RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

ISSN 2594-813X

UFRRJ
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 03 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Jan/Jun 2019
Año nº 03 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Enero/Junio 2019

Fundador:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Co-Editor | Coeditor:
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:
Sra. Amanda Pinheiro Nascimento, UERJ.
Sra. Camila Pontes da Silva, UFF.
Sr. Jonathan Mariano, PUCRJ.
Sra. Gabriela Vasconcellos, UFF.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, UERJ.
Sr. Thiago Allemão, IEP-MPRJ.

Diagramação | Diagramación:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eski?ehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo o do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, FundaÃ§Ã£o GetÃºlio Vargas, FGV, SÃ£o Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasí-lia, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifí-cia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifí-cia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sr. Alex Assis de Mendonça, Universidade Cândido Mendes, Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Alex Cavalcante Alves, Instituto Brasiliense de Direito PÃºblico, IDP, BrasÃ-lia, DF, Brasil
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Bruno Teixeira Marcelos, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sra. Daisy Rafaela, Centro Universitário Salesiano de São Paulo, UNISAL, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética - EPE, Brasil
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil

Revista de Direito Público Contemporâneo
Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO 006
Emerson Affonso da Costa Moura

A REVISÃO CRIMINAL: ANTIGAS E NOVAS QUESTÕES RELEVANTES 007
BRAZIL'S INSTITUTE OF CRIMINAL REVISION: OLD AND NEW RELEVANT MATTERS 043
Marcellus Polastri Lima e Mariana Soares de Rezende

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA – DIFICULTADES PARA SU IMPUTACIÓN Y JUZGAMIENTO 079
María Laura Böhm

HERMENÊUTICA DO VALOR JURÍDICO FUNDAMENTAL SAÚDE SOB O VIÉS DA JURIDICIDADE 103
Flávio Antonio de Oliveira

ASPECTOS RELEVANTES QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE: UM ESTUDO EPISTEMOLÓGICO 129
Samara de Oliveira Pinto

SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E PARAMETROS DO IBGE AOS LIMITES DE ALTURA EM CONCURSOS PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE POLICIAIS 142
Fabio Carvalho Verzola

FOMENTO PÚBLICO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 167
Lucas Ramiro Vedoin

A FELICIDADE PÚBLICA E O DEVIDO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO NORMATIVA 201
Felipe Bizinoto Soares de Pádua

O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO PARANÁ: DEFENSORIA PÚBLICA COMO PRÁTICA DE BOA GESTÃO 223
Matheus Cavalcanti Munhoz

EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL DE LAS MINORÍAS EN EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO 253
Luis Guillermo Palacios Sanabria

Revista de Direito Público Contemporâneo
Journal of Contemporary Public Law

Resumen:

PRESENTACIÓN 006
Emerson Affonso de la Costa Moura

LA REVISIÓN PENAL: CUESTIONES ANTIGUAS Y NUEVAS RELEVANTES 007
BRAZIL'S INSTITUTE OF CRIMINAL REVISION: OLD AND NEW RELEVANT MATTERS 043
Marcellus Polastri Lima e Mariana Soares de Rezende

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA – DIFICULTADES PARA SU IMPUTACIÓN Y JUZGAMIENTO 079
María Laura Böhm

HERMENEUTICS DE VALOR FUNDAMENTAL LEGAL SALUD BAJO JURIDICIDAD 103
Flávio Antonio de Oliveira

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA BASE RACIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL CONTEXTO POSTERIOR A LA MODERNIDAD: UN ESTUDIO EPISTEMOLÓGICO 129
Samara de Oliveira Pinto

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD Y LOS PARÁMETROS DE IBGE A LOS LÍMITES DE ALTURA EN LICITACIONES PARA LA PRESTACIÓN DE OFICIALES DE POLICÍA..... 142
Fabio Carvalho Verzola

DESARROLLO PÚBLICO Y DESARROLLO NACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988 167
Lucas Ramiro Vedoin

FELICIDAD PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO DEBIDO PARA LA PREPARACIÓN NORMAL 201
Felipe Bizinoto Soares de Pádua

ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ESTADO DE PARANÁ: LA DEFENSA PÚBLICA COMO BUENA PRÁCTICA DE GESTIÓN 223
Matheus Cavalcanti Munhoz

EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL DE LAS MINORIAS EN EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO 253
Luis Guillermo Palacios Sanabria

Apresentação

É com grata satisfação que após a consolidação da nova equipe editorial com a expansão do conselho editorial, corpo de avaliadores e editores de seção, bem como, os esforços para formação de um corpo editorial internacional, publicamos a segunda edição do primeiro volume do segundo ano da Revista de Direito Público Contemporâneo.

Nesta edição trazemos questões controversas de Direito Público com temas de índole constitucional, trabalho, tributário e ambiental através de artigos inéditos ou consagrados de professores doutores de vários estados do Brasil e do exterior mantendo a proposta de internacionalização do periódico.

Desejamos uma boa leitura almejando que os trabalhos publicados possam contribuir no debate das matérias, com nosso agradecimento aos professores membros do Conselho Editorial e do corpo de avaliadores, aos editores e colaboradores em geral, aos autores e leitores pelas suas contribuições na publicação desta edição.

Presentación

Es con grata satisfacción que tras la consolidación del nuevo equipo editorial con la expansión del consejo editorial, cuerpo de evaluadores y editores de sección, así como, los esfuerzos para formar un cuerpo editorial internacional, publicamos la segunda edición del primer volumen del segundo año de la Revista de Derecho Público Contemporáneo.

En esta edición traemos temas polémicos de derecho público, con temas de la naturaleza constitucional, laboral, fiscal y ambiental a través de artículos originales o consagrados profesores doctores de varios estados de Brasil y del exterior que sostienen la revista internacional propuesto.

Deseamos una buena lectura anhelando que los trabajos publicados puedan contribuir en el debate de las materias, con nuestro agradecimiento a los profesores miembros del Consejo Editorial y del cuerpo de evaluadores, a los editores y colaboradores en general, a los autores y lectores por sus contribuciones en la publicación de esta edición.

Rio de Janeiro, 10 de Junho de 2019.
Caracas, 10 de junio de 2019.

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

A REVISÃO CRIMINAL: ANTIGAS E NOVAS QUESTÕES RELEVANTES

BRAZIL'S INSTITUTE OF CRIMINAL REVISION: OLD AND NEW RELEVANT MATTERS

Marcellus Polastri Lima[1]

Mariana Soares de Rezende [2]

Resumo: O presente artigo analisa a impugnação processual penal denominada de revisão criminal. Depois de analisar sua natureza, competência e legitimidade, pontos em que permanecem as já antigas lições da doutrina de processo penal, salvo quanto à questão da competência para decisões dos juizados especiais criminais, passa a ser analisado tema específico ainda não pacificado, como é caso da possibilidade de se obter efeito suspensivo do cumprimento da pena imposta ao acusado. Em seguida o estudo passa a abordar novos temas que podem gerar indagações, como é a possibilidade da revisão criminal com o surgimento de um novo precedente, já que essa fonte do direito foi adotada pelo CPC/2015, e, por fim, uma situação que gera perplexidade, criada pelo recente precedente do STF que passou a admitir a execução provisória da pena quando interposto recurso excepcional, o que faz com que o acusado já possa estar cumprindo a pena e, mesmo assim, ficar impedido de propor a revisão criminal quando estiver de posse de prova nova.

Palavras-chave: Revisão Criminal; Efeito Suspensivo; Precedentes; Supremo Tribunal Federal; Execução Provisória.

Abstract: this article analyzes a judicial impugnation on brazilian criminal law, called Criminal Revision (revisão criminal). After analyzing its nature, competence and legitimacy, matters in which remain already known lessons of legal doctrine - except when relating to the competence of sentences from the special criminal courts - the work begins to understand specific and still not consolidated aspects, as in the possibility of obtaining suspensory effects of a sentence. Following that, the article reaches new matters that can raise questions, as is the case of Criminal Revision, with the emergence of a new precedent, since that was the source of law included by the new Civil Code. Finally, a situation that causes perplexity, created by Brazil's Supreme Court, that began to admit provisional enforcement of sentences when offered

[1] Doutor e Mestre em ireitos pela Universidade Federal de Minas Gerais (ênfase para processo penal). Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität de Göttingen-Alemanha-. Professor-Doutor da UFES (Graduação e Mestrado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador de Justiça do Rio de Janeiro.

[2] Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio..

excepcional appeal, which prevents that the defendant, while carrying out his sentence, of presenting Criminal Revision when new evidence is found.
Keywords: Criminal Revision; Suspensory Effects; Precedents; Brazil's Supreme Court; Provisional Enforcement.

1. INTRODUÇÃO

Ao proferir uma decisão, o julgador, como ser humano que é, por variados motivos, não está livre de prolatar injusta ou errônea decisão. Na esfera criminal, em virtude dos gravames que acarretam a condenação, a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria[3], *após findo o processo*[4], poderá, a qualquer tempo, ser desconstituída por meio da revisão criminal.

A origem da revisão criminal se deu no Código de Instrução Criminal francês de 1806 e, no Brasil, no início do Império, vigoravam as Ordenações Filipinas[5] e, assim, os *processos findos* podiam ser impugnados pela *revista*, que era prevista na legislação portuguesa. Sobrevindo a Constituição Imperial de 1824, também foi prevista a *revista* no seu art. 164, sendo que a competência para julgamento era do então Supremo Tribunal de Justiça, e daí passou a ser tradição no Brasil a previsão da Revisão Criminal (mesmo quando era chamada de *revista*) nas Constituições, constituindo-se em uma garantia constitucional.

Na lei de 18.09.1828, também foi disciplinada a *revista* e, em seu artigo 9º, se previu que "nas causas criminais poderá ser apresentada, não só enquanto durar a

[3] O STJ já reconheceu que da sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que absolve, mas impõe medida de segurança, também cabe revisão criminal: "é admitida a revisão criminal para atacar sentença absolutória imprópria, que é aquela em que o juiz reconhece o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade, afasta o crime em virtude da existência de alguma causa excludente de culpabilidade e aplica medida de segurança, visando o tratamento do réu- art. 386, parágrafo único, III,CPP (STJ,REsp 329346).

[4] A expressão é diversa do "trânsito em julgado" para se propor a rescisória no cível, mas a doutrina a equipara ao trânsito em julgado, pois, conforme Gustavo Badaró; "[...] a revisão criminal só é possível se houver *sentença condenatória transitada em julgado.* Embora o art. 621, *caput*, do CPP, se refira a "processo findo", o que permitiria incluir as sentenças terminativas, a revisão criminal só é possível no caso de sentença condenatória transitada em julgado. O ar. 625,§1º, exige que o requerimento seja instruído com *a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória*" (BADARÓ, Gustavo Henrique.Manual dos Recursos Penais, São Paulo: RT, 2016,p.436).

[5] Assim estabeleceu o Decreto da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império, de 20.10.1823 que, em seu art. 1º determinava que as Ordenações, Lei, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, pelas quais se governava até a retirada de D. João VI, e todas as legislações que foram promulgadas pelo Regente do Brasil Império, ficavam vigentes, enquanto não se organizasse novo Código.

pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes"[6].

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância (lei de 29.11.1832) só tratou da *revista* em poucos artigos, já que sua competência era da segunda instância, mas na primeira reforma do Código, em 1841 (Lei 1 261 de 03.12), foram mencionadas as hipóteses de seu cabimento.

Mas, foi na República que, no direito brasileiro, a impugnação recebeu o nome de *revisão*, ou seja, no Decreto nº 847 de 11 de novembro de 1890, e depois foi mantida a denominação pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894[7].

A primeira Constituição Republicana (de 24.02.1891) previu a revisão criminal e fixou a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 59, III) e, de igual modo, a mesma foi mantida na Constituição Federal de 1934.

Em 1937, no regime ditatorial (Estado Novo), nada se dispôs sobre a revisão criminal, que, assim, passava a ser regulada somente pela legislação ordinária, mas, a Constituição de 1946 restabeleceu a garantia do acusado à revisão criminal, cuja competência era do STF e do TFR (arts. 101, IV, e 104,II).

Mesmo a Constituição de 1967, do regime militar, manteve a revisão criminal e, a Constituição de 1988, apesar de não a prever dentre os direitos e garantias individuais, a prevê quando trata da competência originária do STF, do STJ e TRF[8].

Na legislação ordinária, atualmente, a revisão está prevista no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP – de 1941, onde se prevê que poderá ser cabível em "processo findo", desde que respeitadas suas hipóteses de cabimento. Ademais, no Brasil, a revisão só é cabível *pro reo*[9], sendo que o art. 626, parágrafo

[6] Cf. o escorço histórico feito na obra de Sérgio de Oliveira Médici (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), às págs. 111/140, onde demonstra que havia uma separação entre a *revista cível,*recurso a ser interposto em prazo certo, e a *revista crime*, a ser apresentada a qualquer tempo.

[7] FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1960. 7ª ed. Volume 3. p. 183.

[8] Arts. 102, I, f; 105,I, e; e art.1108, I, b, da Constituição Federal de 1988. .

[9] Algumas legislações alieníginas admitem a Revisão *pro societate*, que seria "aquela que tem cabimento quando os *errores in iudicando* ou *in procedendo* ocorrerem em decisão de mérito absolutória transitada formalmente em julgado. Ela tem por objetivo a desconstituição da sentença favorável ao acusado, proferida em desacordo com a lei e/ou com a verdade material dos fatos - a verdade proveniente das provas coligadas licitamente nos autos -, em prejuízo da sociedade e da própria justiça". (CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 24). Admitem, por exemplo, mesmo sendo as hipóteses mais restritas, a legislação alemã (StPO, § 362) e portuguesa (CPP art. 499, letras a e b).

único, deixa claro que, "de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista". Esse entendimento é pacificado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal que advertiu não ter sido previsto pelo ordenamento jurídico a revisão criminal *pro societate*[10].

Neste liame, o presente estudo propõe investigar além de questões em muitos casos já pacificadas sobre a natureza, cabimento, competência e legitimidade da revisão criminal, aquela relativa à possibilidade de se aferir efeito suspensivo à revisão criminal e, ainda, abordar novas questões desafiadoras, como a possibilidade de se propor a revisão criminal em face de precedente e as dificuldades que advieram com a decisão do STF que passa a admitir a execução provisória da sentença penal.

2. NATUREZA

A doutrina define, comumente, a revisão criminal como ação autônoma de impugnação de competência dos tribunais.

Porém, equivocadamente, o instituto está previsto no Capítulo VII, do Título II que trata dos "*recursos em geral*". E essa inserção topológica na codificação processual penal acabou por trazer divergência na doutrina, vez que, para uns, a revisão seria um recurso e, para outros, a natureza da mesma seria de ação autônoma de impugnação. Para uma terceira corrente teria natureza mista de recurso e de ação. Mas tem prevalecido na doutrina que a mesma tem a natureza de ação penal de conhecimento de caráter desconstitutivo (ou constitutivo negativo).

Sobre a questão, Pontes de Miranda[11] já vaticinava que

> [...] o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças,

[10] "INCOMPETÊNCIA. SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. A sentença absolutória transitada em julgado, mesmo que emanada de juízo absolutamente incompetente, não pode ser descartada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos (ne bis in idem). Embora nula, essa sentença pode tornar definitiva a absolvição do acusado, porque tem por consequência a proibição da reformatio in pejus. *Note-se que o ordenamento jurídico pátrio não previu a revisão criminal "pro societate",* o que impõe, no caso, o acatamento à coisa julgada material como forma de se garantir as necessárias segurança e estabilidade jurídicas**.** (STF: HC 80.263-SP, DJ 27/6/2003)."

[11] MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998. p 172.

> portanto, remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual.

Defendendo a hipótese de revisão como ação autônoma de impugnação, aduz Eugênio Pacelli, de forma abrangente, que:

> A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição[12].

Para Magalhães Noronha, entretanto, seria mista a natureza jurídica da revisão criminal, uma vez que se trataria de um "recurso de natureza toda peculiar e *sui generis*".[13]

Fato é que, quando da propositura da revisão criminal, instaura-se uma nova relação jurídica, que tem por finalidade desfazer os efeitos da sentença condenatória – ou mesmo absolutória imprópria - que transitou em julgado. Não há, portanto, dilação procedimental. Neste sentido, um dos autores deste artigo, já se posicionou:

> Apesar de a revisão criminal possuir as características de ação, não há dúvida de que tem algo de recurso, mas para nós, predomina a natureza de ação, mormente porque se instaura outra relação processual, não havendo prorrogação da primeira[14]

Também Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, defendem ser a revisão criminal

> [...] Induvidosamente, ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos

[12] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 914.
[13] NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 504.
[14] LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 1234.

> tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando a desconstituir a sentença (juízo rescindente ou revidente) e a substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório).[15]

É, por outro lado, ação constitutiva, pois tem por objetivo a revisão do julgado, *criando nova situação jurídica*, consoante se vê da lição de Rogério Lauria Tucci:

> Trata-se, outrossim, de ação – ação de conhecimento de caráter constitutivo –, destinada, precipuamente, a desconstituir a condenação imposta em sentença de que já não caiba mais recurso, vale dizer, uma autêntica ação rescisória penal, assim por nós definida: ação adequada ao reexame da causa penal finalizada com sentença condenatória, a fim de, no interesse da justiça, reparar-se um erro judiciário.[16]

Tomando partido sobre a questão o projeto do novo Código de Processo Penal (em tramitação do Congresso) localiza o instituto no Livro IV, classificando-o como Ação de Impugnação, juntamente com o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*.

Para nós, não há dúvida de que a revisão criminal se trata de ação autônoma de impugnação, e que pode ser proposta a qualquer tempo, ou sem limite temporal para tanto, ao contrário do que ocorre na ação rescisória, conforme se extrai do art. 621 do CPP.

3. COMPETÊNCIA

A revisão criminal ação, cuja competência será sempre originária dos Tribunais, ou seja, originariamente a competência para seu julgamento é do segundo grau de jurisdição ou do Tribunal Superior, conforme o caso. Sua finalidade é a

[15]GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*,6º edição,São Paulo:RT, 2009, p. 239.
[16]TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus*, *ação e processo penal*, São Paulo:Saraiva, 1978, pp. 70-71.

desconstituição das sentenças ou acórdãos condenatórios, desde que *findo o processo* (art. 621 do CPP) [17].

O Tribunal de segundo grau é o competente também para julgar revisões criminais das decisões proferidas pelos seus juízes singulares (em primeiro grau), que estejam findos, na forma do art. 621 do CPP.

Assim, tendo o Tribunal de segundo grau prolatado acórdão que substitui a anterior decisão (sentença) do primeiro grau, caberá ao Tribunal apreciar revisão criminal e, por outro lado, incumbe ao STF e ao STJ o processo e o julgamento das ações de revisão quanto às condenações por eles proferidas, sendo que o requisito necessário para que a competência seja do Tribunal Superior é que dele tenha advindo a condenação [18] ou absolvição imprópria, mesmo que seja essa mantida, ou mesmo seja ratificada a decisão condenatória ou de aplicação de medida de segurança do Tribunal de segundo grau ou decisão exarada por Tribunal Superior, conforme o caso. Desta forma, em recurso excepcional, se esse não for conhecido pelo Tribunal Superior e, em consequência, não for analisado o mérito daquele recurso, não haverá condenação ou confirmação da condenação ou absolvição imprópria por aquele Tribunal e, assim, não será ele o competente para a análise da revisão criminal, salvo se para não conhecer do recurso se adentrou de alguma forma na apreciação de mérito, como é comum ocorrer nas hipóteses das letras “a” dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

Nos demais casos, de condenações de primeiro e segundo grau, a competência será dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, segundo o disposto no art. 624, §§ 2º e 3º, do CPP, incluídos os Tribunais Regionais Eleitorais[19].

Questão importante a ser observada quanto à competência da *revisio*, é em relação às hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo.

Quanto ao cabimento Sérgio de Oliveira Médici nos explica que:

[17]GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.* Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100921200708273, acesso em 16.06.2017.
[18] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 920.
[19] Idem, p. 921.

> A Constituição Federal de 1988, no art. 98, I, institui juizados especiais, com competência para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. A indicação destas infrações e as regras processuais, entretanto, foram estabelecidas pela Lei federal 9.099, de 26.09.1995, que não admite, expressamente, ação rescisória nas causas cíveis sujeitas ao seu procedimento especial (art. 59).[20]

Assim, a própria Lei 9.099/95 deixou implícita a recepção da competência para exame da revisão criminal pelo Tribunal de Justiça ou TRF's, conforme o caso, ao excluir expressamente somente a rescisória nas pequenas causas civis (art. 59[21]) da possibilidade de impugnação, sem semelhante disposição restritiva na parte que trata dos juizados especiais criminais. Em consequência, será cabível por determinação implícita da lei, a ação de revisão criminal, quanto aos crimes de menor potencial ofensivo.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça – STJ - emitiu decisão que foge a regra de ser a revisão uma *ação autônoma de impugnação de competência originária dos Tribunais*, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 47718/RS, já que esse Tribunal Superior entendeu que a competência para processar e julgar infrações de menor potencial ofensivo, emitidas pelos Juizados Especiais Criminais, em sede de revisão, seria da Turma Recursal. Se não, veja-se:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COLÉGIO RECURSAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. AMEAÇA. AÇÃO PENAL QUE TEVE CURSO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA PARA A REVISÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL. VEDAÇÃO TÃO-SOMENTE QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVER O DECISUM QUESTIONADO. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE GRUPO DE TURMAS RECURSAIS. UTILIZAÇÃO

[20] MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal.* 2 ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 176-179.
[21] Art. 59 da Lei 9.099/95 - Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

> ANALÓGICA DO CPP. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADOS SUPLENTES A FIM DE EVITAR O JULGAMENTO PELOS MESMOS JUÍZES QUE APRECIARAM A APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. 1. Apesar da ausência de expressa previsão legal, mostra-se cabível a revisão criminal no âmbito dos Juizados Especiais, decorrência lógica da garantia constitucional da ampla defesa, notadamente quando a legislação ordinária vedou apenas a ação rescisória, de natureza processual cível. 2. É manifesta a incompetência do Tribunal de Justiça para tomar conhecimento de revisão criminal ajuizada contra decisum oriundo dos Juizados Especiais. 3. A falta de previsão legal específica para o processamento da ação revisional perante o Colegiado Recursal não impede seu ajuizamento, cabendo à espécie a utilização subsidiária dos ditames previstos no Código de Processo Penal. 4. Caso a composição da Turma Recursal impossibilite a perfeita obediência aos dispositivos legais atinentes à espécie, mostra-se viável, em tese, a convocação dos magistrados suplentes para tomar parte no julgamento, solucionando-se a controvérsia e, principalmente, resguardando-se o direito do agente de ver julgada sua ação revisional. *5. Competência da Turma Recursal.* (STJ - CC: 47718 RS 2005/0000421-7, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 13/08/2008).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende ser a Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais o órgão recursal competente para o julgamento e processamento da *revisio*, o que é contraditório e controvertido (e para nós até incabível), uma vez que, como é sabido, esse próprio Tribunal não considera a Turma Recursal dos Juizados Especiais um Tribunal em sentido estrito, até porque o STJ possui entendimento sumulado e taxativo ao vedar o cabimento de recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais (v.g súmula 203 do STJ[22]). A justificativa seria de que o texto constitucional, ao tratar das

[22] Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais".

hipóteses de cabimento do recurso especial, no art. 105, inciso III[23], utiliza-se do termo *Tribunal,* excluindo, desta maneira, esse colegiado do rol dos "Tribunais".

Neste sentido, o Magno Texto impõe como requisito para o cabimento do recurso especial, que a decisão a ser recorrida tenha sido proferida por um Tribunal, enquanto que para o caso de Recurso Extraordinário tal não seria necessário, conforme art. 102, III, da constituição Federal, que não restringe que a decisão a ser apreciada no recurso extraordinário seja proferida por Tribunal.

Mas, de forma ambígua e contraditória, o mesmo STJ parece estender o caráter de *Tribunal* à Turma Recursal quando se trata de revisões criminais, entendendo que esse órgão colegiado composto de juízes de primeiro grau, e que não é considerado *Tribunal* para efeito de Recurso Especial, seria o órgão competente para o *processamento e julgamento* da revisão.

Tal postura fere o princípio de que a ação de revisão seria de competência originária dos Tribunais e, por outro lado, a permanecer esse entendimento, teria que se admitir, também, pelo Superior Tribunal de Justiça a competência para o exame das impugnações de decisões da Turma Recursal através de recurso especial. Ou a Turma Recursal tem a natureza de *Tribunal* ou não. Não se compreende poder se entender que não é *Tribunal* para fins de recurso especial, mas ser *Tribunal* para fins de revisão criminal.

3. LEGITIMIDADE

Quanto à legitimidade para propor a ação de revisão criminal, versa o art. 623 do Código de Processo Penal:

> Art. 623 - A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

[23] Constituição Federal, art. 105, III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida;

Sobre o tema, em primeiro lugar, dois pontos chamam a atenção: a capacidade postulatória do réu sem que seja através de advogado e a ausência do Ministério Público no rol de legitimados.

No que diz respeito à primeira situação, vislumbra-se o choque entre normas constitucionais, já que a defesa da liberdade, expressa no art. 5º, *caput,* do texto Constitucional, e o amplo acesso à Justiça, previsto no inciso XXXV do mesmo dispositivo, prevaleceriam em relação ao princípio da indispensabilidade de advogado (art. 133 CF). Neste sentido, poderia o réu, mesmo sem advogado constituído ou dativo, figurar legitimamente no polo ativo da ação de revisão criminal.

O problema a ser enfrentado refere-se à questão da fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento da revisão. É que para a proposição da ação revisional, se fica adstrito às hipóteses de cabimento, cuja apreciação envolve um necessário conhecimento técnico, que não é dominado pelo réu ou mesmo seu familiar (sucessor em caso de morte), caso não sejam advogados, pois são questões afetas ao direito e desconhecidas pelo público leigo. Assim, ao contrário do *habeas corpus,* no qual também a legitimidade é estendida para o próprio paciente, na revisão criminal a fundamentação é mais vinculada, exigindo maior capacidade técnica e formalidades para a proposição da ação. Portanto, em regra, o condenado (ou absolvido impropriamente) na ação penal não possui capacidade técnica para valer-se desta ação autônoma de impugnação, diante de uma fundamentação vinculada.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover[24] leciona:

> A melhor solução consiste em buscar um ponto de equilíbrio entre os valores constitucionais em jogo: pensamos que ao condenado deve ser assegurada a capacidade postulatória para requerer a revisão. Após o que, o tribunal competente nomeará defensor dativo para que este, com seus conhecimentos técnicos, deduza juridicamente a pretensão. Com isso, estarão assegurados tanto o exercício direto da ação ao condenado, como também seu direito à correta formulação do pedido.

[24] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alii.* Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. – 4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Em. n. 45/2004) – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 314.

Destarte, o condenado poderia propor à revisão, mas devendo ser feita a nomeação de um defensor, capaz de representá-lo tecnicamente, caso evidentemente o condenado ou seu sucessor não seja também advogado. Inclusive é esta a disciplina do Projeto do novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8045/2010, que versa em seu art. 657, parágrafo único:

> Art. 657 – (...)
>
> Parágrafo único. No caso de revisão proposta pelo próprio condenado, ser-lhe-á nomeado defensor.

