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)!. Ob. cit., p. 11.

64 MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Livro IX, 20. Tradução de William Li. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 101.

ou contrários, mesmo que a história dos sistemas acusatório e inquisitivo não lhes dê qualquer respaldo. Ou seja, em âmbito civil, as opiniões pessoais não conseguem ser mascaradas com pretensos argumentos históricos que, ao final, facilmente mostram-se inexistentes.

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do *pode* ou *não pode*, mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca de uma definição sobre até onde pode ir o juiz em sua atuação na fase probatória, sobre qual material probatório ele pode ou não pode trazer aos autos, e de que maneira se fará o controle dessa atividade. Há necessidade de fixação desses limites na lei ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado?

Enquanto essa discussão não ocorrer, a história do direito processual continuará sendo deturpada em nome do preconceito e para o alcance de preferências meramente pessoais.

## A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PROCEDIMENTOS

Rômulo de Andrade Moreira  
*Procurador de Justiça do Estado da Bahia*  
*Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS*

A Lei n. 11.719/2008, que entrará em vigor no dia 24 de agosto de 2008<sup>1</sup>, alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli**, **mutatio libelli** e aos procedimentos.<sup>2</sup>

A grande novidade trazida para nós é a possibilidade de na própria sentença condenatória penal o juiz fixar “*valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (art. 387, IV). Assim, além de aplicar a sanção penal, o Juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito, algo semelhante ao que ocorre em alguns países, como no México onde, na lição de Bustamante, se “*establece que la reparación del*

---

1 A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 23 de junho de 2008, entrando em vigor 60 dias depois de oficialmente publicada, na forma do art. 3º. da mesma lei. Segundo o art. 8º. da Lei Complementar n. 95, “*A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.*” Pelo seu § 1º. “*a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.*” (Grifamos).

2 Sobre a reforma do Código de Processo Penal, veja-se o que comentamos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

*daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido.”*<sup>3</sup>

Também “na Itália, a vítima pode ingressar no processo penal como parte privada, formando um litisconsórcio com o MP, com o fim de obter a reparação de dano. Em Portugal, o próprio MP pode requerer a reparação, nos autos do processo penal.”<sup>4</sup>. Conferir também, na Espanha, o art. 108 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, **in verbis**:

*“La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.”*

Disposição semelhante já tem em nosso ordenamento jurídico-penal, mais especificamente no art. 630 do atual Código de Processo Penal, quando se estabelece que na revisão criminal o “Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”, caso em que o acórdão constituir-se-á título judicial executório a ser liquidado na ação civil respectiva, para se definir o **quantum debeatur**. Na Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), o art. 20 já estabelece que a “sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.”

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei n. 9.099/95, a preocupação em se resguardar os interesses da vítima no processo penal. Nota-se, com Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho que esta lei insere-se “no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.”<sup>5</sup>

García-Pablos, por exemplo, informa que “o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal,

3 *Apud* Tourinho Filho, Processo Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 20ª. ed., 1998, p. 9.

4 Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Lei dos Juizados Especiais Criminais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107 (em co-autoria com Geraldo Prado).

5 Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. ed., 2005, p. 110.

ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual".<sup>6</sup>

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela *"falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados"*.<sup>7</sup>

Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino:

*"Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero;"* (...) mesmo porque *"se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en 'una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito'"*<sup>8</sup>. Nesse sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes.<sup>9</sup>

Dois juristas italianos, Michele Correra e Danilo Riponti, também anotaram:

*"Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quella così clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società."*<sup>10</sup>

Agora, por força do novo dispositivo, acrescentou-se um parágrafo único ao art. 63, nos seguintes termos: *"Transitada em julgado a sentença*

6 Antonio García-Pablos de Molina, *Criminologia*, São Paulo: RT, 1992, p. 42, tradução de Luiz Flávio Gomes

7 Juan H. Sproviero, *La víctima del delito y sus derechos*, Buenos Aires: Depalma, p. 24

8 *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 21, p. 422.

9 *O Papel da Vítima no Processo Criminal*, Malheiros Editores, 1995. Indicamos também o trabalho intitulado "El papel de la víctima en el proceso penal según el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación", por Santiago Martínez (Fonte: www.eldial.com – 12/08/2005).

10 *La Vittima nel Sistema Italiano della Giustizia Penale – Un Approccio Criminologico*, Padova, 1990, p. 144.

*condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”*

O art. 257 teve a sua redação alterada, não representando, porém, nenhuma novidade. Com efeito, diz que ao Ministério Público cabe:

1) *“Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código”,* em consonância com o já estabelecido pelo art. 129, I da Constituição Federal, ressalvando a possibilidade da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, prevista no art. 29 do Código de Processo Penal e na própria Carta Magna (art. 5º., LIX).

2) *“Fiscalizar a execução da lei”,* tarefa já deferida atualmente e que dá ao Ministério Público, no processo penal, uma feição toda especial, pois ao lado de ser parte, também age como **custos legis**, devendo, neste mister, zelar pelo fiel cumprimento da lei e garantir que o devido processo legal seja obedecido nos seus estritos termos, ainda que para isso tenha que pugnar em favor do réu (pedindo a sua absolvição, recorrendo em seu favor, etc.).

Foi alterado o art. 265, cujo **caput** passou a ter a seguinte redação: *“O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de dez a cem salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.”*

Além de atualizar o valor da multa, o artigo faz referência às demais sanções cabíveis em relação ao advogado, entre as quais a prevista na Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), art. 34, XI, c/c arts. 35, I e 36, I.

O antigo parágrafo único deste artigo foi substituído pelos §§ 1º. e 2º., com a seguinte redação:

*“§ 1º. - A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.*

*“§ 2º. - Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.”*

Atente-se para o disposto no art. 5º., LXXVIII da Constituição, segundo o qual *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados*

*a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”* Evidentemente que o direito a um processo sem dilações indevidas alcança não somente o acusado, mas também é um interesse da sociedade.

Privilegiando o chamado foro de eleição, entendemos que antes da nomeação do defensor **ad hoc** deve o Juiz de Direito indagar ao réu se tem algum advogado para indicar e que possa assisti-lo naquele ato processual; caso o acusado não o faça ou o advogado indicado não possa comparecer imediatamente, então se procede à nomeação ou chama-se o Defensor Público com atuação na respectiva Vara Criminal. Neste sentido:

*“TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.01.015716-8/001 - RELATOR: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - A Constituição de 1988 consagrou os princípios da ampla defesa e do contraditório, considerando-os como dogmas, ou seja, se desrespeitados tais princípios, viciada encontra-se a prestação jurisdicional. A nomeação de defensor dativo ao réu, sem que este tenha sido intimado para opinar a respeito, não sabendo da renúncia do advogado contratado, é vício que demonstra o desrespeito ao princípio da ampla defesa ao longo do procedimento.”*

A propósito, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de liminar em Habeas Corpus (HC 92091) de um acusado de cometer crime contra o sistema financeiro nacional. A defesa pedia, na liminar, o reconhecimento das nulidades do processo e a suspensão da execução da pena imputada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região até o julgamento final do HC. Isto porque, conforme os advogados, o Ministério Público não deu oportunidade ao réu para nomear defensor de sua confiança. *“Os fundamentos em que se apóia esta impetração revestem-se de relevo jurídico, pois concernem ao exercício – alegadamente desrespeitado – de uma das garantias essenciais que a Constituição da República assegura a qualquer réu, notadamente em sede processual penal”*, destacou o Ministro Celso de Mello, relator da matéria. O Ministro assinalou que a jurisprudência do Supremo, no tema, entende que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, *“não importando, para efeito de concretização dessa garantia fundamental, a natureza do procedimento estatal instaurado contra aquele que sofre a ação persecutória do Estado”*. Celso de Mello analisou que o Estado não pode

exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado constitucional da plenitude de defesa. “O reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público – de que resultem conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais – exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal,” conclui. Ele lembrou, também, que o STF já reconheceu ser direito daquele que sofre persecução penal escolher o seu próprio defensor. “Cumpra ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu” (RTJ 142/477, Relator Ministro Celso de Mello). Fonte: STF (Grifo nosso).

Com a nova redação do art. 362, “verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”<sup>11</sup> Neste caso, segundo parágrafo único acrescentado, “se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo” (ou os autos serão encaminhados à Defensoria Pública), prosseguindo-se nos demais termos do procedimento, não devendo ser aplicado o art. 366<sup>12</sup>, pois não se trata de réu revel citado por edital. Aplica-se o atual art. 367.

Temos agora a citação com hora certa, substituindo a citação edi-

11 “Art. 227 - Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

“Art. 228 - No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

“§ 1º - Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

“§ 2º - Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

“Art. 229 - Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.”

12 Os dois parágrafos do art. 366 foram revogados pela lei, restando agora apenas o caput.

talícia nos casos em que o réu se oculta para não ser citado.

O novo art. 363 estabelece que *“o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”*; na verdade, como ensina Frederico Marques, *“com a citação válida, estabelece-se a angularidade da relação processual, surgindo assim a instância.”*<sup>13</sup>

Foram revogados os dois incisos originais e acrescentados dois novos parágrafos:

*“§ 1º - Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.”* O prazo para o edital não mudou, pois não se alterou o art. 361.

*“§ 4º - Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.”* Neste caso, ter-se-á por citado o réu pessoalmente, prosseguindo-se nos demais termos do respectivo procedimento (ordinário, sumário ou especial), revogando-se a decisão proferida nos termos do art. 366.

Foram vetados os §§ 2º. e 3º. do art. 363.

O **caput** do art. 366 continua com a mesma redação, tendo sido revogados, porém, os seus dois parágrafos. Nota-se que a lei perdeu a oportunidade de acabar com a polêmica quanto à duração da suspensão do prazo prescricional. O legislador deveria, como constava do projeto de lei originário, optar pelos prazos já estabelecidos pelo art. 109 do Código Penal. Esta lacuna deve ser suprida com uma interpretação conforme à Constituição, ou seja, para não se permitir a imprescritibilidade (por via transversa) devem ser observados os prazos estabelecidos no art. 109 do Código Penal, levando-se em conta a pena máxima abstratamente cominada para o crime; findo o respectivo prazo, deve a prescrição voltar a correr normalmente, nada obstante a continuação da suspensão do processo.

Deixou a lei também de esclarecer o que se deve considerar como prova urgente, para efeito de produção antecipada. Além das perícias que, evidentemente se adéquam ao conceito, entendemos que devemos fazer uma interpretação analógica (art. 3º., CPP), aplicando-se o art. 92, **in fine** (*“inquirição de testemunhas e de outras provas de natureza urgente”*). Por este dispositivo, parece-nos que a prova testemunhal é sempre urgente. Obviamente tais provas deverão ser produzidas com a prévia

13 Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

notificação do Ministério Público ou do querelante e do defensor nomeado pelo Juiz, sem prejuízo de uma reinquirição em momento posterior, quando a marcha processual for retomada com o acusado presente e o seu defensor constituído. O que não se deve é arriscar-se a ouvir as testemunhas arroladas na peça acusatória após dez anos, quando o réu voltou e foi citado pessoalmente. Evidentemente que não se pode exigir deste depoente a firmeza que se espera de uma testemunha.

No que se refere à possibilidade da prisão preventiva, ressalte-se que não se trata de prisão obrigatória, mas nos estritos termos dos arts. 312 e 313. Repita-se: a prisão preventiva não pode ser consequência imediata da citação editalícia quando não haja o comparecimento do acusado ou do seu defensor constituído, como hoje, infelizmente, vem se tornando praxe.

Vejamos, então, como está disposta agora a questão da **emendatio libelli**:

*“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”*

Nesta hipótese, como se sabe, a peça acusatória narrou perfeitamente o fato criminoso, tendo o Juiz *“liberdade de atribuir ao delito conceituação jurídica diversa da que lhe foi dada pelo acusador, mesmo para impor pena mais grave, contanto que não substitua o fato por outro”*, como já explicava Basileu Garcia.<sup>14</sup>

Foram acrescentados dois parágrafos, nos seguintes termos:

*“§ 1º - Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.*

*“§ 2º - Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.”*

Assim, caso a nova qualificação jurídica atribuída ao fato narrado corresponda a um tipo penal cuja pena mínima não exceda a um ano<sup>15</sup>,

14 Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 495.

15 Sobre a suspensão condicional do processo, remetemos o leitor ao nosso livro “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: JusPodivm, 2007.

deverá o Magistrado encaminhar os autos ao membro do Ministério Público para que se pronuncie acerca da possibilidade de proposta da suspensão condicional do processo, nos termos, aliás, do Enunciado 337 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável também à espécie. De se observar, outrossim, o Enunciado 696 do Supremo Tribunal Federal, em caso de recusa do Ministério Público em fazer a proposta.

Não precisa o Juiz esperar a conclusão da instrução criminal para aplicar a **emendatio libelli**, muito pelo contrário. Como não se trata de uma alteração dos fatos narrados, mas, tão-somente, de uma correção técnica na classificação do crime, é aconselhável que o Juiz já receba a peça acusatória indicando na respectiva decisão o tipo penal, possibilitando, desde logo, a fruição de quaisquer benefícios ao acusado, como a suspensão condicional do processo, a liberdade provisória, etc. Aguardar-se o término da instrução para “corrigir” a tipificação atribuída ao fato é submeter o réu, desnecessariamente, às chamadas “cerimônias degradantes” do processo penal<sup>16</sup>. Lembre-se que o Juiz não estará modificando a imputação fática nem “acusando” o réu.

Aventemos a seguinte hipótese: o Promotor de Justiça narra um furto simples (cuja pena mínima é de um ano) e, ao final da peça acusatória, indica como tipo penal o art. 155, § 4º, II (pena mínima de dois anos). Ora, obviamente que o Juiz não deve aguardar o término da instrução para aplicar a **emendatio libelli**, e sim, desde logo, receber a denúncia nos termos em que foi feita a imputação fática e encaminhar os autos ao Ministério Público para a proposta de suspensão condicional do processo. Assim agindo preservará os interesses do acusado, evitando as cerimônias degradantes do procedimento e sem mácula aos postulados do sistema acusatório.

Diga-se o mesmo quanto à modificação da competência; também nesta hipótese não é necessário que o Juiz aguarde o final da instrução criminal, até por uma questão de economia processual e para evitar nulidades de atos processuais decorrente da incompetência. Aliás, o art. 109 do Código de Processo Penal determina que “*se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte*”, remetendo os autos ao Juízo

---

16 O conceito *status-degradation ceremony* foi introduzida em 1956 por H. Garfinkel para indicar os procedimentos ritualizados nos quais uma pessoa é condenada e despojada de sua identidade, recebendo outra, dita degradada.

competente, inclusive para o Juizado Especial Criminal se se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo.

Seria de bom alvitre que o Juiz, antes de aplicar a **emendatio libelli**, determinasse a intimação das partes, como estabelecia o projeto de lei que deu origem à lei ora comentada. Aliás, este projeto de lei previa que a **emendatio libelli** poderia ser antecipada para o instante do recebimento da denúncia ou queixa.

Vejam, então, como está disciplinada a **mutatio libelli**, lembrando, ainda com Basileu Garcia, que se “veda ao juiz, no decidir a causa, a **mutatio libelli**.”<sup>17</sup>

Assim está escrito o **caput** do novo art. 384:

*“Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de cinco dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública (queixa subsidiária, portanto), reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.”*

Pela nova redação, este prazo de cinco dias é para aditar a queixa subsidiária, não a denúncia; assim, os prazos para o aditamento da denúncia devem ser, numa interpretação analógica (art. 3º, CPP) aqueles previstos no art. 46.

As alterações procedidas foram para melhor, sem dúvidas. Em primeiro lugar excluiu-se a expressão “circunstância elementar”, que confundia coisas diferentes: circunstância<sup>18</sup> e elementar<sup>19</sup> do tipo. Agora a lei refere-se a circunstância ou elemento da infração penal. Outra mudança importante é a exclusão do advérbio “*implicitamente*” que dava a entender ser possível uma denúncia ou queixa com elementos ou circunstâncias implícitos, possibilidade absolutamente estranha aos postulados do devido processo legal, especialmente a ampla defesa. É evidente que a denúncia tem que conter explicitamente, “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” (art. 41 do Código de

17 *Idem*.

18 Exemplos: “Repouso noturno” (art. 155, § 1º, Código Penal), “à noite” (art. 150, § 1º), “emprego de arma” (art. 158, § 1º), etc.

19 Exemplos: “Funcionário Público” (arts. 312, 331, 333 do Código Penal), “coisa alheia” (arts. 155, 157, CP), etc.

Processo Penal).

Também importante foi se estabelecer a necessidade do aditamento em qualquer hipótese (que pode ser feito inclusive oralmente), ainda que não haja possibilidade de nova definição jurídica mais gravosa para o acusado. A antiga redação do **caput** do art. 384 era uma flagrante mácula ao sistema acusatório, pois permitia ao Juiz condenar o réu por fato não imputado formalmente em uma peça acusatória, além de ferir o princípio da correlação entre acusação e defesa que proíbe ao Juiz “*cam-biar los hechos de la causa por los cuales el imputado fue concretamente acusado, entendidos en el sentido de acontecimiento histórico, con todos los elementos y circunstancias que de alguna manera puedan influir en el debate.*”<sup>20</sup>

Segundo o § 1º, caso o “o órgão do Ministério Público” não adite a denúncia, “*aplica-se o art. 28 deste Código*”. E se o Procurador-Geral concordar com o não aditamento? Restará ao Juiz absolver o acusado ou condená-lo pelo fato imputado originariamente na denúncia ou queixa subsidiária.

Se o aditamento for oferecido, estabelece-se um contraditório prévio, pois, antes de recebê-lo, deverá ser “*ouvido o defensor do acusado no prazo de cinco dias*”.

Admitido “o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.” (§ 2º). Neste caso, segundo dispõe o § 4º, “*cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.*”

São aplicáveis na **mutatio libelli** os §§ 1º e 2º do art. 383, segundo dispõe o § 3º. do art. 384.

Por fim, estabelece o § 5º que se não for “*recebido o aditamento, o processo prosseguirá.*” Neste caso, é possível o manejo do recurso em sentido estrito, com fulcro no art. 581, I do Código de Processo Penal, pois “*o recurso em sentido estrito, apesar de ser casuístico, admite interpretação extensiva.*”<sup>21</sup>

20 Langevin, Julián Horacio, *Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 189.

21 Tribunal Regional Federal da 1ª. Região – Recurso em Sentido Estrito n.

Observa-se que a redação do art. 384 continua a se referir tão-somente à ação penal pública ou à de iniciativa privada subsidiária da pública. De toda forma, estamos com Tourinho Filho que, nada obstante a restrição legal, *“possa também o querelante proceder ao aditamento. Há duas situações: a) se, ao tempo da queixa, já havia prova sobre determinada circunstância elementar capaz de alterar a qualificação jurídico-penal do fato, objeto do processo, e o querelante não se deu conta, o aditamento seria até impossível por manifesta decadência; b) se a prova se deu posteriormente, o aditamento pode ser feito por aplicação analógica (...), não havendo violação ao princípio da disponibilidade que rege a ação privada, mesmo porque ninguém está fazendo o aditamento pelo querelante e tampouco obrigando-o a fazê-lo.”*<sup>22</sup>

Por fim, entendemos que perdeu o legislador a oportunidade de revogar expressamente o art. 385 do Código de Processo Penal, acabando com a possibilidade do Juiz *“proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”*, disposição que não foi recepcionada pela Constituição Federal, especialmente pelo art. 129, I.

Foram alterados os incisos II, III e IV do art. 387 do Código de Processo Penal e a ele foi acrescentado um parágrafo único. O inciso II apenas foi atualizado com a nova Parte Geral do Código Penal, indicando-se agora os arts. 59 e 60 do Código Penal. No inciso III excluiu-se a referência às penas acessórias, também em consonância com a Parte Geral do Código Penal. O novo inciso IV determina, como já foi dito no início deste trabalho, que o Juiz *“fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”*

Esqueceu-se o legislador de revogar expressamente os incisos V e VI inaplicáveis desde a reforma penal de 1984 (nova Parte Geral e Lei de Execução Penal).

O novo parágrafo único do art. 387 amolda-se ao princípio da presunção de inocência, à garantia constitucional do duplo grau de jurisdição e ao direito de apelar em liberdade. Com efeito, estabeleceu-se que *“o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”* Coerentemente, a lei

---

2002.38.00.003576-0/MG - Relator: Desembargador Hilton Queiroz.

22 Código de Processo Penal comentado, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 573.

nova revogou o art. 594 do Código de Processo Penal, esquecendo-se, porém de também revogar o art. 595, não recepcionado pela Constituição Federal.<sup>23</sup> A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado n. 347 com a seguinte redação: “*O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.*”

Adiante, o **caput** do novo art. 394 prevê os dois novos procedimentos: o comum e o especial. Por sua vez, o comum poderá ser ordinário, sumário ou sumaríssimo (§ 1º.). Os procedimentos especiais são aqueles ora previstos no próprio Código de Processo Penal (Título II do Livro II e o Procedimento do Júri), ora em leis extravagantes (Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas, Lei n. 8.038/90 – Ação Penal Originária, etc.).

O procedimento comum ordinário será obedecido “*quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade*”. O sumário “*quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 quatro anos de pena privativa de liberdade*” e o sumaríssimo “*para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei*”<sup>24</sup> (incisos I, II e III do § 1º.).

O critério agora para adoção de determinado procedimento é a quantidade da pena privativa de liberdade, independentemente de se tratar de reclusão ou detenção, ressaltando-se, obviamente os crimes dolosos contra a vida e os que se submetam a procedimentos especiais.

Dispõem os §§ 2º. e 3º. do art. 394 que, salvo disposições em contrário do próprio Código ou de lei especial, o procedimento comum aplicar-se-á a todos os processos. Para os crimes dolosos contra a vida e os conexos, por exemplo, aplicar-se-ão as novas regras estabelecidas nos arts. 406 a 497 do novo Código (alterados pela Lei n. 11.689/2008).

Os §§ 4º. e 5º. estabelecem, respectivamente, que “*as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*” e que se “*aplicam subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.*”

Então vejamos; o art. 395 passou a ter a seguinte redação:

23 Veja o que escrevemos sobre o direito de apelar em liberdade, em nossa obra “Direito Processual Penal”, Salvador: JusPodivm, 2007.

24 Sobre o procedimento sumaríssimo, remetemos o leitor ao nosso livro “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: JusPodivm, 2007.

*“A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*

*“I - for manifestamente inepta; por exemplo: não observou os requisitos exigidos pelo art. 41.*

*“II - faltar pressuposto processual<sup>25</sup> ou condição para o exercício da ação penal”*; aqui também estão abrangidas as denominadas condições específicas para o exercício da ação penal, como a representação e a requisição do Ministro da Justiça. Atentar que a chamada possibilidade jurídica do pedido, menos do que uma condição para o exercício da ação penal, confunde-se mesmo com o mérito e deve ensejar um julgamento antecipado, nos moldes do art. 397, III, coberto pela coisa julgada material.

*“III - faltar justa causa para o exercício da ação penal”*, ou seja, o lastro probatório mínimo que deve lastrear uma peça acusatória, a saber: indícios suficientes e razoáveis da autoria e prova da existência do crime.

Tais hipóteses não se confundem com a sentença absolutória prevista no novo art. 397 (que veremos adiante). Aqui, trata-se de uma decisão interlocutória que não fará coisa julgada material, nada impedindo, portanto, que a ação penal seja mais uma vez iniciada, caso sejam observados os requisitos legais, presentes as condições da ação (ressalvada a possibilidade jurídica do pedido) e os pressupostos processuais (ressalvadas a perempção, coisa julgada e litispendência). O recurso cabível para combatê-la é o recurso em sentido estrito (art. 581, I).

Vejamos, então, o procedimento ordinário e o sumário; os preceitos adiante indicados aplicam-se aos dois procedimentos, até a audiência de instrução e julgamento quando, então, diferem-se, como veremos depois.

Assim, dispõe o art. 396 que, *“nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias.”*

Ou seja, caso o Juiz não rejeite desde logo a peça acusatória (ou não a receba, como preferem alguns), com fulcro em um dos incisos do art. 395 (em decisão interlocutória, a ser enfrentada com o art. 581, I),

25 A saber: um órgão investido de jurisdição, competente e imparcial; partes com capacidades jurídica, processual e postulatória; demanda; observância ao respectivo procedimento e ausência de perempção, litispendência e coisa julgada. (Sobre o assunto, Fredie Didier Jr., “Pressupostos Processuais e Condições da Ação”, São Paulo: Saraiva, 2005).

deverá recebê-la e determinar a citação do acusado para oferecimento de uma resposta preliminar, cujo prazo será de dez dias. Dispõe o parágrafo único que tendo sido o réu citado por edital este prazo de dez dias “começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.” Lembre-se que até o comparecimento do réu ou do seu advogado constituído, o processo está suspenso, por força do art. 366.

Nesta verdadeira defesa prévia, “o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.” É importante que o patrono do acusado saiba que, apesar do recebimento da peça acusatória, a sua resposta, se convincente, poderá levar desde logo à absolvição sumária, evitando os demais termos do processo, inclusive o interrogatório.

Caso não seja “apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.” Onde houver Defensoria Pública instalada, os autos ao seu representante serão enviados. Em nenhuma hipótese, sob pena de nulidade absoluta, os autos serão conclusos para a decisão sem esta resposta prévia.

Se houver alguma exceção a ser arguida, deverá ser processada “em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”. (art. 396-A, §§ 1º. e 2º.).

O art. 397 traz uma novidade importante em nosso ordenamento jurídico, que há muito carecia de uma disposição como esta. Trata-se da possibilidade do Juiz penal, desde logo, julgar antecipadamente o caso penal<sup>26</sup>, sem necessidade, sequer, de submeter o acusado ao interrogatório e às demais “cerimônias degradantes” do processo penal. É o que a lei chama de absolvição sumária (também prevista no procedimento do Júri, art. 415). Portanto, agora, temos duas hipóteses de absolvição sumária.

26 Preferimos falar em “caso penal” ou “causa penal” ou mesmo “controvérsia penal”, pois “a lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal. O conteúdo do processo pode ser apresentado pela expressão caso penal.” (Jacinto Nelson Miranda Coutinho, A Lide e o Conteúdo do Processo Penal, Curitiba: Juruá, 1998, p. 152, grifo no original).

Pois bem.

Diz o art. 397 que após a resposta preliminar “o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

“I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (art. 23 do Código Penal).

“II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; tratando-se de réu inimputável é indispensável o processo, com a presença de um curador, além do advogado, para possibilitar, confirmando-se a ilicitude e antijuridicidade do fato, a aplicação de uma medida de segurança (absolvição imprópria, nos termos do art. 386, parágrafo único, III).

“III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (ausência de tipicidade, impossibilidade jurídica do pedido).

“IV - extinta a punibilidade do agente.” (art. 107 do Código Penal).

Estas hipóteses diferem formal e substancialmente da rejeição liminar da peça acusatória (ou do não recebimento, como preferam<sup>27</sup>), pois a absolvição sumária é uma decisão de mérito, passível de fazer coisa julgada material (intangível e absolutamente imutável) e que desafia o recurso de apelação (art. 593, I).

Se o Juiz não rejeitou a peça acusatória (ou deixou de recebê-la) nem absolveu sumariamente o acusado, cabe-lhe designar “dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.” Se se tratar de réu preso “será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.”<sup>28</sup> Tal disposição aplica-se ao acusado preso na mesma cidade onde se situa o juízo processante, pois do contrário será cabível a expedição de carta precatória (nunca o interrogatório por videoconferência).

O **caput** do art. 399 parece-nos que contém um equívoco ao estabelecer que “recebida a denúncia ou queixa”, pois, na verdade a peça

27 Há setores da doutrina que fazem uma diferença entre rejeição e não recebimento. Por todos, conferir José Antonio Paganella Boschi, *Ação Penal*, Rio de Janeiro: AIDE, 3ª ed., 2002, pp. 233/234.

28 Note-se que mais uma vez o nosso legislador não fez a diferença técnica entre notificação e intimação.

acusatória já havia sido recebida, conforme previsto no art. 396; portanto, agora basta ao Juiz proceder às notificações para a audiência de instrução e julgamento, pois o recebimento e a citação do acusado já foram feitos.

Passa a estabelecer o Código que *“o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”* (art. 399, §§ 1º. e 2º.). Adota-se, agora, o princípio da identidade física do Juiz, tal como é no processo civil, ainda que não com a mesma redação do art. 132 do Código de Processo Civil. Por ele, o Juiz que colher a prova deve julgar o processo, podendo, desta forma, *“apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos; e a decisão deve ser dada enquanto essas impressões ainda estão vivas no espírito do julgador.”*<sup>29</sup>

Como afirma o Professor Dotti, é extremamente salutar a adoção deste princípio, pois *“a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável freqüência, seres humanos que desconhece”*.<sup>30</sup>

O art. 400 disciplina a audiência de instrução e julgamento, válida apenas para o procedimento ordinário, já que para o procedimento sumário adotar-se-ão as disposições dos arts. 531 e seguintes.

Agora, tal como nos Juizados Especiais Criminais também são adotados os princípios da imediatidade e da concentração dos atos processuais, pois na *“na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de sessenta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”* Ademais, *“as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”* Se forem necessários dos peritos, as partes deverão requerer previamente (art. 400, §§ 1º. e § 2º.).

A ordem de inquirição das testemunhas deve ser rigorosamente observada, sob pena de nulidade absoluta, em observância do princípio do contraditório. Admite-se excepcionalmente a inversão nos casos do art. 222 (expedição de carta precatória, pois a instrução criminal não se suspende) e art. 225 (produção antecipada de prova). Não há devido

29 Barbi, Celso Agrícola, Comentários ao CPC, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, p. 327.

30 “O interrogatório à distância”, Brasília: Revista Consulex, n. 29, p. 23.

processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

*“Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.”* (grifos no original).<sup>31</sup>

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) *“en donne une définition synthétique en considérant que ce principe ‘implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter’* (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).”<sup>32</sup>

Observa-se que o interrogatório do acusado passa a ser o último ato processual após a instrução criminal, o que vem a fortalecer a idéia de considerá-lo, além de mais um meio de prova, um autêntico e importante meio de defesa<sup>33</sup>.

Assim, *“na lei nova prevalece outra orientação: o interrogatório é o momento mais importante da auto-defesa: é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do direito de defesa, inclusive pela faculdade de permanecer em silêncio (art. 5º., LVIII, CF).”*<sup>34</sup>

Aqui vale uma advertência: o indeferimento injustificado de

31 Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

32 Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

33 Sobre interrogatório, remetemos o leitor ao nosso livro, já referido.

34 Grinover, Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, São Paulo: RT, 3ª. ed., 1999, p. 176.

provas requeridas pela defesa poderá acarretar a nulidade absoluta do ato processual pela afronta ao princípio da ampla defesa, de forma que somente quando induvidosas as intenções protelatórias da parte acusada é que legítimo será o indeferimento, sob pena de se utilizar, com sucesso, o **habeas corpus**. Caso o meio probatório requerido vise a produzir prova contra o acusado, o indeferimento poderá ensejar a correição parcial ou mesmo o mandado de segurança.

O número de testemunhas não mudou: continuam oito testemunhas, não se compreendendo neste número as que não prestaram compromisso e as referidas, podendo a parte “*desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.*” (art. 401, §§ 1º e 2º). Assim, o “*juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes*” e não “*será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa*”. (art. 209).

Após o interrogatório, “*ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.*” (art. 402), o que significa que tais requerimentos devem ser feitos de imediato e não mais em 24 horas (o que não impede que, considerando-se a complexidade do processo, seja deferido às partes um prazo maior para tais requerimentos, atentando-se apenas para que não se protele injustificada e demasiadamente o andamento processual). As primeiras diligências devem ser requeridas desde logo, ou seja, quando do oferecimento da peça acusatória ou na resposta preliminar. Já as diligências previstas no art. 402 são aquelas outras, cuja necessidade adveio após a instrução. Como lembra Tourinho Filho, comentando o antigo art. 499, “*nada obstante a clareza da norma, é comum as partes (Promotores e Advogados) aproveitarem a fase do art. 499 para requerer diligências que olvidaram quando da denúncia ou queixa ou defesa prévia.*”<sup>35</sup>

Não tendo havido qualquer requerimento “*ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por vinte minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença.*” Do indeferimento de diligências não cabe recurso, devendo o acusado utilizar-se do **habeas corpus** e a acusação da correição parcial

35 Código de Processo Penal Comentado, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 11ª. ed., 2008, p. 161.

(como vem admitindo reiteradamente a jurisprudência) ou mesmo do mandado de segurança.

Se houver mais de um réu “o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.” Já para o advogado do assistente, o prazo será de dez minutos, após as alegações finais do Ministério Público; neste caso prorroga-se “por igual período o tempo de manifestação da defesa.”

Permite a lei, excepcionalmente, considerando a complexidade do caso ou o número de acusados que o Juiz conceda às partes “o prazo de cinco dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença.” (art. 403, §§ 1º, 2º e 3º). O que deve ser evitado é a apresentação de memoriais transformar-se em regra!

Se forem requeridas diligências, fatalmente a audiência será sobrestada para o cumprimento do que foi requerido. Neste caso, prevê o art. 404 que “a audiência será concluída sem as alegações finais”. “Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença.” (parágrafo único).

Por fim, encerrando as disposições concernentes ao procedimento ordinário, temos o art. 405, **in verbis**:

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

“§ 1º. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

“§ 2º. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

Em seguida, passa-se a regulamentar o procedimento sumário, entre os arts. 531 a 538, lembrando-se que até a audiência de instrução e julgamento as disposições são comuns para os procedimentos ordinário e sumário; a diferença entre ambos inicia-se a partir da audiência de instrução e julgamento, como veremos a seguir:

“Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no

*prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.”*

Repetimos todas as observações feitas quando comentamos o art. 400. Muda o número de testemunhas (cinco), segundo o art. 532. Aplica-se “ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código.” (art. 533).

Foram revogados os §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 533.

Também neste procedimento, “as alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença.” “Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.” Se houver assistente, o seu advogado, após a manifestação do Ministério Público, terá o prazo de dez minutos para as suas alegações, “prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.” (art. 534, §§ 1º e 2º).

Dispõe o novo art. 535 que “nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.” Entendemos que só podem ser conduzidas coercitivamente as testemunhas (art. 218) e vítimas (art. 201, § 1º). Esta permissão, bem como aquela contida no art. 260, não deve ser aplicada ao acusado. Aliás, a este respeito, modificamos entendimento anterior e hoje pensamos que esta disposição do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz da Constituição, não devendo ser mais admitida a condução coercitiva, pois a conveniência quanto ao comparecimento ao interrogatório deve ser aferida pelo acusado e seu defensor, evitando-se a obrigatoriedade de participar de uma “cerimônia degrante”.<sup>36</sup>

Neste mesmo sentido, o magistério de ROBERTO DELMANTO JUNIOR:

*“Tampouco existe embasamento legal, a nosso ver, para a sua condução coercitiva com fins de interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, já que de*

<sup>36</sup> Veja-se o texto de Alexandre Duarte Quintans, disponível no endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9198>

*nada adianta o acusado ser apresentado sob vara e, depois de todo esse desgaste, silenciar. Se ele não atende ao chamamento judicial, é porque deseja, ao menos no início do processo, calar. Ademais, a condução coercitiva 'para interrogatório', daquele que deseja silenciar, consistiria inadmissível coação, ainda que indireta. (Inatividade no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 192/193).*

A propósito, veja-se esta decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região:

*“CC 2007.02.01.007301-4 - rel. Maria Helena Cisne - j. 27.02.2008 - DJU 24.03.2008 - EMENTA: PROCESSO PENAL – CORREIÇÃO PARCIAL – CONDUÇÃO COERCITIVA DE RÉU DEVIDAMENTE QUALIFICADO E IDENTIFICADO PARA SER INTERROGADO – DESNECESSIDADE – ART. 5º, LXIII, DA CRFB - CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA - O comparecimento do réu ao interrogatório, quando devidamente qualificado e identificado, constitui uma faculdade e não um dever do mesmo. Apenas em situações excepcionais poderá o Magistrado promover a condução coercitiva do acusado, nos termos do art. 260, do CPP.- A CRFB, ao permitir ao acusado calar-se diante do Juiz, demonstra que o interrogatório não é imprescindível para o deslinde da causa, devendo o réu, desde que devidamente citado, arcar com o ônus processual de seu não comparecimento. Correição Parcial indeferida.”*

Foram revogados os §§ 1º e 2º do art. 535.

Segundo o art. 536, *“a testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código.”* Foi revogado o art. 537.

Pelo art. 538, *“nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.”* Aqui faz-se referência àquelas duas causas modificadoras da competência previstas na Lei n. 9.099/95: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único)<sup>37</sup>. É importante ressaltar que

37 “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - SEÇÃO CRIMINAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 590-9/194 (200603891424) - Relator: Des. Elcy Santos de Melo - EMENTA: Processual Penal. Conflito negativo de competência. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Autor do fato não encontrado. Deslocamento da competência. Justiça Comum. Art.66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Encontrando-se o autor

neste caso o procedimento será o sumário, mas devem ser aplicados na vara comum os arts. 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, pois se tratam de medidas de caráter penal, benéficas, aplicáveis em qualquer processo, independentemente do respectivo procedimento (ressalvando o disposto no art. 90-A da Lei n. 9.099/95 e no art. 41 da Lei 11.340/06, ambas disposições, aliás, que nos parecem inconstitucionais, por ferirem o princípio da isonomia e o da proporcionalidade).

Foram revogados todos os parágrafos deste art. 538, bem como os arts. 43 (rejeição da denúncia ou queixa, agora prevista no art. 395); art. 398 (substituído pelo art. 401); arts. 498, 499, 500, 501, 502 (novo procedimento ordinário); arts. 537, 539, 540 (novo procedimento sumário), art. 594 (substituído pelo art. 387, parágrafo único), os §§ 1º e 2º do art. 366; os §§ 1º a 4º do art. 533 (novo procedimento sumário), os §§ 1º e 2º do art. 535 (idem) e os §§ 1º a 4º do art. 538 (idem).

---

*do fato em local incerto e não sabido e, portanto, inadmissível a sua citação pessoal, correta a postura do juiz do Juizado Especial Criminal em determinar a remessa dos autos para a Justiça Comum, a teor do que determina o art. 66, parágrafo único, da Lei n.9.099/95, ali firmando a sua competência, ainda que presente nos autos o endereço atualizado do acusado ou sendo este encontrado após o deslocamento processual. Conflito provido.” Idem: “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - Ementa: Processual Penal. Conflito negativo de jurisdição. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Paciente não encontrado. Modificação da competência para o juízo comum: artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito procedente. Não localizado o autor do fato delituoso para a citação na forma pessoal perante o juizado especial criminal, dá-se o deslocamento da competência para o juízo criminal comum julgar e processar o feito, nos termos do artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito conhecido e provido. Competência do juiz suscitado.” (Conflito de Competência n. 520-4/194 - 200400741029 – Rel. Des. Floriano Gomes).*



## A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PROVAS

Rômulo de Andrade Moreira  
*Promotor de Justiça do Estado da Bahia*  
*Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS*

A Lei n. 11.690/2008, que entrará em vigor no dia 11 de agosto de 2008<sup>1</sup>, alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, além de outros, como veremos a seguir.

Permanecemos, como não poderia ser diferente, com o sistema do livre convencimento fundamentado, pois diz o novo art. 155 que o “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (grifo nosso).

Lamentavelmente acrescentou-se o advérbio exclusivamente que não constava do texto do anteprojeto entregue ao Ministério da Justiça pela Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover e que deu origem

---

1 A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 10 de junho de 2008, entrando em vigor 60 dias depois de oficialmente publicada, na forma do art. 3º. da mesma lei. Segundo o art. 8º. da Lei Complementar n. 95, “A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.” Pelo seu § 1º. “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.” (Grifamos).

ao Projeto de Lei n. 4.205/2001.<sup>2</sup>

Se é verdade que a expressão “*prova produzida em contraditório judicial*” fortalece a exigência constitucional da observância do devido processo legal, o certo é que o acréscimo do referido advérbio de exclusão fez cair por terra o que desejavam os autores do anteprojeto.

Ao prescrever que o Juiz não pode fundamentar a sua decisão exclusivamente nos atos investigatórios, **a contrario sensu**, defere-se ao Magistrado a possibilidade de motivar a sua sentença com base em alguns elementos informativos colhidos na investigação (ainda que não todos), o que é uma afronta à Constituição Federal. A lei deveria sim proibir categoricamente a utilização de quaisquer elementos informativos adquiridos na primeira fase da **persecutio criminis**, salvo, evidentemente, as provas irrepetíveis, antecipadas e produzidas cautelarmente.

Como se sabe, na fase investigatória, que é inquisitiva, não se permite o exercício pleno do contraditório, nem tampouco a ampla defesa o que macula qualquer decisão tomada com base em elementos colhidos naquela fase anterior. Assim, salvo as ressalvas feitas pela lei (*as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*), aliás, perfeitamente compreensíveis, os atos investigatórios produzidos na peça informativa devem ser repetidos para que valham como meios de prova idôneos para o julgador.<sup>3</sup>

Ressalve-se que tais provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas devem se submeter, quando possível, ao contraditório prévio e ser produzidas na presença de um Juiz de Direito, do Ministério Público e de um defensor (seja dativo ou constituído), salvo absoluta impossibilidade, como no caso da realização urgente de um exame de corpo de delito; nesta última hipótese, difere-se o contraditório para a fase judicial.

Prova irrepetível é aquela que não pode mais ser reproduzida em Juízo, em razão, por exemplo, de terem desaparecidos os vestígios do crime, o que impossibilitará a realização de um novo exame de corpo de delito (ressalvando-se, como dito, a possibilidade de contestação do

---

2 Sobre a reforma do Código de Processo Penal e os demais projetos de lei, veja-se o que comentamos em nosso *Direito Processual Penal*, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

3 Sobre o valor probatório dos atos investigatórios produzidos no inquérito policial, veja-se o nosso *Direito Processual Penal*, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

laudo pericial realizado, mesmo porque, segundo o art. 182 do Código de Processo Penal, não se trata de um meio de prova de idoneidade absoluta); outro exemplo é o depoimento da vítima prestado durante o inquérito policial, quando esta já tenha falecido na época da instrução criminal.

No art. 225 do Código de Processo Penal temos um exemplo de prova antecipada: “*Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.*”. Neste caso, a ouvida de uma “testemunha de defesa” antes de uma “de acusação”, invertendo-se a ordem determinada pelo Código (art. 400 com a redação dada pela Lei n. 11.719/08) e exigida pelo princípio do contraditório, não gerará nulidade, desde que a providência tenha sido realmente imprescindível.

Como prova de natureza cautelar, cita-se a busca e apreensão disciplinada nos arts. 240 e seguintes do Código de Processo Penal, com as ressalvas feitas em alguns daqueles dispositivos, a saber: art. 240, § 1º, f (cfr. art. 5º, XII da Constituição Federal), art. 241 (quando dispensa a expedição de mandado), art. 242 (ordem determinada de ofício pelo Juiz, ferindo o sistema acusatório). Obviamente que como toda medida cautelar, deve-se atentar para os seus conhecidos pressupostos (**periculum in mora** e **fumus commissi delicti**), sem os quais será ela incabível e, por conseguinte, não valerá para subsidiar uma sentença. Ademais, tais provas devem ser aquelas “*consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*”, segundo complementa o novo art. 156, I.

O parágrafo único do art. 155 prescreve, tal como conhecíamos, que “*somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil*”; a propósito, já ensinava Câmara Leal que “*a prova do estado das pessoas fica subordinada às regras civis para sua produção*”<sup>4</sup>, como no casamento, a idade, filiação, etc. Aliás, exatamente por isso, quando se trata de questão prejudicial relativa ao estado civil das pessoas, o Juiz da ação penal deve deixar a solução da controvérsia para o Juiz Cível, pois se trata de uma “questão prejudicial de devolução obrigatória” (art. 92 do Código de Processo Penal). Na verdade, como explica Antonio

---

4 Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 429.

Scarance Fernandes, “o que é obrigatória ou facultativa é a suspensão do processo em face da existência de prejudicial.”<sup>5</sup>

O novo art. 156 repete, em parte, o atual, ao dizer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, facultando-se, porém, ao Juiz, de ofício o seguinte:

*“I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;*

*“II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”*

Lamentavelmente continua o nosso Código de Processo Penal estabelecendo uma regra só aplicável para os processos cíveis, qual seja a de caber o ônus da prova a quem alega. Tal disposição é absolutamente inaplicável em processo penal, onde o ônus da prova é sempre da acusação, em razão dos princípios da presunção de inocência e do **in dubio pro reo**. Estabelecer simples e categoricamente que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, repetindo o Código de Processo Civil (art. 333, I e II), é fazer tábula rasa do referido princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º., LVII da Constituição Federal).

Aliás, encontramos na jurisprudência uma ou outra decisão que faz recair o ônus da prova sobre os ombros da acusação, ainda que a defesa alegue algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Neste sentido, por exemplo, esta decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região:

*“Cabe à acusação, preleciona o jurista Fernando da Costa Tourinho Filho, ‘provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação` (Processo Penal. 14.ed. Saraiva: São Paulo, 1993. v. III, p. 213). Assim, não tendo o Ministério Público Federal arcado com o ônus material de provar a imputação penal atribuída ao réu na denúncia, encargo que lhe é conferido pelo art. 156, 1ª parte, do CPP, deve ser reformada a r. sentença condenatória em relação aos crimes dos arts. 334, § 1º, alínea “c”, e 288, ambos do CP.” (Apelação n. 2005.04.01.009927-8).*

5 “Prejudicialidade”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 89 (obra já esgotada).

No mesmo sentido, decidiu-se no Tribunal Regional Federal da 2ª. Região: “Necessidade de se harmonizar as regras do ônus da prova com o princípio processual penal do **in dubio pro reu**, diante do qual resta que não faz sentido exigir que o próprio acusado prove que não praticou o crime, ônus esse que cabe ao Estado, demonstrando que o agente efetivamente violou o tipo penal.” (Apelação n. 2002.50.01.005932 – 9).

Mesmo no Superior Tribunal de Justiça, como se observa do julgado a seguir transcrito:

“**Habeas Corpus** n. 27.684 - Relator: Ministro Paulo Medina: (...) O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.2. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art.1 56 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal.” Do voto lê-se: “(...) Estarrecido estou com o teor do decreto condenatório, porquanto o trecho transcrito corresponde à integralidade da fundamentação. Nada mais há; sequer uma só referência à prova produzida pelo órgão ministerial, seja quanto aos fatos objetivamente considerados, seja com relação ao elemento subjetivo do tipo, ou seja, o intuito de fraudar. Não houve qualquer apreciação das provas produzidas pela acusação para firmar o juízo condenatório, mas, ao contrário, afirmou-se que não logrou o acusado provar inverídicos os fatos a ele imputados, numa inaceitável inversão do ônus da prova ao presumir, juris tantum, como verdadeira a narrativa do Parquet, incumbindo ao réu o dever de desconstituir tal presunção. É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM: ‘O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu. Assim, o ônus da prova, na ação penal condenatória é todo da acusação/ e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado/, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do Código de Processo

*Penal com o salutar princípio in dubio pro reo.* (Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: forense, 2000, p. 214)."

Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça traduz perfeitamente a idéia de que o Processo Penal é, antes de tudo, "*um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado.*" Para Alberto Binder, por meio do Processo Penal "*procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa*"<sup>6</sup>

Atentemos, outrossim, para a lição do mestre argentino Julio Maier, segundo a qual "*la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde al imputado o, de otra manera, que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador y, también, que toda la teoria de la carga probatória no tiene sentido en el procedimiento penal. (...) El imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible.*"<sup>7</sup>

Concordamos também com Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, que "*na persecução penal, todo ônus probatório é da acusação.*"<sup>8</sup>

Também no Supremo Tribunal Federal:

**"Habeas Corpus n. 73338, de 19/12/1996 - EMENTA: HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU- CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. O reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe**

6 Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25, na tradução de Fernando Zani.

7 Derecho Procesal Penal – Fundamentos – Tomo I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2ª. ed., 1999, p. 507.

8 Nova Lei de Drogas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 139.

*demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, art. 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público (grifo nosso). A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. (grifo nosso). Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de*

*liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet.”*

No mesmo sentido:

*“TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – 2007.059.08360 - HABEAS CORPUS - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - DES. CARLOS AUGUSTO BORGES - Julg: 29/01/2008 - Se a denúncia imputa ao agente a prática de crime omissivo impróprio, deve descrever de modo claro e objetivo, com todos elementos estruturais, essenciais e circunstanciais, o fato que o coloca em posição de garantia da não superveniência do resultado típico, que não subsume apenas da qualificação funcional do agente, pois não se admite a responsabilidade penal objetiva. A deficiente descrição dos fatos não favorece a identificação do dever jurídico de atuar, com um inelutável prejuízo para a defesa, que se vê numa anômala condição de demonstrar a não ocorrência de um fato não descrito e imputado, que importaria, em última análise, em inversão do ônus da prova no processo penal instaurado com o recebimento da denúncia. Afinal, é quanto aos fatos que é feita a denúncia e não em relação à eventual*

*capitulação dada a uma suposta infração penal praticada pelo denunciado. Writ que se concede em parte para rejeitar a denúncia por inépcia.”*

Outrossim, repete-se aqui o equívoco de se permitir ao Juiz de Direito atividade de natureza eminentemente persecutória (agir de ofício), o que significa um gravíssimo atentado aos postulados do sistema acusatório.<sup>9</sup>

A propósito, Juan Montero Aroca adverte que *“si el medio de prueba practicado de oficio por el tribunal de instancia tiene por objeto la comprobación de los hechos, esto es, se dirige a probar su existencia o inexistencia, se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva del tribunal.”*<sup>10</sup>

Em consonância com o art. 5º., LVI, a lei passa a considerar, no art. 157, *“inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”*, bem como aquelas *“derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”* (§ 1º.)

Neste ponto a lei tratou não somente das provas ilícitas, como também das chamadas provas ilícitas por derivação, baseadas na doutrina do **fruit of the poisonous** ou **the tainted fruit**, o que já era, na doutrina nacional, uma ideia mais ou menos pacífica.<sup>11</sup> Esta disposição é válida tanto em relação às provas ilícitas como às ilegítimas, para quem as diferencia.<sup>12</sup>

A propósito, Marco Antônio Garcia de Pinho afirma que *“a questão das provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas provas e matérias processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida é, sem dúvida, uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência. Trata-se*

9 A esse respeito, veja-se o que dissemos sobre a atividade persecutória do juiz no processo penal acusatório no artigo *“A PRISÃO, AS MEDIDAS CAUTELARES E A LIBERDADE NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”*, inserido em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

10 Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 89.

11 A respeito confira-se a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, Interceptação Telefônica, São Paulo: RT, 1997.

12 Ada, Scarance e Magalhães Gomes, por exemplo, esclarecem que *“quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.”* (As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, 5ª. ed., 1996, p. 116).

*da prova que, conquanto isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita. Nesse caso, hoje, nossos tribunais vêm tomando por base a solução da Fruits of the Poisonous Tree, adotada pela US Supreme Court. Esse entendimento, na doutrina pátria, é adotado, dentre outros autores, por Grinover e Gomes Filho. Já Avolio, também tratando com maestria sobre o assunto, concluiu não ser possível a utilização das provas ilícitas por derivação no nosso direito pátrio. Há pouco mais de dez anos, em maio de 1996, o STF confirmou sua posição quanto à inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, posicionamento, hoje, ainda mais pacífico tendo à frente a ministra Ellen Gracie e os ministros como Gilmar Mendes, Peluzo e Joaquim Barbosa. A prova ilícita por derivação se trata da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu ou derivou de outra prova, tida por ilícita. Assim, a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita. É tradicional a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos “Frutos da Árvore Envenenada” —Fruits of the Poisonous Tree— que explica adequadamente a proibição da prova ilícita por derivação.”*

Esclarece este mesmo autor “*que se sustenta um argumento relacional, ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição **sine qua non** e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência da referida ilegalidade originária*<sup>13</sup>. Estabelecida a relação, decreta-se a ilegalidade. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexa causal. É possível que tenha havido ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento de modo a se fazer possível a admissão de determinada prova porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente.”<sup>13</sup>

Em determinada oportunidade, decisão do Ministro Celso de Mello suspendeu, cautelarmente, processo penal em trâmite na 6ª. Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro pela suposta prática de crime contra a ordem tributária praticado por um empresário e contador português. O pedido do acusado foi feito por meio do Habeas Corpus (HC) 93050. A defesa afirma que em agosto de 1993 uma das sedes da empresa foi invadida pela Polícia Federal, e as provas

13 “Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal”, [http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler\\_noticia.php?idNoticia=34917](http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917)

obtidas pelo Ministério Público Federal foram fruto desta operação, realizada sem autorização judicial, na ausência dos sócios e sob coação de funcionários. Portanto, “*provas obtidas por meios ilícitos*”. Tal diligência, afirmam os advogados, transgrediu as garantias fundamentais contidas no artigo 5º. da Constituição Federal. Para o relator, ministro Celso de Mello, parte do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, questionado pela defesa, “*parece demonstrar que tal decisão teria considerado válida prova qualificada pela ilicitude por derivação*”. Isto porque, segundo a decisão atacada, a documentação que embasou o início da ação penal resultou de fiscalização ocorrida em outra empresa que não a do acusado. Segundo Celso de Mello, a decisão do STJ contém afirmação que conflita com a jurisprudência do Supremo sobre prova ilícita, “*quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação*”. Assim, o relator deferiu o pedido de medida liminar para suspender, cautelarmente, até o final do do habeas corpus, o andamento do Processo-crime nº 96.00.26361-2, que tramita na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ. Fonte: STF.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “*prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual). Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual). O fato de uma prova violar uma regra de direito processual, portanto, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial (isso está vedado pela CF, art. 5º, X, que nesse caso exige ordem judicial assim como pelo CPP -art. 240 e ss.). Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material (constitucional) e outra processual. Conclusão: o que é decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o locus da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5.º, inc. LVI com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP, vê-se que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denilson Feitoza, Direito processual penal, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812).”*

Lembra, ainda, Luiz Flávio Gomes que “*dizia-se que a CF, no art. 5.º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilegítimas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem (há exceções, como veremos), mas os sistemas seriam distintos. Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto). Quando o art. 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (cf. Mendes, Gilmar Ferreira et alii, Curso de Direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, que sublinham: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”)*. Paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No seu art. 8.º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita. Uma das garantias previstas no art. 8.º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção). Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade).<sup>14</sup>”

Esta disposição chega a ser despidianda em razão do referido comando constitucional. É a nossa velha mania de achar que se não estiver previsto em uma lei (infraconstitucional) não está no ordenamento jurídico, ainda que esteja na Constituição Federal!

Entendemos que o ato judicial que determina o desentranhamento das provas ilícitas tem a natureza de decisão interlocutória com força de definitiva,

14 “Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade”, [www.paranaonline.com.br](http://www.paranaonline.com.br), 22/06/2008.

razão pela qual desafia o recurso de apelação (art. 593, II do Código de Processo Penal). A natureza desta decisão vem reforçada pelo § 3º. deste mesmo art. 157 (“*preclusa a decisão de desentranhamento*”), pois, como se sabe, a preclusão é fato processual próprio de decisões que não tratam do mérito propriamente dito. Para estas, reserva-se o efeito da coisa julgada (evidentemente que a diferença entre preclusão e coisa julgada não se resume a esta circunstância).

Caso se entenda não se tratar de uma decisão com força de definitiva, e não havendo recurso previsto em lei, a solução será a utilização da correição parcial ou do mandado de segurança.

Foram acrescentados mais dois parágrafos ao art. 157, considerando-se “*fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*”

A respeito, mais uma vez transcrevemos a lição de Marco Antônio Garcia de Pinho:

“*De se ressaltar que se sustenta um argumento relacional, ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição **sine qua non** e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência da referida ilegalidade originária. Estabelecida a relação, decreta-se a ilegalidade. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexa causal. É possível que tenha havido ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento de modo a se fazer possível a admissão de determinada prova porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente.*”<sup>15</sup>

Ademais, estabelece-se que “*preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.*”

Quanto às perícias houve nova modificação em relação àquela já ocorrida com a Lei n. 8.862/94. Assim, ao invés de dois peritos oficiais, a nova redação do art. 159 estabelece que “*o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior*” que, na

15 “Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal”, [http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler\\_noticia.php?idNoticia=34917](http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917)

sua falta, será realizado, agora sim, “por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”; neste último caso, os peritos não oficiais deverão prestar “o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo”, sujeitando-se, inclusive, às sanções penais previstas no art. 342 do Código Penal. Assim, para a realização de um exame cadavérico ou de lesões corporais, na falta de perito oficial, devem ser escolhidos, de preferência, dois médicos, ou um médico e um enfermeiro, ou um médico e um odontólogo. Para a realização de um exame pericial em uma porta arrombada, nomeia-se, preferencialmente, dois engenheiros, ou um engenheiro e um arquiteto, e assim por diante...

Bem de ver que se se tratar “de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (art. 159, § 7º.).

Ainda sobre os peritos, o art. 2º. desta lei traz uma norma de caráter transitório, disciplinando que “aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.”

Uma grande e alvissareira novidade é a possibilidade agora de assistentes técnicos no processo penal. Diz o § 3º. do art. 159 que “serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”, que “atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.”

Pela utilização dos vocábulos “assistente de acusação” (que só é admissível a partir do início da ação penal, segundo o art. 268 do Código de Processo Penal<sup>16</sup>), “querelante” e “acusado” infere-se que esta faculdade deve ser dada apenas na fase judicial. Por outro lado, se não é possível ao indiciado formular quesitos e indicar assistente técnico, evidentemente que na primeira fase da **persecutio criminis**, tampouco será permitido ao Ministério Público e ao ofendido fazê-lo. Seria uma violação inequívoca ao princípio da paridade

---

16 Sobre o assistente, veja-se o que comentamos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

de armas.

Em reforço a este entendimento, observa-se que o § 5º., acrescentado ao art. 159, prevê que no “*curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.*” (grifo nosso).

Caso haja “*requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.*”

Esta lei também alterou o art. 201 do Código de Processo Penal. O Capítulo V do Título VII passa a ter a seguinte epígrafe: “*Do Ofendido*”, ao invés do antigo “*Das Perguntas ao Ofendido*”. Porém, o **caput** continua com a mesma redação, sendo que o antigo parágrafo único foi renumerado para o § 1º., mantendo-se, no entanto, o mesmo texto.<sup>17</sup>

A inovação é que foram acrescentados mais cinco parágrafos com a nítida e salutar finalidade de proteção dos interesses da vítima. Nota-se, com Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho que esta lei insere-se “*no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.*”<sup>18</sup>

García-Pablos, por exemplo, informa que “*o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator; relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual*”.<sup>19</sup>

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela “*falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos*

17 Sobre o ofendido, veja-se o que comentamos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

18 Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. ed., 2005, p. 110.

19 Antonio García-Pablos de Molina, Criminologia, São Paulo: RT, 1992, p. 42, tradução de Luiz Flávio Gomes

valores ultrajados”.<sup>20</sup>

Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino:

*“Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero;”* (...) mesmo porque *“se señala que com frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’”*<sup>21</sup>. Nesse sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes.<sup>22</sup>

Dois juristas italianos, Michele Corra e Danilo Riponti, também anotaram:

*“Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quella così clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società.”*<sup>23</sup>

Pois bem.

O § 2º. determina que *“o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.”*<sup>24</sup>

20 Juan H. Sproviero, La víctima del delito y sus derechos, Buenos Aires: Depalma, p. 24

21 Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 21, p. 422.

22 O Papel da Vítima no Processo Criminal, Malheiros Editores, 1995. Indicamos também o trabalho intitulado “El papel de la víctima en el proceso penal según el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación”, por Santiago Martínez (Fonte: www.eldial.com – 12/08/2005).

23 La Vittima nel Sistema Italiano Della Giustizia Penale – Un Approccio criminologico, Padova, 1990, p. 144.

24 Ressalte-se a impropriedade técnica em falar-se de manutenção ou modificação de sentença, quando se sabe que o acórdão, na verdade, substitui a primeira decisão, representando um novo título.

Tais comunicações, segundo o § 3º., “*deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.*” É preciso, no entanto, máxima cautela na utilização, por exemplo, de e-mail, especialmente para que não restem dúvidas quanto à respectiva cientificação.

Uma observação urge: é sabido que o art. 598 e seu parágrafo único estabelecem que “*o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente*” tem legitimidade para apelar (além de interesse, evidentemente) quando, “*nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal*”, deferindo, inclusive, um prazo bem maior para o recurso (quinze dias a partir da data em que terminar o prazo do Ministério Público).

Ora, a doutrina sempre justificou e admitiu este prazo em triplo concedido à vítima não habilitada como assistente (e aos seus sucessores), exatamente em razão do ofendido (e aquelas demais pessoas) não terem sido intimados da sentença, razão pela qual se justificava um prazo maior pela dificuldade de conhecimento da decisão. Agora, no entanto, estabelecendo a lei que da sentença será também intimada a vítima, parece-nos, à luz do princípio da igualdade, que o prazo deve ser o mesmo de cinco dias previsto no **caput** do art. 593 do Código de Processo Penal, tornando-se inaplicável o prazo previsto no parágrafo único do art. 598.

Ressalte-se, com Humberto Ávila, que a igualdade (que ele denomina de postulado) “*estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).*” Para ele, a proporcionalidade (que também seria um postulado) “*aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.*”<sup>25</sup>

Tal princípio está previsto expressamente no art. 5º., **caput** da Constituição Federal e “*significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.*” Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes,

25 Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

a igualdade “ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”<sup>26</sup>

Para Ignacio Ara Pinilla, “la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.”<sup>27</sup>

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”<sup>28</sup>

E se a vítima já faleceu? Entendemos que subsiste a obrigação de comunicação aos seus sucessores em conformidade com a ordem estabelecida nos arts. 31 e 36 do Código de Processo Penal. Parece-nos que somente assim poderemos preservar a **mens legislatoris**.

Estabelece o § 4º. que, “antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.” Esta medida é tão apropriada quanto de difícil operacionalização na prática, conhecendo-se a estrutura dos nossos fóruns criminais.

Já o § 5º tem seguinte redação: “Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.”

Questão que não foi esclarecida pela lei é como se pode obrigar o ofensor a custear, ainda que tenha condições econômicas e financeiras, este atendimento multidisciplinar à vítima, especialmente antes de uma sentença condenatória. Aliás, mesmo após a sentença condenatória. Observa-se que a nova redação

26 O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

27 “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, artigo que compõe a obra coletiva denominada “El Principio de Igualdad”, coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

28 Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

dada ao art. 387, IV (Lei n. 11.719/08) refere-se apenas à fixação de um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, o que não implica em custear, por exemplo, um tratamento psicossocial que pode levar até anos...

Por fim, o último parágrafo determina que o Juiz de Direito deve tomar “*as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.*” Tais medidas, se efetivamente forem levadas a efeito, serão de grande valia e utilidade, principalmente quando se trata de ofendido em crimes contra os costumes e em relação a crianças e adolescentes vítimas. Nesse sentido, veja-se o art. 5º, LX da Constituição Federal.

Não esqueçamos que no Brasil já temos uma lei específica a respeito do assunto, a Lei n. 9.807/99, regulamentada pelo Decreto n. 3.518/00, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, além de instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Para a implementação deste Programa, os Estados<sup>29</sup>, a União e o Distrito Federal poderão celebrar convênios com entidades não-governamentais, sob a supervisão do Ministério da Justiça.

A nova lei alterou também alguns dispositivos do Código de Processo Penal que tratam sobre a prova testemunhal.<sup>30</sup> Assim, ao art. 210, cujo **caput** não foi alterado, acrescentou-se um parágrafo único nos seguintes termos:

“*Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.*” Repetimos o que afirmamos acima: esta medida é tão apropriada quanto de difícil operacionalização na prática, conhecendo-se a estrutura dos nossos fóruns criminais.

A novel redação do art. 212 estabelece que “*as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que*

<sup>29</sup> Veja em nossa obra já referida, artigo sobre como funciona este programa no Estado da Bahia e a sua ligação com o Ministério Público Estadual.

<sup>30</sup> Sobre todos os aspectos da prova testemunhal, mais uma vez remetemos o leitor ao que escrevemos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

*puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*” Evidentemente que “*sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*” (parágrafo único).

Aqui, abandonando o nosso sistema tradicional de ouvida das testemunhas, que era o presidencialista, adotou-se o sistema da **cross examination**. A propósito, veja-se a lição de Fredie Didier Jr.: “*No direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A **direct-examination** (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a **cross-examination** (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule n. 611, 'a'). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar a as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercitado, porém. O papel do magistrado é, portanto, bem diverso (e mais restrito) do que aquele para ele previsto no direito processual brasileiro: no direito anglo-americano, o magistrado é coadjuvante e as partes, por seus advogados, os grandes protagonistas. Esse modo de produção da prova é manifestação da ideologia liberal que orienta o processo da **common law**, principalmente o processo estadunidense, de caráter marcadamente **adversarial** (dispositivo), em que deve prevalecer a habilidade das partes sem a interferência do magistrado. Segundo MICHELE TARUFFO, trata-se de manifestação de uma concepção ‘esportiva’ (competitiva) da justiça, de modo a exprimir um dos valores fundamentais do processo da **common law**: o combate individual como método processual.*” (Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, Salvador: Editora JusPodivum, 2007).

Criticando o procedimento presidencialista, afirma o Professor René Ariel Dotti que esta “*regra sexagenária, não é o melhor caminho para apurar a verdade material, objetivo essencial do processo criminal. E são vários os inconvenientes. O primeiro deles é o tempo que a testemunha dispõe para mentir ou omitir a verdade se quiser trair o compromisso legal de “dizer a verdade sobre o que souber e lhe for perguntado” (CPP, art. 203). O segundo é a intervenção do Juiz entre a pergunta da parte e a resposta com prejuízo para o esclarecimento de detalhe sobre o fato típico ou conduta de réu ou vítima. O terceiro é a perda de objetividade que é um corolário lógico do princípio de economia processual. O quarto é a falsa impressão causada à testemunha acerca do papel de cada um dos protagonistas da audiência, parecendo ao leigo que os procuradores exercem atividade menor. O cross-examination é o método da pergunta (ou repergunta) direta à testemunha, réu ou vítima, utilizado em*

*países como a Inglaterra e os Estados Unidos, onde as experiências sobre a colheita da prova são bem sucedidas.*<sup>31</sup>

Alterou-se, sutilmente e para melhor, o art. 217, estabelecendo que “*se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.*” Neste caso, segundo o parágrafo único acrescentado, a adoção de tais medidas “*deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.*”

O antigo art. 217 não previa esta medida (excepcional, diga-se de passagem) a ser aplicada em favor também do ofendido.

Permite-se a oitiva das testemunhas e do ofendido por videoconferência, mas não o interrogatório do acusado. Aliás, em sessão realizada no dia 14 de agosto de 2007, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que interrogatório realizado por meio de videoconferência viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Dos cinco ministros que integram a Turma, quatro participaram da votação. Somente o Ministro Joaquim Barbosa estava ausente. A decisão foi tomada no julgamento do **Habeas Corpus** n. 88914 concedido em favor de um condenado a mais de 14 anos de prisão por extorsão mediante sequestro e roubo. Os Ministros anularam, a partir do interrogatório, o processo-crime aberto contra ele na 30ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo ao julgarem ilegal o ato, realizado por meio de videoconferência. O interrogatório, determinado por juiz de primeiro grau, foi em 2002. O Ministro Cezar Peluso relatou o caso e afirmou que “*a adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal*” e torna a atividade judiciária “*mecânica e insensível*”. Segundo ele, o interrogatório é o momento em que o acusado exerce seu direito de autodefesa. Ele esclareceu que países como Itália, França e Espanha utilizam a videoconferência, mas com previsão legal e só em circunstâncias limitadas e por meio de decisão devidamente fundamentada. Ao contrário, no Brasil ainda não há lei que regulamente o interrogatório por videoconferência. “*E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto*”, afirmou Peluso. Segundo o Ministro, no caso

---

31 “*Cross-examination e a simplificação das audiências*” (O Estado do Paraná, 11/11/2007)

concreto, o acusado sequer foi citado com antecedência para o interrogatório, apenas instado a comparecer, e o juiz em nenhum momento fundamentou o motivo de o interrogatório ser realizado por meio de videoconferência. Os argumentos em favor da videoconferência, que traria maior celeridade, redução de custos e segurança aos procedimentos judiciais, foram descartados pelo ministro. “*Não posso deixar de advertir que, quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante.*” O Presidente da Turma, Ministro Celso de Mello, afirmou que a decisão “*representa um marco importante na reafirmação de direitos básicos que assistem a qualquer acusado em juízo penal*”. Para ele, o direito de presença real do acusado durante o interrogatório e em outros atos da instrução processual tem de ser preservado pelo Poder Judiciário. O Ministro Eros Grau também acompanhou o voto de Cezar Peluso. Gilmar Mendes não chegou a acolher os argumentos de violação constitucional apresentados por Peluso. Ele disse que só o fato de não haver lei que autorize a realização de videoconferência, por si só, já revela a ilegalidade do procedimento. “*No momento, basta-me esse fundamento claro e inequívoco.*” Fonte: STF.

Os efeitos desta decisão do Supremo Tribunal Federal começaram a ser sentidos nas instâncias inferiores. No dia 17 de agosto de 2007, a 3ª. Vara Criminal de São Paulo cancelou seis tele-audiências de supostos envolvidos com a organização criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC). O depoimento dos oito réus presos suspeitos de participar e comandar três ondas de ataques criminosos na cidade de São Paulo estava marcado para esta sexta-feira, no Plenário 7 do Fórum Criminal da Barra Funda. No começo da sessão, a juíza Mônica Sales pediu que os advogados das partes se manifestassem sobre a conveniência do depoimento por vídeo. Os advogados de seis réus sustentaram que o direito de defesa de seus clientes estaria prejudicado, já que não poderiam orientá-los de forma precisa. A juíza acolheu o argumento e mandou expedir carta precatória para ouvir os acusados. “*A videoconferência, apresentada sob o manto da modernidade e da economia, revela-se perversa e desumana, pois afasta o acusado da única oportunidade que tem para falar ao seu julgador. Pode ser um enorme sucesso tecnológico, mas configura-se um flagrante desastre humanitário*”, defende o advogado criminalista Luiz Flávio Borges D’Urso, então Presidente da OAB paulista. A juíza Mônica Sales não era obrigada a seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal, porque o entendimento se aplicou apenas ao pedido de **Habeas Corpus** julgado pela 2ª Turma. Mas, para evitar que futuramente todos os atos processuais pudessem ser anulados, quando os recursos deste processo comessem a chegar ao Supremo, seguiu

a orientação.<sup>32</sup>

Sempre posicionamo-nos contrariamente ao interrogatório **on line**, a distância ou por videoconferência. Desde a primeira edição do nosso “Direito Processual Penal”, em 2003<sup>33</sup>, escrevemos contrariamente a esta prática que então se iniciava no País. Participamos de vários debates, opondo-nos insistentemente àqueles que apregoavam as vantagens da iniciativa. As razões eram e são várias.

De toda maneira, prefere-se a videoconferência para ouvir uma testemunha ou ofendido que a realização de uma audiência de instrução sem a presença física do acusado.