Quanto à questão da legitimidade do Ministério Público para propor a revisão, evidentemente, inexistindo no nosso direito a revisão *pro-societate*, tal legitimidade se restringiria à propositura em favor do réu e nessa hipótese, a melhor doutrina entende pela possibilidade, já que o *Parquet* é parte legítima, pois a ele compete zelar pela defesa da ordem jurídica, conforme previsão do art. 127, da Carta Magna.[25]

Neste sentido, observam os Tribunais pátrios*, v.g*:

> Revisão Criminal. Tráfico de Drogas. Nulidade. Inexistência. Desclassificação para uso - *O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal, posto que, conforme a Constituição da República, deve funcionar como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. - O Juiz pode proferir sentença condenatória, mesmo quando o representante ministerial opina pela absolvição.- Encontrado o agente na posse de drogas, não havendo provas seguras do tráfico, e sendo ele tido como seu contumaz usuário, impõe-se a desclassificação para o delito de porte para uso de substâncias entorpecentes proibidas. (Revisão Criminal nº 1.0000.05.430638-6/000 – Comarca de Estrela do Sul. - Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desª Jane Silva, julgado em 13.11.2006)

[25] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ada Pellegrini Grinover aduz ainda que "a omissão da lei explica-se pelo fato de o Código rotular a revisão entre os recursos, tendo o Ministério Público ampla legitimidade para recorrer (art. 577)"[26]. Ou seja, se o legislador entendeu (mesmo que forma equivocada) que a revisão criminal é um recurso, localizando-a no tópico respectivo, não haveria motivo para se reiterar a legitimidade do Ministério Público, uma vez que este possui ampla recorribilidade, pautada no art. 577 do CPP.

Em contraponto, o Supremo já entendeu que o Ministério Público não é parte legítima para propor a *revisio.* Se não, veja-se:

> REVISÃO CRIMINAL - LEGITIMIDADE. O Estado-acusador, ou seja, **o** *Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal***,** pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus,* presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se argüido a competência da Justiça Federal, e MO da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República (RHC nº 80796, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 29/05/2001).

Desta forma, no que se refere à legitimidade do *Parquet* para a propositura da revisão criminal, inobstante a maior parte da doutrina e dos Tribunais entenderem pela legitimidade, não foi este o entendimento da Suprema Corte brasileira no julgado referido. Entendemos, sem qualquer dúvida, que a melhor posição é aquela que é majoritária na doutrina, ou seja, a que possibilita a propositura em favor do réu, já que nada impede que o Ministério Público, como fiscal da lei, nesse caso, proponha a revisão criminal.

Por fim, a parte final do art.623 estabelece que a revisão criminal pode ser interposta “[...] no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

[26] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.* 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 315.

Conforme Sérgio Demoro Hamilton, “na doutrina, usa-se a feliz expressão *reabilitação da memória* para indicar a ação proposta quando já ocorrido o óbito do réu”.[27]

Havendo a morte do condenado, tornam-se partes legítimas para propor a revisão, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão e, segundo Badaró, “trata-se de legitimação concorrente não preferencial, sendo inaplicável a regra do art. 36”.[28] Mas, se a morte se der depois do condenado já ter adentrado com a revisão, o Tribunal deverá nomear *curador* para que se prossiga com a revisão, conforme o art. 631 do CPP[29].

Arrematando, a legitimidade passiva é do Estado, no caso representado pelo Ministério Público, que deve contestar a revisão, se for o caso, pois é evidente que, como *custos legis*, pode concordar com o pedido de revisão. O Estado é responsável também por indenização por erro judiciário, mas o Tribunal Criminal não pode fixar o valor da indenização, pois a ele só cabe reconhecer ser o caso de indenização e não fixá-la, uma vez que esta será fixada através de liquidação no cível, na forma do art. 630 do CPP.

4. EFEITO SUSPENSIVO.

Conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal, efeito suspensivo é a suspensão dos efeitos da decisão de um juiz ou tribunal, até que o tribunal tome a decisão final sobre um recurso[30].

Em regra, a doutrina sustenta que a revisão criminal não possui efeito suspensivo, consoante se vê de Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz de Sousa:

[27] HAMILTON,Sérgio Demoro. As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal.Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan-mar, 2012, p.139.
[28]BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais,* São Paulo: RT, 2016, p.456.
[29] Segundo, ainda, Badaró, não cabe a revisão póstuma, interposta por um sucessor para simplesmente se obter o reconhecimento de aplicação de pena excessiva para o fim de redução da mesma, já que faltaria “interesse em se propor a revisão criminal, se de tal decisão não advirá nenhuma repercussão penal direta”(obra citada,p.455).
[30] Efeito suspensivo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=145>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

> Se a revisão criminal pode ser ajuizada antes ou depois de extinta a pena e se ela dá origem a uma nova relação jurídica processual, é certo que se ajuizada durante o período de cumprimento de pena ela não tem o condão de suspendê-lo. Em outras palavras, havendo cerceamento de liberdade em razão de cumprimento de pena, uma vez ajuizada revisão criminal, ela não produz o efeito de suspender essa execução de pena a ponto de pôr em liberdade o sentenciado, simplesmente porque ela pressupõe uma decisão com trânsito em julgado.[31]

Neste sentido, a revisão criminal não teria o condão de suspender o cumprimento da pena.

Porém, Guilherme de Souza Nucci acena com a possibilidade, mas recomenda que a decisão favorável à liberdade do acusado durante o curso da revisão criminal, deve ser excepcional, tal como pode ocorrer em "casos teratológicos de erros judiciários".[32]

Para esta corrente, assim, a possibilidade do efeito suspensivo fica na pendência de exame de presença da teratologia. Mas, o que ocorre é que não existe um conceito sobre a chamada *teratologia,* já que essa depende do exame do caso em concreto e, conforme Flávio Cheim Jorge, "[...] nada se sabe e nada se construiu cientificamente para a compreensão do que venha a ser uma decisão teratológica" e complementa com a afirmativa de que o que temos a respeito é o que é definido por dicionários jurídicos, onde geralmente consta como algo monstruoso, aberrante ou extraordinário[33].

Mas, o certo é que, nos casos de teratologia, a propositura da revisão criminal poderia resultar, excepcionalmente, na suspensão do curso da sanção penal, e o STF já se pronunciou pela possibilidade de suspensão nesse caso:

> Habeas corpus. Penal e processual penal. Decisão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça indeferitória de liminar

[31] GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.*Disponível em http://www3.lfg.com.br/, acesso em 16.06.2017

[32] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 3. ed. São Paulo. RT, 2007. p. 886.

[33] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos.* 7ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 292.

> em revisão criminal. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Peculiaridades do caso concreto. Possibilidade de suspensão da execução da pena para aguardar o julgamento da ação revisional em liberdade. 1. Decisão indeferitória de liminar requerida em revisão criminal, na qual se busca aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal, segundo o qual, "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços", em virtude de o impetrante ter, antes do recebimento da denúncia, celebrado acordo amigável com a vítima, visando o ressarcimento da quantia indevidamente apropriada. *2. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que "o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento* " (HC nº 76.650/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 15/12/2000). *3. O caso concreto contém peculiaridades que recomendam a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e a permissão para que ele aguarde em liberdade o julgamento da ação revisional.* 4. Caso hoje fosse aplicada a redução máxima prevista no artigo 16 do Código Penal (2/3), daqui a dezesseis dias o paciente terá cumprido integralmente a sua pena. 5. Habeas corpus concedido para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Revisão Criminal nº 1.146/RS, ficando, neste período, suspenso o prazo prescricional da pretensão executória. (STF – Primeira Turma - HC 99.918/RS - Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 01/12/2009)

Certo é que, em regra, não é possível atribuir-se o efeito suspensivo a revisão. No entanto, como apreciado no acórdão supra, podem ocorrer casos específicos, em que pode se dar tal efeito, por exemplo, quando com a possibilidade de redução da pena já estaria autorizada de pronto a liberdade do réu ou em outros casos em que a decisão condenatória seja claramente absurda – a depender da peculiaridade de cada

caso concreto – e, nesses casos, seria possível a suspensão da execução da pena imposta.

5. PRECEDENTES E REVISÃO CRIMINAL - O CPC DE 2015 E A SUA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Já se discutia a possibilidade de se utilizar da jurisprudência mais benéfica para se adequar à hipótese de cabimento da revisão, prevista no inciso I, do art. 621, do CPP que dispõe que cabe a revisão criminal quando seja *a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos*.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça adotou a concepção de que o dispositivo faria alusão somente ao texto expresso da lei penal e não à jurisprudência. Se não, veja-se:

> O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. (STJ, RESP nº 706.042 RS, Rel. Min. José Amaldo da Fonseca, *DJ* de 07/11/05).

Assim, para os Tribunais Superiores, a interpretação do dispositivo não abrangeria a mudança de orientação jurisprudencial.

Em sentido oposto, aduz Eugênio Pacelli de Oliveira, defendendo que "a mudança na interpretação do direito é fato de alta relevância e significado" [34]. Por conseguinte, segundo o autor, se a modificação acerca de determinada interpretação jurisprudencial emanasse do Supremo Tribunal Federal, última instância do Poder Judiciário, deveria, então, ser abrangida pelo tipo.

O certo é que antes da adoção do sistema de precedentes como fonte primária do direito pelo CPC/2015, tendo em vista o sistema da *civil law* que era adotado quanto à questão, a razão estava com o STJ . Mas, agora, foi adotado o sistema de precedentes pelo CPC de 2015, dada a influência a respeito do sistema da *common*

[34] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, p. 917.

law, ou seja a utilização dos precedentes como fonte primária do direito, apesar de isso já ocorrer em países que adotam o sistema da *civil law*.

Mas frise-se, tal só é possível em se tratando de *precedente* que é agora *norma* e, assim, fonte primária do direito. Mas o mesmo não seria possível com a simples jurisprudência.

Os precedentes podem advir de só uma decisão ou de mais de uma, mas não é a mesma coisa do que a jurisprudência, pois essa é apenas a reiteração de decisões que apontam para uma *tendência* de resultado, ou seja, só é útil para uma melhor apreciação da lei em um caso concreto (por sua boa qualidade), mas não vincula obrigatoriamente casos futuros, enquanto o precedente obrigatoriamente vincula, de forma vertical e horizontal, as decisões futuras. A jurisprudência possui somente valor persuasivo, sendo no dizer de Hermes Zaneti:

> [...] o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo o seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas.[35]

Mas, como já adiantado, agora passamos a ter uma definição sobre o problema, pois, com o novo CPC surge uma nova fonte do direito que são os *precedentes*, como se vê do seu artigo 926, onde se permite a utilização dos precedentes para fins "de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, integra e coerente". Esse sistema de precedentes como verdadeira *fonte* do direito, evidentemente, também valerá para o processo penal.

A utilização dos precedentes já se dá em outros países de tradição da *civil law*, já que as influências ou mistura de sistemas já vem se tornando comum, tanto assim que,mesmo na *common law,* já ocorre a utilização de leis (*statutory law)* e, consoante Hermes Zaneti Jr, existe uma aproximação e influência entre os tradicionais sistemas jurídicos, *verbis*:

> Dizer que os juízes do *common law* apenas aplicam precedentes é uma equivocada caricatura do que realmente ocorre nos

[35] ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016, p.98.

> ordenamentos jurídicos contemporâneos. Igualmente negar a progressiva e expressiva admissão da força normativa dos precedentes no *civil law,* seria deixar de enxergar o óbvio, quer na internalização de uma "presunção a favor dos precedentes", quer pela crescente legislação que torna vinculatória a observância de precedentes nestes países.[36]

E, segundo o autor, os precedentes "consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas".[37]

Hoje, portanto, com o Código de Processo Civil de 2015, que se aplica ao Processo Penal, por força do art. 3º desse último diploma[38], deverá haver uma vinculação dos casos futuros dos precedentes firmados pelos Tribunais, de forma vertical, ou seja, a "observância obrigatória do precedente por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior"[39] e, horizontalmente (o *stare decis* que assegura a existência de uma estabilidade*)* deve se ter uma vinculação no próprio tribunal (considerando seus órgãos decisórios) aos próprios precedentes desse tribunal (resultado obtido com o *stare decisis*).

Assim, um precedente irá influenciar as decisões posteriores (*ratio decidendi*), pois para casos similares deve se ter a coerência de julgamentos ou decisões similares. Já as argumentações secundárias ou paralelas, que não estão na *ratio decidendi* , não irão vincular as decisões posteriores, o que se chama de *obter dictum.*

De acordo com o artigo 927 do CPC de 2015:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I- as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II- os enunciados de súmula vinculante;

[36] ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016, p.98.
[37] Obra citada, p.304.
[38] O art. 3º do Código de Processo Penal autoriza a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, ou seja, a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC.
[39] ZANETI JR.,obra citada, p.308.

> III- os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV- os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Portanto, os precedentes agora no Brasil, segundo Mitidiero, seriam uma fonte primária do direito, dada a sua "força vinculante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado"[40]

Assim, o Código de Processo Civil de 2015, incorporou o sistema de precedentes judiciais, que representa uma mudança de paradigma não só no direito processual civil do país, mas na cultura jurídica brasileira como um todo[41], a qual Fredie Didier, Rafael Oliveira e Paula Braga elucidam como as decisões judiciais sustentadas à luz do caso concreto. Seu núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos que surjam posteriormente[42].

Sendo os precedentes *fontes de direito*, em se tratando de norma processual penal, a aplicação será imediata mesmo para os casos já em andamento, pois, conforme Zaneti, dar-se-á uma aplicação supletiva do novo CPC, *verbis*:

> Aplicação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral. O novo CPC irá fundar uma série de novos princípios e regras como normas processuais fundamentais [...] Assim, mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microssistema do processo coletivo não contenham normas sobres precedentes a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas [...] O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é

[40] MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016,p.98-99.

[41]Cf. http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional, acesso em 10 de julho de 2017.

[42] DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula.**Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 385

> possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC 126 292, Rel, Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927,V,CPC ("art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...]V- a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados".) inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...] a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum.* Logo, sobrevindo nova norma poderá ser requerida sua aplicação aos casos em andamento, uma vez que a norma nova incide no curso do processo (arts. 14 e 1.046, CPC 2015). O juiz deve levar os fatos novos em consideração, a lei nova e o precedente novo são fatos novos (art.493,CPC)[43]

O mesmo não ocorre com precedentes acerca de normas penais materiais, já que, de acordo, ainda, com Zaneti:

> [...] a função legislativa penal deve ser exercida pelo legislador e não pode ser delegada aos juízes e tribunais através da edição de tipos penais excessivamente abertos, contendo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados [...] o direito penal deve ser compreendido como *Magna Charta* do delinquente [...] confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito[...] No processo penal devem ser respeitadas as normas e vetores de interpretação da irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente (precedente é norma jurídica).[44]

[43] ZANETI Jr., Hermes.Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP.Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti.Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016,p. 461-464.
[44] Obra citada, p. 458-462.

Mas, ao contrário, quando se tratar de um precedente penal in *bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Neste sentido, também, a conclusão de Zaneti:

> [...] caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive possibilitando a revisão criminal com base no art. 621 ("quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos"). Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu. Assim, no direito brasileiro, mesmo após o trânsito em julgado, caberá revisão criminal, nestes casos[45].

Portanto, em se tratando de aplicação de norma penal, se em *malam partem* só poderá ser aplicado em casos futuros (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se em *bonam partem*, poderá o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até já havendo *processo findo*, autorizando-se a revisão criminal.

6. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A REVISÃO CRIMINAL

Apesar de, originalmente, o CPP não dar efeito suspensivo aos recursos excepcionais, a partir de 2009 começou a se firmar a jurisprudência do STF no sentido de se permitir tal efeito suspensivo[46]. Porém, em 17.02.2016, o Pleno do STF julgou o HC 126.292 que discutia a legitimidade de decisão do TJ/SP, que, após confirmar a condenação do primeiro grau, determinou, em consequência, o início da execução provisória da pena e, assim, por maioria (7 votos a 4), mudou sua orientação a

[45] Obra citada, p.463.

[46] A partir de 2009 se firmou a tendência em se considerar como derrogada a possibilidade de se dar efeito suspensivo no recurso excepcional (apesar do CPP no seu art.637 o vedar, prevendo existir somente o efeito devolutivo), por se entender não ter sido o art. 637 recebido pela Constituição de 1988 e, assim, não seria possível a vedação do efeito suspensivo e, consequentemente, não ser possível a imediata execução da pena (mesmo provisoriamente).

respeito, formando o *precedente* de que é possível a execução provisória da pena depois de decisão condenatória em segunda instância.

O relator do processo foi o ministro Teori Zavascki e seu voto condutor foi no sentindo da mudança da jurisprudência (consolidada a partir de 2009), afirmando a impossibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso excepcional, no que foi seguido pela maioria. Argumentou o Ministro Gilmar Mendes naquele julgamento:

> [...] Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado.

Assim, a nova orientação do STF considera que não se deve reconhecer o efeito suspensivo e impõe a possibilidade da execução provisória da pena imposta em segundo grau, quando interposto o recurso excepcional.

Mas, a questão merece ser examinada com mais profundidade, seja pela doutrina e mesmo pelo STF, tendo em vista o sistema adotado no Brasil acerca dos recursos excepcionais, do qual resulta a natureza dessas impugnações (recursos extraordinário e especial), pois esta mudança de posicionamento pelo STF se traduz ao menos em uma incoerência. Entre nós, os recursos excepcionais são *recursos*, ao contrário de outros países, como Portugal, por exemplo, onde apesar de existir o *recurso extraordinário*, esse é, na verdade, uma *ação rescisória ou uma revisão criminal*, conforme a área do direito, ou seja, uma *verdadeira ação de impugnação*. Assim, em Portugal e outros países, *após o trânsito em julgado do segundo grau*, já existe a execução penal. Em outras palavras, para que se possa interpor o *recurso extraordinário* português, é necessário que se dê o *trânsito em julgado*, enquanto nos nossos recursos excepcionais (extraordinário e especial), ao contrário, se exige que não se dê a preclusão, *inexistindo, assim, trânsito em julgado*, pois a questão federal, ao menos no que tange a direito objetivo, ainda fica na pendência, em caso da interposição recursal excepcional, de exame pelo Tribunal Superior a respeito: *portanto, a decisão "a quo" não transita em julgado.*

Tais meios de impugnação são oriundos do sistema da *common law*[47], especialmente do direito americano, e na forma que foram assumidos no Brasil, esteja certa ou errada tal opção brasileira, *impedem a preclusão e, consequentemente, o trânsito em julgado material de determinada relação processual.*[48]

Portanto, com a decisão do STF, se abandona a tradicional opção brasileira, aproximando-se, nessa matéria, da legislação de alguns países europeus, como é o caso de Portugal. Porém isso não poderia se dar de maneira tão simples, ou seja, apenas através de fixação de um precedente, pois, para que se fizesse essa *guinad*a, teríamos que rever toda a doutrina e a legislação a respeito, inclusive a constitucional, pois nessa se prevê se tratar a impugnação excepcional de um recurso e, como tal, com sua interposição se prorroga a relação processual e, assim, incabível seria a execução provisória da penal.[49]

---

[47] Barbosa Moreira, fazendo um escorço histórico, salienta que o recurso extraordinário "é instituto de origem norte-americana [...] Foi o *Judiciary Act*de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União..(MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil. vol.5,*15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 580/582).

[48] Na verdade, como dispõe Barbosa Moreira a diferenciação é histórica e reside entre as diferenças de sistemas: "A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que alude a parte final do art. 467 (antigo CPC), é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, à vista de textos expressos (Código de Processo Civil, arts. 676 e 677), os recursos chamados extraordinários se diferenciam com toda a clareza dos ordinários pelo fato de que a interdisponibilidade de qualquer destes últimos impede o transito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. [...] Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil do ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário (arts. 102, n. II, e 105, n, II).(MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, págs. 579/583)

[49] Eis a ementa do julgado:

" 17/02//2016- PLENÁRIO- HABEAS CORPUS 126.292 - SÃO PAULO
RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) :MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1.A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Após esse julgamento, a comunidade jurídica esperava uma mudança de posição do STF, já que alguns ministros continuavam decidindo, monocraticamente, em sentido contrário, e a questão, assim, não estava pacificada.

Porém, em 05 de outubro de 2016, ao apreciar pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), voltou a examinar a questão e, também por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares[50]. Em 1º de setembro, o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, já tinha votado no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concedendo a cautelar pleiteada, mas, com a retomada do julgamento na sessão de 05.10.2016, por apertada maioria (um voto), prevaleceu o entendimento de que a norma do art. 283 do CPP não veda o início do cumprimento da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Em que pesem os argumentos da maioria, ainda pensamos que, dada a natureza recursal e não de ações de impugnação dos chamados recursos especial e extraordinário, com a interposição dos mesmos, se impede a preclusão e a coisa julgada e, assim, qualquer execução que se faça antes é uma execução provisória da pena, o que deve ser repudiado, principalmente no processo penal.

O meio adequado para se mudar a natureza dos recursos excepcionais seria através da via legislativa (ordinária e constitucional) transformando-se tais *recursos* em ações de impugnação. Se tal fosse feito, não teríamos que aferir incidência ou não de lesão ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, simplesmente porque, se assim previsto na Constituição e na lei infraconstitucional, já se daria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau, ou até mesmo de

A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. 2. Habeas corpus denegado."

[50] Nas ADCs o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),os autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, mudando o posicionamento fixado no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, acórdão que teria ferido princípio constitucional da presunção de inocência, e não teriam apreciado o que é disposto no artigo 283 do CPP, que seria contraditório com a decisão.

decisões de tribunais que julgam em competência originária agentes que detêm prerrogativa de função (parlamentares, juízes, promotores etc)[51].

Mas, o certo é que agora temos um precedente a respeito e, ratificando que a decisão se tornou um precedente, por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias[52]. O ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, com reafirmação da jurisprudência do Supremo, fixando a tese de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.* A manifestação do relator, pelo reconhecimento da repercussão geral, foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF, mas, o entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria,

[51] No caso de competência originária ou de prerrogativa de função, o agente é julgado diretamente pelo Tribunal competente para julgamento e, assim, não teríamos o duplo grau de jurisdição e, portanto, nesse caso, segundo a decisão do STF, os condenados já poderiam ser presos em uma execução provisória. Isso se dá porque o art. 637 do CPP não distingue, ou seja, em qualquer hipótese, seja em duplo grau ou não, o recurso excepcional não terá efeito suspensivo.

[52] No sentido que a decisão é um precedente, a doutrina de Hermes Zaneti: "O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC 126 292, Rel, Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927,V,CPC ("art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...]V- a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados".) inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...] a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum"*(ZANETI Jr., Hermes.Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP.Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti. Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016,p. 461-464).

vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.

Fato é que, já em relação ao tema do presente estudo, vislumbramos uma contradição que terá de ser resolvida. É que, se após a condenação, sobrevier uma nulidade ou uma nova prova, e tendo o STF fixado o precedente que a questão probatória já fica resolvida com a decisão de segundo grau, uma vez que, depois disso, *já não mais teria possibilidade de se verificar prova*[53], e estando autorizada a execução provisória da pena, passaríamos a ter uma situação esdrúxula: *o réu não pode adentrar com a revisão criminal,* mesmo que *de posse de uma prova nova que demonstre sua inocência, caso tenha impugnado a decisão de segundo grau mediante recuso excepcional, enquanto já estaria suportando os efeitos da condenação, pois já se começou executar a pena contra o mesmo, mesmo que provisoriamente*.

É que, segundo o precedente do STF, o exame da situação probatória ou fática no processo já estaria julgada, e só estaria pendente, com o recurso excepcional, a análise de questão objetiva acerca de matéria infraconstitucional (recurso especial) ou constitucional (recurso extraordinário), pois, segundo ainda os fundamentos do precedente*, a matéria fática e probatória do processo já estaria preclusa.* Entretanto, *contraditoriamente, tecnicamente, não se teria ainda um trânsito em julgado para autorizar a revisão da condenação*. Mas, na prática, ainda de forma contraditória, *o processo quanto aos elementos probatórios, já estaria findo.*

[53] Na decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC 126.292/SP, em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa segundo a qual, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, é "*no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.*" E o Ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento, e reiterando a posição no HABEAS CORPUS 133.387, afirma que: [...] "Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar injustiças do caso concreto. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes." Em razão disso, fixou-se a tese no sentido de que: *"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."*[...]

Essa é uma questão a ser discutida, ou seja, é mais um paradoxo que foi criado com a decisão do STF, pois, se em caso de nulidade evidente se poderá propor *habeas corpus,* por outro lado, esse remédio heroico *não é cabível para exame de prova nova*. Assim, com a nova posição do STF que adota a execução provisória da pena, sem que haja o trânsito em julgado, *o réu, absurdamente, teria que aguardar anos* esperando o deslinde do seu recurso excepcional, para poder apresentar revisão criminal ou, para propor a ação revisional, ser obrigado a *desistir* do recurso excepcional interposto, quando obtivesse uma prova nova que pudesse gerar sua absolvição ou diminuição da pena[54], *mesmo considerando o STF estar o processo findo ou tendo ocorrido a preclusão quanto à matéria probatória*, o que é um despropósito, pois o réu já estaria, provisoriamente, tendo executada a sua pena

No que diz respeito ao Tribunal do Júri, a questão é ainda mais tormentosa, já tendo a 1º Turma do STF admitido a execução provisória da pena, inclusive após o julgamento popular *em primeiro grau*, independentemente de interposição de recuso para o segundo grau[55].

[54] Ora, o recurso excepcional não é sede para se examinar prova nova e examinar pedido revisional, já que segundo os próprios fundamentos do precedente do STF para reconhecer a possibilidade de se executar provisoriamente a condenação, o exame da matéria fática e probatória já está exaurido com a decisão de segundo grau, pois conforme o Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento dos pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44: "[...] É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990".

[55] Em julgamento na 1ª Turma do STF, prevaleceu o voto divergente do ministro Luís Roberto Barroso, julgou que "*a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade*" (HC 118.770, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017). Para o ministro Barroso: "[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, *c*), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas".

Não seria de se estranhar que surgisse entendimento sustentando como solução a possibilidade da interposição da revisão criminal nos casos de confirmação da condenação em segundo grau e já interposto o recurso excepcional, sob o argumento de que, em relação à matéria probatória, já teríamos a preclusão e, assim *um processo findo* na área criminal e, como acentua os próprios fundamentos do julgado precedente, *só se tornaria possível a modificação da análise probatória, via revisão criminal*.

Mas essa solução radical[56] iria de encontro a toda construção histórica da revisão criminal, bem como a doutrina sobre a mesma, pois sempre se considerou que para que se possa interpor a ação de revisão, seria necessária a ocorrência do trânsito em julgado, mas aqueles que defendessem tal solução poderiam argumentar que já se teria um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) no caso de uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se autorizaria a propositura da revisão criminal nesse caso, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional.

A origem do fundamento desta imaginada corrente, que gera perplexidade, estaria no próprio precedente fixado pelo STF, pois, como reconheceu o Ministro Teori, relator do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida, "*ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado"*. Isso porque, ainda segundo o relator, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. Assim, conforme o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Entretanto, apesar do artigo 621 do CPP só exigir “processo findo” para autorizar a propositura da revisão criminal, e não o trânsito em julgado como se faz na rescisória cível, é certo é que a expressão desde a origem do instituto sempre foi equiparada à coisa julgada, ou seja, sempre se exigiu que já não mais fosse possível

[56] Mas aqueles que assim defendessem, a prevalecer o entendimento da 1º Turma do STF, que depois do julgamento que resultou em condenação pelo Tribunal do Júri já poderia se dar a execução provisória da pena, não poderiam sustentar ser cabível a revisão nessa hipótese, pois ainda seria possível o reexame no segundo grau, e só nesse caso se esgotariam as vias ordinárias e passaria a ser possível o recurso excepcional.

qualquer recurso, e isso desde as Ordenações Filipinas, antes de termos normas brasileiras a respeito e, no Brasil, desde a lei de 18.09.1828, que dispunha, em seu art. 9º, ser a *revista* possível " não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes"[57].

Assim, seria temerário se entender o contrário, até porque antes da coisa julgada haveria, inclusive, um sério problema de competência, pois, se o recurso excepcional já está para ser examinado no Tribunal Superior, esse só poderia conhecer de matéria de direito objetivo ou questão federal, e seria um despropósito que, concomitantemente, se instaurasse uma revisão criminal no Tribunal de segundo grau.

Melhor solução seria se aceitar o cabimento *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova quando fosse o caso de execução provisória da pena, pois, apesar desta possibilidade ser rechaçada pela doutrina e jurisprudência em casos normais, o certo é que desde a Constituição Republicana de 1891[58], da forma que foi previsto, o *habeas corpus* nunca teve um cabimento restrito para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo [59] e, assim, em um caso extraordinário, como

[57] Cf. o escorço histórico de Sérgio de Oliveira Médici, na sua obra *Revisão Criminal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, às págs. 111/140, onde se demonstra que para a revisão criminal, durante toda a nossa história sempre se fez necessário o trânsito em julgado da decisão, e que este era o sentido da expressão *processo findo.*

[58] "Dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação*, por ilegalidade ou abuso de poder."*

[59] Teori Zavascki, parece entender que qualquer problema gerado pela execução provisória da pena poderia ser resolvido mediante *habeas corpus,* em seu voto no julgamento pelo Plenário do STF que apreciou as liminares pedidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, quando frisou que: "o que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) *a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus. Embora a ação de habeas corpus não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas per saltum, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, "antecipada" pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente***.** Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros "colegiados de garantias", cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária". Porém, certamente que o saudoso Ministro não cogitou, naquele momento, de apreciação de "prova nova" via *habeas corpus*, pois,

este provocado pelo precedente do STF, poderia ser utilizado o *writ* . Justamente por ter o *habeas corpus* um espectro muito amplo, o *writ* encontrou um campo fértil para a sua utilização para fazer às vezes de recursos ou de outras ações de impugnação. Por esta razão é que surgiu a chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus"*, que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, ilegalidades e abuso de poder.[60]

O certo é que o infeliz precedente do STF traz mais esta incoerência, ou seja, a situação esdrúxula de o acusado já estar cumprindo pena (execução provisória) e não poder se utilizar da ação revisional, no caso de ter interposto recurso excepcional, e a solução para essa hipótese irá gerar dificuldades por se esbarrar em empecilhos jurídicos seja qual for o meio de impugnação que se pense. Mas, a persistir o precedente do STF, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição ou diminuição de pena, mas já esteja, efetivamente, cumprindo uma pena mediante execução provisória e impossibilitado de buscar a pronta reapreciação da decisão, o que causará uma evidente injustiça.

7. CONCLUSÃO

A falibilidade humana não pode se tornar eterna, imutável e inquestionável. Operadores do Direito são passíveis de cometer erros e injustiças, assim às decisões condenatórias injustas ou errôneas transitadas em julgado não podem se tornar imutáveis e inquestionáveis. Essas decisões devem ser combatidas, já que o erro ou a injustiça do caso gera efeitos devastadores para aquele que fora condenado.

Assim, a ação de revisão criminal inaugura nova relação jurídica processual, visando rescindir os efeitos destas decisões condenatórias maculadas, respeitando-se as hipóteses de cabimento, podendo esta ser interposta a qualquer tempo, mesmo após a morte do réu, através de seus sucessores e, extraordinariamente, pode ser

evidentemente, a cognição sumária desse *writ* colide com a possibilidade de um profundo exame probatório.

[60] Evidente que uma vez se dando o trânsito em julgado com o julgamento do recurso excepcional, mantendo-se a condenação, o remédio seria a revisão criminal, quando surgisse a prova nova.

detentora de efeito suspensivo quando a peculiaridade do caso concreto demonstrar que a decisão fora aberrante.

Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência das Turmas Recursais para o julgamento de *revisões* provenientes de decisões que envolvam as infrações de menor potencial ofensivo, pensamos que tal posicionamento é notoriamente ambíguo, vez que, em regra, a competência para processar e julgar a revisão é de Tribunais. Assim, embora a Turma Recursal represente o segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais, a mesma não é denominada *Tribunal*. E, como já mencionado, o STJ tem posicionamento sumulado no sentido de que é incabível recurso especial das decisões proferidas por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, uma vez que o texto Constitucional, ao tratar deste recurso excepcional, impõe como requisito que a decisão recorrida seja proferida por Tribunal, e o STJ, nesse caso, não reconhece a característica de "Tribunal" às Turmas Recursais, restringindo o acesso dos jurisdicionados àquela Corte em se tratando de recurso especial, dando, assim, contraditório tratamento à revisão criminal, quando, para essa, reconhece ser a Turma Recursal um Tribunal .

Agora, também, com o novo CPC, surge uma nova fonte do direito que são os *precedentes*, dispondo a nova lei processual civil de 2015, em seu artigo 926, sobre a utilização dos precedentes para fins de *uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, integra e coerente*, sendo certo que tal, igualmente, se aplicará ao processo penal, onde se aplicará, inclusive, aos processos já em andamento. Enquanto na área do direito penal deve ser considerada a irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente, já que o precedente é uma norma jurídica, ao contrário, quando se tratar de um precedente in *bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Assim, em caso de precedente que trata de norma penal, se a interpretação for *in malam partem* só poderá ser aplicada em casos futuros, não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se for em *bonam partem*, poderá o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até em já havendo processo findo, autorizando-se, nesse caso, a revisão criminal.

Por fim, passamos a ter um novo problema a ser resolvido, em razão do precedente do Pleno do STF que considera que a matéria fática e probatória a ser examinada no processo se exaure com o julgamento do segundo grau, autorizando a execução provisória da pena, em caso de interposição de recurso excepcional. Teremos que conviver, assim, com uma situação absurda, pois o réu não pode adentrar com a revisão criminal, mesmo quando obtiver uma prova nova que demonstre sua inocência ou possa reduzir sua pena, no caso de ter impugnado a decisão de segundo grau mediante recuso excepcional, enquanto, contraditoriamente, já suporta os efeitos da condenação, pois já se começou executar a pena contra o mesmo.

Alguns, apressadamente, poderiam considerar já termos um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) quando fosse a hipótese de se ter uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se defender a propositura da revisão criminal, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional. É que um dos fundamentos do precedente do STF consiste no argumento de que, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa, o que significa que já teríamos a preclusão e, assim *um processo findo* na área criminal e, o artigo 621 do CPP só exige para a propositura da revisão criminal que haja um *processo findo*, e não o trânsito em julgado, como ocorre com a rescisória cível.

Porém, essa solução, que gera grande perplexidade, vai de encontro a origem da revisão criminal, não só no Brasil, mas, também, em países estrangeiros, além de ir de encontro a lei que, no art. 625,§1º, do CPP, exige que o requerimento de revisão seja instruído com *a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória*, se chocando, ademais, com toda a doutrina que equipara a expressão *processo findo* com o efetivo trânsito em julgado.

Outra solução, que poderia ser mais aceitável, seria o cabimento de *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova surgida após a condenação, nos casos de execução provisória da pena, até porque esse remédio heroico, na chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", tem um amplo espectro, podendo em caso extremos ser substituto de recursos e ações de impugnação.

O que é certo é que o precedente trazido pelo STF, além de todas as críticas que vem recebendo da doutrina, traz mais este paradoxo e situação incontornável e, persistindo o mesmo, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição e, de forma injusta e absurda, esteja cumprindo uma pena mediante execução provisória e, por ter impugnado a decisão condenatória com recurso excepcional, ficaria impossibilitado de buscar uma revisão criminal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais,* São Paulo: RT, 2016.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula.*Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2013.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal.* 7ª ed., volume 37ª ed., volume 3, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.*Disponível em http://www3.lfg.com.br/, acesso em 16.06.2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal.* 6ª ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*,4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Em. n. 45/2004), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON,Sérgio Demoro. As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal.Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan-mar, 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos.* 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. atual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 3. ed. São Paulo: RT. 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15ª ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus*, *ação e processo penal*, São Paulo, 1978.

ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016.

ZANETI JR, Hermes.Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP.Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria

processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti.Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016

BRAZIL'S INSTITUTE OF CRIMINAL REVISION: OLD AND NEW RELEVANT MATTERS

A REVISÃO CRIMINAL: ANTIGAS E NOVAS QUESTÕES RELEVANTES

Marcellus Polastri Lima[61]

Mariana Soares de Rezende[62]

ABSTRACT: this article analyzes a judicial impugnation on brazilian criminal law, called Criminal Revision. After analyzing its nature, competence and legitimacy, matters in which remain already known lessons of legal doctrine - except when relating to the competence of sentences from the special criminal courts - the work begins to understand specific and still not consolidated aspects, as in the possibility of obtaining suspensory effects of a sentence. Following that, the article reaches new matters that can raise questions, as is the case of Criminal Revision, with the emergence of a new precedent, since that was the source of law included by the new Civil Code. Finally, a situation that causes perplexity, created by Brazil's Supreme Court, that began to admit provisional enforcement of sentences when offered excepcional appeal, which prevents that the defendant, while carrying out his sentence, of presenting Criminal Revision when new evidence is found.

Keywords: Criminal Revision. Suspensory Effects. Precedents. Brazil's Supreme Court. Provisional Enforcement.

Resumo: O presente artigo analisa a impugnação processual penal denominada de revisão criminal. Depois de analisar sua natureza, competência e legitimidade, pontos em que permanecem as já antigas lições da doutrina de processo penal, salvo quanto à questão da competência para decisões dos juizados especiais criminais, passa a

[61] Doctor and Master of Laws from the Federal University of Minas Gerais (emphasis in criminal proceedings). Visiting Researcher in Comparative Criminal Procedure at the Institute of Criminal Sciences of the Department of Foreign and International Criminal Law at the Georg-August Universität in Göttingen-Germany. Professor-Doctor of the UFES (Graduation and Masters). Member of the Brazilian Institute of Procedural Law. Attorney of Rio de Janeiro.

[62] MSc in Process Law from the Federal University of Espírito Santo. Specialist in Civil and Business Law from the University Damásio.

ser analisado tema específico ainda não pacificado, como é caso da possibilidade de se obter efeito suspensivo do cumprimento da pena imposta ao acusado. Em seguida o estudo passa a abordar novos temas que podem gerar indagações, como é a possibilidade da revisão criminal com o surgimento de um novo precedente, já que essa fonte do direito foi adotada pelo CPC/2015, e, por fim, uma situação que gera perplexidade, criada pelo recente precedente do STF que passou a admitir a execução provisória da pena quando interposto recurso excepcional, o que faz com que o acusado já possa estar cumprindo a pena e, mesmo assim, ficar impedido de propor a revisão criminal quando estiver de posse de prova nova.

Palavras-chave: Revisão Criminal; Efeito Suspensivo; Precedentes; Supremo Tribunal Federal; Execução Provisória.

1. INTRODUCTION

In rendering a decision, the judge, as a human being who, for various reasons, is not free to proclaim unfair or erroneous decision. In the criminal sphere, by virtue of the encumbrances that lead to the conviction, an improper criminal conviction or acquittal[63], *after the end of the proceedings*[64], may at any time be deconstituted by criminal review.

The origin of the criminal review came from the French Code of Criminal Instruction of 1806, and in Brazil at the beginning of the Empire, the Philippine Ordinances[65] were in force, and thus the proceedings could be challenged by the

[63] The STJ (Supreme Court of Justice) has already acknowledged that an improper acquittal, that is, an acquittal, but imposes a security measure, is also subject to criminal review: "Criminal review is allowed to attack an improper acquittal, which is that in that the judge recognizes the unjust criminal (typical and unlawfulness, removes the crime by virtue of the existence of some cause excluding guilt and applies a security measure, aiming at the treatment of the defendant - article 386, sole paragraph, III, CPP (STJ, REsp 329346).

[64] The expression is different from the "res judicata" to propose the rescission in the civil, but the doctrine equates it to the final restraint, because, according to Gustavo Badaró; "[...] criminal review is only possible if there is a final conviction. Although the art. 621, caput of the CPP, refers to "final proceedings", which would allow the inclusion of terminating sentences, criminal review is possible only in the case of a conviction that has become final. The air. 625, §1, requires that the application be accompanied by the certificate of final judgment of the conviction "(BADARÓ, Gustavo Henrique.Manual dos Recursos Penais, São Paulo: RT, 2016,p.436).

[65] Thus established the Decree of the General Assembly Constituent and Legislative of the Empire, of October 20, 1823, which, in its art. 1, established that the Ordinances, Laws, Regimes, Permits, Decrees and Resolutions promulgated by the Kings of Portugal, by which they were governed until the withdrawal

magazine, which was provided for by Portuguese legislation. Coming to the Imperial Constitution of 1824, the magazine was also envisaged in its art. 164, being that the jurisdiction of the Supreme Court of Justice was the jurisdiction of the Supreme Court of Justice, and it was then a tradition in Brazil to provide the Criminal Review (even when it was called a journal) in the Constitutions, constituting a constitutional guarantee.

In the law of 18.09.1828, the *magazine* was also disciplined and, in its article 9, it was foreseen that "in criminal cases it may be presented, not only while the sentence lasts, but even after the sentences have been executed, when the punished show their innocence, claiming that they could not do it before"[66].

The Code of Criminal Procedure of First Instance (Law of 29.11.1832) dealt with the *magazine* only in a few articles, since its jurisdiction was of the second instance, but in the first reform of the Code in 1841 (Le1 261 of 03.12), were mentioned the hypotheses of its fitting.

However, it was in the Republic that, in Brazilian law, the objection was called the revision, that is, in Decree No. 847 of November 11, 1890, and later the denomination was retained by Law No. 221 of November 20, 1894[67].

The first Republican Constitution (dated February 24, 1989) provided for the criminal review and established the jurisdiction of the Federal Supreme Court (article 59, III), and likewise, it was maintained in the Federal Constitution of 1934.

In 1937, in the dictatorship regime (Estado Novo), nothing was done about the criminal review, which was then regulated only by ordinary legislation, but the 1946 Constitution reinstated the accused's STF and TFR (articles 101, IV and 104, II).

Even the 1967 constitution of the military regime maintained the criminal review, and the Constitution of 1988, although not provided for by individual rights and

of D. João VI, and all the legislations that were promulgated by the Regent of Brazil Empire, until a new Code was organized.

[66] Cf. the historical foreshortening made in the work of Sérgio de Oliveira Médici (MÉDICI, Sérgio de Oliveira, Criminal Review, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), at p. 111/140, where it shows that there was a separation between the civil magazine, appeal to be filed in certain time, and crime magazine, to be presented at any time.

[67] FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1960. 7ª ed. Volume 3. p. 183.

guarantees, provides for it when dealing with the original jurisdiction of the STF, STJ and TRF[68].

In current legislation, the revision is foreseen in art. 621 et seq. Of the Code of Criminal Procedure - CPP - of 1941, where it is expected that it may be applicable in "proceedings terminated", provided that their hypotheses of compliance are respected. In addition, in Brazil, the revision is only suitable *pro reo*[69], being that art. 626, sole paragraph, makes it clear that, "in any case, the penalty imposed by the revised decision cannot be aggravated." This understanding is pacified, including by the Federal Supreme Court, which has warned that a criminal review *pro societate* was not provided for by the legal system[70].

In this connection, the present study proposes to investigate, in addition to many questions already pacified about the nature, appropriateness, competence and legitimacy of the criminal review, that concerning the possibility of assessing suspensive effect on criminal review, and also to address new challenging issues, such as the possibility of proposing a criminal review in the face of precedent and the difficulties that have arisen with the decision of the Supreme Court that allows the provisional execution of the criminal sentence.

2. NATURE

The doctrine commonly defines criminal review as an autonomous action to challenge jurisdiction of the courts.

[68] Arts. 102, I, f; 105, I, e; e art.1108, I, b, da Constituição Federal de 1988.

[69] Some alien legislation admits the Revision *pro societate*, which would be "the one that is appropriate when the *errors in iudicando* or in proceeding occur in a decision of acquittal absolutory transited formally. It is intended to deconstitute the favorable sentence pronounced in disagreement with the law and / or with the material truth of the facts - the truth from the evidence lawfully linked in the case - to the detriment of society and justice itself". (CERONI, Carlos Roberto Barros, Criminal Review: characteristics, consequences and comprehensiveness. They admit, for example, even if the most restrictive hypotheses are German law (StPO, § 362) and Portuguese (CPP article 499, letters a and b).

[70] "INCOMPETENCE. VERDICT. TRANSIT IN JUDGMENT. The final judgment, even if issued by an absolutely incompetent judge, cannot be dismissed and give rise to a new proceeding on the same facts (ne bis in idem). Although null and void, such a sentence may render definitive acquittal of the accused because it results in a prohibition of *reformatio in pejus*. It should be noted that the national legal order did not provide for criminal review "*pro societate*", which requires, in this case, compliance with what is considered material as a way to guarantee the necessary legal security and stability. (STF: HC 80.263-SP, DJ 27/06/2003)." (**free translation**)

However, mistakenly, the institute is foreseen in Chapter VII, of Title II that deals with "*resources in general*". And this topological insertion in the criminal procedural codification eventually led to divergence in doctrine, since, for some, revision would be a resource and, for others, the nature of it would be an autonomous action of impugnation. For a third chain it would have a mixed nature of resource and action. But it has prevailed in the doctrine that it has the nature of penal action of knowledge of this positive (or constitutive negative) character.

On the question, Pontes de Miranda[71] already predicted that

> [...] what characterizes the appeal is to be challenging within the same procedural legal relationship in which the judicial decision was challenged. Rescission action and criminal review are not appeals; are actions against sentences, therefore, procedural legal remedies with which another legal procedural relationship is established.

Defending the hypothesis of revision as an autonomous action of impugnation, Eugênio Pacelli adds, in a comprehensive way, that:

> The criminal review action has precisely this purpose: to allow the final judgment to be condemned, whether from new evidence, or from the updating of the interpretation of the law by the courts, or, finally, by the possibility of not been given, in the previous judgment, the best jurisdiction[72].

For Magalhães Noronha, however, the legal nature of criminal review would be mixed, since it would be a "resource of a peculiar and *sui generis* nature"[73].

It is a fact that when a criminal review is brought, a new legal relationship is established, which has the purpose of undoing the effects of the conviction - or even

[71] MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998. p 172.
[72] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 914.
[73] NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 504.

improper acquittal - that has become final. There is, therefore, no procedural delay. In this sense, one of the authors of this article, has already positioned itself:

> Although the criminal review has the characteristics of action, there is no doubt that there is some appeal, but for us, the nature of action predominates, mainly because another procedural relationship is established, there being no extension of the first[74].

Also, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho and Antônio Scarance Fernandes, defend to be the criminal review

> [...] Undoubtedly, an autonomous action challenging the final sentence of the original jurisdiction of the courts. The procedural relation to the condemnatory action has already been closed and by means of the revision a new procedural relationship is established, aiming to deconstitute the sentence (rescindent or retrial) and to replace it with another (rescission or revision judgment)[75].

It is, on the other hand, constitutive action, since it has the objective of reviewing the court, creating a new legal situation, as seen from the lesson of Rogério Lauria Tucci:

> It is also a matter of action - an action of knowledge of a constitutive character - which is designed, in the main, to deconstitute the sentence imposed by a sentence that no longer has recourse, that is to say, an authentic criminal restraining action, as defined by us: appropriate action for the reexamination of the criminal case finalized with a

[74] LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 1234.
[75] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*,6º edição,São Paulo:RT, 2009, p. 239.

> conviction, in order, in the interest of the justice, to repair a judicial error[76].

Taking advantage of the issue, the project of the new Criminal Procedure Code (in the course of Congress) locates the institute in Book IV, classifying it as a Challenge Action, together with the writ of mandamus and *habeas corpus*.

For us, there is no doubt that the criminal review is an autonomous action of challenge, and that can be proposed at any time, or without a time limit for it, contrary to what happens in the rescission action, as it is extracted from art. 621 of the CPP.

3. COMPETENCE

The criminal review action, whose jurisdiction will always originate in the Courts, that is, originally the jurisdiction for their judgment is the second degree of jurisdiction or the High Court, as the case may be. Its purpose is the deconstitution of sentences or condemnatory judgments, since the end of the process (article 621 of the CPP)[77].

The Second-Degree Court is also competent to judge criminal reviews of judgments rendered by its singular (first degree) judges, which are completed, in the form of art. 621 of the CPP.

Thus, since the second-level court has issued a judgment replacing the previous decision (sentence) of the first degree, it will be for the Court to review criminal review and, on the other hand, it is incumbent upon the STF and the STJ to proceed and review the to the convictions handed down by them, and the requisite requirement for the jurisdiction of the High Court is that it has resulted in an improper conviction or acquittal[78], even if it is maintained, or even ratified the conviction or enforcement of a security measure of the High Court, or a decision by a High Court, as the case may be. Thus, by an exceptional appeal, if it is not known by the High Court and, as a result, the merits of that appeal are not examined, there will be no conviction or confirmation of the conviction or acquittal improper by that Court and, therefore, it will not be

[76] TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus*, *ação e processo penal*, São Paulo:Saraiva, 1978, pp. 70-71.
[77] GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.* Available in http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100921200708273, Acessed in 06.16.2017.
[78] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 920.

competent for the analysis of the criminal review, except to not know the appeal if it entered in some way in the assessment of merit, as is common to occur in the hypotheses of the letters "a" of arts. 102, III, and 105, III, of the CF.

In the other cases, of first- and second-degree convictions, the jurisdiction will be the Courts of Justice and Federal Regional Courts, according to the provisions of art. 624, §§ 2 and 3 of the CPP, including the Regional Electoral Courts[79].

An important issue to be observed regarding the competence of the review, is in relation to the hypothesis of infractions of less offensive potential.

As for the fitting Sérgio de Oliveira Médici explains that:

> The Federal Constitution of 1988, in art. 98, I, establishes special courts, with jurisdiction for the adjudication of criminal offenses of lesser offensive potential. The indication of these infractions and the procedural rules, however, were established by Federal Law 9.099, of 26.09.1995, which does not expressly admit rescission action in civil cases subject to its special procedure (article 59)[80].

Accordingly, Law 9,099 / 95 implied the acceptance of the competence to examine the criminal review by the Court of Justice or TRFs, as the case may be, expressly excluding only the rescission in small civil cases (article 59[81]) of the possibility of challenge, without such a restrictive provision in the part dealing with special criminal courts. Consequently, it will be applicable by implicit determination of the law, the criminal review action, for crimes of less offensive potential.

However, the Superior Court of Justice (STJ) issued a ruling that the rule of review is an *autonomous action challenging the competence of the Courts* at the judgment of *Habeas Corpus* nº 47718 / RS, since the Superior Court held that jurisdiction to process and adjudicate infractions of lesser offensive potential, issued by the Special Criminal Courts, in review, would be of the Class of Appeal. If not, see:

[79] Idem, p. 921.
[80] MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal.* 2 ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 176-179.
[81] Art. 59 of Law 9.099 / 95 - No rescission action will be allowed in cases subject to the procedure established by this Law.

NEGATIVE CONFLICT OF COMPETENCE BETWEEN COURT OF JUSTICE AND RECURSARY COLLEGE. CRIMINAL REVIEW. OFFENSIVE POTENTIAL MINOR CRIME. THREAT. PENAL ACTION THAT HAD COURSE BEFORE THE SPECIAL JUDGES. ABSENCE OF LEGAL FORECAST EXPRESSED FOR REVIEW IN THE FIELD OF JUDGES. CONSTITUTIONAL WARRANTY. SEAL ONLY ON RESCUE ACTION. INCOMPETENCE OF THE COURT OF JUSTICE TO REVIEW THE QUESTIONED DECISION. RESEARCH GROUP TRAINING IMPOSSIBILITY. ANALOGUE USE OF CPP. POSSIBILITY, IN THESE, OF CALLING ALTERNATE MAGISTRATES IN ORDER TO AVOID THE JUDGMENT BY THE SAME JUDGES WHO APPRECIATED THE APPEAL. COMPETENCE OF THE RESOURCES. 1. In spite of the absence of express legal provision, it is possible to review criminal proceedings within the scope of the Special Courts, a logical consequence of the constitutional guarantee of the ample defense, especially when the ordinary legislation only closed the rescissory action, of a civil procedural nature. 2. It is manifestly incompetent for the Court of Justice to take cognizance of a criminal review filed against a decision issued by the Special Courts. 3. The lack of a specific legal provision for the processing of the review action before the Board of Appeal does not prevent their filing, and it is up to the species to use the subsidiary provisions of the Code of Criminal Procedure. 4. In the event that the composition of the Class of Appeal makes impossible the perfect obedience to the legal dispositions related to the species, it is feasible, in theory, to summon the substitute magistrates to take part in the trial, solving the controversy and, mainly, guarding itself the right of the agent to see his or her review action judged. 5. Competence of the Recursal Class. (STJ - CC: 47718 RS 2005 / 0000421-7, Rapporteur: Minister JANE

SILVA (RECEIVER OF THE TJ / MG), Judgment Date: 08/13/2008). (**free translation**)

Thus, the Superior Court of Justice understands that the Appeals Chamber of the Special Criminal Courts is the competent court for the prosecution and prosecution of the review, which is contradictory and controversial (and even impossible for us), since, as is well known, this Court itself does not consider the Court of Appeals of the Special Courts a Court in the narrow sense, even because the STJ has a summary and exhaustive understanding in order to bar the special appeal against a decision rendered by a second degree body of the Special Courts[82]). The justification would be that the constitutional text, when dealing with the hypotheses of fit of the special resource, in art. 105, item III[83], uses the term *Tribunal*, thus excluding this collegiate from the role of the "Courts".

In this sense, the Magno Text imposes as a requirement for the admission of the special appeal, that the decision to be appealed was given by a Court, while in the case of an Extraordinary Appeal this would not be necessary, according to art. 102, III, of the Federal Constitution, which does not restrict that the decision to be considered in the extraordinary appeal is rendered by the Court.

But, in an ambiguous and contradictory way, the STJ seems to extend the character of a Court to the Class Court when it comes to criminal reviews, considering that this collegiate body composed of first degree judges, and which is not considered a Special Appeal Court , would be the body competent for the *processing and judgment* of the review.

Such a position undermines the principle that the review action would be the jurisdiction of the Courts and, on the other hand, to remain such an understanding, the Superior Court of Justice should also have jurisdiction to examine challenges to decisions of the Court. Recursal class through special feature. Either the Class Court has the nature of a Court or not. It is not understood to be able to be understood that it is not Court for special appeal, but to be a Court for criminal review purposes.

[82] Summary 203 of the Superior Court of Justice: "There is no special appeal against a decision pronounced by a second-degree body of the Special Courts."

[83] Federal Constitution, art. 105, III - to adjudicate, in a special appeal, the cases decided, in a single or final instance, by the Federal Regional Courts or by the courts of the States, Federal District and Territories, when the contested decision;

3. LEGITIMACY

As for the legitimacy to propose the action of criminal review, art. 623 of the Code of Criminal Procedure:

> Art 623 -. The review may be requested by the defendant himself or legally qualified attorney or, in the case of death of the defendant, by the spouse, parent, child or sibling.

On the subject, in the first place, two points call attention: the postulator capacity of the defendant without being through a lawyer and the absence of the Public Prosecution in the role of legitimized.

With regard to the first situation, the clash between constitutional norms can be seen, since the defense of freedom, expressed in art. 5, *caput*, of the Constitutional text, and broad access to justice, provided for in section XXXV of the same device, prevail over the principle of indispensability lawyer (art. 133 CF). In this sense, the defendant could, even without a lawyer constituted or dative, appear legitimately at the active pole of the criminal review action.

The problem to be faced refers to the question of the justification linked to the assumptions of review. It is that for the proposition of revisional action, one is attached to the assumptions of the appropriateness, whose appreciation involves a necessary technical knowledge, which is not dominated by the defendant or even your family (successor in case of death) if they are not lawyers, they are issues that are legal and unknown to the lay public. Thus, contrary to *habeas corpus*, which also legitimacy is extended to the patient himself, the criminal review the rationale is more linked, requiring greater technical capacity and procedures for proposing action. Therefore, as a rule, the convicted (or acquitted improperly) in the prosecution does not have the technical capacity to avail themselves of this autonomous action to challenge, on a linked basis.