Por fim, a lei ora comentada modificou o art. 386 do Código de Processo

---

32 Fonte: Revista *Consultor Jurídico*, 18 de agosto de 2007. Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, e por fundamento diverso, a 7ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou nulo o depoimento por videoconferência de uma testemunha que estava nos Estados Unidos, em processo que tramitava na 2ª. Vara Federal Criminal de Curitiba. A defesa impetrou um habeas corpus no TRF, em Porto Alegre, pedindo a suspensão da audiência on-line após ter sido marcada pela justiça. Os advogados alegaram que essa forma de depoimento não estaria prevista em lei, que não foram avisados do local onde estaria a testemunha no país estrangeiro, que nenhum ato processual poderia ser realizado sem a presença da defesa e que existiria risco de manipulação da testemunha pela acusação. O relator do processo no tribunal, Desembargador Federal Néfi Cordeiro, após analisar o habeas corpus, concluiu que o Código de Processo Penal, ainda que não fale da modalidade de colheita de prova *on line*, visto que foi redigido antes do desenvolvimento dessa tecnologia, admite a realização de qualquer meio de prova não vedado por lei. “*Pessoalmente, penso que, inobstante as restrições trazidas pela doutrina, são tão grandes as vantagens do uso da tecnologia para a oitiva à distância e tão possíveis de controle os pequenos riscos, que esse meio de prova tenderá a cada vez mais ser utilizado*”, declarou Cordeiro. Para o Magistrado, a ilegalidade ocorreu quando o ato foi realizado sem que fosse oportunizada a presença dos advogados no local. “*A realização de audiência para inquirição de testemunha, sem que os réus e seus advogados tenham sido corretamente intimados, viola o princípio da ampla defesa*”, disse Cordeiro. O Desembargador frisou que a anulação do depoimento como prova não foi devido à sua realização *on line*, observando, inclusive, que no TRF já existe norma administrativa autorizando o uso da videoconferência. A turma concordou que a audiência *on line* é viável, desde que o ato seja realizado em local seguro, previamente acordado com as autoridades do Estado requerido e comunicado às partes do processo, para que os advogados possam estar presentes na sala de audiências junto ao juiz ou na sala em que a testemunha é ouvida. Os desembargadores decidiram, por unanimidade, confirmar a liminar que concedeu parcialmente a ordem, permitindo que o ato seja repetido por meio de videoconferência, desde que previamente combinado pelas partes. (HC 2005.04.01.026884-2/PR).

33 Já na segunda edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

Penal, dando nova redação aos incisos IV (*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*), V (*não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*), VI (*existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência*) e VII (*não existir prova suficiente para a condenação*).

Como se sabe, a fundamentação e a conclusão de uma sentença absolutória têm efeitos civis, especialmente na chamada ação civil **ex delicto**<sup>34</sup>, pois, apesar da responsabilidade civil ser independente da criminal, não se pode questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. É o que dispõe o Código Civil (art. 935).

Esta disposição do Código Civil se justifica plenamente, a fim que se evitem decisões absolutamente discrepantes, em evidente prejuízo para a ordem jurídica. Não seria admissível atestar-se em um processo que alguém praticou um delito e, sob o mesmo sistema jurídico, afirmar-se o contrário em outro processo ou, como bem diz Washington de Barros Monteiro, “*decidir-se na justiça penal que determinado fato ocorreu e depois, na justiça civil, decidir diferentemente que o mesmo não se verificou*”.

Para este civilista “*repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa*”.<sup>35</sup>

Bem antes, João Monteiro já indagava: “*Que papel representaria o Poder Público, se o mesmo crime pudesse existir e não existir, ou se X fosse e não fosse o autor de determinado crime?*”<sup>36</sup>

34 Sobre o assunto, mais uma vez remetemos o leitor ao que escrevemos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

35 Curso de Direito Civil, Vol. V, Direito das Obrigações, 2ª. Parte, 27ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 403

36 *Apud* Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, Vol. II, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 28

Assim, absolvido com base no inciso IV, a sentença penal terá ressonância na esfera cível, o que não ocorrerá se o decreto absolutório fundar-se nos novos incisos V e VII, mesmo porque pode não ter existido no juízo penal prova suficiente da autoria ou para uma condenação e, no juízo cível, tal prova vir a ser conseguida. Lembre-se do brocardo aplicado no Processo Penal do **in dubio pro reo**.

O novo inciso VI (que também passou a privilegiar na segunda parte o princípio do **in dubio pro reo**) guarda estreita relação com o disposto no art. 65 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito*”.

Por sua vez, tais disposições processuais penais estão complementadas pelo disposto nos arts. 188, 929 e 930 do Código Civil, **in verbis**:

“*Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*

“*I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*

“*II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*

“*Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.*”

“*Art. 929 - Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.*

“*Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.*

Vê-se, portanto, que o sistema adotado pelo Brasil reconhece a independência entre o Juízo cível e o penal, ressalvando, no entanto, que quanto à autoria e à existência do delito prevalece o decidido categoricamente no juízo criminal (art. 935 do Código Civil), bem como no que se refere às causas excludentes de ilicitude ou de isenção de pena; exatamente por isso, o parágrafo único do art. 64 “faculta” ao Juiz da ação civil suspender o curso do respectivo

processo, até que se decida definitivamente a ação penal.<sup>37</sup>

*“Realmente, o conflito entre sentenças que apreciam o mesmo fato, uma negando e a outra afirmando a sua existência, uma recusando a autoria do delito e a outra aceitando-a, criaria uma situação de contundente extravagância. Inclinou-se a doutrina, por isso, para a conclusão de Merlin, negando-lhe os fundamentos. A decisão proferida no Juízo criminal tranca o Juízo civil toda vez que declarar inexistente o fato imputado ou disser que o acusado não o praticou. Quando, porém, como bem esclareceu Mendes Pimentel ‘a absolvição criminal teve motivo peculiar ao direito ou ao processo penal, como a inimputabilidade do delinqüente ou a prescrição da ação penal, a sentença criminal não obsta ao pronunciamento civil sobre a reparação do dano’”.*<sup>38</sup>

Observa-se, contudo, que a *inexistência material do fato* deve ser reconhecida *categóricamente*, sob pena de não vincular a decisão cível. Di-lo o art. 66 do Código de Processo Penal: *“Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”*.

Por fim, o inciso II do parágrafo único do art. 386, consentâneo com a Parte Geral do Código Penal, que desde 1984 acabou com as penas acessórias, passou a estabelecer que o Juiz de Direito, na sentença absolutória, deverá ordenar *“a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas.”*

Para terminar as nossas conclusões, asseveramos que ainda falta muito trabalho para que o nosso Código de Processo Penal ajuste-se aos princípios

---

37 Entendemos que este poder se traduz em verdadeiro dever, ou seja, o Juiz cível, ao invés de poder, deve suspender o curso do processo. Como ensina Maximiliano, *“ater-se aos vocábulos é processo casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, pode a deve, não pode a não deve. Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, pode assumir as proporções e o efeito de deve”*. (cfr. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7ª. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 336). Assim também pensa Tourinho Filho, ao afirmar com propriedade: *“A faculdade que o parágrafo único do art. 64 do CPP concede ao Juiz da ação civil de suspender a instância desta, até que seja definitivamente julgada a ação penal proposta contemporaneamente com aquela, torna-se uma obrigação, pois que o Juiz, velando pelo decoro da Justiça, terá de evitar o conflito de decisões dispares, baseadas em um mesmo fato e na mesma ação antijurídica. E, para evitar essas conseqüências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, a faculdade se há de converter em obrigação”*. (cfr. *ob. cit.*, p. 36).

38 Orlando Gomes, *Curso de Direito Civil, Obrigações.*, p. 352.

da Constituição Federal, especialmente quando se trata do devido processo legal, sistema acusatório, etc. Maiores considerações a este respeito tecemos em nosso livro antes mencionado, quando abordamos de forma geral a reforma do Código de Processo Penal, bem como, mais especificamente, os projetos de lei ainda em tramitação no Congresso Nacional.



INFÂNCIA E JUVENTUDE

## A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO ESCOLAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Helen Crystine Corrêa Sanches  
*Promotora de Justiça*  
*Mestranda em Direito pela UFSC*

Priscilla Linhares Albino  
*Promotora de Justiça*  
*Mestranda em Saúde e Meio Ambiente pela UNIVILLE*

### SUMÁRIO

Introdução - 1 Fundamentos Legais do Direito à Educação - Breve Escorço Histórico - 2 Conteúdo Material do Direito à Educação - 3 Atuação do Ministério Público na defesa do Direito à Educação - 4 O Projeto Sócio-Ambiental Ser Cidadão - Considerações Finais - Referências.

### INTRODUÇÃO

Inaugurando uma nova ordem jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, atendendo aos apelos históricos e às normativas internacionais, elevou o direito à educação a direito social (CRFB/88, art. 6º), estabelecendo-a como direito de todos e dever do Estado, que deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho (CRFB/88, art. 205).

Inserido na categoria de direito fundamental, na medida em que a educação é elemento indissociável ao exercício da cidadania e da dig-

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 183 a 206

nidade da pessoa humana, fundamentos do Estado brasileiro, o direito ao acesso, permanência e sucesso do processo educativo, que deve ser assegurado às crianças e adolescentes de maneira indiscriminada e universal, também está insculpido na doutrina da proteção integral contemplada na Carta Magna, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, que podem ser exigidos da família, da sociedade e do Estado.

Diante das inegáveis dificuldades e obstáculos na efetivação do direito à educação da população infantojuvenil, cabe ao Ministério Público, órgão legitimado para a atuação na tutela dos direitos sociais de natureza coletiva, como a defesa dos direitos de crianças e adolescentes, fiscalizar e exigir a implementação de políticas públicas voltadas à garantia do seu exercício pleno, especialmente, a universalidade do acesso e permanência; a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino fundamental; o atendimento especializado a pessoas com deficiência; o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos; a implementação de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, dentre outros.

Nesse sentido, a práxis institucional tem demonstrado que alguns operadores do direito, especialmente no âmbito do Ministério Público, ainda não compreenderam a dimensão do seu papel social, bem como a imprescindibilidade de sua atuação, na concretização do direito à educação, como essencial ao exercício da democracia, cuja defesa lhe compete precipuamente.

A experiência do Projeto Socioambiental Ser Cidadão - implementado na Comarca de Garuva/SC por iniciativa da Promotoria de Justiça, demonstrou que a participação do Ministério Público na construção de propostas educativas que contemplem a melhoria das práticas pedagógicas redirecionadas à participação comunitária e responsabilidade socioambiental, sob o viés interdisciplinar, pode sim contribuir para a redução da evasão escolar, o resgate do papel da escola e da autoestima dos alunos, contribuindo para o seu protagonismo e o desenvolvimento de habilidades mínimas para o exercício da cidadania.

## **1 FUNDAMENTOS LEGAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO**

O advento do Estado Moderno tornou a educação direito dos

cidadãos e obrigação do Estado, especialmente a partir da Revolução Francesa, já que antes desse período cabia à família a tarefa de educar, e por isso era um privilégio de poucos.

No Brasil, até o início do século XVIII, predominava a educação caracterizada pela presença dos jesuítas, de caráter religioso. Com a expulsão da Companhia de Jesus dos domínios portugueses, por influência do iluminismo, através das reformas pombalinas, a educação se tornou pública e estatal.

Como enfatizam VERONESE & OLIVEIRA,

ao longo de todo período Colonial, era nítida a falta de incentivos à educação. Logicamente, não interessava aos colonizadores oferecer condições para o seu efetivo implemento. Quem detém o poder político e quer mantê-lo a todo custo sabe que não pode oferecer políticas educacionais eficientes, pois a educação leva à consciência da opressão sofrida e possibilita, desta forma, o desenvolvimento de práticas emancipatórias.<sup>1</sup>

Durante o Império e a República pouco se avançou na efetivação do direito à educação, pois a sua execução foi delegada inicialmente às Províncias e posteriormente aos Estados membros, demonstrando a clara despreocupação do governo central.

Apenas a partir dos anos 30 é que começaram a surgir no País algumas manifestações no sentido de se exigirem ações concretas no campo educacional, já que não era mais possível adequar as necessidades da época aos modelos educacionais defasados que se perpetuavam desde o período colonial. Assim, a Constituição Federal de 1934 lançou pela primeira vez no País a proposta de diretrizes para a educação nacional, com a implantação de um Sistema Nacional de Educação, que, por falta de regulamentação, não restou cumprido durante o Estado Novo.

Apenas com a Constituição de 1946 e a organização de diretrizes e bases para a educação nacional, passou-se a assegurar a educação como direito de todos, ressaltando-se a obrigatoriedade e gratuidade do en-

---

1 VERONESE, Josiane Rose Petry & OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus Punição*. A educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 77.

sino primário; a obrigatoriedade das empresas comerciais e industriais ministrarem aprendizagem a seus trabalhadores, aprendizagem aos trabalhadores menores de 18 anos, dentre outras.

Apenas em 1961 foi aprovada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)– Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961 – buscando conciliar duas visões extremistas: a educação como dever do Estado ou como dever da família. Destaca-se, ainda, que a concepção desta LDB era extremamente centralizadora, pois nem os Estados-Membros, nem municípios, tinham autonomia em relação ao Poder Central.

Com o golpe militar de 1964, a organização do ensino passou a ser considerada como um instrumento para tornar dinâmica a nova ordem sócio-econômica. Nesse contexto, a Carta Política de 1967 inovou determinando como obrigatório e gratuito o ensino nos estabelecimentos primários oficiais, dos sete aos quatorze anos de idade, mas, paradoxalmente, proibiu o trabalho apenas aos menores de 12 anos, em evidente retrocesso em relação à Constituição de 1946, que estabeleceu o limite de 14 anos para o exercício das atividades laborativas.

No campo educacional, inúmeros outros retrocessos foram observados durante o governo militar, destacando-se o fim da fixação dos percentuais orçamentários destinados à educação, previstos nas Cartas de 1934 e 1946; a restrição da liberdade de cátedra e a reformulação dos ensinos primário e colegial, doravante denominados 1º e 2º graus, visando à formação de mão-de-obra técnica, sem nenhuma preocupação com o papel exercido pela educação no desenvolvimento do ser humano.

Ainda que afirmada como direito de todos, a educação não possuía, sob o enfoque jurídico e quaisquer de seus aspectos, excetuada a obrigatoriedade da matrícula, qualquer instrumento de exigibilidade. A oferta de ensino e a sua qualidade se situavam no campo da discricionariedade do administrador público, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

No contexto de redemocratização das instituições, a Constituição de 1988 e os textos legais complementares alteraram significativamente o panorama jurídico da educação, em especial no que se refere à educação infantil e fundamental, compreendendo o processo educativo como valor de cidadania e dignidade da pessoa humana, essenciais à construção do Estado Democrático de Direito e condição para a realização dos

ideais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, livre de quaisquer formas de discriminação.

A preocupação do legislador também se voltou para a criação de instrumentos de exigibilidade e concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, conferindo ao conjunto de normas o indispensável sentido de cogência.

Além disso, vale ressaltar que para a concretização desse direito pelo Sistema de Justiça, além da Constituição Federal, outros Diplomas Legais contemplaram a sua regulamentação e exigibilidade, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal n. 8.069/90; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996; Lei da Ação Civil Pública – Lei Federal n. 7.347 de 24 de julho de 1985; Lei da Proibição Administrativa – Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, além das normas procedimentais do Código de Processo Civil, do mandado de segurança e da ação popular.

Infelizmente, a realidade brasileira indica que, apesar dos esforços dos educadores e do avanço legislativo, as insuficiências e omissões devem merecer com urgência a adesão dos operadores do Sistema de Justiça, condição essencial para tornar realidade o direito à educação para muitos cidadãos, crianças e adolescentes.

Em 2004, 13,4% das crianças de 0 a 3 anos e 70,5% das que tinham entre 4 a 6 anos frequentavam a educação infantil ou a escola. A ampliação da rede de atendimento e a Política Nacional de Educação Infantil, publicada em 2005, certamente contribuíram para o crescimento do acesso, nos últimos anos, à educação infantil. Entretanto, os índices são muito desiguais quando as famílias são comparadas por faixa de renda. Enquanto 8,5% da população de 0 a 3 anos com renda familiar *per capita* de até ½ salário mínimo frequentavam a educação infantil, esse número saltava para 35,3% naquelas com renda familiar *per capita* maior que 3 salários mínimos. Nessa faixa etária, enquanto a média nacional de crianças frequentando a educação era de 68,4%, 94% das crianças que viviam em famílias com renda maior de 5 salários mínimos estavam frequentando a educação infantil.<sup>2</sup>

---

2 IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2004.

Em relação ao ensino fundamental, 97,1% das crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos frequentam a escola, porém, a qualidade dessa educação continua sendo um desafio. A taxa de repetência em 2004 estava em 13% e a taxa de conclusão do ensino fundamental era de apenas 54%. Entre os alunos que concluem a 4ª série, 60% não possuem fluência na leitura.<sup>3</sup> Já na idade de 15 a 17 anos, a média nacional de frequência à escola é de 82,4%, mas entre os mais pobres, este percentual cai para 75,8%. A gravidade da situação da educação pode ser lida no índice de analfabetismo. Na população com mais de 15 anos de idade, o índice de analfabetismo é de 11,4% e praticamente um terço da população adulta pode ser considerado analfabeto funcional.<sup>4</sup>

## 2 CONTEÚDO MATERIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Na perspectiva da CRFB/88, que compreende a criança e o adolescente como pessoas em processo de desenvolvimento, todas as políticas públicas devem se voltar à garantia dos seus direitos estabelecidos no art. 227 que, rompendo com o paradigma anterior, adota a Doutrina da Proteção Integral e consigna expressamente:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A garantia do direito à educação como concretização do direito ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, trazida pela Doutrina da Proteção Integral, importa na implementação de ações governamentais que conduzam ao atendimento em creches e pré-escolas, no ensino

---

3 Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Relatório Anual de Acompanhamento (Jan-Dez 2005) do Plano Presidente Amigo da Criança – 2004/2007.

4 IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2004.

fundamental, médio e superior, além do atendimento educacional especializado a pessoas com deficiência.

Além disso, consoante estabelecido no art. 208 da CRFB/88, o Estado deve promover a progressiva universalização do ensino médio gratuito; ofertar ensino noturno regular e atender ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares e de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Segundo preceitua o art. 1º da LDB, “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

Mesmo que nos detenhamos especificamente na educação escolar, que se desenvolve por meio do ensino em instituições próprias, inserindo-a num contexto mais abrangente, o Relatório da Situação Mundial da Infância - 2000, da UNICEF, destaca que:

a educação não começa no momento em que a criança entra na escola, nem termina quando o sinal toca indicando o fim das aulas. O aprendizado tem início no nascimento; acontece no seio da família, no bairro, na comunidade, durante brincadeiras. Os professores da vida são os pais, os irmãos, outras crianças, os locais de trabalho, os meios de comunicação. Uma educação básica de qualidade é um dos direitos humanos. [...] Mesmo diante dos obstáculos, as crianças abraçam a oportunidade de aprender sobre o mundo que as cerca e de desenvolver suas habilidades para serem bem sucedidas - pensamento crítico, auto-confiança, capacidade para solucionar problemas e para trabalhar com outras crianças. Com o crescimento e o desenvolvimento das crianças, estas habilidades irão ajudá-las não apenas no desempenho de sua vida diária, mas também na transformação do seu futuro.<sup>5</sup>

Por outro lado, vale destacar que a CRFB/88 e o Estatuto da

---

5 UNICEF, p. 56/58.

Criança e do Adolescente, rompendo com práticas assistencialistas, estabelecem que a responsabilidade pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes, dentre eles a educação, é solidária, cabendo ao Estado, à família e à sociedade na qual a criança está inserida, visando o seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

No que pertine às competências, prevê a Carta Política que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os respectivos sistemas de ensino em regime de colaboração, ficando a União responsável pelo funcionamento do sistema federal de ensino, bem como pela assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo esses atuar em concorrente e prioritariamente no ensino fundamental<sup>6</sup>.

Quanto aos recursos relacionados à manutenção dos sistemas de ensino, estabeleceu a CRFB/88 a obrigatoriedade de aplicação de parte da receita resultante de impostos, estabelecendo para a União o limite mínimo de 18% e para os Estados, Distrito Federal e Municípios, percentual nunca inferior a 25%<sup>7</sup>.

Além de tais deveres relacionados ao ensino público, considerando que o ensino é livre à iniciativa privada, tem o Estado a obrigação de estabelecer e fiscalizar o cumprimento de normas gerais da educação nacional, assim como autorizar o funcionamento de instituições privadas e avaliar sua qualidade<sup>8</sup>.

Juridicamente, o Procurador de Justiça de São Paulo, Paulo Afonso Garrido de Paula, esclarece que “podemos conceber a educação como um direito social público subjetivo”, abrangendo

o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, o ensino fundamental, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria, o ensino médio e o ensino em seus níveis mais elevados, inclusive àqueles relacionados à pesquisa e à educação artística. Contempla, ainda, o atendimento educacional especializado

---

6 CF, art. 211.

7 CF, art. 212.

8 CF, art. 209.

aos portadores de deficiência, prestado, preferencialmente, na rede regular de ensino.<sup>9</sup>

Consistindo a educação em direito público subjetivo, relacionado à cidadania e à dignidade da pessoa humana, estabelecidos os marcos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura às crianças e adolescentes no processo educativo:

- I - igualdade de condições para acesso e permanência na escola;
- II - direito de ser respeitado por seus educadores;
- III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;
- V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.<sup>10</sup>

Ademais, garante o referido Estatuto o “direito dos pais ou responsáveis de ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.”<sup>11</sup>

Assim, no âmbito da educação escolar, sob o enfoque estrito do conteúdo material, em relação ao direito fundamental à educação, destacam-se os seguintes pontos:

Universalidade de acesso e permanência ao ensino fundamental

– O direito à educação impõe ao sistema educacional, seja público ou particular, a eliminação de todas as formas de discriminação para matrícula ou permanência na escola.

A permanência na escola, sem dúvida, ainda é o maior desafio da educação brasileira, pois os dados da evasão escolar e repetência apresentados pelo IBGE indicam que a efetividade do direito à educação não se restringe ao direito à vaga, mas é o direito ao ingresso,

9 GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. In KONZEN, AFONSO ARMANDO (Coord.) *et al.* *Disciplina Jurídica do Direito à Educação. Pela Justiça na Educação*. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2004, p. 648.

10 ECA, art. 53.

11 ECA, art. 53, parágrafo único.

permanência e sucesso.

A par da obrigação precípua do educador pelo desenvolvimento do processo educativo, a lei exige ainda a participação dos pais, da comunidade, técnicos dos programas de proteção especial e demais integrantes do Sistema de Garantia de Direitos das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, mais do que estabelecer mecanismos visando compelir o poder público ao cumprimento de suas obrigações, a lei prevê também uma forma de controle externo da manutenção do educando no ensino fundamental, ao estabelecer como dever dos dirigentes das unidades de ensino, seja pública ou privada, comunicar ao Conselho Tutelar (ECA, art. 56), bem como ao Ministério Público e à autoridade judiciária (LDB, art. 12, VIII), os casos de reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, quando esgotados os recursos escolares, bem como a ocorrência de elevados níveis de repetência.

Gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental - Sendo o ensino fundamental público e obrigatório, a oferta de vagas pelo Poder Público deve ser fiscalizada, sob pena de responsabilização da autoridade competente (art. 54, § 2º, do ECA e art. 5º, § 4º, da LDB).

O ensino da primeira à nona série é direito público subjetivo (art. 208, § 1º, da Constituição da República) e deve ser oferecido gratuitamente a todos os cidadãos maiores de seis anos de idade<sup>12</sup>, inclusive para os que não tiveram acesso na idade própria, independente de sua condição pessoal, econômica ou social.

A obrigatoriedade do ensino fundamental confere aos pais ou responsável o dever de matrícula. O seu não atendimento pelos genitores pode configurar a prática do crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal), além da infração administrativa prevista no art. 249 do ECA, pelo descumprimento de obrigação inerente ao poder familiar.

c) Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos - A oferta da educação infantil, que abrange a creche e pré-escola, passou a ser obrigação do poder público, como prescrevem o art. 208, IV, da Carta Magna, o art. 54, IV, do ECA e os arts. 4º, IV, e 11, da LDB.

12 A Lei Federal nº 11.214, de 6 de fevereiro de 2006, alterou a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade.

Embora não haja obrigatoriedade de matrícula, adverte o Procurador de Justiça Afonso Armando Konzen que “toda vez que os pais ou responsável quiserem ou necessitarem de atendimento, nasce a correspondente obrigação de oferta.”<sup>13</sup>

No entanto, é certo que o direito à cidadania passa pela creche e pré-escola, que asseguram a convivência comunitária e a socialização, iniciando o processo de educação, tão importantes para todos e, em especial, às crianças que se encontram no seio de famílias em situação de vulnerabilidade e possuem dificuldades no preparo dos filhos para a convivência comunitária e a própria cidadania.

Assim, a creche e a pré-escola asseguram a estas crianças o direito a uma vida mais digna e, quiçá, menos traumática, devendo ser destacado que, nos termos da LDB, a educação infantil foi incluída como integrante da Educação Básica, juntamente com o ensino fundamental e o ensino médio, estabelecendo expressamente:

A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

d) Atendimento no ensino fundamental por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde – O art. 54, do ECA, reproduzindo o art. 208 da CRFB/88, estabelece deveres ao Poder Público a fim de assegurar condições mínimas para a permanência na escola como o oferecimento de merenda escolar, uniforme, material didático, garantia de transporte desde a residência e atendimento à saúde.

Tais garantias ao educando são tidas como normas de aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico nacional, fazendo parte inerente da prestação do ensino fundamental, tratada como condição para a efetivação do dever estatal.

e) Direito de ser respeitado pelos educadores – O direito ao respeito às crianças e adolescentes no ambiente escolar encontra fundamento

---

13 KONZEN, Afonso Armando. O direito à educação escolar. *Pela Justiça na Educação*. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2004, p. 664.

tanto na CRFB/88 (art. 227), como no ECA (art. 17) e na LDB (art. 3º, IV) e impõe que nenhum educando pode, sob qualquer pretexto, sofrer qualquer agressão física ou psicológica.

A garantia da integridade psíquica e moral, todavia, não pode ser confundida com a indisciplina escolar, pois o respeito deve ser recíproco entre alunos e educadores, não implicando na perda da autoridade destes.

O desrespeito ao aluno, submetendo-o a vexame ou constrangimento, pode caracterizar o crime do art. 232 do ECA.

Atendimento especializado a pessoas com deficiência – A inclusão social do educando deficiente passa pela inclusão escolar, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 54, III, ECA) e nas condições estabelecidas nos artigos 58 a 60 da LDB.

g) Oferta de ensino regular noturno e adequado às condições do adolescente trabalhador – A garantia expressa no art. 54, VI, do ECA e art. 4º, VI e VII, da LDB visa possibilitar a compatibilização entre o trabalho e a frequência à escola, possibilitando assim a socialização dos jovens através da profissionalização, especialmente àqueles oriundos de classes sociais economicamente vulneráveis.

h) Acesso à escola próxima da residência – Nos termos do art. 53, V, do ECA, é dever do Estado assegurar a oferta de vagas em estabelecimento de ensino mais próximo da residência do aluno, não obstante os pais, discordando dos critérios educacionais, possam optar por outra escola mais distante.

Além desses, todos os demais direitos previstos nos artigos 53 e 54 do ECA integram o conteúdo do direito à educação escolar e podem ser exigidos judicialmente, como o direito de contestar os critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; o direito de organização e participação em entidades estudantis e a ciência dos titulares do poder familiar do processo pedagógico, bem como a participação na definição da proposta educacional.

Fica claro que o Estatuto da Criança e do Adolescente pretende que às crianças e adolescentes brasileiros seja garantido o acesso à escola pública gratuita, de qualidade e participativa, visando o seu pleno desenvolvimento e o preparo para o exercício da cidadania, que, no escólio de Nildo Neves Ferreira,

passa por ajudar o aluno a não ter medo do

poder do Estado, a aprender a exigir dele as condições de trocas livres de propriedade, e finalmente, a não ambicionar o poder como forma de subordinar seus semelhantes. Esta pode ser a cidadania crítica que almejamos. Aquele que esqueceu suas utopias, sufocou suas paixões e perdeu a capacidade de se indignar diante de toda e qualquer injustiça não é um cidadão, mas também não é um marginal. É apenas um NADA que a tudo nadifica.<sup>14</sup>

### 3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Passados mais de vinte anos da promulgação da CRFB/88 que, em seu art. 127, *caput*, atribuiu ao Ministério Público a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*, a prática tem demonstrado que muito já se avançou no que pertine à atuação judicial e extrajudicial para a concretização do direito à educação.

Nesse sentido, a par da celeuma inicial quanto à legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para o ajuizamento de ações visando à garantia dos direitos individuais indisponíveis de educandos, atualmente não remanescem dúvidas nesse sentido, como, aliás, vem reiteradamente reconhecendo o entendimento jurisprudencial.

Devido à amplitude do direito à educação, a sua efetiva defesa pelo Ministério Público, de forma geral, tem se instrumentalizado por provocação da própria comunidade e dos representantes legais dos alunos, na grande maioria dos casos, autorizando, em caso de não resolução pelo Poder Público, o ajuizamento de ações civis públicas pleiteando a ampliação da oferta em educação infantil; a garantia de efetivação do transporte escolar, inclusive para o ensino médio, em condições de segurança; a contratação de professor auxiliar para alunos deficientes; a reforma da estrutura física para atendimento das exigências de higiene e segurança; a limitação do número de alunos em sala de aula; o afasta-

---

14 FERREIRA, Nilda Neves. *Cidadania – Uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 229.

mento de educadores pela prática de ato de improbidade administrativa; o aumento abusivo das mensalidades escolares no caso de estabelecimento particular e, até mesmo, a revisão dos critérios pedagógicos e sanções disciplinares, como transferências e expulsões.

No que concerne ao acesso e a garantia da permanência, como visto, a LDB impõe às escolas a obrigação de envidar esforços para sanar o problema em relação às reiteradas faltas injustificadas e à evasão. Fracassadas todas as tentativas a cargo da escola, esta, por seus dirigentes, deve levar as informações ao Conselho Tutelar (art. 56 do ECA), bem como ao Ministério Público e ao Juiz de Direito da Comarca (art. 12, inciso VIII, da LDB), que devem atuar para promover o retorno do aluno à unidade escolar, sobretudo orientando os pais ou responsáveis quanto as suas responsabilidades legais.

Para garantir a obrigatoriedade da notificação, a sistematização do seu fluxo até o encaminhamento ao Sistema de Justiça e a articulação dos atores do Sistema de Garantia de Direitos, muitos Ministérios Públicos, a partir da experiência do Rio Grande do Sul, com a implantação da FICAI – Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente – também criaram programas e projetos similares mediante a adoção de medidas integradas, que efetivassem o direito de permanência da criança e do adolescente na escola, atuando assim no combate à evasão escolar.

Até o ano de 2006, o quadro, que segue abaixo, elaborado pelo FONCAIJE – Fórum Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio da Infância e Juventude e da Educação dos Estados e do Distrito Federal<sup>15</sup>, indicava que 16 Estados já haviam implantado o programa de combate à evasão escolar no âmbito do Ministério Público.

ESTADO	PROGRAMA	IMPLANTAÇÃO
1. Acre	VEM CÁ	NI*
2. Amazonas	Plantão Escolar e outros	NI
3. Bahia	FICAI	2004
4. Distrito Federal	A Escola Bate a sua porta	NI
5. Espírito Santo	Pró-Escola e Outros	1998
6. Goiás	Evasão Nota Zero	2002
7. Mato Grosso do Sul	Escola Autônoma	1999

15 Relatório do VII Encontro do FONCAIJE, realizado em Maceió/AL, nos dias 9 a 11 de agosto de 2006.

8. Minas Gerais	BH na Escola	NI
9. Paraíba	Município Protetor da Criança	NI
10. Paraná	ABRACE	2002
11. Pernambuco	VOLTEI	NI
12. Rio de Janeiro	Escola Legal	2003
13. Rio Grande do Norte	Presente & Consciente	NI
14. Rio Grande do Sul	FICAI	2001
15. Santa Catarina	APÓIA	2001
16. Tocantins	Evasão Nota Zero	NI

\* NI - Não Informado

A pesquisa realizada, todavia, não possibilitou avaliar o impacto das ações do Ministério Público no âmbito dos programas implantados, a fim de se apurar a diminuição dos índices de evasão escolar a partir das ações desenvolvidas ou mesmo se o retorno do aluno foi efetivado com sucesso.

No entanto, a prática institucional tem evidenciado que, além da notificação da evasão escolar, muito mais há que ser feito para a garantia da permanência e sucesso do aluno na educação escolar, haja vista que os fatores relacionados à qualidade do processo pedagógico devem ser viabilizados para a garantia do seu retorno à unidade de ensino que, em muitos casos, ainda não é atrativa, mas, ao contrário, exclui e estigmatiza; não promove discussões e práticas relacionadas ao desenvolvimento de habilidades e competências para o exercício da cidadania; não apresenta alternativas à repetência, disparidade idade/série e à violência entre alunos e a comunidade, dentre outros fatores.

Para isso, muito mais do que advertir os pais e impor à escola a obrigação de aceitar o aluno que, na grande maioria dos casos, se recusa expressamente a voltar aos bancos escolares, e, se o faz por determinação judicial, desafia os educadores, que também pouco investem no seu aprendizado, por desacreditar na sua capacidade de mudança e aproveitamento mínimo, cabe ao Ministério Público participar da elaboração, discussão e fiscalização dos projetos políticos pedagógicos das escolas, juntamente com os Conselhos Municipais de Educação e de Direitos, buscando através da integração da rede de proteção à criança e adolescente, as alternativas viáveis para o enfrentamento das causas que concorreram para o abandono escolar.

Além disso, compete também ao Ministério Público fiscalizar a implantação dos Planos Estaduais e Municipais de Educação, instrumentos que objetivam definir as diretrizes e políticas educacionais a serem implantadas e implementadas, consoante estabelece o art. 2º, da Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001.

Da mesma forma, no que se refere à fiscalização do financiamento da educação, cabe ainda ao Ministério Público o acompanhamento da aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUN-DEB, instituído pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, juntamente com o Conselho de Acompanhamento e Controle Social e o Tribunal de Contas, podendo e devendo adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais que entender necessárias.

#### **4 O PROJETO SOCIOAMBIENTAL 'SER CIDADÃO'**

Constatando a pouca efetividade das ações de prevenção e combate à evasão escolar, buscando intervir nessa realidade, a Promotoria de Justiça de Garuva/SC idealizou o Projeto Socioambiental Ser Cidadão, visando desenvolver, de maneira mais efetiva, temas transversais já inseridos em algumas disciplinas nos estabelecimentos de ensino da rede municipal, com a ampliação da carga horária dos alunos do ensino fundamental.

Assim sendo e considerando que no Município de Garuva era premente a necessidade de complementação do currículo escolar do ensino fundamental em relação às temáticas socioambientais, visando garantir aos educandos a formação adequada para o exercício da cidadania, a Promotoria de Justiça, com a colaboração do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina, apresentou proposta à Secretaria Municipal de Educação e aos Conselhos Municipal de Educação e de Direitos da Criança e Adolescente, expedindo recomendação em novembro de 2006, a fim de que

no ano letivo de 2007, procedam à inclusão no currículo da rede municipal de ensino, de disciplina específica, com aumento da carga horária escolar - com no mínimo 45 (quarenta e cinco) minutos - além dos recursos humanos

e materiais necessários, abordando conteúdos referentes às temáticas abaixo elencadas, sem prejuízo de outras a serem sugeridas: - preservação do meio ambiente; - educação para o trânsito; - prevenção ao uso indevido de entorpecentes e drogas afins; - prevenção à violência e indisciplina escolar; - educação sexual; - ética e cidadania; - respeito à pessoa com deficiência e populações vulnerabilizadas; - Estatuto da Criança e Adolescente e defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados<sup>16</sup>.

Assim, por meio da abordagem dos conteúdos *supra* citados de forma transversal às demais disciplinas já existentes no currículo de ensino, pretendeu-se dar maior eficácia aos objetivos traçados na legislação brasileira, possibilitando às crianças e adolescentes participantes do processo a compreensão de temas de suma importância para a vida em sociedade, tanto no tocante às relações sociais, quanto no que tange às relações ambientais.

Com a apresentação dos Parâmetros Curriculares Nacionais, a LDB sinalizou um caminho de transformação em nosso sistema educacional. Os Temas Transversais dos PCNs surgem como resposta à necessidade de preparo de nossas crianças e adolescentes para seu papel de cidadania e para sua formação moral e ética. Como bem lembra o Prof. Yves de La Taille (*apud* Polato, 2008) – co-autor dos temas transversais –, as dimensões moral e ética não são espontâneas, elas precisam ser trabalhadas desde a pré-escola.

Contudo, via de regra, verifica-se que esses temas não são devidamente implementados na educação formal, apesar da opinião contrária de muitos gestores. Quem denuncia esse problema é o próprio Yves de La Taille. Em entrevista recente (Polato, 2008)<sup>17</sup>, ele avalia que as escolas não estão disponíveis para a transversalidade por vários problemas, enfatizando, dentre estes, as questões trabalhistas, na medida em que os professores raramente têm o tempo necessário para se reunirem e

---

16 Texto integral da Recomendação no site [www.mp.sc.gov.br](http://www.mp.sc.gov.br)

17 POLATO, Amanda. Fala Mestre! Entrevista com Yves de la Taille. Revista Nova Escola, n. 213, junho de 2008.

organizarem coordenadamente o trabalho com cada tema transversal por meio das diversas disciplinas lecionadas.