On the subject, Ada Pellegrini Grinover[84] teaches:

[84] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alii.* Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. – 4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Em. n. 45/2004) – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 314.

> The best solution is to find a balance between the constitutional values at stake: we think that the condemned person must be assured of the postulator capacity to request a review. After that, the competent court will appoint a lay defender so that, with his technical knowledge, legally deduct the claim. This will ensure both the direct exercise of the action to the convicted person, as well as his right to the correct formulation of the request.

Thus, the condemned could propose to the review, but should be made the appointment of a defender, able to represent him technically, if evidently the convicted or his successor is not also a lawyer. Even this is the discipline of the Project of the new Code of Criminal Procedure - Bill 8045/2010, which is in its art. 657, sole paragraph:

> Art. 657 - (...)
>
> Single paragraph. In case of revision proposed by the condemned himself, he will be appointed defender.

As to the question of the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to propose revision, of course, there is no *pro-societate* review in our right, such legitimacy would be restricted to the proposition in favor of the defendant, and in this case, the best doctrine means the possibility, since *Parquet* is a legitimate party, as it is responsible for protecting the legal order, according to the provisions of art. 127 of the Constitution[85].

In this sense, the Courts of the Country,

> Criminal Review. Drug trafficking. Nullity. Not exist. Disqualification for use - The Public Prosecutor's Office is a legitimate party to propose criminal review, since, according to the Constitution of the Republic, it must function as a defender of the legal system,

[85] Article 127. The Public Prosecutor's Office is a permanent institution, essential to the jurisdictional function of the State, which is responsible for defending the legal order, the democratic regime and the unavailable social and individual interests.

> democratic regime and unavailable social and individual interests. - The Judge may pronounce a condemnatory sentence, even when the ministerial representative considers the acquittal.- Found the agent in possession of drugs, there being no reliable evidence of the trafficking, and being he had his contumacious user, it is necessary to declassify for the crime for the use of prohibited narcotic substances. (Criminal Review nº 1.0000.05.430638-6 / 000 - Estrela do Sul County. - First Group of Criminal Chambers, Rel. Des. Jane Silva, judged on 13.11.2006)

Ada Pellegrini Grinover further argues that "the omission of the law is explained by the fact that the Code labels the review between appeals, and the Public Prosecutor's Office has ample legitimacy to appeal (Article 577)[86]". That is, if the legislator understood (even if mistakenly) that the criminal review is a resource, locating it in the respective topic, there would be no reason to reiterate the legitimacy of the Public Prosecutor's Office, since it has wide recourse, based on the Art. 577 of the CPP.

In counterpoint, the Supreme has already understood that the Public Prosecutor's Office is not a legitimate party to propose the *review*. If not, see:

> CRIMINAL REVIEW - LEGITIMACY. The prosecuting State, that is, the Public Prosecutor's Office, does not have the legitimacy to formalize the criminal review, regardless of having lent the habeas corpus label to the petition, given the fact that the judgment has already become final for more than four years. impetration and the fact that the jurisdiction of the Federal Court was alleged, and MO of the State Court, and the Prosecutor of the Republic (RHC 80796, Min. Marco Aurélio, Second Class, adjudicated on May 29, 2001). (**free translation**)

[86] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.* 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 315.

Thus, with regard to *Parquet's* legitimacy for proposing a criminal review, notwithstanding most of the doctrine and the Courts understand the legitimacy, this was not the understanding of the Brazilian Supreme Court in the aforementioned court. Undoubtedly, we understand that the best position is the one that is the majority in the doctrine, that is, the one that makes it possible for the defendant to be brought, since nothing prevents the Public Prosecution Service, as prosecutor in this case, from proposing criminal review.

Finally, the final part of art. 633 establishes that a criminal review may be filed "[...] in the case of the death of the defendant, the spouse, the ascendant, the descendant, or the brother."

According to Sérgio Demoro Hamilton, "in the doctrine, the happy expression *reabilitation of the memory* is used to indicate the proposed action when the death of the defendant has already occurred"[87].

If the condemned person dies, they become legitimate parties to propose the revision, the spouse, ascendant, descendant or brother and, according to Badaró, "this is non-preferential concurrent legitimation, and the rule of art. 36 "[88]. But if the death occurs after the convicted person has already entered the review, the Court must appoint a *curador* to proceed with the review, according to art. 631 of the CPP[89].

Arguing, the passive legitimacy is of the State, in the case represented by the Public Prosecutor, who must contest the review, if any, since it is clear that as *custos legis*, can agree to the request for review. The State is also responsible for compensation for judicial error, but the Criminal Court cannot determine the amount of the indemnity, since it is only necessary to recognize that it is the case of indemnification and not to fix it, since it will be fixed by liquidation in the in the form of art. 630 of the CPP.

4. SUSPENSIVE EFFECT.

[87] HAMILTON,Sérgio Demoro. As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal.Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan-mar, 2012, p.139.
[88] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais,* São Paulo: RT, 2016, p.456.
[89] According to Badaró, the posthumous review, presented by a successor, is not enough to simply obtain the recognition of excessive penalty for the purpose of reducing it, since it would lack "interest in proposing a criminal review, if such decision will not result in any direct criminal repercussions "(p. 455).

As already defined by the Federal Supreme Court, suspensive effect is the suspension of the effects of the decision of a judge or court, until the court makes the final decision on an appeal[90].

As a rule, the doctrine maintains that the criminal review does not have suspensive effect, according to Luiz Flávio Gomes and Áurea Maria Ferraz de Sousa:

> If the criminal review can be filed before or after the sentence is extinguished and if it gives rise to a new legal process, it is certain that if it is filed during the sentence period, it does not have the power to suspend it. In other words, once a criminal review has been closed, it does not have the effect of suspending this execution of sentence to the point of releasing the sentenced, simply because it presupposes a decision with transit in judged[91].

In this sense, the criminal review would not have the power to suspend compliance with the sentence.

However, Guilherme de Souza Nucci agrees with the possibility, but recommends that the decision favorable to the defendant's freedom during the course of the criminal review should be exceptional, as can occur in "teratological cases of judicial errors"[92].

For this current, thus, the possibility of the suspensory effect remains pending examination of the presence of the teratology. But what happens is that there is no concept about the so-called teratology, since it depends on the examination of the particular case and, according to Flávio Cheim Jorge, "[...] nothing is known and nothing has been scientifically constructed for the understanding of what will be a teratological decision "and complements with the statement that what we have about

[90] Suspensive effect. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=145>. Accessed on: June 25, 2016.
[91] GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.*Available at http://www3.lfg.com.br/, Accessed on 16.jun.2017
[92] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 3. ed. São Paulo. RT, 2007. p. 886.

it is what is defined by legal dictionaries, where it usually appears as something monstrous, aberrant or extraordinary[93].

However, in the case of teratology, the initiation of a criminal review could exceptionally result in suspension of the course of the criminal sanction, and the Supreme Court has already ruled on the possibility of suspension in this case:

> Habeas corpus. Criminal and criminal procedure. Decision of Minister of the Superior Court of Justice refusal to injunction in criminal review. Application of the cause of reduction of penalty provided in art. 16 of the CP. Peculiarities of the concrete case. Possibility of suspension of the execution of the sentence to await the judgment of the review action in freedom. 1. An injunction for a preliminary injunction in a criminal review, in which it is sought to apply the cause of reduction of sentence provided for in article 16 of the Criminal Code, according to which "in crimes committed without violence or serious threat to the person, until the complaint or complaint is received, by a voluntary act of the agent, the penalty shall be reduced by one to two thirds, "because the petitioner had an amicable agreement with the victim before receiving the complaint, aiming at reimbursement of the amount unduly appropriated. 2. The jurisprudence of this Supreme Court was established that "the filing of the review action does not suspend the enforcement of the conviction. Thus, there is no way to defer to the patient's intention to await judgment "(HC 76,650 / RJ, Second Panel, Rapporteur Minister Néri da Silveira, DJ of 12/15/2000). 3. The specific case contains peculiarities that recommend the suspension of execution of the sentence imposed on the patient and the permission for him to await in freedom the judgment of the review action. 4. If the maximum reduction provided for in article 16 of the Criminal Code (2/3) is

[93] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos.* 7ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 292.

> applied today, in sixteen days the patient will have fulfilled his sentence in full. 5. Habeas corpus granted so that the patient waits in freedom for the judgment of Criminal Review nº 1,146 / RS, being, during this period, the prescriptive period of the executory claim. (STF - First Group - HC 99.918 / RS - Rel. Min. Dias Toffoli - DJ 01/12/2009) (**free translation**)

It is true that, as a rule, it is not possible to attribute the suspensory effect to the review. However, as noted in the above judgment, specific cases may occur where there may be such an effect, for example where, with the possibility of a reduction of the sentence, the defendant's freedom would be granted immediately or in other cases where the decision conviction is clearly absurd - depending on the peculiarity of each individual case - and in such cases it would be possible to suspend the execution of the sentence imposed.

5. PRECEDENTS AND CRIMINAL REVIEW - THE 2015 CPC AND ITS SUBSIDIARY APPLICATION

We have already discussed the possibility of using the most beneficial jurisprudence to fit the hypothesis of review, provided for in item I of art. 621, of the CPP that provides that it is up to the criminal review when the *conviction is contrary to the express text of the criminal law or evidence of the case.*

On this subject, the Superior Court of Justice adopted the idea that the provision would refer only to the express text of the criminal law and not to jurisprudence. If not, see:

> The art. 621, paragraph 1, of the Code of Criminal Procedure establishes that it will be a criminal review "when the conviction is contrary to the express text of the law," which can not be confused with a change in jurisprudential orientation regarding the interpretation of a certain legal provision. (STJ, RESP nº 706.042 RS, ReI. Min. José Amaldo da Fonseca, DJ of 07/11/05). (**free translation**)

Thus, for the High Courts, the interpretation of the provision would not cover the change in the jurisprudential orientation.

In the opposite direction, he adduces Eugênio Pacelli de Oliveira, arguing that "the change in the interpretation of law is a fact of high relevance and meaning"[94]. Consequently, according to the author, if the modification of certain jurisprudential interpretation emanated from the Federal Supreme Court, the last instance of the Judiciary, should then be covered by the type.

The fact is that before the adoption of the system of precedents as the primary source of law by CPC / 2015, in view of the *civil law* system that was adopted on the issue, the reason was with the STJ. But now, the system of precedents has been adopted by the CPC of 2015, given the influence on the *common law* system, i.e. the use of precedents as the primary source of law, although this already occurs in countries adopting the *civil law*.

But this is only possible in the case of a *precedent* which is now a *norm* and thus a primary source of law. But that would not be possible with mere case-law.

The precedents can come from only one decision or more than one, but it is not the same thing as the case law, since this is only the reiteration of decisions that point to a *tendency* of result, that is, it is only useful for a better (for its good quality), but does not necessarily bind future cases, while the precedent necessarily binds, in a vertical and horizontal way, future decisions. The jurisprudence has only persuasive value, being in the words of Hermes Zaneti:

> [...] the set of repeated decisions of the court that, without a legally binding force, guide the subsequent judge in possible decision criteria, according to his subjective conviction regarding the reasons adopted[95].

But, as we have already said, we now have a definition of the problem, because with the new CPC a new source of law emerges, as is seen in its article 926, where

[94] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed rev. e atual. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, p. 917

[95] ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016, p.98.

the use of *precedents* for "To standardize the jurisprudence of the Courts and to maintain it stable, integrated and coherent". This system of precedents as the true *source* of law, of course, will also apply to criminal proceedings.

The use of precedents already occurs in other countries of *civil law* tradition, since the influences or mixture of systems already becomes common, so much so that, even in common law, the use of *statutory law* and, according to Hermes Zaneti Jr, there is an approximation and influence between the traditional legal systems, *verbis*:

> To say that common law judges only apply precedents is a misleading caricature of what actually occurs in contemporary legal systems. Equally to deny the progressive and expressive admission of the normative force of precedents in civil law would be to fail to see the obvious, either in the internalization of a "presumption in favor of precedents" or by the growing legislation that makes observance of precedent in these countries binding[96].

And, according to the author, precedents "consist of the result of the densification of norms established from the understanding of a case and its factual and legal circumstances"[97].

Today, therefore, with the Civil Procedure Code of 2015, which applies to the Criminal Procedure[98], pursuant to art. 3 of this last decree, there must be a linkage of future cases of precedents signed by the Courts, vertically, that is, "mandatory compliance with precedent by all lower courts that are subject to the decision of the court of higher institutional hierarchy"[99] horizontally (the *stare decis* that ensures the existence of stability) must be linked in the own court (considering its decision-making organs) to the own precedents of that court (result obtained with the *stare decisis*).

[96] ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016, p.98.
[97] *Ibidem*. p. 304.
[98] The art. 3 of the Code of Criminal Procedure authorizes extensive interpretation and analogical application, as well as supplementing the general principles of law, that is, the subsidiary or supplementary application of the CPC. (**free translation**)
[99] ZANETI JR.,obra citada, p.308.

Thus, a precedent will influence subsequent decisions (*ratio decidendi*), because for similar cases the consistency of similar judgments or decisions must be made. Already the secondary or parallel arguments, which are not in the *ratio decidendi*, will not link subsequent decisions, which is called *obter dictum*.

According to article 927 of the CPC of 2015:

> Art. 927. The judges and the courts shall observe:
>
> I - the decisions of the Federal Supreme Court in concentrated control of constitutionality;
>
> II - the statements of binding summary;
>
> III - the judgments in an incident of assumption of competence or resolution of repetitive demands and in judgment of extraordinary and special resources repetitive;
>
> IV - the statements of precedents of the Federal Supreme Court in constitutional matters and Superior Court of Justice in infraconstitutional matters;
>
> V - the orientation of the plenary or special body to which they are linked. (**free translation**)

Therefore, the precedents now in Brazil, according to Mitidiero, would be a primary source of law, given its "binding force of jurisdictional interpretation, that is, of the institutional force of jurisdiction as a basic function of the State"[100].

Thus, the Code of Civil Procedure of 2015 incorporated the system of judicial precedents, which represents a paradigm shift not only in the civil procedural law of the country, but in the Brazilian legal culture as a whole[101], which Fredie Didier, Rafael Oliveira and Paula Braga elucidate how the judicial decisions sustained in the light of the concrete case. Its essential core can serve as a guideline for the judgment of similar cases that arise later[102].

[100] MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016,p.98-99.

[101] Cf. http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional, access on July 10, 2017.

[102] DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula.**Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 385.

As the previous *sources of law,* in the case of a criminal procedural rule, the application will be immediate even in cases already in progress, since, according to Zaneti, there will be a supplementary application of the new CPC, *verbis*:

> Supplementary or supplementary application occurs when one law completes the other, giving it a general sense. The new CPC will establish a number of new principles and rules as fundamental procedural rules [...] Thus, even if the Code of Criminal Procedure, electoral legislation and the micro-system of collective proceedings do not contain precedent rules the general rule established in the Art. 927, which provides that judges and courts shall observe precedents, is applicable to all such systems ... The Federal Supreme Court has modified its understanding of the principle of presumption of innocence. For the current composition of the court, it is possible the provisional execution of the sentence after the confirmatory court of the second instance. With this decision the STF returned to the understanding that the Court applied until 2009. Minister Teori Zavascki stated that the principle of non-culpability is exhausted in the second degree, when the judgment on facts and evidence ends (STF, HC 126 292, Rel, Min. Teori Zavascki, judged on 02/17/2016). This decision, being considered a purely procedural decision, allows its application as precedent, by virtue of art. 927, V, CPC ("Art. 927. The judges and tribunals shall observe [...] V- the guidance of the plenary or of the special body to which they are bound."), Including retroactively. It occurs [...] from the publication of the text of the precedent, its immediate application. This is because in the criminal proceedings *tempus regit actum*. Therefore, if a new standard is adopted, it may be required to apply it to cases in progress, since the new standard is in the process (articles 14 and 1046, CPC 2015). The judge must take the new facts into

> account, the new law and the new precedent are new facts (art.493, CPC)[103]. (**free translation**)

The same does not occur with precedents regarding material penal norms, since, according to Zaneti,

> [...] The legislative function must be exercised by the legislator and can not be delegated to judges and courts by editing overly open criminal types containing general clauses and indeterminate legal concepts ... criminal law must be understood as Magna Charta delinquent ... rely on precedents to harmonize criminal law is not only a serious misconception, but a huge risk to the Enlightenment fundamentals of this branch of law ... In criminal proceedings must be respected. norms and vectors of interpretation of nonretroactivity in *malam* depart for crimes committed before the precedent was established (precedent is legal norm)[104].

On the contrary, when it is a criminal precedent *in bonam partem*, or more beneficial, retroactivity may be granted and, as a legal rule, it may authorize the filing of an action to challenge the criminal review in favor of the defendant .

In this sense, too, Zaneti's conclusion:

> [...] if the precedent is favorable to the defendant, it must be applied immediately, including the possibility of criminal review based on art. 621 ("when the conviction is contrary to the express text of the criminal law or evidence of the case"). This is because, once defined more beneficial norm in criminal law, this retroactive to benefit the defendant. Thus, in

[103] ZANETI Jr., Hermes.Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP.Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti. Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016,p. 461-464.
[104] *Ibidem*. P. 458-462.

> Brazilian law, even after the final res judicata, criminal review will be necessary in these cases[105].

Therefore, in case of application of criminal law, if in *malam partem* it can only be applied in future cases (*nullum crime, nulla poena, sine lege*), and can not have binding effect for past cases, but if *bonam partem*, it may the precedent is applied to past cases, retroactively, or until there is already a *process finished*, authorizing the criminal review.

6. THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE PENALTY AND THE CRIMINAL REVIEW

Although, originally, the CPP did not give suspensive effect to the exceptional resources, from 2009 began to establish the jurisprudence of the STF in order to allow such suspensive effect[106]. However, on February 17, 2016, the STF Plenum decided HC 126,292 to discuss the decision-making power of the TJ / SP, which, after confirming the conviction of the first degree, accordingly determined the commencement of provisional execution of the sentence and, so that a majority (7 votes to 4) changed its orientation in this respect, setting the precedent that provisional execution of the sentence after a conviction in second instance is possible.

The rapporteur of the case was Minister Teori Zavascki and his vote was based on the change in case law (consolidated from 2009), stating the impossibility of granting suspensive effect to an exceptional appeal, followed by the majority. Gilmar Mendes argued at that trial:

> [...] Either because the presumption of innocence is a right with a normative protection scope, capable of conforming by ordinary legislation; either because the guarantee of public order authorizes the arrest, in serious cases, after the exhaustion of the

[105] *Ibidem*. P. 463..

[106] As from 2009, the tendency was taken to consider as a derogation the possibility of granting suspensive effect in the exceptional appeal (although the CPP in its art.637 prohibits it, provided there is only the devolutive effect), since it was not considered the Art. 637 received by the 1988 Constitution and, therefore, it would not be possible to suspend the suspensive effect and, consequently, the immediate execution of the sentence (even provisionally) would not be possible.

> ordinary ways, I have the understanding of the STF deserves to be revisited.

Thus, the new orientation of the STF considers that the suspensive effect should not be recognized and imposes the possibility of provisional execution of the sentence imposed in second degree when the exceptional appeal is filed.

But the question deserves to be examined in more depth, either by doctrine or even by the Supreme Court, in view of the system adopted in Brazil regarding exceptional resources, from which the nature of these challenges (extraordinary and special resources) results. STF positioning translates to at least one incoherence. Among us, exceptional resources are resources, unlike other countries, such as Portugal, for example, where despite the extraordinary appeal, this is, in fact, a rescissory action or a criminal review, depending on the area of law, or a real challenge action. Thus, in Portugal and other countries, after the final res judicata, there is already criminal execution. In other words, in order to be able to file an extraordinary Portuguese appeal, it is necessary that a final judgment be rendered, while in our exceptional resources (extraordinary and special), on the contrary, it is required that there be no estoppel, , a final decision, since the federal question, at least as far as objective law is concerned, is still pending, in the case of an exceptional appeal, by the High Court in this respect: therefore, the "a quo" decision does not go through judged.

Such means of challenging come from the *common law* system[107], especially from American law, and in the form that were assumed in Brazil, *whether this right is right or wrong, prevent the estoppel and, consequently, the material res judicata of a certain procedural relation*[108].

---

[107] Barbosa Moreira, making a historical foreshortening, points out that the extraordinary appeal "is an institute of American origin ... It was the Judiciary Act of 1789 that allowed the Supreme Court to review final decisions of the highest state courts by writ of error, in various hypotheses related to the constitutionality of laws and the legitimacy of state norms, as well as titles, rights, privileges and exemptions in the light of the Constitution, treaties and laws of the Union. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil. vol.5,*15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 580/582).

[108] Indeed, as Barbosa Moreira states, differentiation is historical and resides among system differences: "The distinction between ordinary resources and extraordinary resources, referred to in the final part of art. 467 (former CPC), is clear and important in some legal systems: for example, in Portuguese, where, in view of the express texts (Code of Civil Procedure, articles 676 and 677), resources called extraordinary clarity of the ordinary ones by the fact that the inter-availability of any of the latter prevents a final decision, whereas the decision is already considered final, even if still susceptible to challenge by any of the former. [...] Diverse is the systematics of the Brazilian order, in which the aforementioned distinction has no theoretical or practical relevance. It deserves, in our opinion, to be filed forever and again, by the misunderstandings it is capable of generating, and in fact has generated, by the constant

Therefore, with the decision of the STF, the traditional Brazilian option is abandoned, approaching, in this matter, the legislation of some European countries, as is the case of Portugal. But this could not be so simple, that is to say, only by setting a precedent, since, in order to make that turn, we would have to review all doctrine and legislation in this respect, including the constitutional one, since in that case provides for dealing with the exceptional challenge of an appeal and, as such, with its interposition, the procedural relationship is prolonged and, therefore, the provisional execution of the criminal offense would not be possible[109].

After this trial, the legal community expected a change of position of the STF, since some ministers continued deciding, monocratically, in the opposite direction, and the question, thus, was not pacified.

However, on October 5, 2016, when considering preliminary injunctions in the Constitutional Declaratory Actions (ADCs) 43 and 44, the Plenary of the Federal Supreme Court (STF) re-examined the matter and, also by majority, understood that article 283 of the Code of Criminal Procedure does not preclude the commencement of execution of the sentence after conviction at second instance and dismissed the

and remarkable fluctuation of the doctrinally suggested criteria for founding it. Strictly speaking, there is no class of resources available to us, according to a precise criterion from the scientific point of view and useful from the practical angle, to the generic denomination of extraordinary. There is, however, a recourse to which (without any dogmatic concern) he has chosen to give that name, just as there is another (strictly speaking, a heterogeneous set of recursional figures) which the current Federal Charter generally lays down (Articles 102 (II) and 105 (II). (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, págs. 579/583).

[109] Here is the judgment board:

"17/02 // 2016- PLENARY - HABEAS CORPUS 126.292 - SÃO PAULO
RAPTOR: MIN. TEORI ZAVASCKI
MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE (S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR (A / S): REPORTER OF THE HC No. 313.021 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE EMENTA: CONSTITUTIONAL. HABEAS CORPUS. CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE (CF, ART. 5, LVII). CONDEMNANT CRIMINAL SENTENCE CONFIRMED BY COURT OF SECOND DEGREE OF JURISDICTION. PROVISIONAL IMPLEMENTATION. POSSIBILITY.
1. The provisional execution of a condemnatory criminal judgment issued in a degree of appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence affirmed by article 5, item LVII of the Federal Constitution. 2. Habeas corpus denied. ACKNOWLEDGMENT The Ministers of the Federal Supreme Court, in a Plenary Session, under the chairmanship of Minister RICARDO LEWANDOWSKI, have agreed upon these reports, in accordance with the minutes of the judgments and the verbatim records, by a majority, to deny with the consequent revocation of the injunction, in accordance with the Rapporteur's vote. Overcome Ministers Rosa Weber, Marcus Aurelius, Celso de Mello and Ricardo Lewandowski (President). Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Attorney General of the Republic, spoke through the Federal Public Ministry. Brasília, February 17, 2016. 2. Habeas corpus denied. "

injunctions[110]. On September 1, the rapporteur of the two actions, Minister Marco Aurélio, had already voted for the constitutionality of article 283 of the CPP, granting the plea bargain, but with the resumption of the trial in the session of October 5, 2011, by a tight majority (one vote), prevailed the understanding that the norm of art. 283 of the CPP does not prohibit the beginning of compliance with the sentence when the ordinary instances have been exhausted.

Regardless of the arguments of the majority, we still think that, given the recursional nature and not the actions of challenging the so-called special and extraordinary resources, with the interposition of them, preclusion and *res judicata* are prevented, and thus any execution that if done before is a provisional execution of the sentence, which should be repudiated, especially in criminal proceedings.

The appropriate way to change the nature of the exceptional resources would be through the legislative route (ordinary and constitutional) turning such resources into actions of impugnation. If this were to be done, we would not have to assess whether or not the principle of presumption of innocence or non-culpability was affected, simply because, if provided for in the Constitution and infra-constitutional law, a final decision would be rendered degree, or even of decisions of courts that deem in the original competence agents that hold the prerogative of function (parliamentarians, judges, prosecutors etc)[111].

But the truth is that we now have a precedent in this respect and, confirming that the decision has become a precedent by majority, the Federal Supreme Court (STF) Virtual Plenary has reaffirmed jurisprudence that it is possible for the provisional execution of the criminal judgment conviction, even if appeals are pending before the higher courts. The decision was taken in the analysis of the Extraordinary Appeal with Agravo (resource type) (ARE) 964246, which had general repercussions recognized. Thus, the argument established by the Court must be applied in cases pending in other

[110] In the ADCs, the National Ecological Party (PEN) and the Federal Council of the Brazilian Bar Association (OAB), the authors of the lawsuits requested the grant of the precautionary measure to suspend the early execution of the sentence of all judgments rendered in second instance, (HC) 126292, which would have violated the constitutional principle of the presumption of innocence, and would not have appreciated what is provided in Article 283 of the CPP, which would contradict the decision.

[111] In the case of original jurisdiction or prerogative of function, the agent is tried directly by the Court competent for judgment and, thus, we would not have the double degree of jurisdiction and, therefore, in this case, according to the decision of the STF, the convicted could already be arrested in a provisional execution. This is because the art. 637 of the CPP does not distinguish, that is to say, in any event, whether in double degree or not, the exceptional appeal will not have suspensive effect.

instances[112]. Minister Teori Zavascki stated that there was a general repercussion in the matter and, in the merits, the dismissal of the appeal, with reaffirmation of the Supreme Court's case law, *establishing the thesis that the provisional execution of a condemnatory criminal judgment rendered in a recursal degree, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence affirmed by article 5, item LVII, of the Federal Constitution*. The rapporteur's statement, for recognition of the general repercussion, was followed unanimously by the Virtual Plenary. The merit was decided directly in the same system, as it was a reaffirmation of the consolidated jurisprudence in the STF, but the understanding on this point was signed by a majority, with the death of Ministers Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio and Celso de Mello. Minister Rosa Weber did not speak.

The fact is that, in relation to the subject of the present study, we envisage a contradiction that will have to be solved. If, after the conviction, a nullity or a new proof has passed, and the STF has set the precedent that the probationary question is already resolved by the second degree decision, since, after that, it would no longer be possible to if proof[113] is obtained and provisional execution of the sentence is

[112] In the sense that the decision is a precedent, the doctrine of Hermes Zaneti: "The Supreme Federal Court modified its understanding of the principle of presumption of innocence. For the current composition of the court, it is possible the provisional execution of the sentence after the confirmatory court of the second instance. With this decision the STF returned to the understanding that the Court applied until 2009. Minister Teori Zavascki stated that the principle of non-culpability is exhausted in the second degree, when the judgment on facts and evidence ends (STF, HC 126 292, Rel, Min. Teori Zavascki, judged on 02/17/2016). This decision, being considered a purely procedural decision, allows its application as precedent, by virtue of art. 927, V, CPC ("Art. 927. The judges and tribunals shall observe [...] V- the guidance of the plenary or of the special body to which they are bound."), Including retroactively. It occurs [...] from the publication of the text of the precedent, its immediate application. That is because in the criminal proceedings *tempus regit actum*". (ZANETI Jr., Hermes.Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP.Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti. Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016,p. 461-464).