Dessa forma, em sua opinião, apesar de já haver ótimos exemplos de atividades com temas transversais, estas são quase sempre realizadas por um único professor. Conclui La Taille que “raramente há o comprometimento institucional necessário para o projeto se tornar a realidade proposta pelos PCNs. E o governo também precisa se comprometer” (*apud* Polato, 2008, s/p).

Se a metodologia “transversal”, por assim dizer, de apresentação dos temas transversais não tem funcionado na prática, é certo que precisamos encontrar outras formas para trabalhar esses assuntos que têm suma importância para formação cidadã dos infantes. Assim é que o Projeto Ser Cidadão propõe uma alternativa para a resolução desse problema: ampliar a carga horária escolar, incluindo no currículo disciplina complementar para o trato dos temas transversais.

Dessa forma, para a elaboração e posterior implementação do referido Projeto, foi necessário considerar inúmeros fatores que ocorrem no processo de formação de crianças e adolescentes, dentre os quais as situações conflituosas que emergem como válvula de escape das injustiças acumuladas nos planos econômico e social, tais como a violência, a segregação entre grupos sociais nas comunidades, os preconceitos sob variadas formas e o consumo de drogas; a pouca difusão da solidariedade, assim como o precário cultivo dos bens culturais locais; o pouco conhecimento e valorização do meio ambiente, extraindo-se a sua riqueza, levado-a para longe e até para fora do País, deixando em seu lugar um rastro de destruição que custará caro à saúde da população e ao meio ambiente; a presença, em muitas comunidades, da miséria, da injustiça social e da baixa qualidade de vida; o precário exercício da cidadania, que pressupõe a participação política de todos na definição dos rumos da nação e que deve ser expresso não apenas na escolha de representantes políticos e governantes, mas também na participação em movimentos sociais, no envolvimento com temas e questões nacionais e em todos os papéis que o indivíduo assume na vida em sociedade e, por fim, o aumento do desemprego e as modificações no mercado de trabalho, aspecto preocupante para a sociedade brasileira, haja vista o grande contingente de jovens que, mesmo com alguma escolarização, encontram-se mal preparados para compreender o mundo em que

vivem e nele atuar de maneira crítica, responsável e transformadora e, especialmente, para serem absorvidos por um mercado de trabalho instável, impreciso e cada vez mais exigente.

Diante desse contexto, faz-se premente para a sociedade brasileira que a educação ocupe lugar de destaque na luta contra as exclusões, contribuindo maciçamente para a promoção e a integração de todos os brasileiros, buscando a edificação da cidadania, dia após dia. E isso somente ocorrerá com a implementação de uma educação de qualidade, que garanta as aprendizagens essenciais para a formação de cidadãos autônomos, críticos e participativos, capazes de atuar com competência, dignidade e responsabilidade na sociedade em que vivem e na qual desejam ver atendidas as suas necessidades individuais, sociais, políticas e econômicas.

A construção da cidadania significa, na prática, o despertar do interesse de crianças e adolescentes para as demais áreas do conhecimento. Família, governo e sociedade são legalmente encarregados de zelar pelos interesses infantojuvenis, porém, é preciso incentivar o exercício de tão nobre incumbência moral. A isto se dispôs o Projeto Socioambiental Ser Cidadão, por meio do incentivo à prática de direitos e deveres, previstos na Constituição Federal, tendo como objetivos:

- apresentar, de forma diferenciada e lúdica, opções de estudo dos temas transversais – tais como Ética e Combate à Corrupção, Cidadania, Saúde Integral, Orientação Sexual, Meio Ambiente, Trabalho e Consumo, Educação para o Trânsito, Prevenção ao Uso de Drogas, Estatuto da Criança e Adolescentes, Gênero e Inclusão, Educação Indígena, Direitos Humanos, Prevenção à Violência e Exploração Sexual, Cultura da Paz nas Escolas, Respeito aos Idosos e Pluralidade Cultural – aos alunos do ensino fundamental da rede municipal de ensino, de modo a servir de instrumento para o desenvolvimento pessoal e para a melhoria da qualidade de vida nas comunidades;
- contribuir para o debate e a reflexão sobre a relação da comunidade com as questões sociais e ambientais, e sobre o papel dos indivíduos nas transformações sociais;
- criar espaços de aprendizagem coletiva, incentivando a troca de experiências e prática de projetos interdisciplinares;
- possibilitar a participação da família e da comunidade no processo educacional das crianças, fomentando seu papel como incentivadora da apren-

dizagem e como fiscal da qualidade das escolas;

- implementar as idéias nucleares presentes nos temas transversais e fazer adaptações locais necessárias, atendendo às demandas das escolas e das comunidades locais.

Para possibilitar aos alunos da rede municipal de ensino o acesso aos conteúdos dos temas transversais e o desenvolvimento de habilidades necessárias para o exercício da cidadania e a participação social, o Projeto objetivou tornar a escola mais atrativa, agradável e estimulante, através de abordagem lúdica, material adequado e aplicado por meio de recursos alternativos (desenvolvimento de gincanas, peças de teatro e jornais estudantis, aplicação de jogos, apresentação de DVDs, desenvolvimento de feiras e exposições, etc.) e vivências extraclasse de interação com a comunidade (mobilização social através de visitas a parques, zoológicos e jardins botânicos; programas infantojuvenil na rádio local, para que os alunos pudessem levar suas mensagens para a comunidade; panfletagem e distribuição de adesivos referentes ao tema estudado no momento; visitas aos órgãos públicos, como o Fórum da Comarca, para que pudessem observar superficialmente o funcionamento das instituições).

A metodologia de trabalho mobilizou conhecimentos prévios dos educandos para que aprendessem a buscar os conhecimentos de que necessitavam para atender aos novos desafios que são dispostos à sociedade contemporânea.

Somando-se a isso, foi utilizado o material pedagógico escolhido com base nos temas propostos e que foram selecionados pelos professores envolvidos na execução do Projeto Socioambiental Ser Cidadão juntamente com os demais parceiros (Ministério Público, Conselho Municipal de Direitos e Secretaria de Educação). A ação pedagógica se preocupou em propor trabalhos coletivos, interações, trocas, debates, leituras e situações-problema; considerar as representações, os conhecimentos e os pontos de vista do professor; - criar estratégias didáticas para a reflexão, experimentação e ação, a partir de conhecimentos antigos e novos; - estimular as trocas de informações, idéias e experiências; - incentivar o registro escrito das reflexões dos educandos; e - estimular o compromisso com a autoformação.

As estratégias didáticas foram escolhidas pelo educador, visando o desenvolvimento da criatividade e do pensamento crítico.

A produção e impressão dos materiais para formação dos educadores e educandos foi viabilizada através da disponibilização de recursos materiais, financiamento e esforço conjunto do Ministério Público de Santa Catarina, empresas privadas com ações voltadas para a área de responsabilidade social; órgãos governamentais e entidades não governamentais, que possuem entre suas finalidades a educação de crianças e adolescentes para o exercício da cidadania.

O Projeto Ser Cidadão foi aprovado pelo Conselho Municipal de Educação e pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, possibilitando, assim, a destinação de recursos através do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente (FIA), e o respectivo benefício fiscal, conforme autorizado pela Lei Federal nº 9.250/95.

A eleição de temas para o calendário letivo foi pautada nas datas comemorativas nacionais, em cujo mês respectivo deve ser realizada pelo menos uma atividade extraclasse conjunta com a comunidade, não excluindo as outras temáticas de acordo com o planejamento das aulas elaborado pelo educador, podendo ser modificado conforme iniciativa e aprovação de todos os proponentes. Durante a construção do Projeto também foi de extrema valia a opinião dos alunos das escolas municipais e professores da rede municipal de ensino, o que foi sentido mediante pesquisas realizadas semestralmente.

Periodicamente é feita a avaliação, pela Coordenação do Projeto - composta pelo Ministério Público, o Presidente do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, a Secretária de Educação e a Coordenadora dos professores, do atendimento às finalidades propostas, abordando os conteúdos ministrados, atividades desenvolvidas, formação e acompanhamento dos educadores, do rendimento e aproveitamento escolar pelos educandos, bem como o planejamento das ações subseqüentes, visando o cumprimento das metas estabelecidas.

Em relação aos recursos materiais e humanos investidos pelos apoiadores, tem sido a eles encaminhado pelos estabelecimentos de ensino o relatório das atividades realizadas, bem como a prestação de contas respectivas, cabendo ao Ministério Público a fiscalização da sua utilização adequada às finalidades propostas.

Por meio de lei municipal, o Projeto Socioambiental Ser Cidadão tornou-se, no ano de 2007, disciplina obrigatória para o ensino funda-

mental da rede, denominada Ética e Cidadania. Contudo, sob o seu pálio acontecem inúmeros eventos, tal qual a Jornada Juvenil pelo Fomento de Políticas Públicas, trabalho que foi efetivado durante todo o ano de 2008 com os adolescentes do Município e que não só envolveu as escolas da rede municipal, mas também as da rede estadual, sendo finalizado com a entrega, pelos alunos, da Carta Compromisso pela Criança e Adolescente aos candidatos às eleições municipais.

A realidade educacional do município de Garuva pode ser vista antes e depois da implantação do Projeto. Tem ele o respeito da comunidade e é atualmente na cidade a única oportunidade em que não se vê uma bandeira política e sim uma bandeira social. As escolas estão mais limpas, contando inclusive com a separação do lixo feita pelos próprios alunos; as ruas ganharam mudas de árvores que têm nos alunos seus guardiões; as brigas nos finais das aulas cessaram e em qualquer canto que se ande pelos estabelecimentos de ensino se ouve que *furar fila e colar na prova* é, sim, um ato de corrupção. É nítido que o respeito aumentou e, no momento atual, está-se instituindo a Roda da Cidadania, onde os próprios alunos conversam e tentam resolver os problemas vivenciados e/ou criados por colegas da mesma série e apresentando soluções. Entretanto, os maiores avanços ocorreram na área da evasão escolar e da prática do ato infracional, cuja diminuição é sensível e não mais existe recidiva.

O sucesso do trabalho desenvolvido no município de Garuva levou o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude a desenvolver, no ano de 2009, uma proposta de ampliação do escopo do Projeto Ser Cidadão para o âmbito estadual, ou seja, o Projeto passará a ter como fito a abrangência de suas ações para toda a rede pública estadual catarinense do ensino fundamental. Para tanto, já foram envidados contatos com a Secretaria de Estado da Educação, visando implementação do Projeto, assim como com o próprio Ministério da Educação, uma vez que a proposta do Projeto Ser Cidadão possui clara compatibilidade de objetivos com o Plano Nacional de Mobilização Social pela Educação.<sup>18</sup>

Esclarecer a opinião pública sobre o trabalho desenvolvido do Ministério Público tem sido, atualmente, uma preocupação de seus membros.

---

18 A Mobilização Social é um dos pilares do Plano de Desenvolvimento da Educação do MEC, e visa construir uma integração entre o poder público, alunos, professores, a família, o bairro, a cidade, agentes culturais, entidades religiosas, segmento empresarial e demais atores da sociedade civil, com a finalidade de conscientizar a todos que educar é uma tarefa pública e não apenas encargo do Estado.

Nesse sentido, a experiência com o Projeto Socioambiental Ser Cidadão foi surpreendente e demonstrou que, antes de sermos vistos como acusadores, podemos ser vistos como parceiros ideais para o fomento da cultura da ética e da cidadania nas escolas e nas comunidades em que trabalhamos. Percebe-se que é possível, pela atuação na área da prevenção, fazer com que crianças e adolescentes modifiquem o seu olhar sobre a vida e modifiquem com seus atos a realidade em que vivem.

O Projeto, idealizado pelo Ministério Público de Santa Catarina, não está finalizado. Ele é construído diariamente, com a colaboração e sugestão de diversos colegas e servidores, inclusive de outros Estados brasileiros, e tem uma meta audaciosa: contribuir para a educação de crianças e adolescentes para a vida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios impostos ao Ministério Público e aos demais atores do Sistema de Justiça na garantia do direito à educação escolar de crianças e adolescentes, sem dúvida perpassam pela compreensão da importância de sua função, como agente transformador da realidade social.

O presente trabalho buscou expor de forma simples a importância da atuação do Ministério Público na concretização do direito à educação, o seu conteúdo material e os instrumentos jurídicos para sua exigibilidade.

No entanto, mais do que limitar-se à atuação processual, o Ministério Público pode, e deve, acompanhar, intervir e fiscalizar a política municipal de educação, superando o modelo tradicional de intervenção, focada nos erros e omissões do Poder Público, mas colocando-se ao lado dos órgãos, entidades, entidades de ensino, gestores, professores, pais e alunos, para avaliação e discussão das políticas públicas sociais que garantam o ingresso, a permanência e o sucesso do processo de aprendizagem.

Nesse sentido, a experiência do Projeto Socioambiental Ser Cidadão, demonstrou que, para ser implementado, encontrou inúmeras dificuldades, entre elas a resistência dos próprios gestores e professores, sob o argumento de os temas propostos já eram ministrados de forma transversal em todas as disciplinas, como determina a LDB. Contudo, a proposta curricular nacional demonstrou que a transversalidade pre-

tendida pouco contribuiu para estimular e desenvolver nos educandos a possibilidade de apreender os conteúdos mínimos para o exercício da sua cidadania plena e, por isso, buscava-se mais. Buscava-se tornar o ambiente escolar atrativo e dinâmico, atento à realidade e às necessidades locais e globais.

Os temas propostos na disciplina do Projeto, tal como a preservação do meio ambiente, a educação para o trânsito e o combate à corrupção, não eram vistos de forma satisfatória pelos alunos. Com a criação da disciplina Ética e Cidadania pelo Município, conseguiu-se modificar, consideravelmente, a realidade vivenciada nos estabelecimentos de ensino. A comunidade ganhou, porque hoje vislumbra o futuro mais ético e cidadão para os seus filhos, os alunos ganharam porque a realidade do ensino e dos estabelecimentos onde ele é ministrado se transformou. Contudo, ganhou ainda mais o Ministério Público que está cumprindo o seu papel social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 25 abr. 2008.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)> Acesso em 23 mai. 2008.

FERREIRA, Nilda Neves. **Cidadania – Uma questão para a educação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 229.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. In KONZEN, AFONSO ARMANDO (Coord.) *et al.* Disciplina Jurídica do Direito à Educação. **Pela Justiça na Educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2004, p. 648.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. O direito à educação escolar. **Pela Justiça na Educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2004, p. 664.

VERONESE, Josiane Rose Petry & OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição**. A educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 77.

Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Relatório Anual de Acompanhamento (Jan-Dez 2005) do Plano Presidente Amigo da Criança – 2004/2007.

## A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Geovani Werner Tramontin

*Promotor de Justiça*

*Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI*

O presente trabalho<sup>1</sup> busca – longe de querer exaurir a celeuma acerca do tema – traçar algumas diretrizes tendentes a auxiliar o profissional do direito em seu mister, estimulando-o ao ajuizamento de demandas judiciais com o objetivo de fomentar uma maior aplicação de recursos orçamentários estatais em políticas públicas, especialmente as destinadas à proteção da criança e do adolescente.

Sabemos, mas não custa relembrar que a Constituição da República prescreve que “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”<sup>2</sup>. A disposição legal em questão deixa patente o princípio da prioridade absoluta, que nada mais é do que considerar o direito da criança e do adolescente como a prioridade das prioridades das áreas sociais, isto significa dizer, exemplificando, que se houver uma rua para ser asfaltada e uma escola para ser construída, dever-se-á priorizar a

---

1 Capítulo de dissertação de mestrado, onde as teorias aqui tratadas serão abordadas individualmente e com maior intensidade.

2 Art. 227, CR.

educação em detrimento daquela benfeitoria de utilidade pública.

Impende observar que o Poder Legislativo, não satisfeito com o preceito constitucional em comento, fez questão de ressaltar, em norma infraconstitucional, em que consistia o princípio da prioridade absoluta, estabelecendo que tal garantia compreenderia, entre outras, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas bem como na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.<sup>34</sup>

Evidentemente que é obrigação de todos o cumprimento da lei, especialmente dos entes públicos, a exemplo do poder Executivo, a quem ficou incumbida tarefa de gerir as receitas públicas atendendo aos reclames da sociedade. Portanto, quando um governante é democraticamente eleito, não recebe ele um mandato para fazer o que bem quiser, como se tivesse um cheque em branco, mas tem o dever funcional de cumprir a lei, a qual exige de todo ato administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de responsabilidade do agente público.<sup>5</sup>

É que, as políticas públicas - que devem receber especial atenção do poder público, especialmente quando voltadas para os interesses da criança e do adolescente - são instrumentos colocados à disposição do Estado para proporcionar à sociedade uma melhor qualidade de vida, precipuamente assegurando o cumprimento dos princípios fundamentais estampados em nossa Constituição da República. A propósito, não podemos descurar que, quando tratamos de princípio, não estamos diante de uma simples regra jurídica, pois, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio *“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”*<sup>6</sup>.

3 Art. 4º Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 7ª Edição. Ada Pellegrini Grinover. P. 15/44.

5 Arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 8429/92.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São

Observa-se que é obrigação do poder público de fornecer à população os mecanismos mínimos de acesso que emanam do sistema democrático estabelecido em nosso Estado, que é uma forma de governo que disciplina a gestão do poder, o qual emana do povo e em seu nome deverá ser exercido.<sup>7</sup>

A democracia, portanto, é a forma de se exercer o poder por parte dos governantes, os quais recebem um mandato popular para gerir a coisa pública em favor do povo, com a incumbência de distribuir os recursos públicos arrecadados de forma a assegurar à população melhores condições de vida, com um mínimo de dignidade.

A administração da coisa pública não deve ser efetivada atendendo a conveniência e oportunidade do gestor público, mas sim a satisfação dos interesses da população. Prova maior disso é que a Constituição da República afirmou que o poder poderá ser exercido diretamente pela população, através da descentralização administrativa, pelos inúmeros Conselhos criados por lei para que o povo delibere acerca da satisfação de suas próprias necessidades, com autonomia para fazer constar nas leis orçamentárias instrumentos de inclusão nas mais variadas áreas de carências sociais, a exemplo da saúde, educação, ou mesmo direito da criança e adolescente<sup>8</sup>. Neste particular, impende observar que, além dos Conselhos Municipais (CMDCA), existem o Conselho Federal (CONANDA) e o Conselho Estadual (CEDCA).

Os Conselhos, ao contrário do que o nome indica, não são órgãos de aconselhamento, mas mecanismos com atribuições deliberativas e fiscalizatórias, conforme prescreve o artigo 88, da Lei 8069/90, salientando-se que deliberar é discutir e decidir, e fiscalizar é controlar o poder público não só sobre as suas deliberações, mas também sobre todos os assuntos afetos às pastas de suas competências, sempre buscando a participação popular nas decisões, de forma a assegurar a democracia participativa<sup>9</sup>.

---

Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 808.

7 Art. 1º, par. Único, da CF.

8 Art. 204 da CR. e art. 88, Inc. II, do Estatuto da Criança e Adolescente.

9 Os mandamentos Constitucionais do art. 204 da Lei Maior estabelecem dois princípios fundamentais: 1) o princípio da descentralização político-administrativa que atribui: a) à união, fixar normas gerais e coordenar administrativa e politicamente a descentralização; b) aos Estados e Municípios, coordenar e executar programas; 2) o princípio da

Nesse contexto, ante o reiterado descumprimento da lei, nasce a necessidade do controle entre si dos Poderes Constituídos, funcionando num sistema de freios e contra-pesos, conforme descreve Montesquieu.<sup>10</sup> Isto quer dizer que, quando houver por parte do Poder Executivo desrespeito com a lei elaborada pelo Poder Legislativo, existe a necessidade premente da intervenção do Poder Judiciário, para que consigamos restabelecer a divisão equânime de cada um dos entes de nossa Federação, de forma a manter a independência e harmonia que jamais deve deixar de existir.

Evidencia-se, portanto, que cabe ao Poder Judiciário, quando acionado - especialmente pelo Ministério Público, maior defensor dos direitos sociais, ou por qualquer outro legitimado - fazer cumprir a lei, exigindo que o poder público respeite às diretrizes da Constituição da República, que tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, que "(...) vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certo de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou ao menos assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito."<sup>11</sup>

A respeito do que foi referido acerca da necessidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo - órgão encarregado da execução das leis e de políticas públicas nelas inseridas, corrigindo-o no orçamento e na aplicação de recursos públicos em áreas diversas daquelas em que a legislação previu atenção especial e investimentos privilegiados - pode-se perguntar se tal intervenção judicial não estaria violando a independência e harmonia do órgão em questão. A resposta

---

participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 7ª Edição. Ada Pellegrini Grinover. P.287).

10 Os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania nacional, mediante um sistema de freios e contrapesos, na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder - *Lé pouvoir arrête le pouvoir*, doutrinou m.Montesquieu (*Teoria Geral do Estado*; Sahid Maluf; Saraiva, 1991, p. 208).

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado. Terceira Edição. 2004. p. 27.

é negativa, pois quem na verdade está ultrapassando os limites estabelecidos por Poder diverso é aquele que, por exemplo, recebe uma deliberação do Poder Legislativo em forma de lei e não a cumpri, sob falho argumento da conveniência e oportunidade do ato administrativo, desvirtuando o princípio da Discricionariedade Administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, estabelece: *“uma distinção clara entre função e a faculdade ou o direito de alguém exercita em seu prol. Na função, o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então pode-se perceber que o eixo metodológico do direito público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever. Conscientizando-se dessas premissas, constata-se que deste caráter funcional da atividade administrativa, desta necessária submissão da administração à lei, o chamado poder discricionário, tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, ou seja, sempre e sempre o bem público, o interesse comum.”*<sup>12</sup>

É justamente em razão do entendimento equivocado acerca do princípio em comento que a nossa República assiste desolada a desmandos de toda a ordem nas três esferas do Executivo, bem como a omissões do Parlamento, deixando desassistida a maior parte de nossa população em seus mais elementares direitos de sobrevivência como: a saúde, educação, segurança; mecanismos que deveriam ser disponibilizados pelo Estado para proporcionar uma maior igualdade de oportunidade de acesso àqueles que não foram agraciados pela natureza de terem nascido em um “berço” diferenciado. Ao discorrer sobre igualdade de oportunidades, Norberto Bobbio faz a seguinte crítica: *“(...)é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições da família nas quais cada um vive desde o seu nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos iguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações de que outro modo não existiriam (...) uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da*

---

12 In *“Discricionariedade e Controle Judicial”*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 13.

*equiparação das duas desigualdades".*<sup>13</sup>

Neste sentido, a igualdade, maior valor social existente, é apenas um dos valores Constitucionais objetivados por nosso Estado Democrático de Direito tendente a construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.<sup>14</sup> O que se busca não é uma igualdade material, mas tão-somente mecanismos de acesso, ou seja, instrumentos que propiciem à população em geral direitos mínimos para alcançarem melhores condições de vida, que se mostram impossíveis sem o atendimento dos direitos sociais básicos previstos constitucionalmente, os quais possuem uma estreita relação com o valor supremo e inato do ser humano, que é a dignidade.

A dignidade da pessoa humana, a seu tempo, é um dos fundamentos de nossa República<sup>15</sup>, nasce com as pessoas, antecede até mesmo o seu nascimento, precedendo inclusive a organização do Estado e a legislação a ele pertinente, ou seja, a simples condição humana exige que se assegure um mínimo de justiça social, para que as pessoas tenham a possibilidade de crescerem com liberdade, liberdade que, ao ser confrontada com a igualdade de oportunidades, recebe o seguinte enfoque de John Stuart Mill: *"Mill defende a liberdade econômica e a propriedade enquanto reconhecimento do direito de cada um àquilo que produziu, mas como afirma o princípio de igualdade dos pontos-de-partida e defende a difusão da riqueza, é crítico do direito à herança."*<sup>16</sup>

A liberdade, por sua vez, considerada como o maior valor individual de um estado democrático, é o direito de fazer e possuir livremente o que se bem entende, respeitando evidentemente o direito das demais pessoas que convivem em sociedade. O direito em questão diz respeito inclusive à liberdade de pensar sem que sejamos doutrinados ou limitados por preceitos religiosos, políticos ou qualquer outra potência que nos limite intelectualmente, ou nos faça repetir práticas e costumes nocivos ao aprimoramento da sociedade e ao agigantamento e valorização do direito do homem. A esse propósito, continua Mill *"quem faz algo porque seja o costume não escolhe. Não ganha prática quer de discernir quer de desejar o melhor. Os poderes mentais e morais, como os músculos, só se aperfeiçoam*

13 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3ª Edição; Ediouro; p. 32.

14 Art. 3º, CR.

15 Art. 1º, CR.

16 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2ª Ed. Vozes. p. 16.

*com o uso. A natureza humana não é uma máquina a ser construída segundo modelo, e destinada a realizar exatamente a tarefa a ela prescrita, e sim uma árvore que necessita crescer e desenvolver-se de todos os lados.*"<sup>17</sup>

Os valores sociais descritos acima são verdadeiros sustentáculos da Constituição da República, garantindo condições mínimas de sobrevivência em sociedade, os quais cabem ao Estado assegurar, como já afirmado, através de políticas públicas que busquem proporcionar a maior igualdade possível entre as pessoas – mormente as crianças e adolescentes – que, segundo o princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição da República, devem receber cuidado e atenção especiais, justamente por estarmos tratando de pessoas que se encontram em processo de desenvolvimento social, intelectual e afetivo. A necessidade de se dispensar atenção desigual e prioritária a esta classe de pessoas é justamente em razão da busca de equiparar os desiguais, seja em razão da idade, ou mesmo da condição social desfavorável, que impossibilita uma disputa no mercado de trabalho futuro com igualdade de oportunidades.

Sobre as políticas públicas afetas ao Direito da Criança e do Adolescente, observa-se o que já foi referido no dispositivo constitucional acima descrito, onde não só se demonstrou a necessidade de priorização desta importante área do direito, mas também deixou claro que o um desenvolvimento adequado destas pessoas em processo de formação passa pelo recebimento de um atendimento diferenciado, com a alocação de recursos e programas de forma a fazer cumprir as determinações previstas também no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 90, 101, 129, etc.).

Nessa senda, impende observar ainda outro princípio norteador da política dos direitos da criança e do adolescente instituído no art. 1º do Estatuto em comento, consistente na proteção integral.

A legislação anterior<sup>18</sup> tratava as crianças e adolescentes como indivíduos irregulares perante a sociedade, ou seja, considerava-as como seres que se encontravam dissociados dos padrões tradicionais por vontade própria, sendo tachados pela legislação em questão como vagabundos, vadios e mendigos, como se não estivesse patente que o

17 MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. 2ª Ed. Vozes. p. 16.

18 Lei 6697 de 10/10/1979.

fato de estarem perambulando pelas ruas, fora de escola, ou mesmo praticando pequenos delitos, tivessem como pano de fundo as inúmeras violações em seus direitos, seja por constantes agressões físicas e sexuais de seus genitores, ou mesmo em razão das negligências de toda ordem provocadas por seus responsáveis ou mesmo pelo governo, que não lhes oferece creches, escolas, saúde, saneamento, tratamento aos pais alcoólatras etc, conforme prevê o art. 98, c/c art. 101 e 129, todos do ECA<sup>19</sup>.

Lamentavelmente, partia-se da idéia de que as crianças e adolescentes que se encontravam em condição de vulnerabilidade social, assim permaneciam por iniciativa própria, como se tivessem estrutura psicológica e motivacional de mudarem suas tristes sinas a que eram submetidos e condenados.

É justamente aí que nasceu o princípio da proteção integral, ou seja, chegou-se à conclusão de que o que estas pessoas em processo de desenvolvimento físico e intelectual precisavam era de proteção do Estado, e proteção com prioridade.

Acreditava-se que com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma legislação de vanguarda, poder-se-ia mudar a recorrente realidade de abandono e descaso com as crianças e adolescentes. Ledo engano! Apesar da previsão constitucional dos direitos sociais das crianças e adolescentes, e apesar de que tais direitos deveriam ser atendidos de forma prioritária, verifica-se que a condição social da criança e do adolescente atual não está muito diferente daquela verificada alhures, pois os Poderes Executivos Federal, Estadual e Municipal não estão cumprindo a lei, ou seja, não estão implementando as políticas públicas necessárias ao pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, como não o estão fazendo no que pertine à aplicação de recursos e políticas públicas de forma prioritária.

Emerge, portanto, a necessidade premente da intervenção do Poder Judiciário, não só como forma de criar mecanismos mínimos de dignidade e respeito aos infantes, mas também – e principalmente – de obrigar o poder Executivo a respeitar o Poder Legislativo, no que concerne especialmente à legislação dele originada que assegura dig-

---

19 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 7ª Edição. Ada Pellegrini Grinover. P.15/17.

nidade através da garantia de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente .

Ressalta-se ainda que nos dias atuais duas teorias vêm abordando a matéria e criando entendimentos variados acerca da obrigatoriedade da satisfação das necessidades sociais por parte do estado, seja de forma administrativa ou mesmo judicial: trata-se das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, aquela tendente a assegurar à população mecanismos mínimos de sobrevivência, esta atendendo à necessidade, mas não descurando da capacidade financeira do Estado na sua satisfação.

Nossos tribunais, apesar de iniciais resistências acerca da necessidade de atendimento à questões sociais de forma premente, hoje vem entendendo que tais interesses devem ser atendidos apenas nos casos de absoluta necessidade, desde que isso não importe em falência do sistema, contemplando ambas as teorias descritas anteriormente de forma mitigada,<sup>20</sup> contrabalançando-as dentro do critério da razoabilidade.

Não obstante tal entendimento, a Teoria do Garantismo contesta frontalmente referidos entendimentos, pois parte da premissa de que *“em nível epistemológico, essa teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir (...) tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem seguidas pelo Estado de Direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.”*<sup>21</sup>

Observa-se, como já afirmado em nota anterior, que as teorias que estão sendo analisadas fazem parte de um projeto de Dissertação de Mestrado - onde receberão a atenção devida - motivo pelo qual estão sendo tratadas apenas superficialmente com a finalidade de aclarar, ou talvez obscurecer e criar ainda mais dúvidas aos leitores, justamente para fazê-los pensar que o tema em discussão é bastante complexo e exige, para um maior entendimento, aprofundado estudo.

---

20 Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/DF. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello.

21 Cardematori, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade – Uma Abordagem Garantista. 2ª Ed. Millennium, 2006; p. 92/93.

Aliás, não é por acaso que trazemos mais duas teorias essenciais ao entendimento da matéria, quais sejam, a teoria substancialista<sup>22</sup>, que se confunde com o garantismo, e a teoria procedimentalista<sup>23</sup>, que privilegia a forma. Apesar de antagônicas, ambas são convergentes ao afirmarem que o Judiciário exerce papel preponderante na democracia atual. No entanto, enquanto uma defende uma intervenção irrestrita deste poder na defesa dos direitos fundamentais do cidadão, a outra lhe atribui apenas a legalidade das formas preestabelecidas pela legislação.

Evidentemente que aqueles que defendem que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como valores, que devem sempre ser buscados por um Estado de Direito - confirmando a necessidade do aprimoramento das políticas públicas - são simpatizantes da teoria do substancialismo, para quem o Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva diante dos problemas relacionados à sociedade, devendo ele funcionar como um verdadeiro guardião e garantidor da efetividade dos direitos consagrados constitucionalmente, especialmente os fundamentais, que buscam salvaguardar acima de tudo a dignidade da pessoa humana.

O substancialismo tem como um de seus maiores simpatizantes Mauro Cappelletti. Júlio César Marcelino Júnior, ao tecer comentários sobre o renomado doutrinador, escreve: “entende o autor que o Judiciário pode contribuir em muito para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, e necessita assumir uma nova postura diante da sociedade. Deve, sendo ativo, dinâmico e criativo oferecer respostas às demandas crescentes de nossa complexa sociedade, viabilizando o tão almejado acesso à justiça, especialmente aos mais necessitados, aproximando o direito da realidade social, bem como suprir, de certo modo, as carências do poder executivo, e de um legislativo que tornou-se, segundo suas próprias palavras, “particularmente lento, obstruído e pesado”.<sup>24</sup>

---

22 O eixo substancialista é capitaneado por Mauro Cappelletti e, em parte, por Ronald Dworkin, representado no Brasil por autores como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fabio Comparato, Lênio Luiz Streck, Alexandre Moraes da Rosa.

23 Entre os defensores desta teoria cita-se: Jürgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely.

24 *A Jurisdição Constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas*

Para os procedimentalistas, por sua vez, a função do poder judiciário se restringe a assegurar que as formalidades na elaboração da lei e a sua execução sejam respeitadas, restringindo a intervenção de poder diverso em atribuições afetas ao Legislativo e Executivo, impossibilitando que através da hermenêutica se assegure a implementação dos direitos fundamentais, tratando-os como meras normas programáticas. A crítica maior feita pelos procedimentalistas é que *“O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso.”*<sup>25</sup>

Diante de tudo o que foi exposto, resta claro que o tema é por demais tormentoso, exigindo muito estudo por parte do aplicador da lei, especialmente por estarmos tratando de um assunto que diz respeito ao mais elementar direito do ser humano, que é a dignidade, que, como já dito, antecede até mesmo ao direito, não podendo – sob a nossa ótica – por ele ser limitado de forma nenhuma. Portanto, defendemos uma intervenção irrestrita na garantia dos direitos fundamentais, devidamente fundamentada no sistema jurídico através da hermenêutica, evitando a discricionariedade excessiva que poderia gerar arbitrariedades por parte do órgão jurisdicional.

---

*‘versus substancialistas. P. 38.*

25 Idem.



CÍVEL

## TRANSFUSÕES DE SANGUE CONTRA A VONTADE DE PACIENTE DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: UMA GRAVÍSSIMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Cláudio da Silva Leiria

*Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

*“O direito à vida não se resume ao viver...O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, a dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de outra (e desconhecida) pessoa.” (trecho do voto - vencido - do Desembargador Marcos Antônio Ibrahim no Agravo de Instrumento n. 2004.002.13229, julgado em 05.10.2004 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ).*

### RESUMO

A recusa dos pacientes da religião Testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue em situações de iminente risco de vida tem suscitado debates nos meios médicos e jurídicos. O presente artigo tem a pretensão de demonstrar que essa recusa tem apoio na Constituição Brasileira e também na legislação infraconstitucional.

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 219 a 275

**PALAVRAS-CHAVE:** Transfusões de sangue. Liberdade religiosa. Testemunhas de Jeová. Princípios constitucionais. Direitos dos pacientes.

## SUMÁRIO

1 Introdução - 2 Os riscos das transfusões de sangue - 3 Alternativas médicas às transfusões de sangue - 4 Do direito à liberdade religiosa - 5 Da objeção de consciência e da não-privação de direitos por motivo de crenças religiosas - 6 Direito à privacidade - 7 Do princípio da legalidade - 8 Princípio da dignidade da pessoa humana - 9 Do artigo 15 do Código Civil - 10 Do artigo 17 do Estatuto do Idoso - 11 Do artigo 10 da Lei de Transplantes - 12 Da inexistência da obrigação jurídica de viver - 13 A questão da recusa de menores a tratamentos com transfusões de sangue - 14 Princípios bioéticos da autonomia, da beneficência, do consentimento esclarecido e da justiça - 15 Precedentes jurisprudenciais de respeito à autonomia do paciente no exterior e no Brasil - 16 Lei islandesa sobre os direitos dos pacientes - 17 Direito dos pacientes a tratamentos alternativos às transfusões de sangue - 18 Da necessidade de mudanças nos currículos de ensino médico e jurídico - 19 Da responsabilidade civil e penal do médico - 20 Principais conclusões - 21 Resúmen - 22 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Os seguidores da religião Testemunhas de Jeová, diante, basicamente, da interpretação que fazem das passagens bíblicas dos Livros de Gênesis, 9:3-4<sup>1</sup>; Levítico, 17:10<sup>2</sup> e Atos 15:19-21<sup>3</sup>, recusam-se a se sub-

---

1 3 Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. 4 Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis comer.