[113] In the decision handed down by the Full Court in HC 126.292 / SP, which recognized the possibility of provisional execution of a conviction subject to exceptional remedies, it is based on the premise that, in the words of the distinguished Minister Teori Zavascki, it is "within the and that, in the same judgment, and reiterating the position in HABEAS CORPUS 133.387, it is stated that: (a) [...] "From the reading I make of Articles 102 and 105 of the Constitution of the Republic, I do not even consider the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice to have been conceived, in the judicial structure therein, to review injustices of the case concrete. The concrete case has, for its solution, a monocratic court and a collegiate, formed by at least three magistrates at an advanced stage of their careers, who, in a degree of appeal, must reexamine wrong judgments and remedy injustices. The revocation of the

authorized, we would have an extreme situation: *the defendant can not enter with the criminal review, even if he possesses a new evidence to prove his innocence, if he challenged the decision of second degree by means of an exceptional refusal, while already bearing the effects of the conviction, since it has already begun to execute the sentence against it, even if provisionally.*

According to the precedent of the STF, the examination of the probative or factual situation in the case would already be judged, and only the exceptional appeal would be pending the analysis of an objective question on infraconstitutional matter (special appeal) or constitutional (extraordinary appeal), since, according to the basis of the foregoing, the factual *and probative matter of the case would already be preclusive. However, contradictorily, technically, there would still be no final res judicata to authorize the review of the conviction*. But in practice, still in a contradictory way, the *process on the evidence would be over*.

This is a matter to be discussed, that is, it is a paradox that was created with the decision of the STF, because, if in case of obvious nullity habeas corpus could be proposed, on the other hand, this heroic remedy is not suitable for *examination of new evidence*. Thus, with the new position of the Supreme Court that adopts the provisional execution of the sentence, without a final decision, the defendant would, absurdly, have to wait for years awaiting the delimitation of his exceptional appeal, to be able to submit a criminal review or, to propose the review action, to be obliged to desist from the exceptional appeal filed, when it obtained new evidence that could lead to its acquittal or reduction of sentence[114], *even considering the STF to be the case, or*

factual matter, signed in the ordinary instances, should not be within the reach of the High Courts, which can only give the facts affirmed in the judgments defended a new juridical definition, but not a new version. The ordinary bodies are thus sovereign with regard to the assessment of evidence and the definition of the factual versions put forward by the parties. "For this reason, the thesis was established that:" The provisional execution of a convicted criminal judgment in a degree of appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence affirmed by article 5, paragraph LVII of the Federal Constitution.

[114] The exceptional appeal is not a place for examining new evidence and examining an application for revision, since according to the very foundations of the precedent of the STF to recognize the possibility of executing the conviction provisionally, examination of the factual and probative matter is already exhausted with the decision of second degree, because according to Minister Edson Fachin, in his vote in the judgment of preliminary injunctions in the Declaratory Actions of Constitutionality (ADCs) 43 and 44: "[...] That is to say: resources of an extraordinary nature do not constitute unfolding's of the double degree of jurisdiction, since they are not resources of wide devolutivity, since they do not lend themselves to the debate of the factual-evidential matter. In other words, with the judgment implemented by the Court of Appeal, there is a kind of estoppel of the matter involving the facts of the case. The resources still available to extraordinary instances of the STJ and the STF - special and extraordinary

where there has been an estoppel of the probative matter, which is a because the defendant would have been, provisionally, having executed his sentence.

With regard to the Jury, the matter is even more tortuous, since the 1st Class of the STF admitted the provisional execution of the sentence, even after the *first-degree public trial*, regardless of the interposition of refusal to the second degree[115].

It would not be surprising if there were an understanding that would support the possibility of bringing the criminal review in cases of confirmation of the second conviction and has already brought the exceptional appeal, arguing that, in relation to the probative matter, we would already have the estoppel and thus *a process finished* in the criminal area and, as it accentuates the very foundations of the previous court, it would only *become possible to modify the probative analysis through criminal review*.

But this radical solution[116] would go against all historical construction of the criminal review, as well as the doctrine about it, since it has always been considered that in order to be able to bring the review action, it would be necessary to have a final decision, but those who defended such a solution could argue that there would already have been a final process (comparable to the thing tried for the probative matter) in the case of a second-degree decision that would be challenged by an exceptional appeal

resource - have, as we all know, strict scope of cognition to the rule of law. In those circumstances, since there has been a second instance of the accused's conviction, based on facts and evidence that can not be reviewed by an extraordinary body, the relativization and even the reversal of the principle of presumption of innocence hitherto observed. It makes sense, therefore, to deny suspensive effect to extraordinary appeals, as do art. 637 of the Code of Criminal Procedure and art. 27, paragraph 2, of Law 8.038 / 1990 ".

[115] Judge Luís Roberto Barroso prevailed in the 1st Panel of the STF, ruling that "the arrest of a defendant convicted by a decision of the jury, although subject to appeal, does not violate the constitutional principle of the presumption of innocence or not guilty "(HC 118.770, by M. Marco Aurélio, draftsman of the Judgment, by Luis Roberto Barroso, 07/03/2017). For the minister Barroso:

"... the presumption of innocence is a principle (not a rule) and, as such, it can be applied to a greater or lesser extent when considered with other conflicting constitutional legal principles or property. In the specific case of conviction by the Jury, inasmuch as the criminal liability of the defendant has already been settled by the Jury, and the Court cannot substitute itself for juries in the assessment of facts and evidence (CF / 1988, Article 5, XXXVIII (c), the principle of the presumption of innocence acquires less weight when it is weighed against the constitutional interest in the effectiveness of the criminal law, in favor of the juridical goods it seeks to safeguard (CF / 1988, articles 5, caput and LXXVIII and 144) . Thus, interpretation that prohibits arrest as a consequence of conviction by the Jury Court represents unsatisfactory protection of fundamental rights, such as life, human dignity and the physical and moral integrity of persons. "

[116] But those who defended it, to prevail over the understanding of the First Class of the STF, that after the trial that resulted in a conviction by the Court of the Jury could already give itself the provisional execution of the sentence, could not sustain the revision in this hypothesis, since it would be possible to re-examine the second degree, and only then would ordinary remedies be exhausted and an exceptional remedy would be possible.

and, therefore, would authorize the filing of the criminal review in that case , even though the exceptional appeal is pending judgment.

The origin of the foundation of this imagined current, which generates perplexity, would be in the precedent established by the STF, because, as Minister Teori, Rapporteur of the Extraordinary Appeal with *Agravo* (ARE) 964246 recognized, with general acknowledged repercussion, "*except for the criminal review, it is in the ordinary instances that the possibility of examining facts and evidence is exhausted and, in that regard, the very determination of the criminal responsibility of the accused*". This is because, according to the rapporteur, resources of an extraordinary nature do not constitute unfolding of the double degree of jurisdiction, because they do not lend themselves to the discussion of factual-probatory matters. Thus, according to the minister, with the judgment of the second instance exhaustion of the analysis of the matter involving the facts of the case.

However, although Article 621 of the CPP only requires a "final process" to authorize the filing of a criminal review, and not a final decision as is done in the civil rescission, it is certain that the expression from the origin of the institute has always been equated with and that from the Philippine Ordinations, before we had Brazilian norms in this respect, and in Brazil, since the law of 18.08.1828, which Art. 9, to be the possible magazine "not only while the sentence lasts, but even after the sentences have been executed, when the punished ones wish to show their innocence, claiming that they could not do it before"[117].

Thus, it would be foolhardy to understand the contrary, because even before the *res judicata* there would even be a serious problem of jurisdiction, since, if the exceptional appeal is already to be examined in the High Court, it could only know of objective matter of law or and that it would be a nonsense that a criminal review was instituted at the Second Circuit Court concurrently.

A better solution would be to accept *habeas corpus* for the purpose of examining new evidence when it is the case of provisional execution of the sentence, for although this possibility may be rejected by doctrine and jurisprudence in normal cases, the fact

[117] Cf. the historical foreshortening of Sérgio de Oliveira Médici, in his work Criminal Review. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, at p. 111/140, where it is demonstrated that for the criminal review, throughout our history, it always required the final and unappealable decision, and that this was the meaning of the term process finished.

is that since the Republican Constitution of 1891[118], habeas corpus never had a restricted restriction for the coercion of the freedom of movement of the individual[119], and thus, in an extraordinary case, such as this provoked by the precedent of the FTS, the writ could be used. Precisely because the habeas corpus has a very broad spectrum, the writ has found a fertile field for its use to sometimes make appeals or other actions of impugnation. For this reason, the so-called "Brazilian doctrine of habeas corpus" arose, which made it a remedy for all coercion, illegalities and abuse of power[120].

What is certain is that the unfortunate precedent of the STF brings more this incoherence, that is, the extreme situation of the accused being already serving a sentence (provisional execution) and not being able to use the review action, in the case of having filed an exceptional appeal, and solution to this hypothesis will generate difficulties by running into legal obstacles whatever the means of impugning one thinks. But if the precedent of the STF persists, a solution must be found for the hypotheses in which the defendant is in possession of a *new evidence* that may lead to his acquittal or reduction of sentence, but is already effectively serving a sentence through provisional execution and unable to seek the prompt review of the decision, which will cause an obvious injustice.

[118] Habeas corpus shall be given whenever the individual suffers or is in imminent danger of suffering violence or coercion, for illegality or abuse of power.

[119] Teori Zavascki, seems to understand that any problem generated by the provisional execution of the sentence could be resolved through habeas corpus, in its vote in the judgment of the STF Plenary that appreciated the injunctions requested in the Declaratory Actions of Constitutionality (ADCs) 43 and 44, when he stressed that : "What was stated, at the judgment of HC 126.292, was that the presumption of innocence, covered by art. 5, LVII, is a guarantee of a procedurally dynamic sense, whose intensity must be evaluated according to the scope of challenge itself at each stage of the proceedings, especially when taking into account the characteristics of the participation of the Superior Courts in the formation of guilt, which are mainly two: (a) the impossibility of reviewing facts and evidence; and (b) the possibility of safeguarding illegal constraints by other more effective procedural means, in particular through habeas corpus. Although the habeas corpus action should not be used to stimulate defensive techniques per saltum, it is inevitable to recognize that the jurisdiction of the High Courts in relation to imputations, convictions and unlawful arrests is, in the great majority of cases, "anticipated" by the knowledge of this instrument constitutional protection of freedoms, which enjoys broad normative preference in its favor, be it constitutional, legal or regimental. This goes to the point of realizing that, in any Court, there are Chambers, Sections or Classes whose competence is entirely (or almost) dedicated to the judgment of this procedural persona, forming true "collegiate of guarantees", whose scope of cognition is much greater than that inherent to resources of an extraordinary nature. “However, certainly the late Minister did not at that time consider the appreciation of "new proof" via habeas corpus, because, of course, the summary cognition of this writ conflicts with the possibility of a profound probative examination.

[120] Evidently, once a final decision was rendered with the judgment of the exceptional appeal, and the sentence remained, the remedy would be the criminal review when the new evidence arose.

7. CONCLUSION

Human fallibility cannot become eternal, immutable, and unquestionable. Operators of the law are liable to commit errors and injustices, so unjust or erroneous decisions that have become final may not become immutable and unquestionable. These decisions must be fought, since the error or injustice of the case has devastating effects on the one who has been convicted.

Thus, the criminal review action inaugurates a new procedural legal relationship, aiming at rescinding the effects of these condemned decisions tainted, respecting the hypotheses of propriety, which may be interposed at any time, even after the death of the defendant, through his successors and, extraordinarily, may have suspensive effect where the peculiarity of the particular case shows that the decision was aberrant.

Regarding the understanding of the Superior Court of Justice regarding the jurisdiction of the Appeals Classes for the judgment of judgments of decisions involving infractions of lesser offensive potential, we think that such positioning is notoriously ambiguous, since, as a rule, the competence to process and to judge the review is of Courts. Thus, although the Appeal Court represents the second degree of jurisdiction of the Special Courts, it is not called the Court. And, as already mentioned, the STJ has a summary position in the sense that it is impossible to appeal in particular the decisions issued by a second degree body of the Special Courts, since the Constitutional text, in dealing with this exceptional remedy, imposes as a requirement that the decision court, and the STJ, in this case, does not recognize the characteristic of "Court" to the Classes of Offices, restricting the access of the courts to that Court in the case of a special appeal, thus giving a contradictory treatment to the criminal review, when , for this, it recognizes that the Class is a Court.

Now, also, with the new CPC, a new source of law emerges that is the precedents, providing the new civil procedural law of 2015 in its article 926 on the use of precedents to standardize the jurisprudence of the Courts and maintain it, stable, integrated and coherent, being sure that this will also apply to criminal proceedings, where it will apply even to cases already in progress. While in the area of criminal law, irreparability in *malam partem* should be considered for crimes committed before the precedent was established, since the precedent is a legal norm, on the contrary, when

it is a precedent in *bonam partem*, or more beneficial, it may if given retroactivity, and thus, as a legal rule, may authorize the filing of the action to challenge the criminal review in favor of the defendant.

Thus, in the case of a precedent dealing with a criminal law, if the interpretation is in *malam partem* it can only be applied in future cases, and may not have a binding effect on past cases, but, if it is in *bonam partem*, the precedent may be applied to cases in the past, retroactively, or even in the event of a legal proceeding, and in this case a criminal review is authorized.

Finally, we come to have a new problem to be solved, because of the precedent of the Plenary of the STF that considers that the factual and evidential matter to be examined in the process is exhausted with the judgment of the second degree, authorizing the provisional execution of the sentence, in the event of an exceptional appeal. We will have to live with an absurd situation, since the defendant cannot enter with the criminal review, even when he obtains new proof that demonstrates his innocence or can reduce his sentence, in the case of having challenged the decision of second degree by refusal exceptional, while, contradictorily, it already supports the effects of the conviction, since it has already begun to execute the sentence against it.

Some, in a hurry, might already consider a final process (comparable to the thing judged for the probative matter) when it was the possibility of having a second-degree decision that would be challenged by an exceptional appeal, and thereby defend the proposition of the review even when the exceptional appeal is pending judgment. It is because one of the foundations of the precedent of the STF consists in the argument that, with the judgment of the second instance, the analysis of the matter involving the facts of the case is exhausted, which means that we would already have the estoppel, and thus a process finished in the criminal area and, article 621 of the CPP only requires for the filing of the criminal review that there is a finished process, and not the final decision, as occurs with the civil rescission.

However, this solution, which generates great perplexity, goes against the origin of criminal review, not only in Brazil, but also in foreign countries, in addition to meeting the law that, in art. 625, paragraph 1, of the CPP, requires that the request for review be accompanied by the certificate of final judgment, if it also collides with all the doctrine that equates the term process with the effective *res judicata*.

Another solution, which could be more acceptable, would be habeas corpus for the purpose of examining new evidence that emerged after the conviction in cases of provisional execution of the sentence, even because this heroic remedy, in the so-called "Brazilian doctrine of habeas corpus ", Has a broad spectrum, and in extreme cases may be a substitute for appeals and actions of impugnation.

What is certain is that the precedent brought by the STF, in addition to all the criticisms it has received from the doctrine, brings further this paradox and an unavoidable situation and, if it remains the same, a solution must be found for the hypotheses in which the defendant is possession of new evidence that may lead to his acquittal and, unfairly and absurdly, is serving a sentence through provisional execution and, because he challenged the conviction with exceptional appeal, would be unable to seek a criminal review.

REFERENCES

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais,* São Paulo: RT, 2016.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula.*Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2013.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal.* 7ª ed., volume 37ª ed., volume 3, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena.*Disponível em http://www3.lfg.com.br/, acesso em 16.06.2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal.* 6ª ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*,4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Em. n. 45/2004), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON,Sérgio Demoro. As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal.Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan-mar, 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos.* 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. atual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 3. ed. São Paulo: RT. 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15ª ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus*, *ação e processo penal*, São Paulo, 1978.

ZANETI JR,Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ºed. Salvador: Juspodvum, 2016.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). in CABRAL,Antonio do Passo, PACCELI, Eugênio e CRUZ, Rogério Schietti.Processo penal. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral DIDIER JR.,Fredie,v.13, Salvador:JUSPODIVM,2016.

ZANETI JR., Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Available in <http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>, Acessed in 08/08/17.

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA – DIFICULTADES PARA SU IMPUTACIÓN Y JUZGAMIENTO

TRANSNATIONAL COMPANIES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN LATIN AMERICA - DIFFICULTIES FOR THEIR IMPLEMENTATION AND JUDGMENT BRAZIL'S INSTITUTE OF CRIMINAL REVISION: OLD AND NEW RELEVANT MATTERS

María Laura Böhm*

Resumen: Este artículo presenta los problemas de jurisdicción y juicio de las actividades de los violadores transnacionales de los derechos humanos en América Latina (párr. 1). Se presentarán cuatro casos ilustrativos (par. 2) y las principales áreas de imputación y jurisdicción que, en general, podrían estar involucradas y / o activadas en respuesta a estas actividades: normas nacionales (penales), normas internacionales (penales) y normas para la protección de los derechos humanos (par. 3). A continuación, se aclararán las dificultades que presentan estas respuestas normativas (párr. 4). Como resultado, se presentarán las primeras pautas para el (re) diseño de mecanismos de intervención (par. 5).

Palabras clave: corporaciones transnacionales; violación de los derechos humanos; impunidad

* Abogada (UBA), Magister en Criminología (UNLZ, Buenos Aires), Diplomada en Criminología (Universität Hamburg), Doctora en Ciencias Sociales (Universität Hamburg). Investigadora post-doctoral (Alexander von Humboldt) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales, Dept. de D.P.Extranjero e Internacional. Profesora de la Universidade de Buenos Aires.Correo electrónico: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de. Por sus acertados comentarios y críticas, que han contribuido a mejorar este trabajo en contenido y forma, agradezco al Prof. Dr. Kai Ambos, así como a John Zuluaga Taborda (LLM), doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen y a Noelia Núñez, doctoranda en la Universidad de Buenos Aires (ambos miembros GLIPGö); por su lectura crítica y fundamentalmente por su paciente colaboración en la búsqueda de material agradezco también a Simon Dilcher, estudiante en esta misma universidad y asistente en el proyecto de investigación aquí presentado. El presente trabajo fue originalmente publicado en el *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 4, Dic. 2012, pp. 11-24.

Abstract: This article presents the problems of the jurisdiction and judgment of the activities of transnational human rights violators in Latin America (par. 1). Four illustrative cases (par. 2) will be presented and the main areas of imputation and jurisdiction that - in general - could be involved and / or activated in response to these activities: national (criminal) norms, international (criminal) norms and standards for the protection of human rights (par. 3). Next, the difficulties presented by these normative answers will be clarified (par. 4). As a result, first guidelines will be presented for the (re) design of intervention mechanisms (par. 5).

Keywords: transnational corporations; human rights violation; impunity.

1. PROBLEMÁTICA

Son muchos los casos en que empresas transnacionales *participan*[121] en graves violaciones de los Derechos Humanos en territorio latinoamericano. Durante el desarrollo de estas actividades, no sólo se producen incontables daños individuales y colectivos, sino que también se provocan lesiones en los ámbitos económico, político, social y jurídico, así como en la población y las instituciones locales, que de esta manera se ven (aun más) debilitadas. Las empresas transnacionales suelen considerar – en muchos casos con justa causa – a América Latina como un área vulnerable (en su economía, su política, sus sistemas judiciales y sociales), Obtienen beneficios de la región, que deviene en una zona económicamente rentable para los negocios y la obtención de recursos naturales, muchas veces a costa de los derechos de la población local. Los límites entre lo legal y lo ilegal, entre las actividades internacionales y locales, así como entre lo comercial y lo delictivo permanecen muy a menudo indefinidos e indefinibles[122]. La falta de claridad en el complejo entramado

[121] Con el término "participación" me refiero aquí tanto a la participación accesoria o mediata en crímenes internacionales mediante el apoyo económico de los autores – por ej. mediante la financiación de actividades paramilitares –, como también la participación inmediata en violaciones de Derechos Humanos – por ej. mediante la construcción de fábricas severamente dañinas para la salud y el medio ambiente, que afectan comunidades enteras y provocan su desplazamiento.

[122] Esta problemática del borroso límite entre legalidad e ilegalidad en estas actividades ya ha sido explicada en otros contextos, entre otros, por RUGGIERO, Vincenzo. *War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe*, In: *Social and Legal Studies* 1996 (5), pp. 5-20, aquí pp. 5, 8 ss., desde p. 10 incluso explica que estas actividades son "too lucrative to remain illegal"; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des*

de formas de imputación y ámbitos de jurisdicción, muchos pero insuficientes, es tal vez una explicación para la continua impunidad[123].

Este breve texto es adelanto de una investigación en curso, y tiene entonces por objetivo la presentación del problema, la provisión de fuentes introductorias a la temática y el planteo de primeras conclusiones provisionales que orientan la continuación de la investigación. No se pretende ofrecer resultados definitivos ni soluciones. A fin de presentar la temática reseñaré brevemente algunos casos ilustrativos (apartado 2), luego expondré cuáles son los principales ámbitos de imputación y jurisdiccionales que – en abstracto – podrían verse comprometidos y/o activados en respuesta a este tipo de actividades: normas (penales) nacionales, normas (penales) internacionales, y normas para la protección de los Derechos Humanos (apartado 3). A continuación explicaré las dificultades que se presentan en estas respuestas normativas (apartado 4) y, de acuerdo a ello, presentaré unas primeras premisas que podrían orientar el (re)diseño de mecanismos más eficientes (apartado 5).

2. CASOS LATINOAMERICANOS

Strafrechts, In: *Internationale Politik und Gesellschaft* 2007 (2), pp. 153-169, aquí p. 168; HUISMAN, Wim; VAN SLIEDREGT, Elies. *Rogue Traders – Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity*, In: *JICJ* 2010, 8(3), pp. 803-828, aquí pp. 817, 826 ("the line is fluid"); KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAß, Miriam. *Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes - The Status Quo and its Challenges*, In: *Journal of International Criminal Justice* (en adelante "*JICJ*") 2010, 8(3), pp. 699-724, p. 720 ss. (con especial análisis de las acciones neutras).

123 Sobre la intrincada interrelación entre los distintos niveles normativos véase también INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS – *ICJ* –: *Expert Legal Panel Report on Corporate Complicity in International Crimes* (Vol. 2: Criminal Law and International Crimes) (Geneva, 2008), p. 52 ss.; KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAß, Miriam. *Transnational Corporations on Trial – On the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America*, Heinrich Böll Stiftung - Writtings on Democracy, 2008, pp. 21 ss., 37 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 122), p. 709 ss.; DECAUX, Emmanuel. *The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System,* In: *JICJ* 2011 9(3), pp. 597-608, *passim* (en su artículo el autor trata del Derecho Internacional en general – no exclusivamente de la situación de las empresas –, describe lo que él llama la "fragmentation of international law" (p. 597, 600 ss.) y propone la reconstrucción de un sistema internacional bipolar: civil y penal (p. 608). Véase en cambio VAN DEN HERIK, Larissa; ČERNIČ, Jernej Letnar. *Regulating Corporations under International Law – From Human Rights to International Criminal Law and Back Again,* In: *JICJ* 2010, 8(3), 725-743, quienes se esfuerzan por demostrar las diferencias estructurales, de imputación y de jurisdicción que existen entre los ámbitos de protección de derechos humanos y el penal internacional, lo que si bien es correcto, es planteado por los autores (especialmente en sus conclusiones en p. 742 s.) de forma simplificada, subestimando la complejidad del problema, ya que las yuxtaposiciones normativas de hecho existen.

La historia de abusos empresariales frente a la población latinoamericana no es nueva[124]. El número extremadamente elevado de los casos actuales, de las más diversas índoles, ponen de manifiesto la deficiencia estructural que padece América Latina respecto de la prevención y sanción (tanto penal como extra-penal) de estas actividades[125]. Algunos casos han adquirido conocimiento público e ilustran en forma clara la diversidad de actividades lesivas a que hago referencia. Presento aquí una breve reseña de algunos de ellos:

ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA), de capital fundamentalmente alemán, construyó en la Bahía de Sepetiba (Rio de Janeiro), la central siderúrgica más grande de América del Sur[126]. La empresa cometió

[124] Que se resalte aquí que respecto de las empresas transnacionales ha habido un visible aumento en las últimas décadas, no significa desconocer que ya desde el inicio mismo de las relaciones entre la población originaria de este subcontinente y los colonizadores y luego en relación con enviados europeos ha habido actividades económicas en beneficio de estos últimos que fueron palmariamente violatorias de los derechos de la población local. Véase por todos el ya clásico trabajo de Eduardo Galeano *Las venas abiertas de América Latina* (1971). A modo ilustrativo, y en prueba de la actualidad de esta antigua cuestión, puede citarse la última novela – basada en hechos reales – del Nobel de Literatura peruano Mario Vargas Llosa *El sueño del Celta* (2010).

[125] A modo de ejemplo – sin pretensión de exhaustividad – pueden verse los casos presentados ante el TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS en 2010 –*TPP casos*–: *Documento de casos presentados ante el Tribunal Permanente en ocasión de la Cuarta Sesión (14 y 15 de mayo de 2010, Madrid): La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina*; así como la respectiva sentencia – *TPP sentencia* –: *Sentencia del 16 de mayo de 2010*. Véanse también diversos casos tratados desde perspectivas económicas, históricas, jurídicas, etc., todos los cuales aportan mayores referencias: AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN: *América Latina: Riqueza privada, pobreza pública* (Quito: CIDSE, 2009); BUCHELI, Marcelo. *Multinational corporations, totalitarian regimes and economic nationalism: United Fruit Company in Central America, 1899–1975*, In: *Business History* 2008, 50(4), pp. 433 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 123), especialmente en p. 29 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 122), pp. 705, 706, 715; CLARK, Tim. *Canadian Mining Companies in Latin America: Community Rights and Corporate Responsibility* (North York: CERLAC, 2003). Véase también SLACK, Keith. *Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina*, In: *Aportes DPLf* 2011*,* Nro. 15, Año 4 (septiembre), p. 4 ss., así como referencias sobre casos en Guatemala (p. 34 s.), Perú (p. 50 ss.) y El Salvador (p. 48 s.) presentados en el mismo número de la revista *Aportes DPLf* 2011 (15).

[126] Para esta y las siguientes informaciones sobre el caso pueden consultarse las siguientes fuentes: Entrevista con pobladores <http://www.tni.org/es/multimedia/v%C3%ADdeo-los-pueblos-de-la-baia-de-sepetiba-brasil-contra-la-thyssenkrupp-tkcsa>; RUSSAU, Christian. *"Abstauben in Rio de Janeiro" – Ein Hintergrunddossier zum Konflikt zum das Stahlwerk TKCSA von ThyssenKrupp in Rio de Janeiro*" (2012) (http://www.kritischeaktionaere.de/fileadmin/Dokumente/ThyssenKrupp/ThyssenKrupp_2012/2012-01-06_Abstauben_in_RJ_von_Christian_Russau.pdf); del mismo autor el informe: http://www.enlazandoalternativas.org/spip.php?article979&var_recherche=thyssen%20krupp. Véanse también: Manifestação de Deputado Federal Chico Alencar sobre a persecução penal promovida em desfavor da ThyssenKrupp, 7.12.2010, Sala de Sessões; Sobre las amenazas: http://www.ln-berlin.de/index.php?/artikel/3833.html; así como nuevas declaraciones (5.11.2012) sobre los permanentes daños que se siguen produciendo: http://www.medico.de/presse/pressemitteilungen/rio-

irregularidades administrativas y contractuales que facilitaron la obtención de sucesivas autorizaciones, pero que también generaron sanciones menores que no fueron debidamente cumplidas. Tierra y aguas fueron contaminadas con arsénico y plomo, la fauna marina casi se extinguió, y aproximadamente 8.000 familias de pescadores artesanales de la Bahía se vieron afectados en su trabajo y su salud. Pobladores locales y representantes sindicales denunciantes de las actividades fueron amenazados y reprimidos por la empresa de seguridad de ThyssenKrupp – vinculada con las milicias de Rio de Janeiro –, y se relacionan con ella muertes de pescadores, no esclarecidas[127]. Estas actividades de la empresa fueron reiteradamente denunciadas, sin que el funcionamiento de la siderúrgica – que se inició incluso sin autorización administrativa pero con inauguración presidencial – cesase.

La empresa *Endesa* de capitales chileno-españoles concluyó en 2005 la construcción de la represa Ralco (Alto Bío Bío). Durante y luego de la construcción la población mapuche-pehuenche fue expulsada (legal e ilegalmente) de sus campos y compelida a relocalizarse en zonas menos favorables mediante permuta de terrenos, lo cual se llevó a cabo por contratos parcialmente ilegales por violación de la normativa administrativa en unos casos y por ser suscriptos bajo engaño en otros[128]. El Estado chileno, incluso mediante la desvinculación de dos directores de la CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) opuestos al proyecto, en todo momento avaló el mega emprendimiento. Manifestantes activos en las protestas han sido catalogados de terroristas y puestos a disposición de la justicia bajo la Ley Antiterrorista (Ley 18.314). En los campos y en la región fueron causados daños ambientales irreparables, que amenazan la existencia cultural de la comunidad mapuche local, ancestralmente ligada en su identidad a su tierra y tu entorno. Hasta el momento no se han realizado resarcimientos pecuniarios ni han tenido lugar

de-janeiro-gesundheitsschaedlicher-regen-aus-thyssen-stahlwerk/4325/ (para todos los enlaces, última consulta: 7.11.2012). Cfr. asimismo *TPP casos* y *TPP sentencia* (*supra* nota 125).

127 Cfr. ficha en *Mapa da Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*, en: http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=ficha&cod=109 (última visita: 23.11.2012)

128 Cfr. esta información y las siguientes referencias sobre el caso en NAMUNCURÁ, Domingo. *Ralco: represa o pobreza?* (Santiago de Chile: Lom, 1999), con referencias a informes, pruebas periciales, etc.; *TPP casos* y *TPP sentencia* (*supra* nota 125). Véase también: http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/endesa/arcis.html (última consulta: 6.11.2012); Película: *Apaga y vámonos* (España, 2005).

procesos judiciales exitosos. Por la aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista contra el pueblo mapuche Chile enfrenta un juicio ante la CIDH, aún pendiente[129].

La empresa estadunidense *Chiquita Brands* pagó entre 1997 y 2004 a grupos armados colombianos facilitando el funcionamiento de su actividad en las plantaciones bananeras, en perjuicio de la población local víctima de los crímenes de tales grupos; Por esta financiación de grupos "terroristas" la empresa debió pagar en EE.UU. 25 millones de dólares, mientras que por otra parte un proceso llevado frente al *US-District Court Southern District of Florida* de acuerdo con el ATCA[130] se inició en abril de 2010 por parte de los allegados de las víctimas y aún se encuentra pendiente[131]. En Colombia las víctimas de los grupos paramilitares no han tenido aún ningún tipo de resarcimiento por parte de la empresa, no obstante haber sido exhortada la investigación de los bienes de la misma con tal fin en la sentencia condenatoria del ex-jefe paramilitar "El Alemán"[132]. En la investigación penal iniciada en Colombia contra directivos de la empresa por el pago a los grupos paramilitares se decidió la preclusión del caso porque la empresa habría actuado víctima de extorsiones, y por no existir evidencia de la utilización del dinero en la perpetración de masacres[133].

La multinacional estadounidense *Chevron/Texaco* construyó y utilizó entre 1964 y 1992 oleoductos en Ecuador, tiempo durante el cual habría vertido en el Amazonas más de 18 millones de galones de residuos tóxicos[134]. Con tal fin el

---

[129] Cfr. *Caso No. 12.576, Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche), Chile, enviado por la ComIDH a la CorteIDH el 7.08.2011.* Sobre el caso: http://www.politicaspublicas.net/panel/siddhh/casos-cidh/1515-cidh-chile-mapuche.html (última consulta 8.11.2012). Cfr. también *Comisión Ética contra la Tortura*: *Informe de Derechos Humanos 2010*.

[130] Sobre ATCA (*Alient Tort Claims Act*) véase *infra* apartado 3.4.

[131] Ver sobre el mismo: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9136060; http://www.earthrights.org/legal/eri-launches-new-lawsuit-against-chiquita-funding-arming-and-supporting-colombian-terrorists (para todos, última consulta: 6.11.2012); Véase también BUCHELI, Marcelo. *Bananas and Business* (Nueva York: NYUP, 2005), con un estudio histórico del impacto de la empresa en Colombia desde su llegada en 1899.

[132] Cfr. la sentencia en el *Proceso 2007 82701 contra Fredy Rendón Herrera por Homicidio en persona protegida y otros*, Punto resolutivo Trigésimo, p. 421, donde se afirma la vinculación económica de la empresa con las actividades paramilitares.

[133] Cfr. notas en periódicos *El Tiempo* del 28 y 30.03.2012 http://www.eltiempo.com/justicia/cierran-caso-contra-chiquita-brands_11453484-4; http://m.eltiempo.com/justicia/caso-chiquita-brands-apelarn-fallo-que-cerr-proceso/11461766; véase también: http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-335188-precluyen-investigacion-contra-chiquita-brands-financiamiento-pa; http://www.semana.com/nacion/esto-no-huele-bien-caso-chiquita/174719-3.aspx (para todos, última consulta: 7.11.2012).

[134] Cfr. información introductoria sobre el caso el documental de KIMERLING, Judith. *Amazon crude* (Natural Resources Defense Council, 1991); DONZIGER, Steven; GARR, Laura; PAGE, Aaron Marr. *Rainforest Chernobyl Revisited - The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's*

gobierno declaró *vacantes* las tierras afectadas, que fueron adquiridas por la empresa, aunque éstas pertenecían y eran habitadas por la población originaria. El ejército habría expulsado parcialmente la población y continuado dando su apoyo a la empresa mediante la vigilancia y aseguramiento de la extracción de petróleo. La contaminación provocada por la violación de la normativa vigente continúa hasta hoy y en la población local los índices de enfermedad y muerte son en algunos casos (cáncer) 130 % mayores que en regiones no afectadas. La denuncia colectiva que se presentó en 1993 por parte de 30.000 pobladores originarios (*Aguinda v. ChevronTexaco*) primeramente estuvo radicada en EE.UU. – bajo ATCA – pero fue rechazada por imperio del *forum non conveniens*[135] y llevado entonces a Ecuador, donde en febrero de 2011 la empresa ha sido condenada al pago de 18 mil millones de dólares[136], sentencia apelada y recurrida en casación, aún pendiente ante la Corte Nacional de Justicia[137].

Tanto en el ámbito penal, como en el administrativo, el civil, y el de protección de los Derechos Humanos, existen regulaciones y mecanismos que deberían haber evitado, o sancionado, o reparado parcialmente los daños ocasionados. Si bien en todos los casos se activaron algunos de estos mecanismos, ninguno de ellos resultó satisfactorio.

3. ÓRDENES NORMATIVOS QUE PODRÍAN ESTAR COMPROMETIDOS

En abstracto, pueden identificarse como aplicables, por lo menos los siguientes cuatro órdenes normativos:

3.1. Derecho (penal) nacional

Abusive Litigation in Ecuador's Amazon, In: *Human Rights Brief* 2010 (17(2)), pp. 8-15 (notas 76-80), *passim*.

135 Sobre este obstáculo de admisibilidad véase *infra* apartado 4.4.

136 *Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos* (Sala única), Causa 002-2003, sentencia del 14.02.2011, 1ra. instancia; Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos (Sala única), Causa 002-2003, Juicio 2011-0106, sentencia del 3.01.2012 (2da. instancia).

137 Cfr. http://ecuador.diariocritico.com/noticias/chevron/corte-nacional-de-justicia/juicio-ambiental/400802. Sobre el caso y para su seguimiento véase también: http://thechevronpit.blogspot.de/2012/10/court-grants-ecuador-villagers-first_17.html. (última consulta: 7.11.2012);

La cuestión que aquí se analiza está directamente relacionada con infracciones empresariales que, en primer lugar, podrían catalogarse de problemáticas desde una perspectiva "moral" o "comercial", pero que son afectaciones a bienes jurídicos cuya lesión se prevé como un hecho *penalmente* prevista. En muchos casos son los directivos quienes podrían ser llevados a juicio, pero la envergadura de las actividades en cuestión así como el que se trate de empresas de compleja estructura, conducen a la pregunta sobre si las empresas mismas pueden ser o no responsabilizadas penalmente. Esta es la cuestión también aquí planteada. Tanto las posturas a favor como las posturas en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tienen buenos argumentos para ofrecer[138]. En América Latina la opinión que niega tal posibilidad – opinión heredera de un concepto continental y liberal del Derecho Penal – ha predominado hasta el momento. El principio de culpabilidad y la naturaleza de las sanciones penales se cuentan entre los motivos principales para ello. Sin embargo, y aún con fuertes contradicciones de principios en los ordenamientos internos, los Estados van incorporando la posibilidad de la responsabilización penal de las personas jurídicas[139].

3.2. Derecho (penal) internacional

Cuando las infracciones cometidas por personas naturales en conexión a la actividad estatal son de extrema gravedad, porque sus actividades lesionan los Derechos Humanos más fundamentales en las formas más severas, estas acciones ya no sólo incumben al derecho penal nacional u ordinario, sino que puede considerarse también dentro de la órbita del *derecho penal internacional*. En los casos en que se sospecha la participación en crímenes internacionales nucleares como

[138] Para un primer acercamiento a la discusión en distintos contextos normativos véase: ESER, Albin; HUBER, Barbara; CORNILS, Karin (Eds.). *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law* (Freiburg i.Br.: iuscrim, 1998); BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas – Ensayo de un nuevo modelo teórico* (Buenos Aires: Depalma, 2000); FLETCHER, George P.. *Collective Guilt and Collective Punishment*, In: *Theoretical Inquiries in Law* 2004 (5), pp. 163-174; GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005); ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. *Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales*, In: *Revista Penal* 2010 (26-Julio), pp. 3-45; PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputaçao penal subjetiva* (São Paulo: RT, 2011, 3ra. ed. rev.) (todos, *passim*).

[139] Cfr. por todos ABANTO VÁSQUEZ (*supra* nota 138), p. 36 ss. con más referencias.

genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o de agresión, podría evaluarse la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (E-CPI, o Estatuto de Roma –ER–), si el mismo fue suscripto por el Estado en cuestión, o de la normativa nacional especial relativa a los crímenes internacionales[140]. Las distintas formas de imputación (*modes of liability*) están previstas en sus arts. 25 ER (comisión directa, indirecta, distintas formas de colaboración) y 28 ER (responsabilidad del superior)[141]. Las variantes de colaboración (*complicity*) se reconocen como las más apropiadas para examinar eventuales formas de participación que podrían caber a las empresas cuando entran en contacto (mediante financiación, compra o venta de bienes etc.) con actores locales que cometen crímenes internacionales: el art. 25 (3)(c) ER establece la figura de "asistencia y apoyo" ("*aiding and abetting*") y el art. 25(3)(d) ER estipula la responsabilidad por "otra contribución a un grupo criminal" ("*other contribution to a criminal group*")[142]. Sin embargo, más allá de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de estas modalidades (vgr. sobre el *mens rea*), también en este ámbito hay un impedimento insuperable para su aplicación a empresas: Las personas jurídicas no son punibles de acuerdo al ER, y por lo tanto no podrían ser juzgadas de acuerdo a él ni llevadas ante la CPI – únicamente personas físicas a cargo de las actividades de la persona podrían ser imputadas, situación similar a la que se presenta en el ámbito del derecho penal nacional[143]. Cada vez se hacen más

---

140 Así por ejemplo Alemania cuenta desde el año 2002 con el *Völkerstrafgesetzbuch* (*VStGB*), es decir, el "Código Penal Internacional alemán", que implementa en el orden interno las exigencias emanadas del ER respecto de los crímenes internacionales, a fin de posibilitar el juzgamiento de los mismos primeramente en Alemania.

141 Véase en general sobre las formas de participación: AMBOS, Kai. *Treatise of International Criminal Law, Vol. I,* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 102 ss. (historia y otros tribunales), especialmente p. 144 ss. para el art. 25 ER.

142 Sobre la modalidad "*aiding and abetting*" y su eventual imputación a empresas véase CASSEL, Doug. *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, In: *Northwestern Journal of International Human Rights* 2008 (6(2)), pp. 304-326, *passim*; Véase para una propuesta de clasificación de *complicity* aplicable a las actividades de las empresas y muy seguida por otros autores CLAPHAM, Andrew; JERBI, Scott. *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, In: *Hastings International and Comparative Law Review* 2001 (24), pp. 339-349, *passim*; Véase también CLAPHAM, Andrew. *Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, In: *JICJ* 2008 (6), pp. 899-926, aquí pp. 902 ss. y 907 ss.; HUISMAN; VAN SLIEDREGT (*supra* nota 122), *passim;* ICJ (*supra* nota 123), Vol. 1-3, con más referencias.

143 Sobre la discusión en Roma y el resultado en el Estatuto véase SERENI, Andrea. *Individual criminal responsibility*, In: Lattanzi (Ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, pp. 139-146 (Napoli: Editoriale scientifica, 1998), p. 145 s.; SCHABAS, William A.. *General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)*, In: *Eur. J. Crime, Crim. L. & Crim. J.* 1998 (6), pp. 400-428, aquí p. 409 s. con más referencias; AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht* (München: C.H. Beck, 2011 3ra. ed.), § 7, nota marginal 10 ss. Sobre la falta de ámbito internacional de responsabilización desde una perspectiva criminológica véase HUISMAN, Wim. *Corporations and*

asiduas las propuestas para que esta situación sea modificada, pero su realización es aún improbable[144].

3.3. Protección internacional y regional de los Derechos Humanos

En el ámbito internacional así como en ámbitos regionales se han establecido sistemas de protección de los Derechos Humanos. La *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) de acuerdo a su Carta fundacional es un sistema básicamente destinado al mantenimiento de la paz y la seguridad entre los Estados, entre otras formas, mediante la cooperación para el desarrollo y estímulo de los Derechos Humanos[145], por lo que cuenta con instrumentos y órganos que pueden considerarse propiamente destinados a la protección de los Derechos Humanos. La *Corte Internacional de Justicia* (CIJ) es el órgano judicial de la ONU[146] e interviene en la protección de los Derechos Humanos que pudieran estar siendo o haber sido violados en el ámbito de su jurisdicción.[147] El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, por su parte, constituido a partir de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (Carta OEA)[148], cuenta entre sus principales órganos a la

International Crimes, In: Smeulers./ Haveman (Eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* (Antwerpen [et al.]: Intersentia, 2008), pp. 181-211, *passim*.

144 Para las defensas más salientes de la responsabilización penal internacional véase CLAPHAM (*supra* nota 142), *passim*, quien promueve el reconocimiento de la responsabilidad penal internacional de las empresas más allá del ER; MCGREGOR, Michael A.. *Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources*, In: *Case W. Res. J. International Law* 2009 (42), pp. 469-497, aquí p. 490 ss.; KYRIAKAKIS, Joanna. *Prosecuting Corporations for International Crimes: The Role for Domestic Criminal Law*, In: May/ Hoskins (Eds.), *International Criminal Law and Philosophy* (Cambridge: CUP, 2010), pp. 108-137, *passim*, especialmente p. 136 s.; KREMNITZER, Mordechai. *A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law*, In: *JICJ* 2010 (8(3)), pp. 909-918, *passim*; STOITCHKOVA, Desislava. *Towards corporate liability in international criminal law* (Utrecht: Intersentia, 2010), presentando la problemática y proponiendo la responsabilización desde una perspectiva holística en p. 95 ss.

145 Cfr. *Carta de las Naciones Unidas* (26.06.1945), en sus arts. 1.1, 1.2 y 1.3. Por su parte, el documento que puede considerarse como fundacional en cuanto a la protección de los Derechos Humanos es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, suscripta en San Francisco (10.12.1948).

146 Los otros órganos principales son la Asamblea General (órgano legislativo) así como el Consejo de Seguridad y su Secretario General (órganos ejecutivos).

147 Cfr. *Estatuto de la CIJ* - sancionado como documento anexo a la Carta de la ONU el mismo día de suscripción de ésta (26.06.1945) en la ciudad de San Francisco –, arts. 93.1 y 93.2.

148 Firmada el 30 de abril de 1948. En su art. 112 establece: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una Convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimientos de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de la materia."

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH)[149] y reconoce como documento fundamental la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH)[150]. En la misma se establece el órgano judicial del sistema interamericano, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CorteIDH)[151]. El sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos se inició en 1948 con el establecimiento del *Consejo de Europa*, organización análoga a la OEA del ámbito americano. En ese marco institucional se suscribió en 1950 el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) focalizado en la protección de los derechos civiles y políticos.[152] A partir del CEDH se instauró el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) y la *Comisión Europea de Derechos Humanos* (ComEDH)[153]. A diferencia del sistema americano, los 27 Estados Partes del Consejo de Europa son también signatarios del CEDH y de la CartaEDH, por lo que se encuentran vinculados a las resoluciones de la ComEDH y bajo la jurisdicción del TEDH. En todos estos sistemas, sólo Estados pueden ser denunciados por violación a los instrumentos de protección.

3.4. Reparación civil por ilícitos violatorios del Derecho Internacional

En los inicios de la formación estatal de Estados Unidos fue sancionada la así llamada *Alien Tort Claims Act* (ATCA) como parte de la *United States Judiciary Act of 1789*[154]*.* La misma establece que en casos de actos violatorios del Derecho Internacional Público ("*law of the nations*") o contrarios a los tratados de los que es parte Estados Unidos, los tribunales civiles federales de Estados Unidos tendrán jurisdicción originaria para tratar y eventualmente decidir el resarcimiento pecuniario

[149] Creada en 1959 y con inicio de funciones en 1960.

[150] Conocida también como *Pacto de San José de Costa Rica*, firmada en esta última ciudad (22.11.1969).

[151] La CADH fue suscripta y ratificada por la mayoría de los Estados americanos y entró en vigor en 1978. EE.UU. se cuenta entre los pocos Estados que no la han suscripto, por lo que a su respecto sólo la Comisión puede emitir documentos, no así la CorteIDH, dado que su competencia contenciosa está establecida en la CADH.

[152] *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades individuales*, firmado en Roma (4.11.1950). Para una versión actualizada del Convenio de acuerdo a las modificaciones posteriores a dicha fecha véase: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf (última consulta: 5.11.2012).

[153] Hasta 1998 el TEDH atendía denuncias recibidas de la ComEDH, a partir de ese año el procedimiento fue judicializado y el TEDH interviene en forma directa, sin previo "filtrado" por parte de la Comisión.

[154] Es la primera ley regulatoria de la jurisdicción en EE.UU.: *First Judiciary Act First Congress,* Session 1, Chapter 20, Statute I, September 24, 1789, pág. 73.

correspondiente requerido por el demandante extranjero[155]. La actual redacción del ATCA[156] es la siguiente: *"Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original sobre toda acción civil de un extranjero sólo por un ilícito civil extracontractual, cometido en violación del derecho internacional o de un tratado de los Estados Unidos."*[157] Así entonces, dicha jurisdicción regirá únicamente cuando el demandante (que debe ser extranjero) pueda demostrar que el demandado cometió el ilícito ("*tort*") en violación de alguna norma de la *law of nations*, bajo lo que se entiende en EE.UU. al Derecho Internacional consuetudinario[158]. ATCA estuvo casi 200 años olvidada, hasta que en 1980 una Corte de Apelación en Nueva York consideró que tenía jurisdicción sobre la demanda por resarcimiento civil interpuesta por el padre y la hermana de un joven paraguayo torturado y matado en Paraguay por un agente del Estado, también paraguayo. Con este caso, *Filártiga v. Peña-Irala*[159], se inició el camino actual del *case law* de ATCA y la "era moderna de la litigación sobre Derechos Humanos en EE.UU."[160]. Aún queda por esclarecerse, entre otras cuestiones, la calidad del sujeto pasible de ser demandado así como cuál es y cómo se define el derecho internacional que debe haber sido violado para que la demanda sea admisible.

4. DIFICULTADES EN LAS RESPUESTAS NORMATIVAS

[155] Para una introducción en esta normativa y su desarrollo jurisprudencial véase por todos HAILER, Claudia. *Menschenrechte vor Zivilgerichten – die Human Rights Litigation in den USA* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), especialmente p. 49 ss.; FLETCHER, George P.. *Tort Liability for Human Rights Abuses* (Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008), *passim*; KOEBELE, Michael. *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: enforcement of international law through US torts law* (Leiden: Nijhoff, 2009), especialmente capítulos 1 y 2; GALLAGHER, Katherine. *Civil Litigation and Transnational Business – An Alien Tort Statute Primer*, In: *JICJ* 2010 (8(3)), pp. 745-767, *passim*.

[156] Esta legislación también es denominada *Alien Tort Statute* desde que la Corte Suprema de EE.UU. utilizó esta denominación en el renombrado caso *Sosa v. Alvarez-Machain,* 542 U.S. 692 (2004).

[157] 28 U.S.C. (United States Code) § 1350 ["*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*"]. Se trata por tanto de una norma destinada a establecer la jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses respecto de estos casos, dado que la intervención de aquellos sólo puede ser establecida en forma positiva expresa, cfr. KÖSTER, Constantin. *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), p. 49 ("*Zuständigkeitsnorm*").

[158] Sobre estos requisitos véase por todos HAILER (*supra* nota 155), p. 58 ss. con más referencias; KÖSTER (*supra* nota 155), p. 49 ss.

[159] *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F2d 876 (2d Cir 1980).

[160] GALLAGUER (*supra* nota 155), p. 748.

4.1. Derecho (penal) nacional

La pregunta que se plantea es si el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una herramienta aplicable y útil para la prevención y sanción de actividades violatorias de los Derechos Humanos en los que participan en forma directa o indirecta empresas transnacionales. En los casos presentados ninguno de los ordenamientos contaba al momento de los hechos con la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas (discutible es el caso de Brasil, que desde la Constitución de 1998 lo habilitaría para delitos ambientales[161]). ¿Hubiera sido esta una alternativa útil? Por distintos motivos que brevemente reseñaré, considero que la respuesta es negativa: a) *Sujeto*: una empresa transnacional tiene una estructura organizativa y funcional de complejidad extrema, no asimilable a empresas locales en que la identificación de actores y responsabilidades, si bien difícil, es plausible. b) *Actividad*: la participación en actividades violatorias de Derechos Humanos no es equiparable con actos concretos que pudieran emerger de fallas de organización, de omisiones o de conductas culposas, ámbitos en los que más se ha avanzado en favor de la responsabilización penal, y que en todo caso se advierten habitualmente en el ámbito del derecho penal económico ordinario; c) *Relaciones*: no se trata únicamente de la evaluación de acciones de una empresa tal vez en coordinación con otras empresas, con infractores, o con actores políticos aislados, sino que en los casos bajo estudio se trata de emprendimientos de fuerte inversión económica, e incluso de casos con actuación y actividades realizadas con directo apoyo estatal, todo lo cual obstaculiza la idea de aislamiento e imputación de acciones delictivas; d) *Víctima*: se trata de lesiones tanto colectivas como individuales de bienes jurídicos de altísima sensibilidad; e) *Fin de la intervención*: el objetivo de la intervención respecto de los casos bajo estudio no debería ser únicamente el prevenir o sancionar – fines del sistema penal –, sino también de restaurar y reparar, lo cual difícilmente suele contarse entre los objetivos del sistema penal; f) *Foro de intervención*: dado que no se trata de acciones exclusivamente delictivas, sino que de

[161] Véanse en general sobre esta discusión, que en su mayoría se resuelve desde la teoría a favor de la responsabilización penal de las empresas (de acuerdo a la normativa constitucional) pero en la práctica en contra de ella (de acuerdo a la tradición personalista del derecho brasilero), los aportes presentados en PRADO; DOTTI (*supra* nota 138), *passim*.

severas violaciones a derechos fundamentales a partir de infracciones a pautas básicas económicas, sociales, políticas etc., no pueden ser sólo especialistas penales quienes tengan a su cargo la investigación, juzgamiento y tratamiento de los casos en cuestión – debe procurarse, por lo tanto, un foro de intervención interdisciplinario.

Las empresas transnacionales no son asimilables a individuos, por lo que entiendo que su sanción tampoco debe ser asimilable al sistema de sanciones a individuos, es decir, al sistema penal. En el caso de las empresas transnacionales se trata de actividades, estructuras, tomas de decisión y procesos de delegación y distanciamiento más comparables a las actividades de una institución del tipo pública, por ejemplo el Estado, que de un individuo.

4.2. Derecho (penal) internacional

Teniendo en cuenta las discordancias doctrinarias por las que atraviesan varias de las formas de imputación del orden penal internacional, ya sea que se encuentren o no previstas en el Estatuto de Roma, y teniendo también en cuenta que estas discordancias doctrinales se ven agudizadas en la práctica al momento de ser aplicadas respecto de personas naturales, no es de esperar que el sistema penal internacional pueda ser la herramienta idónea para la prevención y sanción de la participación de empresas transnacionales en la comisión de crímenes cometidos por personas naturales: a) *Imposibilidad estatutaria*: normativamente el sistema penal internacional no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas; b) *Insuficiencia teórico-jurisprudencial*: si en el sistema actual se aceptase la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las figuras existentes no resultan aplicables para la investigación de intervención en la comisión de crímenes internacionales por intereses comerciales, dado que aún no se ha desarrollado a nivel teórico ni jurisprudencial suficiente caudal explicativo para imputar actividades sólo indirectamente relacionadas con la comisión física de los crímenes; respecto de personas naturales imputaciones en este sentido han prosperado sólo esporádicamente, por lo que es de esperar que respecto de personas jurídicas tales condenas sean aún menos factibles; por otro lado, excede la posibilidad de imputación diseñada de acuerdo a órdenes normativos basados en la responsabilidad individual;

c) *Complejidad de las estructuras empresariales transnacionales:* aun cuando las figuras existentes fuesen "suficientes" para la imputación a personas naturales, las mismas no resultarían suficientemente adaptables a las estructuras de organizaciones complejas que caracterizan a las personas jurídicas en general, y a las empresas transnacionales en particular – en el sentido ya señalado en el apartado 4.1. –, por lo que es de esperarse que aun cuando normativamente se generasen nuevas figuras, persistirían las dificultades materiales de investigación y prueba propia de los procesos internacionales en cuestión que, ya de difícil solución respecto de personas naturales, resultarán de mayor – cuando no de imposible – aplicación respecto de empresas transnacionales.

La incorporación de la persona jurídica como sujeto imputable ante la CPI, por lo tanto, podría ser una solución en el papel, pero no en la realidad.