2 “Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo.

3 19 Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, 20 mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e da fornicção,

meter a tratamentos médicos ou cirúrgicos que incluam transfusões de sangue<sup>4</sup>. Na impossibilidade de se valerem de tratamentos alternativos (sem sangue), negam-se a receber transfusões, mesmo que isso possa levá-las à morte.

Esta postura das Testemunhas de Jeová periodicamente desperta a atenção dos meios de comunicação social, que, por ignorância ou má-fé, acabam dando uma conotação de que os adeptos dessa religião são pessoas fanáticas e suicidas. Entretanto, nada poderia ser mais equivocado, pois elas apenas buscam tratamentos e alternativas médicas que reputam seguros (sem sangue) e aceitáveis sob o prisma de suas convicções religiosas.

É inegável que a postura firme das Testemunhas de Jeová em rechaçar as transfusões de sangue tem alavancado o progresso científico de descoberta e aprimoramento de tratamentos alternativos<sup>5</sup>. Ademais, elas organizaram uma rede, de âmbito internacional, de Comissões de Ligações com Hospitais (COLIH), existentes em 230 países e territórios, que auxiliam na transferência de pacientes para hospitais ou equipes médicas que usam alternativas às transfusões de sangue. Também fazem trabalho de esclarecimento junto aos profissionais de saúde quanto a esses tratamentos alternativos, bem como em relação aos riscos das

---

e do estrangulado, e do sangue. 21 Pois, desde os tempos antigos, Moisés tem tido em cidade após cidade os que pregam, porque ele está sendo lido em voz alta nas sinagogas, cada sábado.

- 4 Para as Testemunhas de Jeová é inaceitável receber transfusões de sangue total (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaqueta e plasma). Entretanto, dizem que é uma questão de consciência – cabe ao adepto decidir – se aceitará *frações* desses quatro componentes primários do sangue. Os glóbulos brancos, por exemplo, podem ser fonte de interleucinas e interferons (usados para tratar infecções virais e algumas espécies de câncer).
- 5 R., Mauricio Besio e H., Francisca Besio, acerca das Testemunhas de Jeová, referem: *“Hay que reconocer, sin embargo, que la actitud de ese grupo paradójicamente ha permitido grandes avances en el manejo sin transfusiones de pacientes en estado crítico y también en el desarrollo de sustitutos de la sangre. Es innegable el aporte que ellos han hecho en esta área del conocimiento médico. Desde que este grupo empezó a cuestionar las transfusiones, tanto por motivos religiosos como por las complicaciones de estas terapias, la cantidad de transfusiones de sangre se ha reducido considerablemente con el consiguiente beneficio para todos los pacientes. También, es preciso reconocer que, aunque constante, siempre la defensa de sus creencias estas personas le há efectuado de manera respetuosa y buscando soluciones alternativas.”* In: Testigos de Jehová y Transfusión sanguínea. Reflexión desde una ética natura. Revista Chilena de Obstetricia Ginecológica 2006: 71(4), p. 275.

transfusões de sangue.

A recusa às transfusões de sangue possui importantes reflexos na esfera médica – acarretando dilemas éticos – pois os médicos estão condicionados a enxergar a manutenção da vida biológica como o bem supremo – e no âmbito jurídico, no qual se debate se é direito do paciente recusar um tratamento médico por objeção de consciência quando este, aparentemente, é o único meio apto a lhe salvar a vida.

Felizmente, as comunidades médicas e jurídicas, ainda que de forma tímida, têm dado sinais de que tendem a reconhecer o direito do paciente rejeitar determinados tratamentos médicos, independentemente do risco que ele esteja correndo com essa recusa.

Tem-se a modesta pretensão de demonstrar que, frente às normas constitucionais que tutelam a liberdade de crença e de consciência, o direito à intimidade e à privacidade, os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como em razão de dispositivos da legislação infraconstitucional – fatores aos quais se associa o risco inerente às contaminações nas transfusões – **é absolutamente legítima a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos médicos/cirurgias que envolvam a administração de sangue e seus derivados, mesmo nos casos de iminente risco de vida.**

Neste artigo, segue-se a linha interpretativa de que, havendo recusa do paciente de receber transfusão de sangue em situações de iminente risco de vida não se configura a **colisão** de direitos fundamentais (direito à vida X direito de liberdade religiosa)<sup>6</sup>, mas, sim, **concorrência** de direitos fundamentais, **pois a conduta sujeita-se ao regime de dois direitos fundamentais de um só e mesmo titular.**

## 2 OS RISCOS DAS TRANSFUSÕES DE SANGUE

Rejeitar transfusões de sangue torna-se cada vez menos uma questão religiosa e mais uma questão médica. Atualmente, não é pouca a literatura médica a relatar que as transfusões de sangue envolvem inúmeros riscos, muitas vezes letais.

---

6 Na colisão de direitos fundamentais é necessário que sejam diferentes os titulares dos direitos em foco, havendo antagonismo entre eles.

Os testes realizados pelos bancos de sangue não geram a segurança necessária quanto à pureza desse material biológico. Um Diretor da Cruz Vermelha Americana, tecendo considerações sobre os altos custos envolvidos em tais testes declarou que *‘Simplesmente não podemos continuar a adicionar teste após teste para cada agente infeccioso que poderia ser disseminado’*.

O Dr. LUIZ GASTÃO ROSENFELD, hematologista, disse que apesar de toda a evolução tecnológica, diante dos conhecimentos atuais, as transfusões de sangue não eram totalmente seguras no que diz respeito à transmissão de moléstias infecciosas<sup>8</sup>.

WILSON RICARDO LIGIERA faz esclarecedora síntese dos riscos decorrentes das transfusões de sangue:

“Ela (a transfusão) também pode reduzir a probabilidade de o paciente continuar vivo. Em recente e conceituado trabalho científico, Herbert et al comprovaram uma correlação direta, estatisticamente significativa, entre as transfusões sangüíneas e a mortalidade de pacientes graves internados em unidades de terapia intensiva.

“Os efeitos adversos das transfusões podem ser classificados em duas categorias: primeiro, as doenças infecciosas transmitidas pelo sangue ou hemoderivados; segundo, as chamadas reações transfusionais, que podem ser de natureza imunológica, imediatas ou tardias, e não imunológicas, como reações febris ou reações hemolíticas.

“Alguns exemplos de doenças infecciosas e parasitárias, transmitidas por transfusões de sangue ou hemoderivados, que podem ser muito graves ou até mesmo fatais são: a AIDS (sigla, em inglês, para ‘síndrome da imunodeficiência adquirida’,

7 ‘Como pode o sangue salvar sua vida?’, Associação Torre de Vigia, p. 10.

8 ROSENFELD LGM, ‘Considerações sobre os riscos das transfusões sangüíneas’, Arquivos do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, 1991, p. 80, *apud* ‘Cuidados com a família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová’, item ‘Aspectos éticos/legais’, p. 26.

causada pelo vírus HIV), algumas formas de hepatites virais, como as causadas pelos vírus B ou C, a tripanossomíase (Doença de Chagas), a malária, a citomegalovirose e as infecções produzidas pelos vírus de Epstein-Barr, HTLV-I e HTLV-II (vírus da leucemia e linfoma de células T Humano) e por outros protozoários e bactérias.

“(…)

“Acrescente-se à lista outros riscos e complicações relacionados com a terapêutica transfusional, tais como, erros humanos operacionais (e.g., transfusão da tipagem errada do sangue) e a imunomodulação, i.e., a supressão do sistema imunológico do paciente, aumentando as chances de contrair infecções pós-operatórias e de recidiva de tumores. Concordemente, Roger Y. Dodd, chefe do Laboratório de Doenças Transmissíveis, da Cruz Vermelha Americana, comenta: ‘Atualmente, o único meio de assegurar a completa ausência de risco é evitar totalmente as transfusões.’<sup>9</sup>

Também há de se fazer menção aqui aos imensos riscos diante da chamada ‘janela imunológica’, que corresponde ao tempo que o organismo leva para produzir, depois da infecção, uma certa quantidade de anticorpos que possa ser detectada pelos exames de sangue específico. **Assim, por exemplo, se uma pessoa que foi infectada pelo vírus HIV (AIDS) doar sangue até 11 dias após a infecção, os exames feitos nesse sangue não detectarão o vírus, ou seja, obter-se-á um falso resultado negativo.**

As Testemunhas de Jeová não rejeitam todos os tratamentos médicos. Recusam, no entanto, uma terapia que, **conforme é admitido pelas próprias autoridades em saúde**, acarreta muitos riscos graves.

---

9 LIGIERA, Wilson Ricardo. Tutelas de Urgência na recusa de transfusão de sangue. *In: Temas sobre tutela de urgência*. Org. Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP. São Paulo: Arte & Ciência, 2002, pp. 165-167.

### 3 ALTERNATIVAS MÉDICAS ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE

Ainda que de forma sucinta, mencionar-se-ão algumas alternativas médicas às transfusões de sangue. Essas alternativas experimentaram grande desenvolvimento nos últimos trinta anos, podendo-se conjecturar, com boa dose de razoabilidade, que em poucas décadas os progressos técnicos acabarão totalmente com a necessidade de transfundir sangue.

a) **Dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sanguínea:** eletrocautério/eletrocirurgia; cirurgia a laser; coagulador com raio de argônio.

b) **Técnicas e dispositivo para controlar hemorragias: pressão direta;** agentes hemostáticos; hipotensão controlada.

c) **Técnicas cirúrgicas e anestésicas para limitar a perda sanguínea:** hipotermia induzida; hemodiluição hipervolêmica, redução de fluxo sanguíneo para a pele; recuperação sanguínea intraoperatória.

d) **Dispositivos e técnicas que limitam a perda sanguínea iatrogênica:** oxímetro transcutâneo; uso de equipamento de microcoletagem.

e) **expansores de volume**<sup>10</sup>: lactato de Ringer; solução salina hipertônica; coloide Dextran.

Com o uso de alternativas médicas já foram feitas, sem sangue: cirurgias de coração aberto; cirurgias ortopédicas e oncológicas; transplantes de fígado, rim, coração e pulmão; transplantes de células-tronco periféricas.

De bom alvitre salientar, no entanto, que quando o paciente perde de 25% a 30% do volume sanguíneo, está em iminente perigo de vida face ao risco de choque hipovolêmico<sup>11</sup>. Assim, a transfusão de sangue seria imperiosa para restabelecer o volume intravascular e restaurar a capacidade de transporte de oxigênio, não podendo, atualmente, ser suprida por outra alternativa médica.

---

10 Utilizados quando há perda de grande quantidade de plasma (parte líquida do sangue). Têm a função de manter o volume circulatório do sangue no corpo.

11 No choque hipovolêmico, devido à perda sanguínea, o coração fica incapaz de fornecer sangue para o corpo.

#### 4 DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no inciso XVII, proclama: ‘Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.’

Neste tópico, deve-se iniciar tentando responder a indagação: O que é religião?

ALEXANDRE DE MORAES esboça sintética resposta, afirmando que ‘a religião é um complexo de princípio que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto’<sup>12</sup>.

JEAN RIVERO, na obra *Les Libertés Publiques* (Paris, PUF, vol. 2º, 1977, p. 148 e s.) , sobre a ‘especificidade do fato religioso’, tece as seguintes considerações:

“(A religião) afirma a existência de realidades sobrenaturais, a propósito das quais o homem está em situação de dependência: a religião organiza as relações que esta dependência postula.

“(…)

“O crente adere a esta informação, aceita esta organização de suas relações com o sobrenatural. Em vista disso, sua adesão transborda largamente a simples profissão de uma opinião num outro domínio, pois ela comporta, não uma mera preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade considerada como objetiva, transcendente e superior a todas as outras.

“(…)

“Enfim, a religião, e notadamente as grandes religiões monoteístas, como as seitas que delas derivam,

---

12 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 119.

exercem sobre o crente uma possessão (emprise) total. Na medida em que elas lhe fornecem uma explicação global do seu destino, elas ditam seus comportamentos individuais e sociais, modelam o seu pensamento e sua ação. Porque afirmam a prioridade da ordem sobrenatural sobre toda ordem humana, conduzem cada crente conseqüente consigo mesmo a preferir, em caso de conflito entre o poder do Estado e os imperativos de sua fé, a obediência à regra mais alta.<sup>13''</sup>

Inegável que a liberdade de religião veio bastante prestigiada no texto constitucional. Assim, no Preâmbulo da Carta Magna, os constituintes declararam que a promulgaram sob a proteção de Deus; no artigo 5º merecem destaque os incisos VI<sup>14</sup> (liberdade de consciência e de crença, livre exercício dos cultos religiosos, proteção aos locais de culto e suas liturgias), VII (assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva) e VIII (não-privação de direitos por motivo de crença religiosa).

A liberdade religiosa é um direito fundamental de primeira geração (ou dimensão), impondo ao Estado um dever de não-fazer, de não-interferir naquelas áreas reservadas ao indivíduo. Na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>15</sup>, há três subdivisões da liberdade religiosa: a) liberdade de crença, que assegura a liberdade de aderir a uma religião, de mudar de religião, ou não seguir religião alguma; b) liberdade de culto, que é o poder expressar-se em casa ou em público em relação às tradições, cerimônias e ritos da religião que se adotou; e, c) liberdade de organização religiosa, que confere aos que professam uma determinada religião o direito de se organizarem sob a forma de pessoa jurídica para a realização de atos civis em nome da fé professada.

Como bem destaca JAYME WEINGARTNER NETO,

13 Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. Parecer Jurídico, São Paulo/SP, 24.10.1994.

14 Art. 5º (...) VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

15 SILVA, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 251.

*‘O Estado deve levar a sério o fato de que a religião ocupa um lugar central na vida de muitas pessoas, devendo, portanto, ‘consideração e respeito por todas as formas de religiosidade, mesmo pelas mais inconventionais (núcleo da livre escolha de crença – CPJ 1.1.2). O Estado tem, neste contexto, um dever de abster-se de perturbar; a adesão/abandono de uma confissão religiosa, a educação religiosa das crianças por seus pais ou responsáveis, o serviço religioso, o uso de indumentária própria ou de símbolos religiosos, etc. Trata-se de uma reserva de intimidade religiosa cujo mérito intrínseco é insindicável pelo Estado<sup>16</sup>.*

No século XX, dois importantes documentos internacionais prestigiaram a liberdade religiosa: a Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação com base na religião ou crença (1981) e o Documento Final de Viena (1989).

A liberdade de religião, conforme o dispositivo constitucional, não abrange apenas o direito de crer em uma doutrina, mas também o de exercer os preceitos da fé professada. Nessa última hipótese se insere o **expressar a fé em todos os aspectos da vida**, seja fazendo proselitismo, demonstrando a fé em público, escrevendo e compondo músicas a respeito, **bem como recusando tratamentos médicos específicos**.

As Testemunhas de Jeová, ao rejeitarem um determinado tratamento médico (transusão de sangue), mesmo nos casos de iminente risco de vida, estão apenas querendo viver de acordo com suas crenças. Ora, a religião é um modo de expressão espiritual, cultural e ideológica de um agrupamento humano, e por isso deve ser respeitada, especialmente nas hipóteses em que o exercício de seus dogmas e prescrições não causam lesões aos direitos de terceiros.

## 5 DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E DA NÃO-PRIVAÇÃO DE DIREITOS POR MOTIVO DE CRENÇA RELIGIOSA

Objetar quer dizer recusar-se a fazer algo. Objeção de consciência é expressão que designa os casos em que um indivíduo, por alguma

---

16 NETO, Jayme Weingartner. Liberdade religiosa na Constituição, pp. 116-117.

convicção pessoal profunda, íntima, recusa-se a praticar determinado ato ou aceitar alguma específica situação.

Infelizmente, as Testemunhas de Jeová, por motivo de crença religiosa, têm cerceado um elementar direito agasalhado constitucionalmente - o de recusar um determinado tratamento médico (transusão de sangue) que é repleto de riscos, como já visto.

A objeção de consciência não fere o princípio da isonomia, sendo mero sofisma o argumento de que se estaria a privilegiar o direito de uma minoria. Ora, o princípio da isonomia deve ser visto dentro de um quadro amplo de direitos, liberdades e garantias. A liberdade de consciência é norma especial, que prevalece sobre a norma geral da isonomia. Para se ter justiça, ocioso dizê-lo, deve-se tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Assim, por exemplo, não fere o princípio da isonomia reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos, atendimento privilegiado em várias situações para crianças, adolescentes e idosos (Leis 8.069/90 e 10.741/03).

Outra falácia encontrada é o argumento de que o Estado dispõe de um 'Direito superior' ao do particular, algo como um *jus imperii*. Ocorre, no entanto, que a força tem limites, não podendo o Estado compelir alguém a algo pelo que sente extrema repulsa.

Também a justificar a objeção de consciência tem-se o fato de que a sociedade humana é plural, e isso é um fato irreversível.

## 6 DIREITO À PRIVACIDADE

A Constituição Federal, no inciso X do artigo 5º, tutela o **direito fundamental** à privacidade nos seguintes termos: "*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

A privacidade é necessidade básica do ser humano, que deseja viver com sossego e tranquilidade, sem ter a sua vida íntima e privada indevidamente devassada por terceiros, nem ser sufocada por ingerências do Estado que ultrapassem imperiosas necessidades sociais.

Em fecundo parecer, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FI-

LHO<sup>17</sup> anota que o direito à privacidade é o dos que reclamam a não-ingerência do Estado, da coletividade ou de algum indivíduo, impondo um não-fazer, estabelecendo uma fronteira em benefício do titular do direito que não pode ser violada por quem quer que seja. Agrega, com base em famoso julgado da Suprema Corte Americana, que duas são as facetas desse direito: a) evitar a divulgação de questões pessoais, e, b) independência em tomar determinada espécie de decisões importantes.

O mesmo parecerista frisou que a doutrina e jurisprudência americana incluem no direito à privacidade as decisões relativas ao próprio corpo (vacinações, testes de sangue obrigatórios); concepção e contracepção; **tratamentos médicos**; e estilos de vida.

Não é ocioso destacar que a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (o famoso Pacto de San José da Costa Rica), no seu artigo 11, itens 1 e 2, garante a proteção da lei contra interferências arbitrárias na vida privada, honra e dignidade do indivíduo.

O jurista CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>18</sup>, em parecer, bem gizou que:

“Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos ‘motivos humanitários’ da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos.”

Assim, também sob o prisma da proteção constitucional da intimidade e da privacidade, incabível forçar-se alguém a receber transfusão de sangue.

---

17 Parecer, op. cit.

18 BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas, p. 19. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000.

## 7 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Sob a ótica legal, plenamente admissível a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a transfusões de sangue, mesmo nos casos de iminente risco de vida.

A Constituição Brasileira, no seu artigo 5º, inciso II, prescreve que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, salvo em virtude de lei (princípio da legalidade). Assim, como no país não há lei que obrigue qualquer pessoa a aceitar transfusões de sangue como tratamento médico, a recusa será válida, devendo ser respeitada.

CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>19</sup> faz as seguintes considerações sobre esse tema:

“...a Lei Suprema dita um requisito para que exista a restrição à liberdade. Esta restrição consiste na necessidade de lei, com o que fica implícito que a restrição à liberdade pode existir. É dizer, as leis dotadas de caráter genérico e abstrato definem diversas situações, deixando uma margem de liberdade, ou melhor, um espaço para fazer ou não fazer alguma coisa.”

O eminente parecerista, após afirmar que ninguém pode ser constrangido a consultar um médico ou a submeter-se a tratamento específico contra a sua vontade, ilustra esse direito de recusa com o exemplo de pessoa que, apresentando problemas visuais, fosse obrigada a procurar um oftalmologista e a usar os óculos por ele prescritos, ou, ao passar por problemas financeiros, fosse compelida a consultar um economista e seguir suas orientações.

Também, já foi observado alhures que não se poderia abolir a opção individual de rejeitar transfusões de sangue sem ferir a Constituição, pois se isso acontecesse, estaria criada a absurda situação de alguém preferir ficar em casa para não ter a sua liberdade pessoal violada pelo médico. Mas então teria de ser criada uma lei para obrigar uma pessoa a ir ao médico...

---

19 BASTOS, Celso Ribeiro, *idem*.

## 8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o cume, o ápice do sistema jurídico brasileiro e do da maioria dos países: na verdade é um **superprincípio**, do qual decorrem a necessidade de respeito à integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo, relacionando-se, também, à proteção da igualdade e da liberdade do ser humano.

Para INGO WOLFGANG SARLET:

“...a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional de dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos por parte de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção<sup>20</sup>”.

Mesmo o direito fundamental à vida não é absoluto<sup>21</sup>, encontrando limites no princípio da dignidade da pessoa humana, que, afinal, é o alicerce de todo e qualquer direito. Note-se que é a dignidade da pessoa

---

20 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: (Org) Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

21 Assim, por exemplo, no direito brasileiro permite-se pena de morte em tempo de guerra, admite-se matar em legítima defesa e estado de necessidade, e o aborto, sob determinadas condições do Código Penal, é autorizado.

humana – e não a vida - um dos fundamentos da República (CF/88, art. 1º, inciso III). **Ainda, um dos objetivos fundamentais da República é justamente promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, inclusive religiosa.**

Assim, impor uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente da religião Testemunha de Jeová **equivaleria a violentá-lo**, não só no seu corpo, mas também nas suas convicções religiosas, no seu modo de ver e compreender o mundo. Em outras palavras, seria fazer tabula rasa da dignidade do aderente dessa religião.

Analizou esse ponto com muita propriedade ANA CAROLINA DODE LOPEZ, em trecho que merece detida reflexão<sup>22</sup> (grifos não constam do original):

*“Não há dignidade quando os valores morais e religiosos mais arraigados do espírito da pessoa lhe são desrespeitados, desprezados. A pergunta que se faz é a seguinte: adianta viver sem dignidade ou com a dignidade profundamente ultrajada? **Se a própria pessoa prefere a morte é porque o desrespeito às suas convicções espirituais configura uma morte pior: a morte de seu espírito, de sua moral.***

*“O Direito quer proteger a vida humana à custa da dignidade da pessoa? Quer proteger a vida de um indivíduo mesmo que isto represente ferir profundamente a sua dignidade? A resposta certamente é negativa para o Direito Brasileiro, do que se infere do art. 1º, III, da CF, caso contrário este artigo teria proclamado como fundamento do Estado Democrático de Direito a vida humana, e não a dignidade da pessoa humana, como fez.”*

MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ e MAÍLA MELLO CAMPOLINA fazem a aguda afirmação de que erigir a vida como um ‘bem coletivo’ ou como pertencente ao Estado é tirar do ser humano a única

<sup>22</sup> LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de Direitos Fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>. Acesso em 14 jan. 2007.

coisa que deveras possui: ele próprio<sup>23</sup>.

A conclusão inafastável, portanto, é que também pelo princípio da dignidade da pessoa humana é vedada a transfusão de sangue contra a vontade do paciente da religião Testemunha de Jeová, mesmo quando a vida corra sérios riscos.

## 9 DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL

Legítima também a recusa a tratamentos médicos, como transfusões de sangue, o disposto no artigo 15 do novel Código Civil, o qual prescreve que ‘Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica’.

Essa inovadora disposição legal tem cariz protetora dos direitos individuais, devendo ser lida como ‘ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica’. Com efeito, se o médico acreditar na necessidade urgente de uma transfusão de sangue, é porque o paciente estará correndo risco de vida, o que impõe que nenhuma terapia seja realizada sem o seu prévio consentimento<sup>24</sup>; ou, olhando a questão de outro ângulo, refira-se que **a própria transfusão de sangue é, incontestavelmente, um tratamento de risco**, seja pela insegurança e precariedade dos testes sorológicos efetuados, quer pelo desconhecimento do comportamento de vírus e outros agentes potencialmente patogênicos existentes eventualmente no material biológico a ser objeto da transfusão.

Nesse passo, pede-se vênia para transcrever as judiciosas considerações de FELIPE AUGUSTO BASÍLIO<sup>25</sup> sobre o assunto:

“...pela nova regra do Código Reale, o pressuposto

23 SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maílla Mello Campolina. Autonomia privada e biodireito: podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer? In: Revista Jurídica Unijus, v. 11, n. 15, p. 190.

24 Salvo, é claro, naqueles casos em que não for possível descobrir a vontade do paciente, seja de forma verbal ou por documento escrito pretérito.

25 BASÍLIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7311>. Acesso em 14 jan. 2007.

para que o médico não atue sem o consentimento do paciente é a própria gravidade da situação em si, de maneira que não será o caso emergencial ou a situação gravosa que lhe permitirá agir sem o consentimento.

“As conseqüências jurídicas só surgirão no caso de atuação médica sem consentimento e o efeito danoso se dará por agir sem autorização, pelo que responderá por perdas e danos. Por este artigo, o risco de morte do paciente cria a obrigação do médico de colher o seu consentimento sobre o método terapêutico a ser aplicado, sob pena de responder civilmente pelos danos aos seus direitos de personalidade que o tratamento forçado pode causar.”

Conclui-se que o artigo 15 do Código Civil revogou, então, quaisquer normas de hierarquia igual ou inferior que autorizavam a intervenção médica contra a vontade do paciente (especialmente os artigos 46 e 56 do Código de Ética Médica, vindo a lume por mera resolução do Conselho Federal de Medicina, e o art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal), mesmo naqueles casos de iminente risco de vida<sup>26</sup>.

## 10 DO ARTIGO 17 DO ESTATUTO DO IDOSO

Mais uma inovação legislativa chancela o direito de os pacientes, independentemente dos motivos, recusarem transfusões de sangue: está-se falando do artigo 17 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que possui a seguinte redação:

“Artigo 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar

<sup>26</sup> Em sintonia com o disposto no artigo 15 do Código Civil, tem-se a Lei 10.241/99 do Estado de São Paulo (Lei Mário Covas), que estabelece no seu artigo 2º serem direitos dos usuários dos serviços de saúde de São Paulo: (...) VII – consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados...XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.

pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I - pelo curador, quando o idoso for interditado;

II - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contatado em tempo hábil;

III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV - pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Assim, como regra geral, o art. 17 do Estatuto do Idoso autoriza que o paciente, independentemente do seu estado clínico, mas desde que no domínio de suas faculdades mentais, escolha o tratamento de saúde que entender mais adequado.

Veja-se bem que o inciso III do parágrafo único do artigo 17 deixa evidente que não basta a situação de iminente risco de vida para que seja o médico possa escolher o tratamento. Imperioso que, antes, ocorra a impossibilidade de manifestação do paciente, familiares ou de seu representante legal. **Dito de outra forma: o médico, nos casos de iminente risco de vida, só poderá agir ao próprio talante se tornar-se impossível conhecer, por qualquer meio, a vontade do paciente ou representante legal quanto ao tratamento.**

Por evidente, em respeito ao princípio da isonomia, a autorização para que o paciente idoso, mesmo em situação de iminente risco de vida, possa recusar tratamento médico, deve ser estendida, em uma interpretação constitucional, aos pacientes civilmente capazes de idade inferior a 60 anos pois não há qualquer razão lógica/ética/jurídica para não se fazê-lo.

## 11 DO ARTIGO 10 DA LEI DE TRANSPLANTES

O art. 10, 'caput', da Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos) prescreve que "O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento". E o § 1º desse artigo prevê que naqueles casos em que o receptor for juridicamente incapaz, ou estiver em condições de saúde que impeçam ou comprometam sua manifestação válida de vontade, o consentimento será dado pelos pais ou responsáveis legais.

Percebe-se, assim, que a legislação mencionada coloca em primeiro plano - portanto, acima da vontade do médico - o consentimento do paciente. Desta forma, mesmo que o paciente se encontre em iminente risco de vida, pode decidir se quer, ou não, se sujeitar ao transplante.

Desta maneira, como o sangue é considerado um tecido<sup>27</sup>, devem as transfusões se submeterem ao princípio - veiculado na lei - de que 'quem decide é o paciente', independentemente da situação de iminente risco de vida.

Não se desconhece o teor do parágrafo único do art. 1º da Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos: "Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo, o sangue, o espermatozoide e o óvulo". Entretanto, a exclusão expressa do sangue 'para os efeitos da lei' jamais poderia significar que, de fato, sendo um tecido, pudesse ser transfundido contra a vontade do paciente.

A expressão 'para os efeitos da lei' deve ser interpretada no sentido de que para fazer a disposição do sangue o doador, por exemplo, não precisará de autorização judicial (art. 9º); que prescindirá de autorizar a doação preferencialmente por escrito e diante de testemunhas (art. 9º, § 4º); que o receptor não precisa estar inscrito em lista única de espera, etc.

---

27 O sangue é um tipo especial de tecido conjuntivo, formado pelo plasma (parte líquida) e células (leucócito, eritrócitos e plaquetas)

## 12 DA INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO JURÍDICA DE VIVER

Aos pacientes, independentemente de posicionamentos morais, filosóficos ou religiosos, não se pode impor uma obrigação jurídica de viver mediante o recebimento de uma transfusão de sangue, se considerarmos que ninguém está obrigado para com si mesmo. Deveras, para existir uma relação jurídica é necessário que hajam pelo menos duas pessoas – sujeito ativo e sujeito passivo –, podendo uma delas exigir um bem, a que a outra está obrigada a entregar.

Nesse andar, ANDRÉ FRANCO MONTORO<sup>28</sup>, seguindo a lição de DEL VECCHIO, afirma que podemos definir a relação jurídica como o vínculo entre pessoas, por força do qual uma pode pretender ou exigir um bem de outra pessoa, que é obrigada a uma prestação (ato ou abstenção).

Decorre do conceito acima que a sociedade como um todo não tem o direito subjetivo de exigir que um dos seus membros preserve sua própria vida contra a vontade e, portanto, não tem esse membro o dever de atender a essa pretensão da sociedade. **E de outra quadra, ninguém está obrigado a defender seu próprio direito.**

Sob outro enfoque, é de se afirmar que, em respeito às liberdades do cidadão, o Estado só pode exigir-lhe condutas, positivas ou negativas, que não violem os direitos de terceiros. E nada mais, sob pena de, em cruel inversão de valores, o homem servir ao Estado, e não este àquele.

Como bem ressaltado por J. STUART MILL<sup>29</sup>,

*“el único propósito sobre el cual el poder puede ser realmente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra sus deseos, es para prevenir el daño a otros. Su propio bien, ya físico o moral, no es suficiente garantía. No lo podemos forzar a llevar a cabo tal o cual acto porque el hacerlo sea lo mejor*

28 MONTORO, Franco. Introdução à Ciência do Direito, Editora RT, p. 536.

29 On Liberty, p. 30, *apud* LA PEÑA, Xavier A. López e SANTILLÁN, Moisés Rodrigues. In: Por La Autonomia Del Paciente, Gaceta Médica Del México 2002, vol. I, 138(1), p. 122.

*para él, porque lo hará más feliz, porque en opinión de otros sería lo más sabio o lo más correcto. Estas serían buenas razones para discutirlo o razonarlo con él, para persuadirlo, para rogarle que lo realice; pero no para obligarlo, amenazarlo o cartigarlo por haberlo realizado...La única parte de la conducta de cualquiera, por la que debe de responder a la sociedad, es aquella que concierne a los demás."*

O médico DIXON cita também J. STUART MILL para expressar que é o paciente quem pode dispor sobre a própria saúde, aceitando ou rejeitando quaisquer espécie de tratamentos: '...cada qual é o guardião correto de sua própria saúde, seja ela física, seja mental, seja espiritual. A humanidade é que mais lucra ao permitir que cada um viva como bem lhe parecer, em vez de compelir cada pessoa a viver como parece ser bom para os demais<sup>30</sup>.'

Mas, frise-se novamente, o paciente Testemunha de Jeová não é um suicida, quer viver, mas declina de receber tratamento que vai de encontro às suas convicções religiosas e que, ademais, repita-se vezes várias, é de alto risco.

Ainda nesse tópico, necessário tecer considerações sobre a conceituação da palavra 'inviolabilidade', constante no 'caput' do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, para que, ao final, se possa responder à indagação: a inviolabilidade do direito à vida permite – ou proíbe – que o indivíduo possa recusar tratamento médico em caso de iminente risco de vida?

Parece extremamente razoável dizer que o termo 'inviolabilidade' não deva ser interpretado no sentido de proibição de o indivíduo dispor da própria vida, **mas sim como a impossibilidade de terceiro violar o bem da vida de outrem.**

Afirmando o referido acima em outras palavras: não se pode confundir 'inviolabilidade' com 'indisponibilidade', termos que juridicamente traduzem conceitos distintos. A inviolabilidade diz respeito a direitos outorgados a certas pessoas, em virtude do que não podem ser

<sup>30</sup> *apud* Dixon, Lowell. Sangue: quem decide? Baseado na consciência de quem? *In*: Como pode o sangue salvar sua vida? Cesário Lange-São Paulo: Sociedade Torre de Vigia, 1990, p. 31.

molestadas ou atingidas. Já a indisponibilidade é atributo daquilo que não se pode dispor ou ceder.

Assim, por exemplo, o artigo 5º, 'caput', da Constituição Federal dispõe que a 'propriedade' também é inviolável. Ora, tal não impede que o indivíduo, na forma da lei, possa alienar o bem para terceiro, nem que o poder público possa fazer restrições ao direito de propriedade, inclusive por legislação infraconstitucional, como sói acontecer.

De idêntica forma, a 'intimidade', segundo o mesmo artigo 5º, é inviolável. Entretanto, a 'inviolabilidade' não proíbe que o indivíduo participe de *reality shows* televisionados (*Big Brother*, v.g.), ou então, publique autobiografia em que narre fatos pessoais e íntimos de sua pessoa.

### 13 A QUESTÃO DA RECUSA DE MENORES A TRATAMENTOS COM TRANSFUSÕES DE SANGUE

Segundo o artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, adotada em 20.11.1989:

“Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.

No presente tópico, impõem-se as seguintes perguntas: podem os pais negar autorização para transfusões de sangue em seus filhos menores? Com que idade o menor poderá recusar tratamentos médicos por objeção de consciência?

Inicialmente, refira-se que os pais são os detentores do poder familiar, a eles cabendo empreender os melhores esforços para salvaguardar a vida e a saúde dos filhos. Aos pais também pertence a iniciativa da formação religiosa dos filhos, **ao menos até certa idade**, quando então estes poderão decidir, por si só, qual religião adotar – caso, é claro, desejarem seguir alguma.

Para prosseguir-se, necessário fazer referência à doutrina do menor amadurecido (*mature minor doctrine*), do direito anglo-americano.

Considera-se menor amadurecido aquele paciente que, embora não tendo atingido a idade da maioridade civil, é dotado da capacidade de tomar decisões independentes, compreendendo a natureza e as consequências do tratamento médico proposto, podendo aceitá-lo ou recusá-lo.

Na teoria do menor amadurecido, o importante a considerar é a capacidade decisória, e não algum limite prefixado de idade.

Acerca do tema, importante citar que foi reconhecido pelo Tribunal de Recursos de New Brunswick (Canadá) o direito de um paciente de 15 anos de idade recusar uma transfusão de sangue:

“Em declarações juramentadas anexadas à petição, tanto a Dra. Scully como o Dr. Dolan dispuseram que [J.] estava cômico de seu quadro clínico, do tratamento deste e da possibilidade mui real de que sua recusa de aceitar sangue ou hemoderivados lhe pudesse ser fatal. Todavia, ambos acharam que [J.] era suficientemente amadurecido para entender as consequências de sua recusa de receber transfusões. A Dra. Scully disse que uma transfusão imposta seria prejudicial para a saúde de [J.] e, a menos que [J.] mudasse de idéia, ela ‘não administraria nenhuma transfusão de sangue, não importa qual fosse o resultado do tratamento dele’.

“No Canadá, o Direito Comum reconhece a doutrina do menor amadurecido, a saber, de um que é capaz de entender a natureza e as consequências do tratamento proposto. Assim sendo, o menor, se amadurecido, tem deveras a capacidade jurídica de dar consentimento para seu próprio tratamento médico<sup>31</sup>.”

---

31 Apud Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová, p. 31 do item ‘Aspectos ético/legais.

No Brasil, o jovem de 16 anos de idade, já pode votar (CF, art. 14, § 1º, inc. II, 'c'); na órbita civil, não é mais absolutamente incapaz, podendo inclusive ser emancipado.