4.3. Protección de los Derechos Humanos

Miembros de la ONU pueden ser únicamente Estados[162], por lo que en principio sólo ellos son pasibles de ser denunciados ante la CIJ en casos de violación de la Carta de la ONU o de alguno de sus instrumentos vinculantes. Lo mismo sucede en los sistemas regionales. El ámbito de protección internacional y los órganos respectivos se encuentran largamente establecidos y consolidados. Todos los *Estados* involucrados en los casos reseñados (Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, EE.UU., España y Alemania) son Estados Miembros de la ONU y – en cada caso en forma específica de acuerdo a las ratificaciones respectivas – están obligados por distintos instrumentos emanados de ella y sometidos a la intervención de sus órganos; no así sus empresas. La responsabilización de los Estados en casos en que sus empresas participen en la violación de Derechos Humanos dependerá únicamente del grado de vinculación entre el Estado y la actividad empresarial. En cuanto a los mecanismos de *soft law* existentes en el ámbito internacional, esto es las regulaciones protectoras de los Derechos Humanos que parten fundamentalmente de la Organización International del Trabajo (OIT), de la Organización para la Cooperación

[162] Cfr. *Carta de la ONU*, Capítulo II, arts. 3 a 6.

y el Desarrollo Económico (OCDE), o de la misma ONU[163], debe reconocerse que la no obligatoriedad de los mismos, no obstante ser esenciales cartas de buenas intenciones, no han llevado a una visible disminución de actividades lesivas por parte de las empresas transnacionales. Un ejemplo concreto ha dado hace pocas semanas Alemania, al rechazar en el *Bundestag* un proyecto de ley para la suscripción del Convenio 169 OIT[164], por entender que la obligación de protección de los derechos fundamentales de los pueblos originarios debe recaer en el Estado en que se encuentran dichos pueblos, y no en los Estados a los que pertenecen las empresas que podrían violar tales derechos (las que se verían seriamente restringidas en sus actividades comerciales en caso de que el Convenio fuese firmado, con el consiguiente perjuicio económico para su país de origen)[165]. Cabe recordar, en este mismo sentido, que el propio Representante Especial de la ONU para Cuestiones de Negocios y Derechos Humanos, John Ruggie, ha reconocido que no es suficiente la confianza en la buena voluntad empresarial, manifestada por ejemplo en el programa *Global Compact*[166] al que él mismo promocionó fuertemente, sino que deberán diseñarse mecanismos más rigurosos para obtener resultados satisfactorios[167].

4.4. Reparación civil por ilícitos violatorios del Derecho Internacional

[163] Sobre los documentos e iniciativas emanadas de estas organizaciones (esencialmente *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* de 1976, *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* de 1978, y *UN Global Compact* de 1999) véase VAN DEN HERIK;ČERNIČ (*supra* nota 124), p. 735 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 123), p. 16 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 122), p. 710 ss.; STOITCHKOVA (*supra* nota 144), p. 12 s.

1.1[164] EL CONVENIO OIT NRO. 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBUNALES EN PAÍSES INDEPENDIENTE*, FIRMADO EN GINEBRA EL 7 DE JUNIO DE 1989, ENTRE OTRAS REGULACIONES RESTRINGE LAS POSIBILIDADES DE INVERSIONES Y EMPRENDIMIENTOS EMPRESARIALES CUANDO ESTOS PUDIERAN AFECTAR POBLACIONES ORIGINARIAS (HTTP://WWW.ILO.ORG/INDIGENOUS/CONVENTIONS/NO169/LANG--ES/INDEX.HTM – ÚLTIMA CONSULTA 7.11.2012).*

[165] El proyecto (Drucksache 17/05915) presentado ya en 2011 por *SPD* y *Bündnis 90/Die Grünen* fue rechazado en la Comisión de Cooperación Económica y Desarrollo (*Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*) el 18.10.2012.

[166] *United Nations Global Compact*, de acuerdo con el Secretario General de la ONU Ban Ki-Moon: "*The Global Compact asks companies to embrace universal principles and to partner with the United Nations. It has grown to become a critical platform for the UN to engage effectively with enlightened global business.*" (http://www.unglobalcompact.org/ - última consulta 21.11.2012).

[167] Como resultado de la tarea llevada a cabo por John Ruggie se aprobaron en la Asamblea General de la ONU del 21.03.2011 los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"* (www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc), cuyos pilares fundamentales son la obligación de protección de los DDHH por parte del Estado, la obligación de respeto de los DDHH por parte de las empresas, y la posibilidad de acceso a mecanismos eficaces de reclamación en caso de incumplimiento. Estos Principios Rectores están siendo evaluados y tomados como guía en diversos ámbitos estatales y empresariales.

Además de las cuestiones antes mencionadas (personas y delitos demandables ante ATCA), existen dificultades propias de esta jurisdicción. Se trata de obstáculos de carácter político (a y b), y procesal (c y d) para la admisibilidad de la acción. Los principales motivos por los cuales un juez puede abstenerse de admitir el caso son: a) *Doctrina de la cuestión política*: el caso atañe temas cuyo tratamiento se encuentra constitucionalmente en el ámbito político más que en el judicial; b) *Doctrina del acto de Estado*: el caso exige juzgar sobre actos de gobiernos soberanos extranjeros realizados dentro de su propio territorio; c) *Forum non conveniens*: existe otra jurisdicción a disposición y es adecuada, y una ponderación del interés del particular demandante y el interés público en el caso recomiendan que el caso se trate en la otra jurisdicción; y d) *Exigencia del agotamiento de las vías de acción locales*: el caso sólo puede ser admisible si todos los remedios disponibles en el Estado del demandante fueron agotados[168].

En la gran mayoría de lo casos de violaciones de Derechos Humanos por parte de empresas transnacionales existen intereses estatales políticos y económicos, los Estados donde está radicada la empresa en general tienen interés directo en la actividad empresarial de la misma, y las víctimas no se encuentran en el ámbito de los EE.UU., dificultándose la investigación de los acontecimientos (en el caso *ChevronTexaco*, por ejemplo, diez años (!) tramitó el expediente en EE.UU. antes que se decidiera su reenvío a Ecuador por aplicación del *forum non conveniens*). No es de sorprender entonces, que acciones iniciadas bajo ATCA habitualmente no prosperen[169]. Proponer este mecanismo como modelo a replicar en otras legislaciones, por lo tanto, difícilmente resultaría útil.

5. PRIMERAS SUGERENCIAS PARA FUTURAS PROPUESTAS

[168] Cfr. por todos KOEBELE (*supra* nota 155), pp. 323 ss. (*forum non conveniens*); 348 ss. (*act of state y political question doctrines*); HAILER (*supra* nota 155), 140 ss. (*forum non conveniens*), 143 s. (*agotamiento vías de acción locales*), 150 ss. (*political question doctrine*); GALLAGUER (*supra* nota 155), pp. 752 ss., 756 ss.

[169] Cfr. en igual sentido los análisis aportados por los autores al analizar los obstáculos para la admisión (*supra* nota 168). En contra, optimista sobre el futuro de ATCA, FLETCHER (*supra* nota 155), p. 8 s.

Teniendo en cuenta la naturaleza y los impactos económicos, políticos, sociales e institucionales de las actividades aquí estudiadas, en la investigación en curso el análisis de las cuestiones normativas y sus dificultades se complementa con un estudio criminológico de la problemática, el cual por cuestiones de espacio no puede ser expuesto en este texto. Me limito aquí a mencionar dos complejos temáticos evidenciados en los casos estudiados, y que alimentan el estudio normativo: Debe considerarse, por un lado, el *interés económico estatal* que existe en todos estos casos respecto de las actividades empresariales transnacionales (piénsese en conceptos clave tanto en el plano de la legitimidad de las actividades – inversiones extranjeras, fuentes de trabajo, desarrollo – así como en el plano de su ilegitimidad – cohecho, demagogia, favorecimientos). Por otra parte, no debe perderse de vista que todas estas actividades se desarrollan en un *contexto de riqueza natural y vulnerabilidad socio-económica,* es decir, en un subcontinente innegablemente generoso en recursos y espacios naturales, y a la vez preocupantemente vulnerable (vulnerabilizado, en realidad) en cuanto a los mecanismos de resguardo de sus riquezas y su población. Estos aspectos particulares en el caso latinoamericano obligan a pensar en propuestas también acordes, y por lo tanto regionales, que los contemplen. Partir de esta realidad regional es así la primera premisa al momento de hacer cualquier evaluación y propuesta. Por otra parte, por los motivos expuestos en el apartado anterior (4.), entiendo que ninguno de los sistemas presentados ofrece una respuesta normativa satisfactoria ante las actividades violatorias de Derechos Humanos por parte de empresas transnacionales en América Latina – lo cual se evidencia en la falta de resoluciones favorables de los mismos. Es decir, la sola modificación parcial o ampliación de las formas de imputación y de los ámbitos jurisdiccionales ya existentes no necesariamente conllevaría una mejora real en la prevención, sanción y reparación de actividades gravemente violatorias de los Derechos Humanos por parte de empresas transnacionales, ya que las mismas probablemente arrastrarían defectos e insuficiencias ya existentes. Considero que esta es una segunda premisa a tener en cuenta.

Entiendo, por tanto, que debe pensarse esta problemática en forma diferente, y esto no significa la invención de un nuevo sistema, sino la adopción de un nuevo ángulo de observación.

Las siguientes son unas primeras sugerencias, a ser aún exploradas, en cuanto a qué aspectos deberían considerarse desde este nuevo ángulo de observación, a fin de conservar lo positivo y descartar lo negativo de los actuales mecanismos y regulaciones.

En primer lugar, debe partirse de la base de que la *intervención judicial es la última alternativa*, y no la primera. Real prevención en el contexto latinoamericano no puede basarse en la confianza en el efecto disuasivo de la norma – como podría suceder en otros contextos –, sino más bien en la disminución del estado de vulnerabilidad de su población y sus instituciones. Esto claramente excede el marco de lo que puede ser una propuesta penal-criminológica. Dar cuenta de ello, sin embargo, permite exponer la problemática en forma integral, a fin de evaluar propuestas de reforma útiles y reales, y no parcializadas ni ideales.

Por otra parte, el abordaje del tema no debe perder de vista que los actores de los que se está tratando no se rigen por la lógica individual del ciudadano común, sino que actúan y responden desde una *perspectiva empresarial*. La amenaza del Estado que puede tener efecto intimidante sobre un individuo o incluso sobre un grupo de individuos, no es eficiente cuando se trata de un Estado tratando con una empresa transnacional – que en muchos casos tiene mayor poder económico y relevancia internacional que el propio Estado – que, por otra parte, ofrece a ese Estado la posibilidad de beneficios a partir de la inversión extranjera (la represa de Ralco, la siderúrgica en la Bahía de Sepetiba, el oleoducto ecuatoriano... todos ellos fueron emprendimientos que el Estado respectivo consideró rentables, y que precisamente por tal motivo llevó adelante incluso contra sus propias normativas).

Los mecanismos diseñados deberán contener, primeramente, elementos de *cooperación* y *no de confrontación*. Esta cooperación debe llevar al diseño de plan de actividades que conlleven mutua obtención de beneficios, lo que implica no sólo a la empresa, y al Estado como ente político-económico, sino fundamentalmente a la población directamente afectada (aspecto que evidentemente faltó en los casos mencionados). El respeto de los derechos fundamentales de ésta no puede quedar al

arbitrio de la estrategia autorregulatoria de la empresa, ni antes ni luego de una sanción (las multas impuestas a *ThyssenKrupp* fueron parciales, porque una parte de las mismas las retuvo la empresa bajo el compromiso de invertir el dinero en programas de responsabilidad social empresarial, lo cual no sucedió). Las pautas básicas – pactadas y/o normadas teniendo por base el múltiple beneficio –, una vez establecidas deben ser por lo tanto de *cumplimiento obligatorio, y no voluntario*. Mientras que la consideración de la racionalidad cooperativa será esencial al tratar las formas de intervención previas a la actividad lesiva – ocasión en que los intereses empresariales, ambientales, de la población local etc. serán foco de atención –, la obligatoriedad del cumplimiento será el elemento clave al establecer las formas de intervención sancionadora, en las que las cuestiones de imputación y de jurisdicción estarán en el centro de la atención.

Los mecanismos de prevención, sanción y reparación de actividades violatorias de los Derechos Humanos por parte de las empresas transnacionales no pueden quedar en manos de compartimentos estancos limitados a las cuestiones de imputación y jurisdicción. Tal vez el mayor desafío en el tratamiento de esta problemática sea el aceptar la necesidad de un *enfoque interdisciplinario*, desde el cual sea posible la actuación sinérgica de los conocimientos e intereses de penalistas, defensores de Derechos Humanos, el Estado, ambientalistas, empresarios, pueblos originarios etc. Mecanismos en que estos saberes, discursos, instituciones y actores se vean atendidos y puedan encastrarse antes, durante y después de un proceso judicial, no parecen estar disponibles. Esta es a mi entender la mayor dificultad que se presenta en el estudio y futuro diseño e implementación de mecanismos de prevención, sanción y reparación eficientes.

La plausibilidad de estas premisas como líneas orientadoras para el diseño de nuevos mecanismos, está todavía por estudiarse en el curso futuro de esta misma investigación.

REFERENCIAS

RUGGIERO, Vincenzo. *War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe*, In: *Social and Legal Studies* 1996 (5)

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts*, In: *Internationale Politik und Gesellschaft* 2007 (2),

HUISMAN, Wim; VAN SLIEDREGT, Elies. *Rogue Traders – Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity*, In: *JICJ* 2010, 8(3)

KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAß, Miriam. *Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes - The Status Quo and its Challenges*, In: *Journal of International Criminal Justice* (en adelante "*JICJ*") 2010, 8(3)

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS – *ICJ* –: *Expert Legal Panel Report on Corporate Complicity in International Crimes* (Vol. 2: Criminal Law and International Crimes) (Geneva, 2008),

KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAß, Miriam. *Transnational Corporations on Trial – On the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America*, Heinrich Böll Stiftung - Writtings on Democracy, 2008, pp. 21 ss., 37 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 122),

DECAUX, Emmanuel*. The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System,* In: *JICJ* 2011 9(3

VAN DEN HERIK, Larissa; ČERNIČ, Jernej Letnar. *Regulating Corporations under International Law – From Human Rights to International Criminal Law and Back Again,* In: *JICJ* 2010, 8(3),

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS en 2010 –*TPP casos*–: *Documento de casos presentados ante el Tribunal Permanente en ocasión de la Cuarta Sesión (14 y 15 de mayo de 2010, Madrid): La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina*; así como la respectiva sentencia – *TPP sentencia* –: *Sentencia del 16 de mayo de 2010*. Véanse también diversos casos tratados desde perspectivas económicas, históricas, jurídicas, etc., todos los cuales aportan mayores referencias:

AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN: *América Latina: Riqueza privada, pobreza pública* (Quito: CIDSE, 2009);

BUCHELI, Marcelo. *Multinational corporations, totalitarian regimes and economic nationalism: United Fruit Company in Central America, 1899–1975*, In: *Business History* 2008, 50(4), pp. 433 ss.;

KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 123), especialmente en p. 29 ss.; KALECK; SAAGE-MAAß (*supra* nota 122), pp. 705, 706, 715;

CLARK, Tim. *Canadian Mining Companies in Latin America: Community Rights and Corporate Responsibility* (North York: CERLAC, 2003).

SLACK, Keith. *Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina*, In: *Aportes DPLf* 2011*,* Nro. 15, Año 4 (septiembre),

RUSSAU, Christian. *"Abstauben in Rio de Janeiro" – Ein Hintergrunddossier zum Konflikt zum das Stahlwerk TKCSA von ThyssenKrupp in Rio de Janeiro*" (2012) (http://www.kritischeaktionaere.de/fileadmin/Dokumente/ThyssenKrupp/ThyssenKrupp_2012/2012-01-06_Abstauben_in_RJ_von_Christian_Russau.pdf);

NAMUNCURÁ, Domingo. *Ralco: represa o pobreza?* (Santiago de Chile: Lom, 1999)

BUCHELI, Marcelo. *Bananas and Business* (Nueva York: NYUP, 2005), con un estudio histórico del impacto de la empresa en Colombia desde su llegada en 1899.

KIMERLING, Judith. *Amazon crude* (Natural Resources Defense Council, 1991);

DONZIGER, Steven; GARR, Laura; PAGE, Aaron Marr. *Rainforest Chernobyl Revisited - The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon*, In: *Human Rights Brief* 2010 (17(2))

ESER, Albin; HUBER, Barbara; CORNILS, Karin (Eds.). *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law* (Freiburg i.Br.: iuscrim, 1998);

BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas – Ensayo de un nuevo modelo teórico* (Buenos Aires: Depalma, 2000);

FLETCHER, George P.. *Collective Guilt and Collective Punishment*, In: *Theoretical Inquiries in Law* 2004 (5),

GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005)

; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. *Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales*, In: *Revista Penal* 2010 (26-Julio)

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputaçao penal subjetiva* (São Paulo: RT, 2011, 3ra. ed. rev.)

AMBOS, Kai. *Treatise of International Criminal Law, Vol. I,* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 102 ss. (historia y otros tribunales),

CASSEL, Doug. *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, In: *Northwestern Journal of International Human Rights* 2008 (6(2)),

CLAPHAM, Andrew; JERBI, Scott. *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, In: *Hastings International and Comparative Law Review* 2001 (24)

CLAPHAM, Andrew. *Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, In: *JICJ* 2008 (6),

HUISMAN; VAN SLIEDREGT (*supra* nota 122), *passim;* ICJ (*supra* nota 123), Vol. 1-3,

SERENI, Andrea. *Individual criminal responsibility*, In: Lattanzi (Ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, pp. 139-146 (Napoli: Editoriale scientifica, 1998),

SCHABAS, William A.. *General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)*, In: *Eur. J. Crime, Crim. L. & Crim. J.* 1998 (6),

AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht* (München: C.H. Beck, 2011 3ra. ed.), § 7, nota marginal 10 ss. Sobre la falta de ámbito internacional de responsabilización desde una perspectiva criminológica véase

HUISMAN, Wim. *Corporations and International Crimes*, In: Smeulers./ Haveman (Eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* (Antwerpen [et al.]: Intersentia, 2008), pp. 181-211, *passim*.

MCGREGOR, Michael A.. *Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources*, In: *Case W. Res. J. International Law* 2009 (42), pp. 469-497, aquí p. 490 ss.;

KYRIAKAKIS, Joanna. *Prosecuting Corporations for International Crimes: The Role for Domestic Criminal Law*, In: May/ Hoskins (Eds.), *International Criminal Law and Philosophy* (Cambridge: CUP, 2010),

KREMNITZER, Mordechai. *A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law*, In: *JICJ* 2010 (8(3)), pp. 909-918, *passim*;

STOITCHKOVA, Desislava. *Towards corporate liability in international criminal law* (Utrecht: Intersentia, 2010),

HAILER, Claudia. *Menschenrechte vor Zivilgerichten – die Human Rights Litigation in den USA* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), especialmente p. 49 ss.;

FLETCHER, George P.. *Tort Liability for Human Rights Abuses* (Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008), *passim*;

KOEBELE, Michael. *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: enforcement of international law through US torts law* (Leiden: Nijhoff, 2009), especialmente capítulos 1 y 2;

GALLAGHER, Katherine. *Civil Litigation and Transnational Business – An Alien Tort Statute Primer*, In: *JICJ* 2010 (8(3)), pp. 745-767, *passim*.

KÖSTER, Constantin. *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), p. 49 ("*Zuständigkeitsnorm*").

HERMENÊUTICA DO VALOR JURÍDICO FUNDAMENTAL SAÚDE SOB O VIÉS DA JURIDICIDADE

HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL LEGAL VALUE HEALTH UNDER JURIDICITY

Flavio Antonio de Oliveira[170]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo defender a obrigatoriedade de fornecimento de insumos em prol da garantia da saúde e qualidade de vida humanas, mesmo que não contemplados em atos normativos internos pelo Estado, em razão da imprescindível hermenêutica sistemática sob o viés da juridicidade, em consonância com os direitos fundamentais. A juridicidade administrativa se concebe pelo diálogo das fontes derivada dos princípios e regras, ampliando o conceito de estrita legalidade administrativa sob a ótica constitucional, em vista da supremacia de sua força normativa, compreendendo toda a ordem jurídica. Em decorrência de um processo sistêmico que vise à prevenção e cura de doenças e concomitantemente uma qualidade adequada de vida, o direito constitucional à tutela jurisdicional não pode de forma absoluta ser restringido por entendimento de aplicação da sistemática infraconstitucional dos recursos repetitivos a partir de um paradigma extensível aos casos futuros, isso considerando o processo como instrumento de aferição da realidade de cada indivíduo e como pressuposto de efetivação do acesso aos meios indispensáveis ao estado de saúde plena e ou bem-estar.

Palavras-chave: Saúde; Hermenêutica; Direito Fundamental; Dignidade Humana e Juridicidade.

Abstract: The purpose of this article is to defend the obligation to provide inputs for the guarantee of human health and quality of life even if not contemplated in internal normative acts by the State, due to the indispensable systematic hermeneutics under the Juridical bias in line with the fundamental rights. Administrative juridicity is conceived by the dialogue of sources derived from principles and rules, extending the concept of strict administrative legality from the constitutional point of view in view of the supremacy of its normative force, comprising the whole legal order. As a result of a systemic process aimed at preventing and curing diseases and concomitantly an adequate quality of life, the constitutional right to judicial protection cannot be absolutely restricted by understanding the application of the infraconstitutional system of repetitive resources from a paradigm that can be extended to cases future, considering the process as an instrument for assessing the reality of each individual and as a presupposition of effective access to the means indispensable to the state of full health and / or well-being.

[170] Mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecilia. Defensor Público Estadual.

Keywords: Cheers; Hermeneutics; Fundamental right; Human dignity and Juridicality.

1. INTRODUÇÃO

Recepcionada no Brasil pela introdução de Marques (2012) e desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, a teoria do "Diálogo das Fontes" sustenta que, em razão da unidade do Direito, as suas normas, eis que derivadas de diversas ramificações, não se excluem, ao revés, se complementam. Portanto, dialogam, sem olvidar do necessário norte constitucional.

Outrossim, o princípio da unidade da Constituição impõe ao exegeta interpretar a Constituição da República não pela análise isolada de seus trechos normativos, exigindo do mesmo uma compreensão global atinente a um parâmetro normativo mais amplo acerca do conteúdo normativo constitucional irradiado por todo o sistema jurídico, almejando máxima eficácia da Constituição. Canotilho (1991. p. 162), bem leciona sobre o assunto:

> O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Binenbojm (2008) acerca da juridicidade assevera que a mesma significaria uma interpretação calcada num sentido global do ordenamento jurídico, abrangendo a legalidade:

> A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa [...]. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar

> fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

A própria Constituição da República brasileira, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, institui sua eficácia direta, ao prelecionar que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Malgrado parcela doutrinária conceba como programático o caráter da norma de tutela à saúde inscrita no artigo 196 da Constituição da República, o comando constitucional não pode ficar à mercê de provimentos de categoria inferior, sob pena da eficácia dos princípios constitucionais permanecerem à sua mercê, o que subverteria a superioridade da Constituição, retrocedendo à fase positivista pretérita em relação à exegese constitucional que ora vige.

Por este prisma, em 2013, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, legítimo intérprete superior da legislação federal, por unanimidade, sob a sistemática recursal repetitiva vigente sob a égide do CPC/73, já afirmou que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República" (RESP nº 1.069.810-RS).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, legítimo intérprete maior da Constituição da República, na Pet. 1.246/SC, sob relatoria do Min. Celso de Mello, obtemperou que "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] só é possível uma opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

2. OBJETIVOS

O escopo do presente artigo é demonstrar que o direito à saúde tem natureza de um direito público subjetivo inalienável assegurado a todos constitucionalmente, se caracterizando, pois, como prioritário e fundamental em relação a interesses financeiros e secundários relativos à gestão governamental da saúde, justificando uma impossibilidade de deliberação jurisdicional decisória absolutamente restritiva, mesmo que fulcrada em vinculação temática pela sistemática repetitiva processual.

3. MATERIAL E MÉTODOS

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça afetou pela sistemática dos recursos repetitivos o Recurso Especial nº 1.657.156-RJ (2017/0025629-7), interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, cujo debate se limitou à discussão do dever estatal de fornecimento de medicamentos não incorporados ao Programa de Medicamentos Excepcionais do Sistema Único de Saúde (Portaria n. 2.577/2006).

Logo, no desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, analítico e crítico, calcado em pesquisa bibliográfica e em pronunciamentos jurisdicionais.

A reflexão crítica baseou-se na concepção de assento normativo constitucional da garantia da saúde pública até então existente, e na discussão da possibilidade ou não de deliberação jurisdicional absolutamente restritiva mediante conclusão pretoriana de vinculação temática pela sistemática repetitiva processual.

4. RESULTADOS

O Poder Público suscita que não pode ser obrigado a fornecer insumos de saúde que não se encontrem previstos nos Protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde ou nas listas de dispensação dos entes públicos, porquanto não se inseririam no dever de Assistência Terapêutica a ser prestada pelo SUS, nos moldes autorizados pela Lei nº 12.401/2008.

Neste pêndulo entre o interesse público secundário do Estado em limitar o atendimento por critérios que unilateralmente estabelece, inclusive decorrentes do compreensível e necessário dever de zelo pelo orçamento público e o direito fundamental à saúde, verifica-se que o dever de prestação da assistência à saúde à população necessitada não se junge à técnica de subsunção legislativa de tratamentos sanitários aos limites normativos infraconstitucionais ou a atos infralegais, pois, a fundamentalidade do direito à saúde - revelador da prorrogação da existência humana qualitativa - tem suporte na juridicidade constitucional sob a ótica da promoção e evolução dos direitos humanos, inclusive porque o Estado foi instituído para servir sua população visando o atingimento de seu bem-estar, mantendo-se pelo custeio dela.

5. NUANCES DO PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL REPETITIVO DEFLAGRADOR DO TEMA 106 (STJ)

O Poder Público aduziu no Recurso Especial nº 1.657.156-RJ que só deveria fornecer os insumos de saúde condizentes com o seu dever de Assistência Terapêutica nos casos previstos e autorizados pela lei, pois, a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade estrita, e para tanto, invoca que o artigo 19-M da Lei 12.401/2008. Este, por seu turno, estabelece que a integralidade da Assistência Terapêutica consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em Protocolo Clínico para a patologia ou na falta deste protocolo clínico, em conformidade com o que dispõe o artigo 19-P do mesmo diploma legal. Vale dizer que a dispensação seria então realizada com base em relações de medicamentos instituídas pelo Gestor Federal do SUS em âmbito federal, e no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal e dos Municípios, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos Gestores Estaduais e Municipais do SUS.

Pois bem. A leitura hodierna do princípio da legalidade não se satisfaz mais com mera interpretação literal estrita de dispositivos de um diploma legal, devendo haver uma juridicidade interpretativa, porquanto o direito à saúde está consagrado no rol aberto e dinâmico dos direitos fundamentais, não podendo ser dada a eles qualquer interpretação restritiva, consentaneamente ao princípio da máxima efetividade constitucional.

Ora, a admissão meramente conjectural de que o Superior Tribunal de Justiça pudesse restringir o direito de se receber ou não um tratamento de saúde condicionado à previsão antecedente em uma lista ou relação de medicações instituída pelo próprio responsável-devedor da prestação, choca pela contradição e subversão do processo e acesso à justiça como instrumento de garantia do bem da vida pretendido e o direito à saúde, mormente quando a casuística revela urgência com vistas a preservar a vida e conter agravos à saúde humana.

Particularizando uma visão diferenciada pela perspectiva de cada indivíduo, haja vista que os meandros relativos aos agravos à saúde tem significação por vezes distinta em relação ao organismo individual de cada ser humano, Schwartz (2001, p.43) afirma que nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é

> um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de

> efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

Por este raciocínio, não haveria como se pretender cogitar como razoável a possibilidade de um órgão do Poder Judiciário vir a pretensamente ceifar - tomando em conta a amostragem de um caso como paradigma - todo o direito humano à saúde peculiarmente individual, presente e futuro, de tentar obter proteção, promoção ou recuperação da saúde, mediante uma prescrição médica em mãos, a qual assegure pela ciência médica determinado tratamento – não experimental – mas concebido, quiçá até por novos estudos científicos e empíricos médicos, apenas porque não previsto expressamente em um elenco de fármacos indicado pelo poder público.