Assim, deflui inexoravelmente desses comandos legais que o jovem de 16 anos (que pode influir na vida política de seu país, escolhendo governantes e parlamentares, bem como, emancipado, contratar, casar, ser proprietário de empresas, etc) é, **de forma ficta, indiscutivelmente amadurecido**, pode exercitar a objeção de consciência, recusando tratamentos médicos mesmo com a oposição dos representantes legais.

JAYME WEINGARTNER NETO faz interessante observação sobre o que se pode denominar de 'maioridade religiosa':

“Pode-se presumir, *juris tantum*, a maioria religiosa dos adolescentes (pessoa entre 12 e 18 anos de idade, consoante art. 2º da Lei n. 8.069/90), afastável por demonstração de imaturidade biopsicossocial para o ato/omissão religiosos considerado, bem como a incapacidade religiosa das crianças (até 12 anos de idade incompletos, conforme o dispositivo citado), também afastável por demonstração de maturidade biopsicossocial para o ato/omissão religiosos em apreço<sup>32</sup>”.

No Direito Brasileiro, não se deve olvidar que a criança e o adolescente têm direito à liberdade de opinião e de expressão, crença e culto religioso, conforme dispõem os artigos 15<sup>33</sup> c/c o art. 16, incisos II e III<sup>34</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Repita-se, se o adolescente é amadurecido (possui a capacidade de tomar decisões independentes, compreendendo a natureza e, especialmente, as consequências do tratamento médico proposto), sua objeção de

32 NETO, Jayme Weingartner. Liberdade religiosa na Constituição, p. 229.

33 Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

34 Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir, ir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

consciência deverá ser respeitada, tenha 12, 13, ou 17 anos de idade.

Em parecer, o Dr. MARCO SEGRE<sup>35</sup> sustenta que é eticamente aceitável que um adolescente manifeste sua recusa, e seja atendido, a uma transfusão de sangue.

Em resumo ao que foi abordado, pode-se concluir que o adolescente a partir de 16 anos de idade, pelos direitos em perspectiva que a lei lhe confere (direito de votar, direitos civis plenos com a emancipação), deve ser considerado maior amadurecido, sem perquirições adicionais, cabendo-lhe recusar ou aceitar determinados tratamentos médicos. Em relação ao adolescente entre 12 e 16 anos de idade, para verificar se deve ser respeitada sua vontade quanto a terapias médicas, necessário aferir previamente se é um ‘menor amadurecido’.

#### 14 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA AUTONOMIA, DA BENEFICÊNCIA, DO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO E DA JUSTIÇA

A relação médico-paciente se rege por princípios bioéticos, cuja adequada compreensão lançará luzes sobre a questão da **legitimidade ética** de recusa a determinados tratamentos e terapias.

Bioética, na precisa lição de JOÃO DOS SANTOS DO CARMO e JUSELE DE SOUZA MATOS, é

“disciplina que busca discutir, refletir e lançar bases criteriosas para a prática da ética nas pesquisas, nas decisões e nas aplicações biotecnológicas que envolvem seres humanos e outros seres viventes. Para a Encyclopedic of Bioethics, ‘Bioética é definida como o “estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar” e ainda como “estudo sistemático da conduta humana no âmbito

35 Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente religioso na aceitação de transfusões de sangue. Parecer, São Paulo, 04.07.1991.

das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios éticos”<sup>36</sup>.

O campo da Bioética, assim, é bastante amplo, tratando de assuntos variados envolvendo administração da vida e morte em todos os seus aspectos, tais como: pesquisa com seres humanos e animais; direitos reprodutivos/reprodução assistida; engenharia genética; aborto; eutanásia; transplante de órgãos e tecidos, etc.

Na precisa lição de CLOSET<sup>37</sup>, as ideias da bioética surgiram a partir: a) dos grandes avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina realizados nos últimos anos; b) da denúncia dos abusos realizados pela experimentação biomédica em seres humanos; c) do pluralismo moral reinante nos países de cultura ocidental; d) da maior aproximação dos filósofos da moral aos problemas relacionados com a vida humana, a sua qualidade, o seu início e o seu final; e) das declarações das instituições religiosas sobre os mesmos temas; f) das intervenções dos poderes legislativos como também dos poderes executivos em questões que envolvem a proteção à vida ou os direitos dos cidadãos sobre sua saúde, reprodução e morte; e, g) do posicionamento dos organismos e entidades internacionais.

Dentre os itens citados no parágrafo supra, provavelmente as denúncias de abusos praticados contra pacientes em experimentos médicos foi o que deu maior impulso ao desenvolvimento da disciplina da Bioética. Três casos são emblemáticos:

A – A divulgação do artigo ‘Eles decidem quem vive, quem morre’, de autoria da jornalista Shana Alexander, publicado na Revista Life, em 1962. No referido artigo, foi contada a história da criação de um comitê de ética hospitalar em Washington, nos EUA (Comitê de Admissão e Políticas do Centro Renal de Seattle). O ‘Comitê de Seattle’ tinha como meta definir as prioridades para a alocação de recursos para os pacientes renais. Uma das questões enfrentadas pelo Comitê foi sobre os critérios de admissão de pacientes renais crônicos a tratamento de hemodiálise, em razão de que o número desses pacientes ultrapassava o de máquinas

---

36 CARMO, João dos Santos; MATOS, Jusele de Souza. Bioética: um texto introdutório, Revista Lato & Sensu, p. 6.

37 CLOSET, J. Bioética como ética aplicada e genética. In: Garrafa, V.; Costa, S.I.F (Org.). A bioética no século XXI, Editora da UNB, p. 111.

de hemodiálise disponíveis.

B - Em 1967, Henry Beecher publica o artigo *Ethics and Clinical Research*, enfocando 22 pesquisas médicas, subsidiadas por verbas governamentais e de companhias médicas. Os 22 relatos de pesquisa foram selecionados de 50 artigos publicados em periódicos científicos internacionais.

Nesses artigos, eram relatadas situações de desrespeito aos pacientes que eram ‘cidadãos de segunda classe’: internos em hospitais de caridade; adultos e crianças com deficiências mentais; idosos, pacientes psiquiátricos institucionalizados, presidiários, recém-nascidos, enfim, pessoas sem autonomia e sem direito de fazer escolhas. Dentre as atrocidades praticadas, cite-se que uma pesquisa exigia a inoculação intencional de vírus da hepatite em indivíduos institucionalizados por retardo mental, visando o acompanhamento da etiologia da doença. Foram injetadas células vivas de câncer em 22 pacientes idosos e senis hospitalizados, os quais não foram comunicados de que as células eram cancerígenas.

C - Em 1967 Christian Barnard, da África do Sul, transplantou o coração de um paciente tido pela equipe do médico como ‘quase morto’, enquanto que o paciente que recebeu o coração foi diagnosticado como paciente cardíaco terminal<sup>38</sup>.

A bioética assenta-se em quatro pilares, ou princípios, a saber: a) o princípio da beneficência; b) princípio da autonomia; c) princípio do consentimento informado; e, d) princípio da justiça.

**A - Princípio da beneficência**, que expresso no capítulo I, art. 2º, do Código de Ética Médica brasileiro: ‘o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional’.

Destarte, as experimentações médicas devem se pautar em fazer o bem, preservando-se a integridade e o direito à vida dos que a elas são submetidas.

Sobre o princípio da beneficência, preciosa é a lição de BRUNO

---

38 Este fato levou a Escola Médica da Universidade de Harvard, em 1968, a procurar definir critérios médicos para a morte encefálica, com a finalidade de controlar casos semelhantes. No Brasil, o CFM editou a Resolução 1346/97, que define esses critérios.

MARINI<sup>39</sup>:

“Inicialmente, não podemos esquecer que a visão tradicional hipocrática sobre a ‘beneficência’ deve ser encarado num contexto histórico diferente do nosso. De fato, vivemos numa era em que cada vez mais os direitos do paciente e do cidadão (e aqui se inclui a autonomia) vêm ganhando mais destaque na bioética e na ciência jurídica. Ao contrário do que acontecia na Idade Média, o médico não mais é encarado como uma autoridade (de caráter quase que mítica) inquestionável e autoritária.

Deve-se deixar bem claro que o princípio da beneficência requer que o médico faça o que beneficiará o paciente, **mas de acordo com a visão deste**, e não com a do médico.

B – O princípio da autonomia reconhece o direito da pessoa de decidir, livre de pressões externas, sobre a sua submissão a determinada terapia ou tratamento médico; por esse princípio, pode o paciente inclusive rejeitar toda e qualquer espécie de tratamento. Ter autonomia significa autogovernar-se, fazer escolhas, ter liberdade para decidir acerca de seu comportamento.

RONALD DWORKIN tece meritórias considerações sobre a força que deve ser emprestada ao princípio da autonomia:

“Nos contextos médicos, essa autonomia está frequentemente em jogo. Por exemplo, uma Testemunha de Jeová pode recusar-se a receber uma transfusão de sangue necessária para salvar-lhe a vida, pois as transfusões ofendem suas convicções religiosas. Uma paciente cuja vida só pode ser salva se suas pernas forem amputadas, mas que prefere morrer logo a viver sem as pernas, pode recusar-se a fazer a operação. Em geral, o direito norte-americano reconhece o direito de um pacien-

---

39 MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>. Acesso em 14 jan. 2007.

te à autonomia em circunstância desse tipo<sup>40</sup>.”

A mesma linha de pensamento trilha CLAUS ROXIN. Afirma o jurista alemão que é o paciente quem tem o direito de decidir sobre a omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida<sup>41</sup>:

“Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade, porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade. Se um canceroso se recusa a deixar-se operar (como, p. ex., o caso do penalista Peter Noll, muito discutido e também documentado pela literatura), a operação não poderá ser feita. ...A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida – este caso realmente ocorreu – devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.”

Digno de nota que o Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue (International Society of Blood Transfusion – ISBT/SITS), adotado em 2000 pela OMS (Organização Mundial de Saúde), estabelece no seu artigo 2 que *‘O paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento. Qualquer diretriz antecipada válida deveria ser respeitada’*.

Ainda, o art. 48 do Código de Ética Médica (Resolução n. 1.246/1988 do Conselho Federal de Medicina prescreve que *‘É vedado ao médico: [...] Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar’*<sup>42</sup>.

40 DWORKIN, Ronald. Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais, p. 319.

41 ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal, pp. 202-203.

42 O Parecer n. 46 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, da Presidência do Conselho de Ministros de Portugal (46/CNECV/05) trata da objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos, traz importantes subsídios no sentido de que *é direito do paciente recusar transfusões de sangue*.

Em artigo sobre a autonomia do paciente, XAVIER A. LÓPEZ DE LA PEÑA e MOISÉS RODRÍGUEZ SANTILLÁN<sup>43</sup> escrevem que ao recusar receber sangue como medida terapêutica, o adepto da religião Testemunhas de Jeová não está atentando contra a própria vida:

“Si, de outro lado, la idea central de la controversia que suscitan los pacientes Testigos de Jehová ante el prestador de servicios de salud es la de que con su rechazo a aceptar sangre como medida terapéutica estan atentando y disponiendo con ello contra su vida (cometiendo suicidio), y de outro impidiendo que el médico cumpla con su deber de medios para tratarle como señala la *lex artis*, podríamos entonces iniciar con tratar de discernir em primer lugar si esta acción es un suicidio. Consideramos que no. El paciente que bajo estas circunstancias rechaza la transfusión de sangre no quiere de ninguna manera morir puesto que busca la atención médica y acepta cualquier outro recurso que no sea sangre; tampoco esta ejecutando directamente una acción contra sí mismo, luego entonces no se le puede culpar de intención suicida. La falta de sangre exógena que considera inacceptable per se no le causará la muerte, sino las consecuencias del choque hipovolémico por sua falta endógena por la causa que ésta sea; es la evolución natural de un proceso patológico

---

Assim, no item 2 do referido Parecer é referido que a autonomia implica a capacidade do doente para exprimir as suas preferências, nomeadamente as decorrentes das suas convicções religiosas.

No item 3, consta que ‘A recusa em aceitar transfusões de sangue e hemoderivados enquadra-se no direito de o doente decidir sobre os cuidados de saúde que deseja receber, desde que lhe seja reconhecida a capacidade para tal e existam condições para a exercer.

No item 4 consta que ‘A recusa de tratamento com sangue e hemoderivados em perigo de vida só pode ser considerado pelo médico quando é o próprio destinatário da terapêutica a manifestá-lo de um modo expresso e livre’.

Textualmente, é referido no item 6 do Parecer do CNECV que ‘Quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar’.

43 Por la autonomía del paciente, Gaceta Médica de México 2002; vol.138(1), p.124.

particular el que le conduciría en todo caso a la muerte. Em ninguna situación el certificado de muerte establece como causa directa de la defunción a la falta de transfusión sanguínea sino, en su caso y a modo de ejemplo para retomar la idea anterior, a choque hipovolémico por sangrado de tubo digestivo alto secundario a varices esofágicas rotas, o por herida penetrante de abdomen con lesión de aorta abdominal y hemoperitoneo consecuente, etc.”(p. 124)

Ao invés de estar atentando contra a própria vida quando recusa transfusão de sangue, o paciente aderente da religião Testemunha de Jeová está na verdade prestigiando o bem ‘vida’, pois no conceito desta incluem-se os direitos de personalidade e outros atributos espirituais que, suprimidos, reduzem o ser humano à mera condição de um animal.

Como magistralmente escreveu ANA CAROLINA DODE LOPEZ<sup>44</sup>:

“As motivações e as convicções de cada pessoa dizem respeito apenas a ela, fazem parte do seu livre-arbítrio, não cabe aos outros enumerar as motivações alheias em aceitáveis e inaceitáveis, segundo os seus próprios critérios, sua própria vivência e com um olhar externo ao problema (visão de uma pessoa sadia).

“(…)

“Os motivos que levaram cada um a realizar ou não um tratamento médico dizem respeito à autonomia da pessoa, a razão pode sim decorrer de convicção religiosa, do medo dos efeitos colaterais, por depressão, por pura vaidade, atitude de negação da doença, por todos estes motivos juntos, ou por nenhum deles; não está na alçada dos outros

44 LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de Direitos Fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>. Acesso em 14 jan. 2007.

julgar a validade ou não desta motivação, porque é da esfera exclusiva da autonomia da pessoa...”

Desrespeitar a autonomia do paciente leva a situações graves e incompatíveis com a dignidade humana. Citem-se dois exemplos: a) Em 1976, em Porto Rico, Ana Paz do Rosário concordou em submeter-se a uma cirurgia, desde que não fosse utilizado sangue; entretanto, foi-lhe aplicada transfusão de sangue contra a vontade, por policiais e enfermeiras que, munidos de uma ordem judicial, lhe amarraram na cama para poder executar o ato. Ana Rosário em seguida à transfusão entrou em choque e morreu<sup>45</sup>; e, b) para salvar a vida de paciente que, por motivos religiosos, não consentia em fazer transfusão de sangue após difícil parto, médico pratica tal ato contra a vontade da parturiente e seu marido. Após a alta, a mulher não foi aceita em seu lar pelo cônjuge, e nem pôde mais frequentar a igreja, sendo repudiada por todos<sup>46</sup>.

**C - O princípio do consentimento esclarecido (ou informado)** requer que o médico, antes de qualquer intervenção terapêutica ou cirúrgica, esclareça ao paciente os benefícios e riscos correspondentes, bem como informe acerca de alternativas ao tratamento proposto, possibilitando, assim, que o doente escolha o tratamento que reputar mais conveniente.

Segundo ZELITA DA SILVA SOUZA e MARIA ISABEL DIAS MIORIN DE MORAES, o consentimento esclarecido está atualmente na pauta das discussões sobre a ética médica, e o propósito de se requerer esse consentimento é o de promover a tomada de decisões autônomas pelo indivíduo em relação aos tratamentos médicos e questões de saúde<sup>47</sup>.

Sobre o procedimento de obtenção do consentimento informado, veja-se a lição de FRANKLIN LEOPOLDO E SILVA<sup>48</sup>:

45 SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. In Revista Themis, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 325.

46 Exemplo citado por NETO, Miguel Kfour. Responsabilidade Civil Médica, 5ª edição revista e atualizada à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 176.

47 A Ética Médica e o respeito às crenças religiosas. Disponível em <http://crmma.org.br/revista/bio1v6/eticamedica.html>, acesso em 1º/05/2007.

48 Direitos e deveres do paciente terminal. In: Revista Bioética, CFM, vol. I, pp.141-142.

“Se o diálogo inclui o respeito à dignidade do paciente, ele expressa também o reconhecimento do paciente, ele expressa também o reconhecimento da autonomia, da liberdade do sujeito que se afirma sobre a fragilidade que a doença e a morte testemunham. Autonomia expressa a essência humana como liberdade de escolha; antes de tudo a possibilidade de optar em relação a tudo o que diga respeito à própria pessoa. A opção responsável é o exercício do direito inerente a todo ser humano de responder por si mesmo aos desafios da existência, isto é, de dominar, pela razão e pela vontade, o curso de sua própria história. Mesmo que o acontecimento escape ao controle da mente e do livre-arbítrio, a pessoa poderá sempre compreendê-lo e tomar posição frente a ele, ainda que esta compreensão seja o entendimento da fatalidade àquilo que a sobrepuja. [...]

“Em que sentido o paciente tem o direito de decidir? Na relação terapêutica habitual, o médico detém o privilégio do conhecimento daquilo que é melhor para o paciente. Ainda assim, a administração de terapêuticas está, em princípio, sujeita ao acordo do paciente, de seus familiares e dos eventuais responsáveis. Para obter o necessário consentimento, o médico transmite ao interessado a informação pertinente, assegurando-se de que a resposta estará condicionada ao correto entendimento da informação.”

**D – O princípio da justiça** ganha força quando surge a necessidade de conscientização acerca da distribuição igualitária e geral dos benefícios e avanços propiciados pelos serviços de atendimento à saúde.

Assim, conforme refere BRUNO MARINI<sup>49</sup>, ‘justiça envolve respei-

---

49 MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>. Acesso em 14 jan. 2007.

tar as diferenças existentes na comunidade, e ao invés de discriminá-las ou segregá-las, deve-se buscar meios de compreendê-las e satisfazê-las”, o que impõe a obrigação de o Estado possibilitar o acesso, especialmente na rede pública, de tratamentos alternativos às transfusões de sangue para os objetores de consciência.

## 15 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DE RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE NO EXTERIOR E NO BRASIL

A voos de pássaro, ver-se-á a seguir precedentes jurisprudenciais no exterior e no Brasil em que foi reconhecido o direito de o paciente recusar tratamentos médicos à base de transfusões de sangue. Gize-se que no direito anglo-americano, devido a uma tradição liberal de forte respeito aos direitos individuais, os precedentes dessa natureza abundam, ao contrário do que acontece em países do Terceiro Mundo, em que a tradição é justamente o escasso respeito aos direitos humanos.

### a) ESTADOS UNIDOS

**Caso Brooks** - Devido a uma úlcera, paciente Testemunha de Jeová solicitou atendimento médico. Por repetidas vezes alertou ao médico de sua negativa em receber tratamento com sangue, inclusive firmando um documento de exoneração da responsabilidade do profissional. O médico, sem informar previamente à paciente, transfundiu sangue. Levado o caso à via judicial, o Tribunal de Apelação do Estado de Illinois afirmou que a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos protege o direito de cada indivíduo à liberdade de sua crença religiosa e seu respectivo exercício. Aduziu-se que a ação governamental só poderia embarçar tal direito quando estivesse em perigo, clara e atualmente, a saúde, o bem-estar ou a moral pública.

Esta foi a primeira decisão de uma corte de apelação nos Estados Unidos em que se reconheceu o direito de um paciente da religião Testemunhas de Jeová a recusar transfusões de sangue não desejadas.

### b) CANADÁ

**Caso Mallete v. Schulman** (Ontario Court of Appeal, 72 O.R 2d 417, 1989) – Em consequência de um acidente automobilístico, uma Testemunha de Jeová sofreu graves ferimentos. Na sala de emergência do

hospital foi encontrada uma diretriz médica, por ela firmada, de que não aceitaria tratamento médico à base de sangue, mesmo que em situação de emergência. O médico do turno, de forma deliberada, ignorou tal manifestação de vontade, transfundindo sangue no paciente. A filha adulta da paciente havia objetado energicamente a tal transfusão de sangue, mas mesmo assim o médico não se furtou de fazê-la. Quando a paciente se recuperou, demandou o médico por administrar-lhe sangue sem o seu consentimento. A Corte resolveu o caso em favor da paciente, condenando-lhe ao pagamento de vinte mil dólares canadenses pelos danos ocasionados.

O médico apelou da decisão, mas o Tribunal de Apelação de Ontário rechaçou seus argumentos, reafirmando o direito de o paciente decidir a respeito do seu próprio corpo: *'Um adulto capaz geralmente tem o direito de recusar um tratamento específico ou qualquer tratamento, ou de selecionar uma forma alternativa de tratamento, ainda que essa decisão possa acarretar consigo riscos tão sérios como a morte ou possa parecer equivocada aos olhos da profissão médica ou da comunidade. Independentemente da opinião do médico, é o paciente quem tem a palavra final quanto a submeter-se a tratamento'*.

Além de confirmar o direito do paciente de decidir sobre o seu próprio corpo em caso de iminente risco de vida, o Tribunal de Apelação destacou que a Diretriz Médica Antecipada é uma forma de comunicar os desejos do paciente em uma emergência quando não possa se expressar.

#### c) CHILE

No artigo AUTONOMÍA DEL PACIENTE: EJEMPLO DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ (reimpresso com permissão da Revista Chilena de Cirugía (2003; 55 (5): 537-542), AVELINO REMATALES nos fornece dois notáveis exemplos de como o princípio da autonomia da vontade do paciente foi respeitada pelo Poder Judiciário chileno:

1) No ano de 1996, foi rejeitado o 'Recurso de Protección Rol n. 805-96' na Corte de Apelações de Santiago. Com o recurso, o Hospital San José pretendia transfundir sangue contra a vontade do paciente, com o argumento que a vida era um bem superior. Ficou decidido de maneira sucinta, mas profunda, que 'ninguém pode ser forçado a defender seu próprio direito'.

2) No começo de 2001, a Corte de Apelações de Valparaíso encerrou o caso contra um médico e a esposa de um paciente. Ambos haviam respeitado a vontade do enfermo. O paciente, que não era Testemunha de Jeová, padecia de uma hemorragia digestiva e se negou a uma transfusão de sangue. O médico e a esposa do paciente – quem sim era Testemunha de Jeová – respeitaram a vontade expressada. Devido a uma condição hemodinâmica muito complexa, o paciente morreu. Os familiares ajuizaram ação contra o médico e a esposa do paciente. Dois anos mais tarde a Corte absolveu completamente aqueles que respeitaram a vontade do paciente, o consentimento informado, a autonomia, a dignidade e a liberdade. Felizmente, a enfermeira havia escrito na ficha clínica que o paciente não havia consentido com a transfusão de sangue. Assim, se estabeleceu uma vez mais que o único titular da vontade é o paciente, e ainda que no estado de inconsciência.

#### d) ARGENTINA<sup>50</sup>

**Caso Bahamondez** (CS, 06.04.93, Medida Cautelar ED 153-249). Bahamondez era adepto da Religião Testemunhas de Jeová, civilmente capaz, que foi internado em um hospital em razão de hemorragia digestiva. Negando-se a receber transfusão de sangue, as autoridades do hospital pediram aos juízes autorização para fazer a transfusão de maneira compulsória, alegando que isso era fundamental para manter o paciente com vida. O Tribunal de 1ª Instância e a Câmara Federal de Comodoro Rivadavia concederam a autorização (CFed. Com. Riv. 15.106.89 ED 134-297), entendendo que o direito à vida não é disponível e que a atitude de Bahamondez equivalia a um suicídio lento.

Perante a Corte Suprema, o advogado de Bahamondez alegou que seu cliente queria viver, e não suicidar-se, mas, consciente dos riscos de vida que corria, preferia privilegiar sua fé e convicções religiosas em detrimento das indicações médicas.

A Corte, por maioria, declarou abstrata a questão, ou seja, não se pronunciou porque ao tempo que o expediente chegou à Corte, Bahamondez já havia obtido alta médica. Inobstante isso, quatro juízes desenvolveram meritórias dissidências em dois grupos, fixando a

---

50 Os dois exemplos citados, em tradução livre, foram extraídos do tema ‘El Derecho a una muerte digna y la objeción de conciencia (Dra. Amanda Estela Kees), abordado nas ‘2das Jornadas Interprovinciales sobre responsabilidad civil del medico’, ponencia para la Comison n. 3.

posição do tribunal para casos similares, levando em conta sua função de garante supremo dos direitos humanos.

O primeiro grupo, formado pelos juízes Mariano Cavagna Martínez e Antonio Boggiano, reconheceram que a liberdade religiosa traz consigo a possibilidade de exercer a ‘objeção de consciência’, que é o direito do indivíduo de não cumprir uma norma ou uma ordem da autoridade que viole suas convicções mais íntimas, sempre que o descumprimento não afete significativamente os direitos de terceiros e o bem comum. No caso, os juízes mencionados interpretaram que não haviam sido afetados direitos de pessoa distinta da de Bahamondez e, portanto, não se lhe podia obrigar a atuar contra a sua consciência religiosa. Em síntese, esses votos se fundamentaram no conceito de liberdade de crença religiosa e na necessidade de respeitar a dignidade da pessoa humana.

O segundo grupo, formado pelos magistrados Augusto Belluscio e Enrique Petracchi, sublinhou no seu arrazoado o direito à intimidade, e, invocando julgados norte-americanos (*balancing test*), mencionou o direito de ‘ser deixado a sós’, afirmando que tal direito não pode ser restringido pela só circunstância de que a decisão do paciente possa parecer irracional ou absurda perante a opinião dominante da sociedade. Tratando-se, no caso concreto, de homem adulto, consciente e livre, não cabia impor-lhe tratamento que violentasse suas convicções íntimas.

**Caso Galacher** (CNCiv. Sala G, 11.08.95 ED 154-655, Buenos Aires) Tratava-se do caso de uma mulher adulta, de 30 anos de idade, seguidora da religião Testemunha de Jeová, que sofria da enfermidade de leucemia aguda. Possuía filhos pequenos. Com a concordância expressa do cônjuge, opunha-se a receber uma transfusão de sangue indicada pelos médicos.

O ‘Fiscal de Cámara’, entre outras considerações de seu arrazoado, sustentou que o Estado Federal sempre reverenciou o ‘fenômeno religioso’; destacou, ainda, que a Sra. Gallacher possuía vontade real e lúcida, além do desejo de continuar vivendo, mas não à custa dos sacrifício de suas convicções religiosas.

Por sua vez, o Assessor de Menores, ao tecer considerações sobre o efeito que a decisão teria sobre os filhos da enferma, sustentou que os menores se encontravam na alternativa de pedir a sua mãe que vivesse

à custa de suas crenças, ou que assumisse sua fé até às últimas consequências e entregasse a vida, dando, desse último modo para seus filhos o exemplo de uma mãe heróica que entrega a vida por suas convicções.

O Tribunal, citando o caso Bahamondez, priorizou na sua decisão a objeção de consciência, afirmando que o direito de decidir a forma pela qual se possa morrer é um direito personalíssimo.

e) BRASIL

O juiz Renato Luís Dresch, da 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte/MG, nos autos do processo 024.08.997938-9, indeferiu um pedido de alvará feito pelo Hospital Odilon Behrens, que pediu autorização para fazer uma transfusão de sangue em uma paciente que pertencia à religião Testemunhas de Jeová.

A paciente, por motivos religiosos, não aceitava a transfusão, mesmo ciente do risco de vida que corria. Após passar por uma cirurgia, a paciente apresentava queda progressiva dos níveis de hemoglobina.

O magistrado assinalou que as autoridades públicas e o médico tem o poder e o dever de salvar a vida do paciente, desde que ela autorize ou não tenha condições de manifestar oposição. 'Entretanto', salientou, 'estando a paciente consciente, e apresentando de forma lúcida a recusa, não pode o Estado impor-lhe obediência, já que isso poderia violar o seu estado de consciência e a própria dignidade da pessoa humana'.

O juiz referiu que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer tratamento clínico. A restrição diz respeito a qualquer tratamento que envolva a transfusão de sangue, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento.

Em trecho lapidar, o magistrado mencionou que no seu entendimento, resguardar o direito à vida implica, também, preservar os valores morais, espirituais e psicológicos'. O Dr. Dresch citou que, embora não fosse lícito à parte atentar contra a própria vida, a Constituição, em seu art. 5º, inciso IV, assegura, também, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantindo o livre exercício dos cultos religiosos.

O juiz referiu que o recebimento do sangue pelo seguidor da corrente religiosa 'o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar, que acaba por tornar inaceitável a

convivência entre seus integrantes’.

Em razão disso, e pela informação de que a paciente se encontrava lúcida, o juiz não autorizou a realização da transfusão de sangue, que estava sendo recusada por motivos religiosos: ‘Desta forma, tratando-se de pessoa que tem condições de discernir os efeitos da sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão’, concluiu o juiz.

O juiz Dresch citou outras decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que preservam o direito de seguidores da religião em não passarem por transfusões de sangue<sup>51</sup>. Em uma das decisões do TJMG ficou decidido que é ‘possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico’.

Não houve recurso do hospital, tendo a decisão transitado em julgado em 16/07/2008.

## 16 LEI ISLANDESA SOBRE OS DIREITOS DOS PACIENTES

O Anuário de 2005 das Testemunhas de Jeová refere a existência de lei islandesa acerca dos direitos dos pacientes, a qual estipula que nenhum tratamento pode ser dado a paciente sem o seu consentimento, e que se a vontade do paciente é conhecida, deve ser respeitada.

Trata-se da Lei n. 74/1997 (que entrou em vigor em 1º/07/1997), um autêntico marco legislativo na temática dos direitos dos pacientes de recusar tratamentos médicos, como as transfusões de sangue. O governo islandês disponibilizou tradução, em inglês, da lei em comentário<sup>52</sup>.

O artigo 5º da Lei prevê que o paciente tem o direito de obter informações sobre seu estado de saúde, o tratamento proposto (com seus riscos e benefícios), possibilidade de tratamento diverso do originalmente proposto e suas consequências, bem como de consultar outro

---

51 Dentre elas, a de n. 1.0701.07.191519-6/001(1), disponível no [site do TJMG \(www.tjmg.gov.br\)](http://www.tjmg.gov.br).

52 Disponível em <<http://eng.heilbrigdisraduneyti.is/laws-and-regulations/nr/34>> Acesso em: 26 fev. 2009.

médico<sup>53</sup>.

O artigo 7º determina que o direito de o paciente decidir sobre o tratamento que receberá deverá ser respeitado. Afirma expressamente que nenhum tratamento será dado sem o consentimento do paciente<sup>54</sup>.

O artigo 8º prescreve que em caso de um paciente recusar um tratamento, o médico deverá informá-lo das possíveis consequências da decisão<sup>55</sup>.

O artigo 9º, por sua vez, abre exceção ao 'princípio do consentimento para o tratamento' nos casos em que o paciente estiver inconsciente ou incapacitado de comunicar sua vontade. Inobstante isso, se preteritamente à impossibilidade de manifestação era conhecida sua recusa por uma espécie de tratamento, sua vontade será respeitada<sup>56</sup>.

---

53 Information on Health and Treatment. Article 5. A patient has the right to obtain information regarding:

- a. his state of health, including medical information on his condition and prognosis;
- b. the proposed treatment, as well as information on its course, risks and benefits;
- c. possible remedies other than the proposed treatment and the consequences of lack of treatment;
- d. the possibility of seeking the opinion of another doctor or other health workers, as appropriate, regarding treatment, condition and prognosis.

54 The right of the patient to decide whether he will accept treatment shall be respected. Article 7. The provisions of the Legal Majority Act apply to the consent to treatment of patients who, on account of lack of intelligence or for the other reasons provided for by the Act, are incapable of making a decision regarding treatment. In such cases the patient shall nevertheless be consulted to the extent possible. Without prejudice to Article 9, no treatment may be given without the prior consent of the patient, cf. paragraphs 1 and 2. The consent shall be in writing whenever possible and indicate the information the patient has been provided with and that he has understood the information.

55 Treatment refused. Article 8. If the patient refuses to accept treatment, a doctor shall inform him about the possible consequences of this decision. The patient may discontinue treatment at any time, without prejudice to other laws. If the patient refuses to accept treatment, his doctor or the health worker supervising the treatment shall inform him of the possible consequences of his decision. Article 26 applies to a refusal to patient to allow treatment of sick children. The decision of a patient to refuse to accept or to discontinue treatment shall be recorded in his clinical record and it shall be confirmed that that he has received information on the possible consequences of his decision.

56 Exemptions from the principle of Consent to Treatment. Article 9. If a patient is unconscious or his condition is such that he is unable to express his will regarding urgent treatment, his consent shall be taken for granted unless it is known with certainty that he would have refused to accept treatment.

O artigo 20 assegura ao paciente o direito de ir ao médico que reputar mais conveniente, o que traduz a possibilidade de ser transferido aos cuidados de outro médico ou equipe médica<sup>57</sup>.

O artigo 21 estabelece a responsabilidade do paciente pela própria saúde, tendo o direito de participar ativamente do tratamento para o qual consentiu<sup>58</sup>.

O surpreendente artigo 24 chancela a possibilidade de o paciente morrer com dignidade, conferindo a ele o direito de fazer cessar um tratamento na fase terminal. Acrescenta, ainda, que se o paciente for mentalmente enfermo ou estiver impossibilitado fisicamente, o médico deverá consultar os parentes antes de decidir sobre o fim ou a continuidade do tratamento<sup>59</sup>.

Faz-se votos que a magnífica e avançada lei islandesa inspire a legislação de muitos países – especialmente a do Brasil –, para que haja o fortalecimento dos direitos humanos.

## 17 DIREITO DOS PACIENTES A TRATAMENTOS ALTERNATIVOS ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE

Em respeito aos direitos fundamentais daqueles que por motivos religiosos não aceitam determinados tratamentos médicos, **o Estado tem a obrigação jurídica de custear o pagamento, via SUS, de tratamentos alternativos às transfusões de sangue** – forma de materializar

---

57 Choice of a Health Worker. Article 20. Although the country is divided into health regions in accordance with the Health Service Act, a patient has the right to go to the doctor most convenient for him. A patient also has the right to seek the opinion of another doctor regarding diagnosis, treatment, condition and prognosis. The same applies in regard to other health health workers.

58 The Patient's Responsibility for His Own Health. Article 21. A patient is responsible for his own health as far as he is able and his state of health permits. He shall, as the case may be, participate actively in the treatment he has consented to.

59 Treatment of Dying Patients. A patient has the right to die with dignity. If a dying patient express clearly that he declines further life-prolonging treatment, or resuscitation efforts, his doctor must respect his decision. If a dying patient is mentally or physically too ill to decide on his treatment, the doctor shall endeavour to consult the relatives of the patient and colleagues before he decides on the continuation or termination of treatment.

o atendimento dos direitos à saúde e à objeção de consciência, ambos protegidos constitucionalmente<sup>60</sup>.

Não se deve aceitar o argumento daqueles que dizem que os tratamentos alternativos às transfusões de sangue não devem ser pagos pelo SUS porque são muito custosos e beneficiam apenas uma minoria.

Ora, em primeiro lugar, diga-se que as minorias também pagam seus tributos ao Estado, não podendo ser excluídas de terem um atendimento médico de acordo com suas convicções religiosas.

Em segundo, **tratamentos alternativos beneficiam a coletividade inteira**, dado que, como já citado, são inúmeros os riscos inerentes às transfusões de sangue: reações do tipo hemolítico e alérgico; transmissão do HTLV-1 e HTLV-2; TT-Vírus; malária; Mal de Chagas; sífilis; doença de Creutzfeldt-Jacob (doença da 'Vaca-Louca'), etc. Desta forma, o Estado, além de **propiciar terapias médicas mais seguras aos usuários do sistema de saúde**, evitará gastos com indenizações e tratamentos médicos de pessoas contaminadas pelas transfusões de sangue.

Em terceiro lugar, como já visto, **a própria Constituição Federal** protege a objeção de consciência.

Em quarto, não se pode aplicar nestas situações, visando negar o custeio dos tratamentos alternativos, a 'teoria da reserva do possível', segundo a qual a satisfação dos direitos sociais fica condicionada à existência de recursos orçamentários do Estado. Em vez disso, aplica-se a 'teoria do mínimo existencial', consoante a qual o Estado é obrigado a garantir o mínimo necessário para que a sobrevivência do indivíduo não periclite.

Destarte, o administrador público deve velar para que não seja negado a pessoas de poucos recursos o direito de objeção de consciência à transfusão de sangue somente porque na cidade de origem não existam as terapias alternativas. Nesse caso, o administrador deve arcar com os ônus de providenciar o tratamento em cidade, ou, se for o caso, Estado diverso do de residência do paciente. De idêntica forma, o Poder Judiciário deve ser firme em garantir tal direito em caso de recalcitrância do administrador do sistema de saúde.

---

60 O Estado também deve fomentar o aumento da oferta dos tratamentos alternativos às transfusões por parte dos prestadores de saúde privados, a fim de que o acesso efetivamente se universalize.

Nesse aspecto, ventos benfazejos da jurisprudência começam a soprar, pois importante decisão favorável ao direito de o paciente ter custeado pelo SUS tratamento alternativo à transfusão de sangue em Estado diverso da Federação foi tomada, por maioria, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso no julgamento do Agravo de Instrumento n. 22.395/2006, cuja ementa é a seguinte:

“TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como a única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional, não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os princípios dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-a, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Mato

Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.”

Tratava-se do caso de cidadão de mais de 60 anos de idade que ajuizou na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá (MT) ação cominatória para cumprimento de ação de fazer contra o Estado do Mato Grosso, visando compelir o ente estatal a lhe custear cirurgia cardíaca (sem uso de transfusão de sangue) no Hospital Beneficência Portuguesa, na cidade de São Paulo/SP. Tal procedimento poderia ser realizado no Estado do Mato Grosso, mas somente mediante transfusão de sangue, o que ia de encontro às convicções religiosas do paciente.

Em primeiro grau, a antecipação de tutela foi indeferida, o que motivou o ajuizamento do Agravo de Instrumento junto ao TJMT. Por maioria, essa Corte, vencido o Relator Sebastião de Arruda Almeida, que negava provimento, reconheceu o dever do Estado do Mato Grosso custear a cirurgia cardíaca do paciente no Estado de São Paulo (com técnica que dispensa transfusão de sangue), diante da objeção de consciência.

O julgamento teve início em 24.05.2006, tendo o 1º vogal, Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, em um primeiro momento, aderido ao voto do Relator, que negava provimento ao agravo. Nessa sessão, pediu vista o 2º vogal, Des. Orlando de Almeida Perri.

Na continuidade do julgamento, em 31.05.2006, o 2º vogal votou favoravelmente à pretensão do agravante, convencendo o 1º vogal a retificar seu voto.

Pela excelência das razões, calha transcrever trechos do voto vencedor do Des. Orlando de Almeida Perri (2º vogal):

“Para delimitar o âmbito deste apelo, impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à vida e o de liberdade de crença religiosa.

“O que se põe em relevo é o direito à saúde e a

obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa.

“(…)

“Como adepto da doutrina ‘Testemunhas de Jeová’, por força de textos bíblicos (Gênesis 9:3-4, Levítico 17:10 e Atos dos Apóstolos 15:19-21) não admite o recorrente submeter-se a procedimento cirúrgico se houver possibilidade de se utilizar transfusão de sangue, mesmo que isso represente o único recurso a salvar sua vida.

“Os autos mostram que, nesta capital, o único médico a fazer cirurgia cardíaca pelo SUS – Sistema Único de Saúde, não domina a técnica de realizá-la sem o risco de se utilizar transfusão de sangue.

“(…)

“O que incomoda-me bastante é a intransigência estatal em obrigar o recorrente a submeter-se a cirurgia que, pela técnica utilizada, ofenda os princípios religiosos dele.

“(…)

“Ora, a circunstância de o Estado ter em seus quadros um único profissional credenciado a fazer cirurgias cardíacas pelo SUS, que ainda não domina essas técnicas, pode impor ao paciente que submeta-se à cirurgia tradicional olvidando-se seus princípios religiosos? Não estaria o Estado, nessas condições, desrespeitando o direito à liberdade religiosa?

“Certo é que, tratando-se de cirurgia eletiva, o paciente com mal cardíaco submete-se a ela ou não, segundo a sua vontade. Este preceito transcende à ética médica e alcança a bioética, que tem como um dos princípios basilares o respeito aos valores,

crenças e vontades do paciente.

“Ao lado do princípio hipocrático da benevolência, a bioética conclama o respeito à autonomia do paciente em anuir a este ou aquele procedimento médico, principalmente em face do Estado, quando movimentada por princípios religiosos.

“Se ao profissional da medicina impõe-se o dever de acatar a vontade do paciente, ainda que a medida ponha em risco a própria vida dele, que dizer então em relação ao Estado quando a recalcitrância funda-se em motivos financeiros?

“O que pretendo afirmar é que, havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando se apresenta como a única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente.

“É preciso ter em mente que não se trata de capricho, teimosia ou intolerância do recorrente, mas de princípios religiosos, que proíbem a transfusão de sangue alogênico.

“Quase septuagenário, não quer ele arriscar a vida eterna pelos poucos anos de vida terrena. Diante da situação, afigura-se justo o Estado compeli-lo à escolha entre essas vidas?

“(…)

“Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la.”

Na questão de obrigar o Estado a montar uma estrutura para

propiciar tratamentos alternativos às transfusões de sangue para os objetores de consciência por motivos religiosos, avulta o papel do Ministério Público. De fato, essa instituição poderia instaurar procedimento administrativo para investigar as deficiências do SUS quanto à disponibilização de tratamentos alternativos às transfusões de sangue, sabidamente arriscadas, firmando Termo de Ajustamento de Conduta com o ente público legitimado ou inclusive ajuizando a ação civil pública competente.

## 18 DA NECESSIDADE DE MUDANÇAS NOS CURRÍCULOS DE ENSINO MÉDICO E JURÍDICO

Pelo que foi abordado ao longo deste trabalho, torna-se visível que alterações nos currículos das faculdades de Direito, Farmácia, Medicina e Enfermagem se fazem necessárias para que os assuntos relativos aos direitos dos pacientes sejam melhor estudados e compreendidos, pois dizem respeito, fundamentalmente, à saúde física e à dignidade do ser humano.

Como bem observa o criminalista PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES em parecer<sup>61</sup>, *“Postos frente à expansão universal de moléstias viróticas mortais, devem os estabelecimentos de ensino médico e hospitais ministrar urgentemente ensinamento sobre os tratamentos alternativos substitutivos das transfusões, minimizando a possibilidade de contágio, cada vez mais efetiva.”*

Isso nada mais seria do que dar concretude à prescrição do art. 5º do Código de Ética Médica Brasileiro, segundo o qual o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

Assim, nos programas das disciplinas médicas - inclusive na pós-graduação - torna-se imperioso incluírem-se disciplinas como ‘Tratamentos alternativos às transfusões de sangue’, Sociologia da medicina’, ‘Psicologia do paciente’ e, especialmente, Ética Médica .

JECÉ FREITAS BRANDÃO, prefaciando a obra de Nedy Cerqueira

---

61 FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Parecer. Associação Torre de Vigia de Biblias e Tratados, Cesário Lange, SP.

Neves<sup>62</sup>, refere que a publicação surpreende ao denunciar que, apesar de a Ética Médica ter 2500 anos de história, somente há 30 anos estava incluída no currículo da graduação médica de maneira formal. Também revelava que 14,6% das escolas médicas no Brasil ainda não tinham docentes de Ética Médica. Prosseguiu afirmando que esse descaso parecia não ser privilégio do Brasil, já que a *World Medical Association* precisou recomendar, em resolução, a inclusão do ensino de Ética Médica no currículo das escolas médicas de todo o mundo.

No ensino jurídico, seria de grande valia a inclusão da cadeira de 'biodireito e bioética, e da de 'direitos e deveres de médicos e pacientes'; na disciplina de Direito Constitucional deveria ser estudada com detença temas relativos à liberdade religiosa e de consciência. E deveria ser estimulada pelas faculdades de Direito a realização de seminários e a produção de artigos e monografias sobre o direito de recusa de pacientes a determinados tratamentos médicos.

## 19 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO MÉDICO

Restou suficientemente assentado que, em conjunto, os princípios constitucionais da legalidade, da liberdade de crença e consciência, da dignidade da pessoa humana, da proteção da intimidade, bem como alguns dispositivos infraconstitucionais da Lei de Transplantes, do Código Civil e do Estatuto do Idoso devem sobrepor-se ao direito à vida, devendo o médico respeitar a vontade do paciente de não receber transfusão de sangue, mesmo que disso venha a decorrer o óbito.

Desta forma, se o médico informar devidamente ao paciente os riscos da recusa à transfusão de sangue, e mesmo assim o paciente se opor a esse tratamento, estará o profissional agindo conforme o ordenamento jurídico, não podendo ser responsabilizado civil ou criminalmente pelo resultado morte.

Certamente, expressiva parcela dos médicos sentir-se-ia insegura em respeitar a vontade do paciente de recusar transfusões de sangue em situações de iminente perigo de vida, por temer responder a processo

---

62 NEVES, Nedy Cerqueira. Ética para os futuros médicos. É possível ensinar? Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006.

administrativo junto ao Conselho Regional de Medicina ou ser réu em processo cível ou criminal por omissão de socorro, delito previsto no artigo 135 do Código Penal<sup>63</sup>.

Entretanto, tais temores não se justificam. Respondendo consulta acerca da responsabilidade do médico por omissão de socorro no caso de acatar a vontade do paciente de recusa de tratamento, o eminente constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em parecer<sup>64</sup>, asseverou:

“Com efeito, no ângulo penal, inexistente crime sem culpa. Ora, na hipótese de recusa de tratamento, não haverá culpa por parte do médico em não ser este prestado. Não terá havido omissão de responsabilidade do médico, mas recusa a tratamento específico por parte do paciente.”

E acerca da responsabilidade ética em não ministrar o médico o tratamento indispensável em respeito à vontade do paciente, o mesmo autor refere: *“Igualmente, não haverá nesse caso responsabilidade do médico por falta ética. Falta que ele, aliás, não cometeu, porque se o tratamento, ou transfusão, não foram ministrados, isto se deu pela recusa por parte do paciente.”*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA, em artigo<sup>65</sup>, noticiou a absolvição pelo Conselho Federal de Medicina de uma médica que respeitou a decisão da paciente coreana Y.C.H. (que era Testemunha de Jeová) em não aceitar transfusão de sangue. A profissional havia sido inicialmente condenada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo<sup>66</sup>.

63 Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

64 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. Parecer Jurídico, São Paulo/SP, 24.10.1994.

65 Aspectos éticos e jurídicos da recusa de paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. In: Rev. De Ciências Jurídicas da Unipar, v. 6, n. 2, p. 226.

66 Tratou-se do processo ético-profissional CFM n. 0654-015/00, que teve origem no processo 2374-020/94 do Conselho Regional de Medicina de São Paulo. A decisão do

Y.C.H. sofreu hemorragia no trabalho de parto, porém já havia manifestado seu desejo de não realização de nenhuma transfusão de sangue em caso de emergência. A paciente morreu, porém a criança foi salva.

Com base nos depoimentos dos familiares e dos profissionais de saúde que atuaram no caso, o Conselho Federal de Medicina, por 5 votos contra 4, absolveu a médica H.K., entendendo que ela não poderia desrespeitar a vontade da paciente.

Em parecer<sup>67</sup>, o Dr. MARCO SEGRE referiu que ‘Sempre mais se considera que a exceção prevista no Código de Ética Médica (art. 46), prevendo a intervenção do médico sobre o paciente – contrariamente a sua vontade, em situações de iminente perigo de vida – seja uma possibilidade que se abre para o médico atuar, e não uma determinação’.

Evidentemente, se um paciente, de forma livre e consciente, recusa transfusão de sangue mesmo ciente dos riscos iminentes a sua vida decorrentes dessa conduta, **não será caso de aplicação do disposto no artigo 46 do Código de Ética Médica, mas sim do artigo 48 do mesmo Diploma Legal, que veda ao médico exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.**

RODRIGO IENACCO DE MORAES e RODRIGO ESTEVES SANTOS PIRES argumentam que ‘numa perspectiva funcionalista, pode-se admitir a juridicidade da irresponsabilidade penal do médico quando, em respeito à convicção religiosa do paciente Testemunha de Jeová, não ministra a transfusão, mas adota todas as alternativas de tratamento no intuito de salvar-lhe a vida, observada a *lex arte*<sup>68</sup>’.

De outra banda, entende-se que mesmo nos casos em que o médico fizer a transfusão de sangue contra a vontade do paciente (por óbvio, somente nos casos de iminente risco de vida) não poderá derivar a responsabilidade civil ou criminal, pois estará atendendo o que determina

---

CFM reformou a decisão de 1º grau, que impôs como penalidade à médica ‘Censura confidencial em aviso reservado’.

67 Consulta n. 27.278/96 do CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), aprovada em 07/10/1997.

68 MORAES, Rodrigo Ienacco; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal. In: Revista Jurídica Unijus, v. 8, n. 8, p. 94.

o seu Código de Ética, especialmente os artigos 46 e 56:

“Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.”

“Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.”

Há, ainda, o disposto no inciso I do § 3º do art. 146 do Código Penal, prescrevendo que não configura o delito de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Ora, **em obedecendo legislação escrita, positivada** (embora inconstitucional e/ou revogada, como visto) que regulamenta aspectos do seu exercício profissional, o médico não pode receber qualquer punição administrativa ou ser responsabilizado nas esferas cível e criminal. **De fato, o médico não é um operador do Direito, para saber que uma norma ‘x’, positivada em texto, é inconstitucional ou se foi revogada;** ou que princípio constitucional, em um determinado caso concreto, terá preponderância sobre outro; aliás, sequer os operadores do Direito tem posicionamento unânime a esse respeito, não sendo incomuns decisões judiciais que autorizam a transfusão de sangue contra a vontade do paciente em casos de iminente risco de vida.

## 20 PRINCIPAIS CONCLUSÕES

1 – Apesar dos avanços técnicos no controle do material biológico, as transfusões de sangue continuam sendo procedimento de risco, pois: a) por elas podem ser transmitidas doenças infecciosas graves, tais como AIDS e Doença de Chagas; e, b) deprimem o sistema imunológico do receptor.

2 – A recusa a tratamento médico, estribada em convicção religiosa, tem proteção constitucional, diante da inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI e VIII, da CF/88).

3 - A recusa de submeter-se a qualquer espécie de tratamento médico, independentemente de convicções religiosas, também encontra guarida nos princípios constitucionais da legalidade ('ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei') e da dignidade da pessoa humana.

4 - O direito à vida não tem apenas um aspecto físico (conservação biológica do corpo), mas envolve, principalmente, elementos morais, espirituais e emocionais.

5 - Aos pacientes, independentemente de posicionamentos morais, filosóficos ou religiosos, não se pode exigir uma obrigação jurídica de viver mediante a imposição de uma transfusão de sangue, se considerarmos que ninguém está obrigado para com si mesmo. Para existir uma relação jurídica é necessário que hajam pelo menos duas pessoas - uma que pode exigir uma prestação e outra que tem o dever de atendê-la.

6 - Não se pode confundir 'inviolabilidade do direito à vida' com 'indisponibilidade do direito à vida', termos que juridicamente têm significados bem distintos. A inviolabilidade diz respeito a direitos outorgados a certas pessoas, em virtude do que não podem ser molestadas ou atingidas por terceiros. Já a indisponibilidade é atributo daquilo que o titular não pode dispor ou ceder.

7 - A recusa a tratamentos médicos, como as transfusões de sangue, está legitimada pelo disposto no artigo 15 do novel Código Civil, o qual prescreve que 'Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica', norma que deve ser lida como 'ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica'.

8 - O artigo 17, 'caput', da Lei n. 10.741/2003 ('Estatuto do Idoso'), ao assegurar àquele que estiver no domínio de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento médico que lhe for reputado mais favorável, não erige como óbice ao exercício de tal direito que o paciente corra risco de morte. E o inciso III do parágrafo único desse artigo estabelece que não é suficiente a situação de perigo de vida para que a eleição do tratamento seja feita pelo médico, exigindo, ainda, a impossibilidade de manifestação do paciente idoso, familiares ou representante legal. Diante desses claros dispositivos legais, pelo princípio da igualdade de todos perante a lei estão revogados os dispositivos

normativos de igual ou inferior hierarquia que possibilitam ao médico fazer tratamento médico e/ou cirúrgico contra a vontade do paciente, mesmo nas situações de iminente risco de vida.

9 - O art. 10, 'caput', da Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos) ao prescrever que o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento, desautoriza a transfusão de sangue - que é um tecido - contra a vontade do paciente, mesmo em casos de iminente risco de vida.

10 - O adolescente a partir de 16 anos de idade, pelos direitos em perspectiva que a lei lhe confere (direito de votar, direitos civis plenos com a emancipação), deve ser considerado maior amadurecido, sem perquirições adicionais, cabendo-lhe recusar ou aceitar determinados tratamentos médicos. Em relação ao adolescente entre 12 anos completos e 16 anos incompletos de idade, para verificar se deve ser respeitada sua vontade quanto a terapias médicas, necessário aferir previamente se é um 'menor amadurecido'.

11 - Pelo princípio bioético da AUTONOMIA, o paciente tem o direito de decidir sobre a sua submissão - ou não - a determinado tratamento médico, livre de interferências e pressões externas, levando em consideração seus valores mais íntimos, sejam morais, éticos, filosóficos ou religiosos. O princípio da autonomia deve sobrepor-se ao PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA, pelo qual o médico deverá fazer o que, na sua ótica, beneficiará o paciente.

12 - Mesmo que não se considere revogados o inciso I do § 3º do artigo 146 do Código Penal e o artigo 46 do Código de Ética Médica, tais dispositivos normativos são inconstitucionais, pois, possibilitando a intervenção médica ou cirúrgica contra a vontade do paciente, ferem a liberdade de consciência e de crença, o direito à intimidade e à privacidade, além dos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

13 - Diante dos grandes riscos inerentes às transfusões de sangue, bem como em respeito ao direito à saúde dos objetores de consciência por motivos religiosos, o Estado tem a obrigação jurídica de custear o pagamento, via SUS, de tratamentos alternativos à essas transfusões.

14 - Os estabelecimentos de ensino médico e de atendimento à

saúde devem ministrar urgentemente ensinamento sobre os tratamentos alternativos substitutivos das transfusões, minimizando a possibilidade de contágio. Nos programas das disciplinas médicas – nos níveis de graduação e pós-graduação - torna-se imperioso incluírem-se disciplinas como ‘Tratamentos alternativos às transfusões de sangue’, Sociologia da medicina’, ‘Psicologia do paciente’ e, especialmente, Ética Médica.

15 – No currículo do ensino jurídico deveria ocorrer a inclusão da cadeira de ‘biodireito e bioética, e da de ‘direitos e deveres de médicos e pacientes’; na disciplina de Direito Constitucional deveria ser estudada com detença temas relativos à liberdade religiosa e de consciência. E também deveria ser estimulada pelas faculdades de Direito a realização de seminários e a produção de artigos científicos e monografias sobre o direito de recusa de pacientes a determinados tratamentos médicos.

16 – O médico que atende a vontade do paciente de rejeitar as transfusões de sangue, mesmos nos casos de iminente risco de vida, não pode ser responsabilizado civil e criminalmente, mesmo que da conduta sobrevenha a morte do paciente.

## 21 RESUMEN

La negativa de los pacientes de la religión Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre en situaciones de riesgo inminente de vida ha despertado el debate en las comunidades médica y jurídica. Este artículo es un intento de demostrar que la negativa se apoya en la Constitución Brasileña y en la legislación infraconstitucional.

**PALABRAS CLAVE:** Transfusiones de sangre. Libertad religiosa. Testigos de Jehová. Principios constitucionales. Derechos de los pacientes.

## 22 REFERÊNCIAS

ANUÁRIO DE 2005 DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, publicação da Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Cesário Lange/SP.

BASÍLIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7311>. Acesso em 14 jan. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Parecer Jurídico*, São Paulo, 23 de novembro de 2000.

CARMO, João dos Santos; MATOS, Jusele de Souza. Bioética: um texto introdutório. *Revista Lato & Sensu*. Belém, v. 4, n. 1, p. 3-5, out. 2003.

CLOSET, J. Bioética como ética aplicada e genética. *In: Garrafa, V.; Costa, S. I. F (Org.). A bioética no século XXI*. Brasília: Editora da UNB, 2000, pp. 110-128.

COMO PODE O SANGUE SALVAR SUA VIDA? Cesário Lange-São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblia e Tratados, 1990.

CUIDADOS COM A FAMÍLIA E TRATAMENTO MÉDICO PARA AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Cesário Lange/SP. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados.

DE LA PEÑA, Xavier A. López; SANTILLÁN, Moisés Rodríguez. Por La autonomia del paciente. *In: Gaceta Médica de México*, 2002; vol. 138 (I): 121-127.

DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. *Parecer Jurídico*, São Paulo/SP, 24.10.1994.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Parecer. Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, SP.

KEES, Amanda Estela. El derecho a una muerte digna y la objeción de conciencia. *In: 2das Jornadas Interprovinciales sobre responsabilidad civil del médico*, ponencia para la comision n. 3.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Tutelas de Urgência na recusa de transfusão de sangue. *In: Temas sobre tutela de urgência*. Org. Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP. São Paulo: Arte & Ciência, 2002, pp. 157-179.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de Direitos Fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10,

- n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>. Acesso em 14 jan. 2007.
- MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>. Acesso em 14 jan. 2007.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 26ª edição, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 8ª edição, 2007.
- MORAES, Rodrigo Ienacco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: Religião, Ética e Discurso Jurídico-Penal. In: *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 08, pp. 87-97, maio de 2005.
- NETO, Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NETO, Miguel Kfourí. *Responsabilidade Civil Médico*. 5ª ed. revista e atualizada à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEVES, Nedy Cerqueira. *Ética para os futuros médicos. É possível ensinar?* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006.
- P., Avelino Rematales. A Autonomía del paciente: ejemplo de los Testigos de Jehová (reimpresso com permissão da Revista Chilena de Cirugía (2003; 55 (5): 537-542).
- R. Mauricio Besio; H, Francisca Besio. Testigos de Jehová y Transfusión Sanguínea. Reflexión desde una Ética Natural, *in* Revista Chilena de Obstetricia Ginecológica, 2006; 71(4): pp. 274-279.
- ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. *In: Revista Themis, Fortaleza*, v. 3, n. 1, pp. 323-338, ano 2000.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maílla Mello Campolina. Autonomia privada e biodireito: podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer? *In: Revista Jurídica Unijus*, v. 11, n. 15, pp. 177-192.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: (Org) *Dimensões da dignidade: ensaios de*

Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEGRE, Marco. Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente-religioso na aceitação de transfusões de sangue. Parecer. São Paulo, 04.07.1991.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Direitos e Deveres do Paciente Terminal, *in* Revista Bioética, Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol. I, N 2, Brasília, 1993, pp. 141-142.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim. A Ética Médica e o respeito às crenças religiosas. Disponível em <http://crmma.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.html>. Acesso em 1º/05/2007.

TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DAS ESCRITURAS SAGRADAS  
VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. *In*: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, v. 6, n. 2, pp. 221-234, jul./dez. 2003.



## A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO: UMA TEORIA DE POLÍTICA JURÍDICA

Rafael Muniz

*Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

*Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI*

### SUMÁRIO

1 Introdução - 2 Política jurídica - 3 Modernidade e pós-modernidade - 4 Legitimação democrática do Direito - 5 Considerações finais - Referências Bibliográficas.

### RESUMO

Este artigo apresenta a teoria da legitimação democrática do Direito, de Nicolás María López Calera. Ele entende que o Direito para ser legítimo precisa ser reconhecido pela sociedade; necessita ser justo. Essa teoria é de política jurídica, pois esta última se preocupa com um Direito mais justo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política jurídica. Modernidade. Pós-Modernidade. Legitimação. Democracia. Direito.

## ABSTRACT

This article shows the democractic legitimitation theory on the law field by Nicolás María López. He understands that law can only considered legitimacy if it is recognised in the/ or by society; that is to say, it has to be loyal. This theory comes from the political jurídica, since this concerns with the Law as a loyal fact.

## 1 INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria da legitimação democrática do Direito, desenvolvida por Nicolás María López Calera, o Direito para ser considerado legítimo precisa ser aceito pela sociedade.

Neste artigo são feitas considerações acerca da política jurídica, a qual trabalha criticamente com as questões da democracia, da justiça, do Direito e da legitimidade social, pontos essenciais da teoria de López Calera.

No item três, trata sobre a Modernidade e a Pós-Modernidade. A Pós-Modernidade faz uma crítica da Modernidade, por considerá-la fechada.

Já o item quatro, versa sobre a teoria da legitimação democrática do Direito, desenvolvida por López Calera.

## 2 POLÍTICA JURÍDICA

A política jurídica se preocupa com o “dever ser”, ou seja, com um Direito mais justo. Ela, permanentemente, indaga se o Direito posto é justo e se está em conformidade com os anseios da sociedade.

“À Política Jurídica cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo.”<sup>1</sup>

---

1 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 80.

Para a política jurídica a legitimidade da norma não é apenas formal, mas também material. Esta, no sentido de atendimento da vontade popular, e não apenas de uma pequena parcela da população.

As normas devem ser justas e socialmente úteis, garantindo o bem-estar da população.

Normas justas e (ou) socialmente úteis deverão (segundo os padrões de julgamento de consciência Jurídica da sociedade) gerar uma situação de bem-estar social em que a sensação de segurança seja uma decorrência natural, em vez de um mito que deva ser assegurado a qualquer preço e em qualquer situação.<sup>2</sup>

Trabalha a política jurídica também com o conceito de justiça.

Creio que seja possível ao político do direito trabalhar com quatro concepções de Justiça, complementares entre si, todas tendo em comum o fato de serem emanadas de idéias formadas no corpo social. Em resumo, poderemos mencioná-las assim: 1 - Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta. 2 - Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3 - Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta. 4 - Justiça como legitimidade ética. A norma de Direito que conflitar com a norma de moral poderá ser consi-

2 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 122.

derada injusta.<sup>3</sup>

Percebe-se a preocupação da política jurídica com uma norma democrática, justa e legitimada socialmente. Esses são os pontos centrais da tese de López Calera – item 3. A seguir, serão assinaladas breves considerações acerca da Modernidade e da Pós-Modernidade.

### 3 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

O pensamento é diferente na Modernidade e na Pós-Modernidade ou Transmodernidade. Aquela é fechada, pois não dialoga com o senso comum, aceitando somente respostas científicas; esta – Pós-Modernidade – questiona essa visão hermética, desejando o diálogo da ciência com o senso comum.

Maria da Graça dos Santos Dias explica o ponto central da visão da Modernidade:

A Modernidade, entretanto, faz uma ruptura, com este tipo de saber e o conhecimento científico apresenta-se como critério único de construção da verdade. A busca da verdade efetiva-se a partir de critérios de objetividade, neutralidade, universalidade e hegemonia.<sup>4</sup>

A Modernidade acredita ser possível a purificação do conhecimento:

A ciência opera uma ruptura com tudo o que é da ordem do sensível, valorativo, ideológico, mitológico ou simbólico. Com a intenção de purificação do conhecimento, a ciência acaba por desprezar a *mundaneidade* do mundo e por romper com a Filosofia – especialmente com a Ética e a Estética.<sup>5</sup>

---

3 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 108-109.

4 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 11, p. 106, jan-jun 2006.

5 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 11, p. 106, jan-jun 2006.

Já o pensamento Pós-Moderno acredita na compatibilidade da ciência e do saber popular, ou seja, ambos são importantes na construção do conhecimento.

O paradigma Pós-Moderno vai propor a junção do sujeito e do objeto, o desindividualismo, a abertura do indivíduo ao comunitário. (...) A vida cotidiana constituída por essa troca de sentimentos, crenças populares, visões de mundo, ação conjunta, discussões aparentemente banais, fundamenta a comunidade de destino.<sup>6</sup>

A Modernidade despreza tudo que não é científico, para ela só vale a razão. A Pós-Modernidade requer atenção também aos sentimentos, emoções, paixões, não apenas a razão.

Desse ponto de vista, ela atualizaria a exigência platônica que impõe a elevação do sensível ao inteligível. Entendendo-se que tal “elevação” reconhece o sensível como parte integrante da natureza humana e, evidentemente, os efeitos sociais que isso pressupõe. Com efeito, em todos os domínios, do mais sério ao mais frívolo, dos diversos jogos de faz-de-conta ao jogo político, na ordem do trabalho como na dos lazeres, bem como nas diversas instituições, a paixão, o sentimento, a emoção e o afeto (re)exercem um papel privilegiado.<sup>7</sup>

Deve haver, segundo a Pós-Modernidade, um equilíbrio entre razão e emoção.

Esse equilíbrio se encontra, e é vivido enquanto tal, no senso comum, que foi tão estigmatizado durante toda a modernidade; está igualmente presente no pensamento orgânico das sociedades tradicionais; por fim, é um elemento incontornável

6 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 11, p. 108, jan-jun 2006.

7 MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998. Título original: *Éloge de la raison sensible*. p. 22.

da socialidade pós-moderna.<sup>8</sup>

Edgar Morin aponta: “(...) o objetivo do conhecimento não é descobrir o segredo do mundo numa equação mestra da ordem que seria equivalente à palavra mestra dos grandes mágicos. O objetivo é dialogar com o mistério do mundo.”<sup>9</sup>

A ciência não tem como esclarecer todos os mistérios da vida. Dessa forma, ela deve estar aberta ao diálogo com o sensível, com a sabedoria popular. Esse diálogo é formulado pelos autores pós-modernos.

No item seguinte será descrita a teoria da legitimação democrática do Direito, de López Calera.

#### 4 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO

Para López Calera o Direito precisa ser legitimado pela sociedade. E para ser considerado legítimo precisa ser justo.

(...) a racionalização do direito há de ser uma ‘racionalização social’, porque não é possível uma razão absoluta e, sobretudo, porque o direito é uma regra coativa para uma coletividade, onde sem dúvida alguma não haverá unanimidades sobre como deve ser o direito. Esta opção significa especialmente que racionalizar o direito consiste em que se dêem ‘razões’ a partir da igualdade e da liberdade de todos os destinatários do direito, de todos os homens que constituem a sociedade que o direito vai ordenar.<sup>10</sup>

Destaca, ademais, o acima citado autor, que sem pluralismo social

8 MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998. Título original: *Éloge de la raison sensible*. p. 22.

9 MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 232.

10 CALERA, Nicolás María López. *Introducción al estudio del derecho*. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987. p. 233-234. Todas as traduções das obras de López Calera foram feitas pelo autor do presente artigo.

e sem democracia não é possível uma racionalização social do direito.

A racionalização social do direito leva necessariamente a necessidade de sua legitimação democrática. Ou seja, a racionalização social indica *quem* – a sociedade – há de realizar as opções sobre os fins e valores que integrarão o conteúdo do direito. A racionalização social significa que a justiça do direito dependerá de quem é o máximo protagonista e destinatário desse complexo normativo e de força que é o direito: a sociedade.<sup>11</sup>

Explica que a pluralidade deve observar a regra da maioria, sem oprimir as minorias.

A pluralidade, que é a hipótese ou condição de uma sociedade democrática, não pode se reduzir a uma absoluta unidade social de opinião ou de opções axiológicas no campo político e jurídico. Para determinar, pois, o que pensa e quer uma sociedade não há outra alternativa que atender ao critério da maioria, sem que isso suponha ou implique a marginalização ou negação das minorias.<sup>12</sup>

Não é possível uma democracia direta em todos os setores, porém é possível estabelecer métodos democráticos diretos em setores sociais determinados; formulações mais autênticas, que impeçam a excessiva discricionariedade do poder; maior e melhor controle da representação; participação direta do povo em alguns assuntos.<sup>13</sup>

Em relação à teoria da justiça, esclarece:

O que a teoria da justiça implica – e este talvez seja sua maior debilidade – é uma certa confiança nas possibilidades de diálogo humano e a confiança

11 CALERA, Nicolás María López. *Introducción al estudio del derecho*. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987. p. 236-237.

12 CALERA, Nicolás María López. *Introducción al estudio del derecho*. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987. p. 244.

13 Cf. CALERA, Nicolás María López. *Introducción al estudio del derecho*. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987. p. 257.

de que uma opção majoritária sobre valores, fins e interesses tem mais garantias éticas, pelo maior respeito de um maior número de liberdades, que uma opção baseada na capacidade teórico-prática de algum ou alguns para determinar o que é justo para uma sociedade política, capacidade que evidentemente só convence aos que se auto-proclamam possuidores de tão sublime método e habilidade.<sup>14</sup>

Afinal, por que a legitimação social e democrática?

Por que o direito precisa de legitimação social e democrática? Pois por uma série de razões tão simples como difíceis de realizar, mas – entre outras – porque o direito é uma condição da liberdade do homem e da sociedade, e se – acreditamos – ninguém pode decidir por outro o que a este convêm eticamente, tampouco ninguém pode decidir pela sociedade o que a esta convêm desde o ponto de vista da justiça, se é que se aceita – claro está – o princípio da soberania popular.<sup>15</sup>

O conteúdo da teoria da legitimação social e democrática é o seguinte:

Mas a legitimação social e democrática do direito não é só uma exigência abstrata elaborada pelos teóricos do direito, mas também uma exigência viva da práxis jurídica, porque um direito não legitimado social e democraticamente é um direito ineficaz, ou pelo menos costuma sê-lo; isto é, um conjunto de normas esquecidas, desconhecidas ou não cumpridas. Ou talvez algo pior: um direito não legitimado pela sociedade só se cumprirá pela força que o avalize ou pela passividade social que

14 CALERA, Nicolás María López. *Introducción al estudio del derecho*. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987. p. 267.

15 CALERA, Nicolás María López. *Cronica y utopia: filosofia de mi tiempo* (1973-1991). Granada: Editorial Comares, 1992. p. 9.

o suporte.<sup>16</sup>

Maria da Graça dos Santos Dias sintetiza a teoria de López Calera:

CALERA tematiza a legitimação social do Direito identificando a Justiça como seu referente de legitimação. Através da categoria Justiça democrática, sustenta que a legitimação social do Direito se realizará, unicamente, quando este se fundar nas exigências de uma vida democrática, isto é, quando responder aos valores – de igualdade, liberdade, soberania – compartilhados pela sociedade. O Direito para ser legítimo, justo, terá que cumprir sua vocação de realizar a Justiça, de assegurar uma vida social justa.<sup>17</sup>

A teoria de López Calera questiona o Direito posto. Dessa forma, ela – teoria da legitimação democrática do Direito – faz política jurídica, já que esta também questiona o Direito vigente. Em síntese, o Direito só será justo se for democrático e legitimado pelo povo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito formal nem sempre está em consonância com os anseios populares. Sendo isso verdade, o Direito não pode ser considerado justo.

De acordo com a teoria da legitimação democrática do Direito este, para ser legítimo, deve responder às preocupações sociais. Sendo assim, ter-se-á um Direito verdadeiramente democrático.

16 CALERA, Nicolás María López. *Cronica y utopia: filosofia de mi tiempo* (1973-1991). Granada: Editorial Comares, 1992. p. 10.

17 DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 70.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALERA, Nicolás María López. **Cronica y utopia**: filosofía de mi tiempo (1973-1991). Granada: Editorial Comares, 1992.

CALERA, Nicolás María López. **Introducción al estudio del derecho**. 2. ed. corr. y aum. Granada: Gráficas Del Sur, 1987.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 11, p. 103-115, jan-jun 2006.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998. Título original: *Éloge de la raison sensible*.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO:  
FERRAMENTA APLICADA À ANÁLISE DA  
PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO  
DE PENA SEGUNDO A LEI N. 8072/90 – LEI DOS  
CRIMES HEDIONDOS

Davi do Espírito Santo

*Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Mestrando do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI*

Marilene do Espírito Santo

*Advogada do Estado de Santa Catarina  
Mestranda do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI*

Júlio César Ferreira de Melo

*Magistrado do Estado de Santa Catarina  
Mestrando do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI*

## SUMÁRIO

1 Introdução - 2 Teoria Tridimensional do Direito: Ferramenta Aplicada à compreensão da progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade na Lei Nº. 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) - 3 CONSIDERAÇÕES Finais

## RESUMO

O objeto deste artigo é a análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena na Lei 8.072/90 através Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale) como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann).

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 6, n. 14, jan./jun. 2009 – Florianópolis – pp 287 a 311

**PALAVRA-CHAVE:** Tridimensionalidade, Instrumento de Percepção Jurídica, Sinergia, Dialética da Complementaridade, Sistema Progressivo de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade, Crimes Hediondos e Equiparados.

## RÉSUMÉ

Le présent travail a comme objet l'analyse de la Progression de Régime Penal dans la Loi 8.072/90 par Le Graphique Sinóptique de La Théorie Tridimensionnelle du Droit (de Miguel Reale) comme Instrument de Perception Juridique de auteure du Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (et avec composition graphique de Fábio Schlickmann).

**CLÉ-MOTS/EXPRESSIONS:** Tridimensionnelle, Instrument de Perception Juridique, Sinergie, Dialectique de la Complémentarité, Système progressif de la conformité avec la pena privé de liberté, "Crimes Hediondos" et similaires.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado das reflexões realizadas pelos autores a partir das consolidações das lições do Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold na disciplina Teoria do Direito Portuário, ministrada para Turma de Mestrado da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no primeiro semestre de 2008, ao final dos Seminários n. 1 e n. 6, que versaram, respectivamente, sobre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale como **instrumento de percepção jurídica**<sup>1</sup> e como **ferramenta aplicada à Lei Nacional n. 8.630, de 25/02/1993**<sup>2</sup>, respectivamente.

Nos dois encontros foi utilizado o **Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale)**<sup>3</sup> como Instrumento

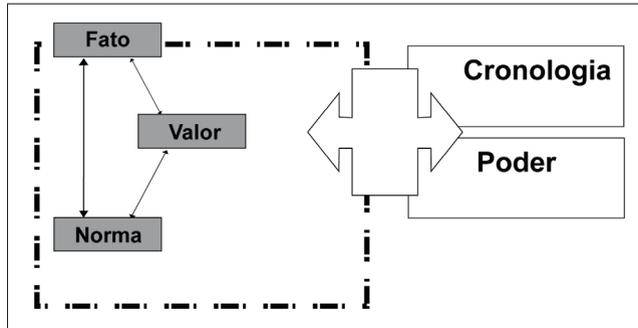
---

1 Seminário apresentado pelos autores no dia 09/04/2008.

2 Seminário apresentado pelos mestrandos Alessandra Ramos, Gustavo Rafael Menegazzi e Nelzeli Moreira da Silva Lopes, no dia 25/06/2008.

3 A partir de REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito* – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann), abaixo reproduzido, e que será empregado como ferramenta na análise da “progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos” no período de vigência da Lei n. 8.072/90:



O Conceito Operacional para INSTRUMENTO DE PERCEPÇÃO JURÍDICA que será adotado neste artigo é: “ferramenta com a qual se examina norma jurídica, descrevendo-a e emitindo juízo valorativo a respeito dela”<sup>4</sup>.

O gráfico representa a **visão tríade** de Miguel Reale acerca da **experiência jurídica**, com destaque à **concreção histórica** do processo jurídico (cronologia), numa **relação de complementaridade** entre **fato**, **valor** e **norma**.

Apoia-se o gráfico numa “**linha sinérgica**” em torno dos elementos **fato**, **valor** e **norma**, que os integra entre si e, externamente, com elementos variáveis de ordem temporal (cronologia) e de poder, num jogo de trocas recíprocas. Daí, empregarmos doravante, seguindo o pensamento de Pasold, a expressão “**relação de complementaridade sinérgica**”, em vez de “**dialética de complementaridade**” adotada por Reale. É que a ideia de dialética em Reale – ao menos no que se refere à sua Teoria Tridimensional do Direito se aproxima mais do sentido “**dialógico**”<sup>5</sup> entre elementos não contrapostos do que da aceção téc-

4 PASOLD, Cesar Luiz. *Plano de Ensino da Disciplina Direito Portuário: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008, p.1 (Nota de Rodapé n. 1).

5 “O termo *dialética* e, mais apropriadamente, a expressão *arte dialética*, *διαλεκτικὴ τέχνη*, esteve em estreita ligação com a palavra *diálogo*: *arte dialética* pode definir-se primariamente como *arte do diálogo*. Como no diálogo há (pelo menos) dois *logoi*

nica e estrita de oposição entre duas teses (tese *versus* antítese) capaz de gerar uma síntese.<sup>6</sup>

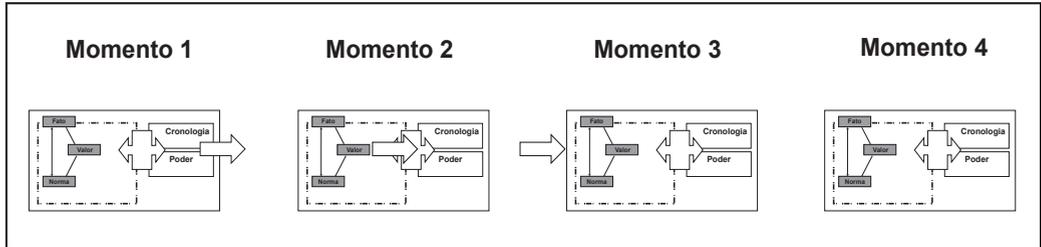
Assim, o Instituto Jurídico da “Progressão de Regime”, será analisado “sob as lentes” do referido gráfico, nos seus principais momentos, **fotograficamente**, para que se tenha uma ideia dos fatores (variáveis) que implicaram a sua introdução no Direito Penal brasileiro e impeliram às sucessivas alterações legislativas. Estes “instantâneos” nos permitirão indagar acerca das forças sinérgicas que levaram o Legislador, em 1990, a definir a vedação da progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crimes hediondos, e a mudança, em 2007, para uma modalidade específica de progressão.

---

que se contrapõe entre si, também na dialética há dois *logoi*, duas *razões* ou *posições* entre as quais se estabelece precisamente um diálogo, ou seja, um confronto no qual se verifica uma espécie de acordo na discordância – sem o que não haveria diálogo – mas também uma espécie de sucessivas mudanças de posições, induzidas pelas posições *contrárias*.” (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*; [tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral]. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 182).

- 6 Deve-se observar que o próprio Reale não empregava a palavra dialética no sentido clássico. Para ele “a norma não é concebida como uma Ideia que já contenha em si, objetivamente, os seus desdobramentos, através de teses, antíteses e sínteses, segundo o modelo dialético hegeliano-marxista que, para muita gente, com manifesto equívoco, seria o único existente ao válido. Entendo, ao contrário, que a regra jurídica, destinando-se a reger comportamentos humanos ou a ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários. [...] Já é tempo de abandonar-se a visão oitocentista, e que comprometeu grande parte do pensamento do nosso século, de um processo dialético de caráter *evolutivo* e *progressivo*, *partindo sempre de formas inferiores ou rudimentares até se atingirem momentos superiores ou finais*. Esta nota característica da dialética hegeliana dos opostos, mediante sucessivas tríades superadoras, não corresponde à *dialética de complementaridade*, que obedece a outros critérios e parâmetros gnoseológicos”. (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*: situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 101-102).

Estas “fotografias”, uma vez organizadas graficamente nos permitirão, ao final, visualizar (perceber) a dinamicidade do processo normogenético:



Reale, em semelhante representação gráfica, explica o “processo axiológico-factual normativo:

**Fácil é perceber que esse gráfico serve para mostrar que uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e dos valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante *fatos* sociais, tendo-se em vista a realização de determinados *valores*.<sup>7</sup>**

E, mais adiante, no Suplemento da mesma obra, o jusfilósofo explica:

**[...] o mundo jurídico é formado de contínuas “*intenções de valor*” que incidem sobre “*base de fato*”, refrageando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder.**

**A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da *autoridade***

7 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*: situação atual. p. 101

*(lato sensu)* que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. Todos os projetos de lei, em suma, em debate no Congresso, para dar um exemplo - perdem sua razão de ser quando um deles se converte em *norma legal*.

## **2. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: FERRAMENTA APLICADA À COMPREENSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI N. 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS).**

Para entender a progressão de regime estabelecida na Lei dos Crimes Hediondos - Lei n. 8.072/90 - é necessário compreender, primeiro, o seu sentido histórico-político e a sua posição na taxionomia dos Sistemas Penitenciários.

Os **Sistemas Penitenciários** que, segundo Pimentel, são “corpos de doutrinas que se realizam através de formas políticas e sociais constitutivas das prisões”<sup>8</sup> são quatro: Sistema Filadélfico, Sistema Auburniano, Sistemas Progressivos e os Reformatórios.

O **Sistema Filadélfico**, também conhecido como “pensilvânico”, “belga” ou “celular”, de acordo com Prado, surgiu:

**Na prisão Walnut Street, em Filadélfia, no ano de 1790, tendo sido posteriormente implantado nas prisões de Pittsburg (Western Penitentiary) e Cherry Hill (Estern Penitentiary), em 1818 e 1829, respectivamente. De acordo com esse sistema, o condenado deveria permanecer em constante isolamento celular (*solitary system*), vedado o contato com o mundo exterior (proibição de visitas), possibilitando-se apenas passeios esporádicos pelo pátio e leitura da Bíblia, com vistas ao seu arrependimento e à manutenção da ordem**

---

<sup>8</sup> *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 572.

e disciplina. Não se admitia o trabalho prisional, para que o preso se dedicasse exclusivamente à educação religiosa.<sup>9</sup>

O **Sistema Auburniano**, que leva este nome por ter sido concebido na cidade Auburn (Nova Iorque), nos Estados Unidos da América, em 1818, é também denominado *silent system*, porquanto:

**Adota, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Neste silêncio absoluto Foucault vê uma clara influência do modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.**<sup>10</sup>

A ideia de “reinserção social” do apenado, entretanto, somente ganhou vigor nos chamados “Sistemas Progressivos” (inglês e irlandês):

**A autoria do sistema progressivo é partilhada pelo inglês Alexander Maconochie e pelo irlandês Walter Crofton. Aquele, diretor da colônia penal da ilha de Norfolk, na Austrália, criou um sistema baseado em marcas (*mark system*), exposto em sua obra *Thoughts on Convict Management* (1838), pelo qual o condenado poderia obter vales**

9 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. p. 572.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, volume 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 128.

ou marcas conforme sua conduta e rendimento de seu trabalho. Poderia o sentenciado ir, pouco a pouco, melhorando sua condição e, assim, reduzir a duração da pena inicialmente imposta. A princípio o condenado passava pelo isolamento celular (período de prova), para depois, segundo sua conduta, trabalhar em comum dentro de penitenciária, sem silêncio, recolhendo-se ao isolamento durante a noite. O estágio seguinte consistia na semiliberdade, culminando, ao fim com a liberdade sob vigilância até o término da pena (*ticket of leave*). Coube a Crofton aperfeiçoar o sistema progressivo inglês, acrescentando a ele uma fase intermediária, de semiliberdade, prévia à liberação do condenado, dirigida a readaptá-lo à vida social. Dividia-se o cumprimento da sanção penal em estágios progressivamente menos severos. Assim, o “sistema progressivo irlandês” passou a compreender quatro etapas distintas: a primeira, abrangendo um período de isolamento celular de nove meses de duração; a segunda, consistindo no trabalho em obras públicas; já a terceira etapa destinava-se ao trabalho externo, com pernoite em estabelecimento penal; a quarta e última fase, por sua vez, era a liberdade provisória (livramento condicional), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento.<sup>11</sup>

Por último, mas não menos importante, já no final do Século XIX e no início do Século XX, com base nos sistemas progressivos inglês e irlandês, surgem nos Estados Unidos da América, instituições de “re-educação”, destinadas à recuperação de adolescentes e jovens adultos infratores para a vida em sociedade, denominadas **Reformatórios**.<sup>12</sup>

---

11 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. p. 574.

12 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1 – parte geral. p. 574.

No que diz respeito aos **adultos infratores** (maiores de 18 anos), a opção da legislação brasileira, em 1940, foi por um Sistema Progressivo com características próprias, como comenta Lyra:

O Código adotou um sistema progressivo e não o sistema progressivo, construindo uma progressão original, flexível e realista, o sistema progressivo brasileiro. Não prestou obediência a qualquer esquema preestabelecido. De maneira geral, quer quanto ao número, quer quanto ao ritmo, quer quanto à essência, não se subordinou à rigidez de períodos incompatíveis com a individualização executiva da pena e com a contínua transformação da ciência penitenciária. Não reproduziu, na primeira fase, o modelo pensilvânico, como ocorre no auburniano e no irlandês. Deveria, a meu ver, suprimir a segregação contínua, pois, contemporaneamente, se tolera a célula, quando muito, como dormitório individual ou como recurso disciplinar extremo (art. 32, parág. único). Mas, conservando o período inicial de recolhimento diurno e noturno, o Código visou, tão somente, facilitar as observações e os exames dos assessores jurídicos, médicos, pedagógicos, para os fins de classificação e da investigação científica. Tanto que não obriga o isolamento diurno na célula (a palavra célula ou cela está ligada, primitivamente, como pena e penitenciária, à concepção religiosa).<sup>13</sup>

Neste artigo, o marco inicial da análise será, destarte, a Parte Geral do Código Penal de 1940, momento em que se introduziu uma modalidade *sui generis* de Sistema Progressivo, assim descrito na sua Exposição de Motivos:

As penas são de duas categorias: principais e acessórias. As primeiras são em número de três:

13 LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: arts. 28 a 74, volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 103.

reclusão, detenção, multa. As acessórias consistem na perda de função pública, nas interdições de direitos e na publicação da sentença.

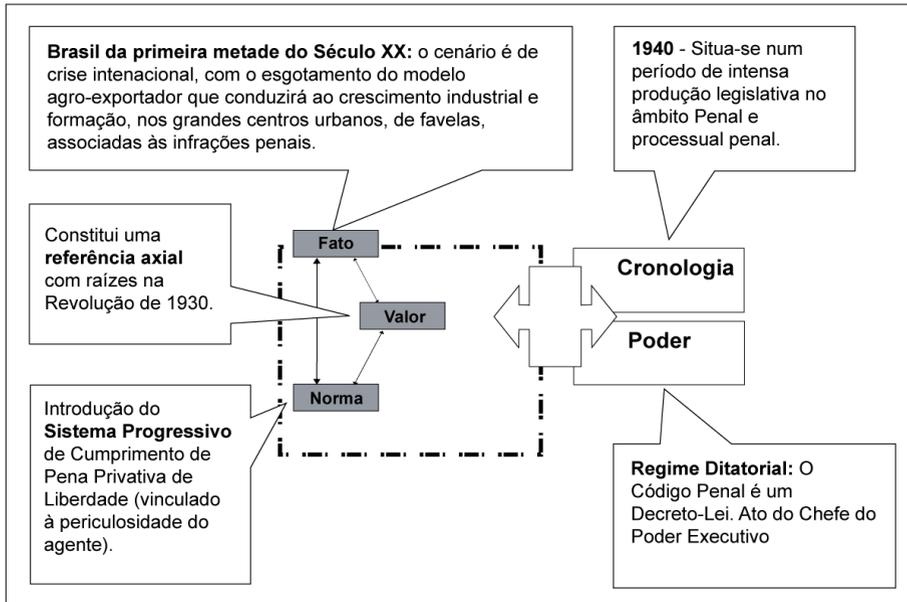
**Ambas as penas privativas de liberdade são temporárias. A de reclusão é a mais rigorosa. Executa-se de acordo com o sistema progressivo, dividida a sua duração em quatro períodos. No inicial, que não pode exceder de três meses, o condenado é submetido a isolamento diurno e noturno, passando no subsequente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento ou, fora dele, em obras ou serviços públicos. Transcorrido o segundo período, o recluso pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar. Finalmente, o período de livramento condicional.<sup>14</sup>**

Uma “fotografia histórica” da Progressividade de Regime, tal como concebida em 1940, teria o seguinte aspecto:

---

14 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 408.

*Progressão de Regime de Cumprimento de Pena Segundo a Parte Geral do Código Penal de 1940<sup>15</sup>*



Em 1984, o Sistema de Penas no Brasil sofreu profundas alterações:

No final de 1980, o Ministério da Justiça instituiu comissões de juristas para a reforma da legislação penal e processual penal, bem como para a criação de uma abrangente lei de execução penal. A comissão de reforma do direito penal – integrada por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti – concluiu um anteprojeto da Parte Geral que foi publicada em 1981 para sugestões e debates, sendo posteriormente

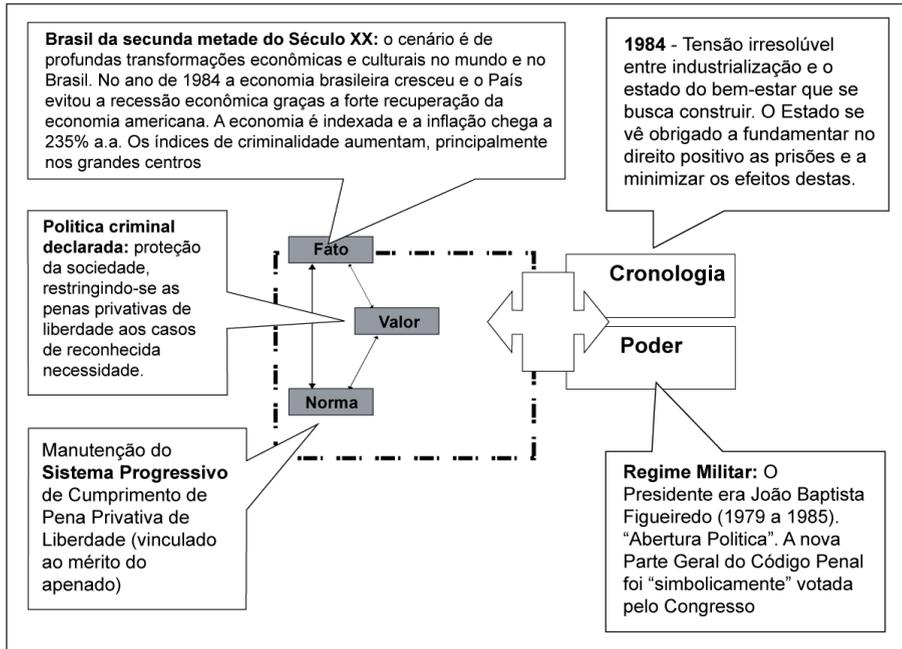
15 A “normatização” das penas principais se achava na Parte Geral do Código Penal de 1940, artigos 28 a 32, revogada em 1984. No que diz respeito à contextualização histórica, vide ZAFFARONI, Raul et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 459 a 481.

sua revisão empreendida por outra comissão, composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Junior. Entendeu-se então conveniente deixar para momento posterior a reforma da Parte Especial, e após os procedimentos legislativos foi a Parte Geral do CP 1940 objeto de profunda remodelação (lei nº 7.209, de 11.jul.84, com vigência seus meses após a sua publicação - art. 5º -, motivo pelo qual se fala comumente de uma 'reforma de 1985). Também a comissão encarregada de suprir o 'hiato de legalidade' do processo executório penal viu, ao contrário daquela dedicada ao processo penal, seus esforços frutificarem em nossa primeira lei de execuções penais (lei nº 7.210, de 11.jul.84, que entraria em vigor concomitantemente à lei de reforma da Parte Geral - art. 204).<sup>16</sup>

---

16 ZAFFARONI, Raul et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. p. 481/482.

## Progressão de Regime de Cumprimento de Pena Segundo a Parte Geral do Código Penal de 1984 e Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/84)



Relativamente ao Sistema Progressivo o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel consignou na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

A fim de humanizar a pena privativa de liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento de pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas de liberdade suprimida.

Mas a regressão do regime inicialmente menos severo para outro de maior restrição é igualmente

contemplada, se a impuser a conduta do condenado.

Sob essa ótica, **a progressiva conquista de liberdade pelo** mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade.

**Reorientada a resposta penal nessa nova direção - a da qualidade da pena em interação com a quantidade - esta será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque as causas da futura delinquência. Promove-se, assim, a sentença judicial a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social.**<sup>17</sup>

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 5º, XLIII, dispôs que:

**A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.**<sup>18</sup>

Em 1990, dois anos após a promulgação da Constituição, o Congresso Nacional aprovou a chamada **Lei dos Crimes Hediondos** (Lei 8.072 de julho de 1990). Referido Diploma Legal apontou os **crimes hediondos, afirmando que os mesmos eram insuscetíveis de progressão de regime** e concessão de liberdade provisória, em dispositivos de tiveram as seguintes redações:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualifi-

---

17 BRASIL. *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal* / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 253.

18 BRASIL. *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal*. p. 12.

cada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

II - fiança e liberdade provisória.

**§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. [...]**<sup>19</sup>

Como se percebe:

O constituinte, desde logo, assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são merecedores de tratamento penal mais severo. Cumpria ao legislador ordinário a tarefa de escolher um critério para classificar e definir os crimes hediondos, que mereceriam o mesmo tratamento rigoroso.

Foram, então, propostos três sistemas: o legal, o judicial e o misto.

De acordo com o sistema legal, somente a lei

<sup>19</sup> BRASIL. Lei 8.072/90. Texto Original e Compilado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 de maio de 2008.

pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da relação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação. Assim, ao juiz não resta nenhuma avaliação discricionária.

O sistema judicial propõe exatamente o contrário, ou seja, na lei não haveria nenhuma enumeração, devendo o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, reconhecer ou não a hediondez do crime. Haveria, portanto, discricionariedade plena por parte do julgador.

O sistema misto contém proposta intermediária. Na lei haveria um rol exemplificativo, podendo o juiz reconhecer em outras hipóteses a hediondez de crime não constante da relação.

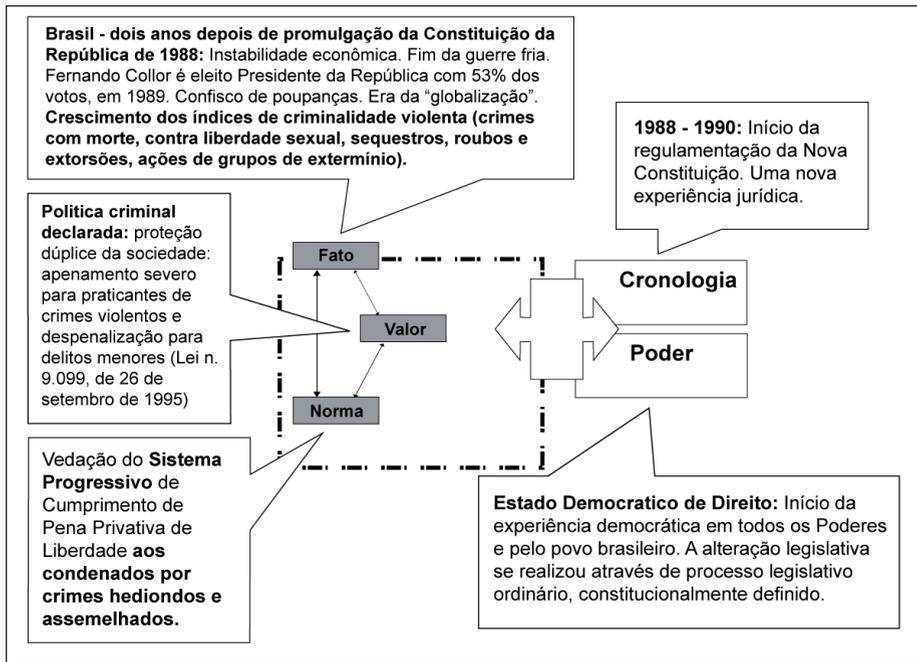
### **Prevaleceu o sistema legal.<sup>20</sup>**

O “quadro” referente à Progressão de Regime de Pena Privativa de liberdade passou a ter a seguinte configuração:

---

20 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*, volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171/172

## Progressão de Regime de Cumprimento de Pena Após a Sanção da Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90



A Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990, que entrou em vigor no dia seguinte, rompeu com o Sistema Progressivo para os crimes nela relacionados, bloqueando a transferência do condenado para regime mais brando, ainda quando este, por seu comportamento, não indicasse periculosidade. Posteriormente, através da Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994<sup>21</sup>, e da Lei 9.695, de 20 de agosto de 1998, o rol de

21 Leal lembra que, a Lei n. 8.930/94, “modificadora do rol dos crimes hediondos tem sua origem imediata num fato notório e de grande repercussão nacional, mas de interesse particular: o assassinato da atriz da Rede Globo de televisão Daniela Peres. Sua mãe, Gloria Peres, escritora de novelas, com apoio dos meios de comunicação social, conseguiu articular um forte movimento de manipulação e de motivação da opinião pública, em favor da inclusão do homicídio no rol dos crimes hediondos. O sensacionalismo tomou conta da mídia, que armou e preparou o espírito do povo para exigir uma resposta punitiva mais severa para os assassinos. Isso formou uma intensa e determinante pressão política sobre o Congresso Nacional (...)” “Por outro lado, não se pode negar que ao incluir, no rol dos crimes hediondos ordinários, o homicídio praticado ‘em atividade típica de grupo de extermínio’, o legislador de 1994 pretendeu atingir também os sinistros autores da matança urbana que tomou conta de cidades como Rio de Janeiro e

crimes hediondos foi ampliado, ficando assim composto:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou al-

---

São Paulo. A violência nessas duas grandes cidades brasileiras vem ceifando milhares de vidas a cada ano, marcada por formas de execução as mais perversas, hediondas e aterrorizantes, atingiu níveis incontroláveis. Além disso, “As execuções sumárias de ‘bandidos’ e ‘criminosos perigosos’; os ajustes de contas entre traficantes e membros de quadrilhas rivais; ‘as queimas de arquivos’; a simples eliminação de vidas humanas por vingança ou ‘espírito justiceiro’, enfim, a banalização da ação homicida geralmente praticada por quadrilhas, bandos ou grupos de extermínio que marcam de forma sinistra o cotidiano carioca, paulistano e de outros grandes aglomerados urbanos brasileiros, principalmente episódios como os das chacinas da Candelária e da favela de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, contribuíram, também, sem dúvida nenhuma para motivar político-criminalmente os autores da Lei n. 8.930/94.” (LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-jurídicos da Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 50).

teração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

**Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).**

No tocante à vedação da progressão de regime, inúmeras foram as decisões (isoladas) de juízes e tribunais que reconheceram a inconstitucionalidade do dispositivo que a determinava, devendo-se destacar, em 1997, acórdão do Superior Tribunal de Justiça declarando, num caso concreto, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da lei 8.072/90 frente ao princípio da individualização da pena - art. 5º, XLVI, da Constituição da República<sup>22</sup>. Entretanto, tanto o STJ quanto o Supremo Tribunal Federal **seguiram reconhecendo a Constitucionalidade da vedação**.

Quase 17 anos depois da publicação da Lei dos Crimes Hediondos, em julgamento histórico, no dia **23 de fevereiro de 2007**, o Supremo Tribunal Federal mudou a sua orientação e passou a considerar **inconstitucional** o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, §1º, da Lei 8072/90) que vedava a progressão de regime. Tal decisão foi tomada *incidenter tantum*, quando do julgamento do “habeas corpus” (HC 82.959 impetrado por Oséas de Campos<sup>23</sup>), pelo Pleno, por seis votos a favor

22 “RECURSO DE AGRAVO - NARCOTRAFICÂNCIA - CRIME HEDIONDO - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/90 FRENTE AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - ART. 5º, XLVI, DA CARTA MAGNA - RECURSO PROVIDO. “A Constituição da República consagra o princípio da individualização da pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único e inflexível” (STJ - RE 19.420-0 - Rel. Vicente Cernicchiaro - DJU, de 7.6.93, p. 11.276). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 19.420-0. Disponível em <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 27 de maio de 2008.

23 Nas palavras do relator do HC 82.959, Ministro Marco Aurélio: “A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com

e cinco contra.

**Muito embora estivéssemos diante de um controle difuso de constitucionalidade, cuja orientação permissiva não vincularia juízes e tribunais, o Supremo Tribunal Federal acabou estendendo os efeitos da decisão a casos análogos. Assim, segundo esta decisão, caberia ao juiz da execução penal analisar os pedidos de progressão, considerando o comportamento de cada apenado.<sup>24</sup>**

Em março do mesmo ano, as duas Câmaras Criminais do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceram a inconstitucionalidade do dispositivo acima referido, permitindo a progressão na forma preconizada pela Lei de Execução Penal e aconselhada pelo STF<sup>25</sup>.

---

dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção social. (...) Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959. Disponível em <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 maio 2008.)

- 24 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*, volume 4. p. 202.
- 25 PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL na Apelação Criminal 2005.006593-9 e SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL no Habeas Corpus 2006005217-9: “Por unanimidade, conceder a ordem para reconhecer a possibilidade de progressão de regime ao paciente em relação a condenação pela qual sofria vedação, cabendo ao Juízo da Execução a análise dos pressupostos objetivos e subjetivos, autorizando, se for o caso, a benesse conferida, aplicando-se desse modo a interpretação mais benigna outorgada pelo colendo STF, consoante preconiza o verbete 611 da Súmula de jurisprudência de referida Corte” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 2005.006593-9 e Habeas Corpus 2006005217-9 . Disponíveis em <http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 29 maio 2008).

Neste contexto, foi alterada a Lei dos Crimes Hediondos, através da Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007 (e que entrou em vigor na data da sua publicação, em 29/03/2007) e a nova redação ficou assim:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

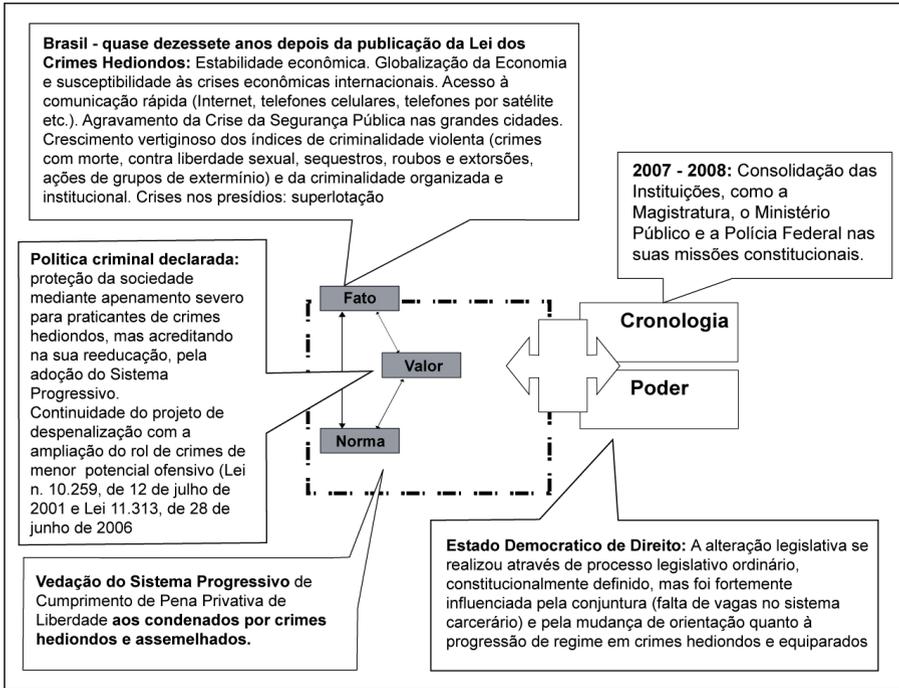
Surgiu, assim, um novo Sistema de Progressão, adaptado aos Crimes Hediondos e equiparados:

**[..] seguindo a orientação fixada no parágrafo anterior, que fixa o regime *inicial* fechado, autorizando, pois, a progressão, durante a execução da pena a todos os condenados por crimes hediondos e equiparados, houve por bem o legislador estabelecer prazos diversos para que tal benefício seja auferido. Os sentenciados por delitos comuns – não hediondos, nem a estes equiparados – continuam com a possibilidade de progredir, caso haja merecimento, ao atingirem um sexto da pena. Os condenados por crimes hediondos e assemelhados passam a ter períodos mais extensos (2/5, para primários; 3/5, para reincidentes) [...].<sup>26</sup>**

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 607.

E a nova – e última – “fotografia” ficou assim:

Progressão de Regime de Cumprimento de Pena Após a alteração da Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464, de 2007



De tudo o que foi dito, é possível afirmar que o Sistema Progressivo de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade, no Direito Penal brasileiro, foi o eleito como o “referente” do nosso Sistema Carcerário. Embora esteja este em evidente crise (déficit de vagas, violações aos direitos humanos, insegurança prisional etc.) segue-se na esteira do legislador de 1940, acreditando na possibilidade de “reeducação” do condenado, dando-lhe “esperança” de restituição do seu *status libertatis* com base em seu comportamento (merecimento), mesmo nos denominados crimes hediondos e formas típicas equiparadas.

De forma descritiva, isto é, sem ingressar no mérito de outra questão paralela, mas não menos fundamental, que é a da efetividade das penas privativas de liberdade, empregando o Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale) como Instrumento

de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, foi possível identificar e “retratar” os quatro “momentos” do Sistema Progressivo no Brasil, os quais, sinteticamente, possibilitam as seguintes formulações:

I. A introdução e manutenção do Sistema Progressivo é resultante da realidade histórico-cultural do nosso país e não pode ser destacada de forma alguma da experiência social, cultural e política da Sociedade brasileira.

II. A constante readaptação do Sistema Progressivo à realidade brasileira é resultado da “implicação-polaridade” entre os elementos FATO, VALOR e NORMA.

III. A concreção histórica desta “implicação-polaridade” entre FATO, VALOR e NORMA se dá de forma funcional e sinérgica (dialética, segundo Reale), de modo que da *tensão* entre estes elementos “resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante dos limites circunstanciais de lugar e de tempo”<sup>27</sup>. Tanto a adoção quanto a manutenção do Sistema Progressivo não são ocorrências jurídicas espontâneas: são, ao contrário, consequências das necessidades históricas de enfrentamento da criminalidade, especialmente nos delitos que afetam bens jurídicos relevantes como a Vida e a Liberdade da Pessoa.<sup>28</sup>

IV. As normas jurídicas relativas ao Sistema Progressivo não podem ser compreendidas sem que o intérprete leve em conta os fatos e valores que condicionaram o seu advento. A compreensão da Progressão de Regime deve resultar de uma reflexão fundada nos “quatro momentos” focados supra (e, evidentemente, em seus momentos intermediários) e não nos esquemas tradicionais, pretensamente lógicos, de percepção do direito.

27 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*: situação atual. p. 57.

28 Para Reale “A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante na conjuntura histórico-social; é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o individualizado em um órgão do Estado, que o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (*institucionalização ou jurisfação do poder na normogênese jurídica*), in REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*: situação atual. p. 61.

V. Historicamente foi rechaçado o tratamento estandardizado dado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, pela Lei dos Crimes Hediondos. A vedação à progressão de regime sem levar em conta a individualização executória da pena que vigorou durante quase dezessete anos, foi derrubada por pressão da Jurisprudência Penal e, por uma decisão legislativa (Lei 11.464/2007), restaurou, com modificações, o Sistema Progressivo para os autores de qualquer crime.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.072/90**. Texto Original e Compilado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RE 19.420-0**. Disponível em <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 27 de maio de 2008

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959**. Disponível em <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 maio 2008

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial, volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

ESPÍRITO SANTO, Davi *et al.* **Seminário Teoria Tridimensional do Direito Como Instrumento de Percepção Jurídica**: atividade da Disciplina Teoria do Direito Portuário do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI, apresentado em 09 abril 2008. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**: Aspectos Político-jurídicos da Lei n. 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: arts. 28 a 74, volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MENEGAZZI, Gustavo *et al.* **Seminário Teoria Tridimensional do Direito Como Instrumento de Percepção Jurídica**: atividade da Disciplina Teoria do Direito Portuário do Programa de Mestrado em

Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI, apresentado em 25 junho 2008. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**; [tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral]. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Plano de Ensino da Disciplina Direito Portuário: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

\_\_\_\_\_. **Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale) como Instrumento de Percepção Jurídica**. [composição gráfica de Fábio Schlickmann]. Entregue aos alunos da Disciplina Direito Portuário: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI, em 09 abril 2008. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 2005.006593-9**. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 29 maio 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 2006005217-9**. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 29 maio 2008.

ZAFFARONI, Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