Tal conjectura, indubitavelmente, além de contrariar a própria Constituição Federal - a qual estabelece ser o direito à saúde autoaplicável, e, portanto, exigível, independentemente de lei, em decorrência de sua essencialidade - traria franco retrocesso social ao sistema de saúde, eis que o sistema de justiça, lhe sendo subsidiário, necessita se envolver da ciência médica, repleta de nuances e riscos, sem uma compreensão completa e definitiva acerca das evoluções patológicas. Daí a necessidade de apreciação individual das casuísticas de saúde enaltecer a necessidade de um devido processo legal sanitário superlativo de garantias, já que o mérito da causa, quando não se trata da persecução da tutela da própria vida e o afastamento do risco de morte tange à manutenção de uma qualidade adequada à continuidade da existência, principal objetivo humano, sem o qual, os demais anseios são inatingíveis.

A orientação doutrinária corrobora esse entendimento ao expressar:

> A integralidade no atendimento à saúde deve contemplar tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, sem excluir qualquer ação ou serviço de saúde, mesmo as não incluídas nas políticas públicas, desde que provada a evidência científica (DRESCH, 2014, p. 44)
> Qualquer pessoa que apresentar deficiência em sua saúde, ou melhor dizendo, doença ou moléstia, deve o Estado prestar o atendimento respectivo necessário, de acordo com as possibilidades existentes do ponto de vista científico. O atendimento deverá ser adequado, não importando o grau de complexidade da doença apresentada ou o custo do tratamento, ainda que envolva internações, transplantes e drogas não incluídas na lista de remédios do SUS (SERRANO, 2012, p. 145-6)

Aliás, seria possível refletir que a intenção estatal de limitar sua atuação contendo o amplo acesso à saúde enquanto direito inalienável do ser humano atacaria a própria identidade da Constituição da República e também a intangibilidade de referido direito superprotegido pela cláusula pétrea nela inserta, haja vista que indubitavelmente se pretenderia reduzir a eficácia do direito constitucional à saúde.

Rosa (2015, p. 92), a respeito, assim se pronuncia:

> Portanto, no direito à saúde pública a assistência integral compõe o núcleo e a essência do próprio direito/dever, de modo que suprime e aniquila a própria identidade da Constituição (e do direito à saúde pública) eventual reforma constitucional que restrinja a eficácia do dispositivo que atribui/estabelece a assistência integral, é dizer, sem a integralidade da assistência pública à saúde o próprio direito resta desfigurado, sua substância desconsiderada, desrespeitando-se a vontade/determinação do constituinte originário. Proposta nesse sentido equivaleria a mitigar e reduzir o significado e a eficácia do direito à saúde na forma em que positivado pelo constituinte originário, debilitando sua proteção em contrariedade à própria identidade constitucional. A Constituição não permite seja minimizado o grau de eficácia atribuído originariamente ao direito fundamental à saúde pública.

Embora seja mais fácil visualizar que o risco de tangibilidade e reducionismo do direito à saúde como cláusula pétrea poderia ser violado por reforma oriunda do Poder Legislativo, é preciso lembrar que atualmente a juridicidade normativa a cargo do Poder Judiciário confere a ele – através de seus provimentos jurisdicionais - o poder de eficácia vinculante, inclusive sobre o Poder Executivo obrigado que é a implementar o direito ao acesso à saúde. Logo, a fonte primária do direito, que seria a norma constitucional ou legal produzida pelo Poder Legislativo, tem sido tolerada através de transformações por interpretações jurisdicionais sistemáticas, de maneira que é interessante constatar que seria possível cogitar a defesa da impossibilidade de limitação do direito à saúde por obra do próprio devedor à sua concretização, que é o Estado *lato sensu*, como também seria possível cogitar a impossibilidade de redução ou tangilibidade do direito à saúde de forma absoluta inclusive por provimento jurisdicional pretendendo a limitação da obrigação estatal à asseguração à saúde.

A maioria da doutrina sufraga que a concepção normativa constitucional de garantia à integralidade da saúde pública não se compraz com a hipotetização de deliberação restritiva, inclusive pelo Poder Judiciário, o que indubitavelmente implicaria em inconstitucionalidade por violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso social e à cláusula pétrea de

garantia do direito social à saúde, além do princípio da proteção reforçada e eficiente dos direitos fundamentais.

A propósito, Spitzcovsky (2006, p. 4) denota que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais possuem um campo de irradiação maior, servindo de parâmetro normativo primário, razão pela qual seria inconstitucional qualquer tentativa de retirada ou diminuição de sua eficácia. Senão vejamos:

> Qualquer interpretação que se pretenda oferecer a um dispositivo constitucional, portanto, mormente para aqueles inseridos entre os direitos fundamentais, que importe em retirar ou mesmo diminuir a sua eficácia, deverá ser considerada inconstitucional. De outra parte, sobreleva notar que, embora tenham todas as normas constitucionais o mesmo patamar hierárquico, algumas delas apresentam um campo de irradiação maior, razão pela qual surgem como parâmetros de interpretação das demais.

Considerando a força normativa dos Tratados de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC), aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo nº 226, em 12/12/1991, incorporado pelo direito interno pelo Decreto 591, de 06/07/1992, em seu artigo 12 proclama o dever de respeito à saúde em sentido estrito, consignando que “Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental”.

Pois bem, Torronteguy (2018) discute a existência de três leituras acerca da expressão *possível* dentro do Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais Econômicos e Culturais que reconhece o direito de toda pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde.

Refere que a expressão “possível” contida na norma internacional poderia sugerir equivocadamente uma reserva do possível, por estar o direito à saúde inserto na compreensão de um direito de dimensão social, que exige uma postura ativa de natureza prestacional do Estado, quando então a possibilidade deveria ter em consideração eventuais limitações econômicas estatais como óbice para a efetivação plena do direito à saúde. Porém, ressalva que essa primeira interpretação não se coaduna com o entendimento atual acerca da exigibilidade dos direitos sociais, mormente no que atine à concepção mais adequada para a defesa do direito humano à saúde, eis que incongruente com a própria finalidade do Pacto, e porque não, do próprio Estado que é criado em função de promover bem-estar ao ser humano e assegurar os direitos sociais, conforme assentado no preâmbulo constitucional.

Aliás, Torronteguy (2018) ainda menciona que o próprio Pacto em seu artigo 2º, Parágrafo 1º impõe o dever próprio do Estado de adoção de medidas de assistência à saúde, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo de recursos de que disponha, no afã do atingimento da plena efetividade dos direitos.

Pontua o supracitado autor que uma segunda leitura do termo "possível" se inclina para o sentido de que os Estados possuem o dever de possibilitar aos seus cidadãos o acesso à saúde, quando eles não forem pessoalmente capazes de fazê-lo, logo, o direito à saúde pública decorreria do dever dos Estados de cooperar e tornar possível a efetivação do direito humano à saúde. Afinando-se com esta segunda proposição, a terceira leitura da terminologia "possível" contida na norma internacional teria a significação de possibilidade de cunho científico e tecnológico. Vale dizer, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao reconhecer o direito ao mais elevado nível possível de saúde, por conseguinte, está a reconhecer o direito ao acesso à tecnologia mais recentemente disponível relativa ao conhecimento científico existente.

Neste ínterim, Torronteguy (2018) delineia que a melhor interpretação da norma internacional se compraz com a existência de um dever estatal de possibilitar em grau máximo o acesso à saúde dentro das possibilidades do conhecimento científico até então concebidos.

O constitucionalismo atual repudia a tese de eficácia limitada de normas declarativas de princípios programáticos, haja vista que a aceitação desta cogitação significaria aceitar ao reconhecimento de direitos sem garantias.

Precisamente, Grau (1998, p. 125-126), afirma categoricamente a existência de valor jurídico nas normas constitucionais atributivas de direitos sociais, inclusive em face do Poder Judiciário. Observe-se:

> Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantias, alinhamo-nos, conscientemente ou inconscientemente, entre aqueles que concebem – inconsciente ou conscientemente, também – esteja a Constituição integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico. Cumpre reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como o Legislativo. Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculante do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Spitzcovsky (2006) preleciona que o princípio maior preservador do direito humano à saúde e a uma vida digna conduz à conclusão significativa de não ser passível que nenhuma regra de hermenêutica possa retirar a eficácia da norma constitucional primária protetiva do direito à saúde.

6. SUBSTRATO TEÓRICO-NORMATIVO DO DIREITO À SAÚDE

No Brasil, somente foi reconhecido o Direito à Saúde em status constitucional a partir da Constituição da República de 1988, porquanto anteriormente, o Estado previa a atenção à saúde predominantemente de forma preventiva.

Portanto, com a Constituição Cidadã a saúde adquiriu perfil de um direito de caráter fundamental e universal, passando a ser compreendida como um direito fundamental social do indivíduo, segundo Araújo (2008).

Mas qual a significação da expressão social para o direito à saúde?

Ordacgy (2010, p.35) resume a compreensão da essência social como traço fundamental do direito à saúde. Observe-se:

> O direito à saúde insere-se numa dimensão social, fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional. Embora, os direitos humanos fundamentais preexistem à normatização estatal, de modo que a sua positivação no ordenamento jurídico não os cria; apenas os reconhece.

Séguin (2010, p. 12), em complementação, empresta o conceito de direito social, promanando:

> Direitos Sociais são previsões essenciais, indispensáveis à consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e acesso à vida digna, e fundamentais para promoção da dignidade da pessoa humana, dentro de um patamar mínimo. Caminha-se para aceitação e reconhecimento da existência dos “direitos fundamentais sociais”, a serem densificados através de Políticas Públicas e Privadas.

Indubitavelmente, a opção constituinte em elencar a saúde como um direito social teve em mira o protagonismo deste valor supremo e fundamental dentre uma série de outros de menor envergadura, situando o direito à saúde e à vida em *status* de direito constitucional primário.

O Estado brasileiro adotou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana, portanto, a saúde - como valor indissociável da existência da pessoa, e, portanto, do caráter palatável do ser -, também se compreende extensivamente como fundamento do Estado, já que pensar distintamente seria aceitar a existência da pessoa com indignidade, e isso está proscrito pelo ordenamento jurídico.

O paradigma valorativo constitucional foi transformado em 1988, eis que nas Constituições anteriores, a saúde era tutelada preponderantemente por normas infraconstitucionais esparsas, mais precisamente acerca da competência legislativa e executiva de sua distribuição e à proteção preventiva relativa ao trabalho, sendo que a previsão de acesso universal e igualitária foi inovação da Constituição Federal vigente.

Nossa Constituição da República, diversamente das Constituições de outras Nações, revestiu os direitos sociais da mesma fundamentalidade reconhecida aos direitos e garantias individuais e coletivos, portanto, para nós, o direito à saúde se caracteriza indubitavelmente como um direito fundamental!

Acerca da fundamentalidade formal, tem-se que em termos de positivação, a Constituição Federal ao expressar em seu Título II o rótulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, já compreenderia os direitos sociais pelo fato de estarem incorporados nesse título. Além dessa constatação, o parágrafo 2º, do artigo 5º, incluído nesse título II enaltece uma cláusula de abertura que estende o caráter de fundamentalidade através da proteção constitucional a outros direitos de igual magnitude, ainda que não estejam expressamente previstos no seu texto.

Assim, não há como dissentir da verificação de que a saúde se concebe como direito fundamental, porquanto há previsão desse direito no artigo 6º contido no título II que trata justamente dos Direitos e Garantias Fundamentais, e ainda que não houvesse ali sua previsão expressa, estaria abarcada na cláusula ampla do Parágrafo 2º do artigo 5º.

Na mesma linha de raciocínio se encontra a limitação material constitucional prevista no art. 60, Parágrafo 4º, chamada de cláusula pétrea, eis que sob uma interpretação formalmente literal, equivocadamente poderia se pensar que como o inciso IV desse dispositivo relata que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”, e que, portanto os direitos e garantias individuais figuram no capítulo I do Título II que trata dos direitos fundamentais, enquanto

que o artigo 6º que trata da saúde, por figurar no capítulo II que trata dos direitos sociais, não teria a idêntica compreensão de cláusula pétrea. Contudo, por consabidamente a interpretação literal não ser a mais reveladora do quilate jurídico dos direitos, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu seu respectivo caráter, sendo inegável que há direitos e garantias individuais e coletivos e também fundamentais topograficamente em outros pontos da Constituição, como foi asseverado no julgamento da ADI 939/DF.

No que concerne à fundamentalidade material, esta se revela independentemente da previsão topológica do artigo 6º da Constituição Federal, eis que o objetivo da Constituição da nossa Nação é exatamente o de constituir uma sociedade justa e solitária, ultimando a promoção do bem de todos e a dignidade da pessoa, situação que já declaradamente empresta um caráter de fundamentalidade ao direito à saúde.

Figueredo (2015, pg. 36), a respeito baliza:

> A fundamentalidade material do direito à saúde está calcada na relevância da saúde como condição essencial para a manunteção da vida humana, bem como para a fruição de todos os demais direitos pelo indivíduo, fundamentais ou não. Como lembra Ariza, 'as condições materiais de existência condicionam em grande medida o uso e fruição dos direitos', e a saúde, notadamente quando assimilada à ideia de qualidade de vida (digna), certamente não foge a essa constatação. Se a fundamentalidade material denota a legitimação extranormativa dos direitos fundamentais, decorrente de uma espécie de acordo social sobre a importância em se protegerem determinados bens e valores, e mesmo o reconhecimento de uma certa concepção de justiça, não resta dúvida, no caso do texto constitucional brasileiro, sobre a existência de um consenso a respeito da necessidade de que a saúde (individual e pública) seja protegida e promovida – mesmo que pendam uma série de discussões quanto aos limites e à forma pelos quais isso deve ser realizado.
>
> De sua vez, a fundamentalidade formal do direito à saúde decorre do regime jurídico de proteção reforçada que lhe foi outorgado pelo texto constitucional, abrangendo: a) a superior hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais, entre os quais está a saúde, uma vez que refletem a opção constitucional por uma determinada ordem de valores, imantando todo o ordenamento jurídico; b) a especial proteção do direito à saúde na hipótese de reforma constitucional, que se dá pela exigência de um procedimento legislativo agravado e complexo para a modificação dos dispositivos constitucionais que o consagram (limites formais), assim como pela salvaguarda do conteúdo dessas normas (limites materiais); c) a

> aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram e densificam o direito à saúde numa interpretação conjugada das cláusulas insertas nos Parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Coelho (2014, p. 264), sobre caracterizarem-se os direitos fundamentais cláusulas pétreas, enuncia que a possibilidade de sua restrição escapa à atuação do próprio Poder Constituinte, arrematando:

> Quanto aos direitos fundamentais, a possibilidade de restringi-los escapa à atuação do próprio poder constituinte, pois não se poderia conceber qualquer cerceamento deles pelo poder reformador. Além do caráter ético e jusnaturalístico de que se reveste a normatividade dos direitos fundamentais, eles hoje transcendem o próprio direito positivo, pois deles se apropriou o direito internacional, e constituem horizonte intransponível a qualquer reforma. Nas sociedades atuais são praticamente supra-estatais, situam-se na competência do direito internacional, ao menos no plano de teoria jurídica, ainda que não no domínio dos fatos.

Magalhães (2008, p. 213), acerca do direito à saúde e sua fundamentalidade, critica países que não se preocupam com sua proteção tendo como consectário a insegurança e menor dignidade da sua população, explanando que:

> O texto constitucional norte-americano, como exemplo de texto liberal, embora a Constituição não seja mais liberal, não contém dispositivos sobre direitos sociais. Como já dito acima, hoje, cerca de 50 milhões de estadunidenses não tem acesso a qualquer forma de assistência à saúde, o que mostra o caráter de grave retrocesso que o sistema privado, e que as privatizações tem causado no mundo. Mais tecnologia e consumo, menos dignidade e segurança para parcelas expressivas da população.

7. PROLEGÔMENOS SOBRE O REVÉS DA SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA NA VEDAÇÃO DE ADOÇÃO DE VALORES FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DECISÓRIO PARA APLICAÇÃO DO DIREITO

Recentemente adveio ao mundo jurídico a Lei 13.655 de 25/04/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, trazendo ela em seu artigo 20 uma pretensa vedação ao livre convencimento motivado como princípio hermenêutico de aplicação do

direito público, eis que estabelece que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Apesar de a LINDB ser considerada norma de sobredireito, isto é, com alcance prospectivo sobre todas as outras normas infraconstitucionais, vale dizer, *lex legum*, retira também seu fundamento de validade da Constituição da República. Destarte, referida alteração legislativa restritiva é, aparentemente, totalmente inconstitucional, eis que subverte a supremacia de condão normativo dos princípios constitucionais estruturantes, tais como os fundantes da República centrados na dignidade da pessoa humana e na promoção do bem de todos imbrincados com o direito à saúde e à vida humanas.

A exegese normativa construída ao longo de décadas, inclusive cunhada sob inspirações do direito comparado, trouxe a ótica constitucional como prioritário fundamento de validade aos direitos humanos, isso em razão das normas constitucionais exigirem efetividade, assim a leitura interpretativa do exegeta deve partir sempre dos princípios fundamentais para os princípios setoriais.

Aliás, antes de se adentrar à Constituição da República propriamente dita, já no preâmbulo, é possível se verificar o registro de que a finalidade de instituição do próprio Estado Democrático de Direito teria como destinação a asseguração dos valores supremos do bem-estar, desenvolvimento, e da dignidade da pessoa humana, causando espécie a novel legislação vedar a aplicação do ordenamento jurídico com base em valores.

Proposital se faz situar juridicamente a significação da expressão valores em sua acepção técnica.

É consabido que representando a sociedade, o Poder Legislativo tem por missão selecionar os valores predominantes em determinado contexto social promovendo regulação normativa de direitos e deveres. Neste passo, a Constituição da República de 1988 - fruto da vontade da sociedade representada pelo Parlamento - ao estatuir a acepção de fundamentais certos direitos e garantias, está a considerar valores reconhecidamente dominantes e almejados amplamente pela sociedade. Contudo, mais do que servir de inspiração informativa para a criação do preceito normativo, os valores constituem o âmago de positivação normativa constitucional no propósito da máxima efetividade da implementação da Constituição na realidade social.

Nesse sentido, Costa (1991, p. 64) dispõe:

> Por ser o ordenamento jurídico supremo, a Constituição é a sede normativa dos valores dominantes num dado contexto cultural e que dela recebem a sua positivação. Convém, antes de tudo, ressaltar que o sentido da Constituição como forma de positivação de valores é de reservar-se aos

> regimes políticos de conteúdo democrático, aqueles em que se busca realizar a idéia democrática, o chamado Estado Democrático de Direito. E não podia caber senão a esses regimes, a tarefa de ordenar valores, com vista a seu desenvolvimento, porque só nos regimes abertos se geram e florescem valores.

Costa (1991, p. 66) aproxima juridicamente os valores constitucionais dos direitos fundamentais ao conceber a Constituição como fonte primacial do ordenamento jurídico:

> Os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos, político na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como tal exigíveis, pois trazem as propriedades de validez e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional – o plano mais elevado do ordenamento jurídico - , que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídico de fazer depender os seus efeitos de normas de integração, como se sustenta às vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos Tribunais.

Enuncia ainda Costa (1991, p. 64-65) que os valores potencializam a efetividade dos direitos:

> [...] Em estreita conexão com os valores estão os direitos fundamentais, que a Constituição proclama. Tais direitos, aliás, projetam-se dos valores normatizados constitucionalmente, são expressões deles, de maneira que se pode generalizar a afirmação de Enrique Alonso Garcia, dizendo, como ele disse a respeito da Constituição da Espanha, que todos os preceitos nela inseridos representam valores. É a enunciação dos direitos na Lei Magna que resulta dos valores predominantes e é também a efetividade de tais direitos que se deve fazer em atenção aos valores. Mais ainda do que na formulação do preceito, é na sua efetividade que os valores podem evidenciar a importância que lhes é conatural na existência do quotidiano.

Esclarece supracitada doutrina que o valor por consistir na dimensão do dever ser, torna inquestionável a externalização de sua substância coercitivamente perante o mundo jurídico, eis que sem coercibilidade a inserção dos valores no complexo normativo constitucional consubstanciaria-se em uma falácia, porquanto não seria possível conceber normas

significantes de dever ser não dotadas de poder para incidir na realidade com a finalidade de transmudá-la, razão pela qual os valores possuiriam a força de incidência nas relações sociais.

Corroborando as nuances de aproximação conceitual dos valores em relação aos princípios, é realidade hermenêutica deflagrada pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo inaugural que o processo civil imperativamente será ordenado, disciplinado e interpretado nos conformes dos valores fundamentais constitucionais, além das demais normas fundamentais.

Ora, assim sendo, na perspectiva da obtenção do acesso à saúde em âmbito processual, ou seja, já instaurada a judicialização, é dever cogente do Poder Judiciário ordenar e interpretar a demanda tendo também em contra os valores constitucionais como fonte de direito. Portanto, enquanto a presente Constituição da República for vigente, a aplicação do direito pelo Judiciário – inclusive observando o artigo 8º do CPC – deve ser guiada pelos valores fundamentais do bem-estar humano e da dignidade humana, tratando os valores fundamentais constitucionais com status de normatividade, eis que não se está a tratar de quaisquer valores ou de muitos, mas sim do supremo valor do bem-estar como superlativo da existência do próprio ser humano, razão de ser da própria ciência jurídica, conforme sufragado inclusive pelo preâmbulo da Constituição Republicana.

Indubitavelmente, por hipótese, caso não seja extirpada do ordenamento jurídico supracitada Lei 13.655/18 que alterou a LINDB, a mesma poderá causar verdadeiro retrocesso aos direitos fundamentais e violação ao princípio da proteção eficiente, eis que o Poder Público decidirá no campo da saúde restritivamente à oferta de promoção, proteção e recuperação aos riscos e agravos à saúde, porquanto, apenas concederá a atenção farmacológica ou procedimental exigida pela população se a mesma estiver prevista expressamente em norma positivada, haja vista que encontrará fundamento tipológico expresso na LINDB de que não deverá decidir com base nos valores fundamentais inerentes à vida e à saúde, tal como a dignidade da pessoa humana e o dever de promoção do bem-estar.

Nem se diga que há possibilidade de decisão baseada em valores jurídicos abstratos como exceção, desde que sejam ressalvadas fundamentadamente as considerações quanto às consequências empíricas da decisão, porquanto, o artigo 22 da lei mencionada retro– tratando de interpretação das normas sobre gestão pública -, afirma que deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, o que torna forçoso imaginar que camufladamente poderia exsurgir a

reserva do possível como guia para a aplicação do direito à saúde, em verdadeiro retrocesso social e esmaecimento de dever de proteção eficiente.

Convém mencionar que o Ministério Público Federal propugnou pelo veto integral ao projeto que culminou com a sanção da Lei 13.655/18, denotando que o sistema jurídico pretendido de vedação ou restrição ao julgamento baseado em valores jurídicos abstratos significaria o repúdio à própria densidade normativa principio lógica enquanto fonte do direito, revelando preocupação ímpar com a possibilidade de ocorrência de impunidade sistemática, haja vista que há diversos valores como moralidade, probidade, dentre outros assentados em princípios que se revestem de fundamento a permitir atualmente a responsabilização por improbidade administrativa.

Assim se pronunciou, pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015), a NOTA TÉCNICA CONJUNTA N° 1/2018 abrangendo as Notas Técnicas das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão:

> Segue, nesta oportunidade, breve análise de dispositivos do PL 7448/2017,que indica a necessidade de seu veto, diante de manifestas contrariedades à teoria geral do direito administrativo, especialmente nos capítulos relativos ao ato administrativo e ao controle da administração pública, e, pois, à própria Constituição da República.
>
> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
>
> O dispositivo é de constitucionalidade no mínimo duvidosa. O parecer da CCJ, ao se referir a “valores jurídicos abstratos” explicitou: “podem ser entendidos como princípios”. O dispositivo claramente desprestigia a prolação de decisão, inclusive judicial, com base em princípios. Impõe, ainda, que, caso assim o seja, considere as consequências práticas dela advindas. Ora, negar a possibilidade de decisão baseada em princípios é recusar densidade normativa dessa fonte do direito. Como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que ser irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a 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". Daí a correta advertência do autor: "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma."
>
> O dispositivo, na redação apresentada, é bastante amplo, e dá abertura, inclusive, para que seja invocado mesmo nos casos de decisões judiciais que não tenham por objeto o controle de ato administrativo. Entretanto, mesmo que contida a aplicação do dispositivo à função de controle, o artigo proposto peca por transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público. Ao julgador, compete aplicar alei, confirmando a validade ou invalidando o ato. A depender do alcance que se empreste à expressão "consequências práticas", corre-se o risco de exigir do magistrado que determine, substituindo-se ao gestor, a adoção de todas as medidas que a correção do ato imporá.
>
> Ora, as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, da invalidação do ato estão preestabelecidas no ordenamento jurídico, sendo de se pressupor que sejam de conhecimento de todos, sobretudo do administrador público. Daí porque, tomando-se inteiramente pertinente a invocação do dispositivo vigente da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Art.3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece), parece excessivo exigir-se do órgão que exerce o controle, manifestação expressa das consequências jurídicas da sua decisão. Há um risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração.

Talvez a segurança jurídica visada pela supracitada Lei seja aquela que reduza a gestão como a simples atividade de fazer com que as contas se equalizem, se encontrem, embora ressalve: sem prejuízo dos direitos dos administrados, isso, diante da restrição orçamentária ao teto de 15% destinado ao financiamento da Saúde Pública trazida pela EC 95/2016. Logo, fica a indagação: que direitos restarão aos administrados?

8. BALIZAS ASSENTADAS NA TESE JURÍDICA FIRMADA SOBRE O TEMA 106 DE CARÁTER VINCULATIVO PELO STJ

Recentissimamente, nos autos do Recurso Especial nº 1.657.156-RJ manejado pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro favorável ao fornecimento de medicamento não inserido em elenco de fármacos constante de ato normativo do SUS, tirado de ação proposta pela Defensoria Pública Estadual, o Superior Tribunal de Justiça decidiu através de sua Primeira Seção afetar sob a

sistemática procedimental de recursos repetitivos, o tema: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

Acerca da temática versada supra, o Superior Tribunal de Justiça assentou que é possível o fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, em caráter excepcional, desde que haja a presença cumulativa de três requisitos, quais sejam: i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA.

Na insurgência especial, o Estado do Rio de Janeiro sustentou a hipotética violação da Lei Federal 12.401/2011 e da Lei Federal 8.080/90 pelo acórdão do Tribunal de Justiça correspondente, sob o argumento de que a imposição da Corte local à oferta de medicamentos não disponibilizados pela rede pública, significaria desconsiderar o juízo técnico exercido pelo Ministério da Saúde na definição das diretrizes terapêuticas que devem integrar a política pública de assistência à saúde, porquanto, carece ao Poder Judiciário legitimidade democrática e competência técnico-científica e orçamentária para definir o alcance de tais políticas públicas, o que constituiria violação ao princípio da separação de poderes. Apesar disso, albergado com condicionantes no direito fundamental constitucional à saúde pública, o STJ manteve o acórdão do TJRJ, negando provimento ao Recurso Especial.

É curial apontar que o Superior Tribunal de Justiça em suas razões de decidir demonstrou através da transcrição de diversos arestos seus e do Supremo Tribunal Federal, que é incumbência do Poder Judiciário a tarefa primordial de primar pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente a saúde humana, até porque a Constituição da República, ao assegurar a saúde como um direito humano e fundamental, impingiu o dever respectivo do Estado de propiciar aos necessitados não um tratamento qualquer, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar dignidade ao ser humano necessitado de proteção ou recuperação de sua saúde.

Diversos excertos colacionados no bojo do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça enfatizam que se a teoria dos freios e contrapesos tem na separação de funções justamente uma garantia constitucional para conter o abuso de poder eventualmente praticado por um outro poder, com maior razão não seria possível se cogitar como sustentável que a pretexto de haver uma separação estanque de funções, tal significasse exatamente um obstáculo à asseguração do maior de todos os direitos fundamentais: o direito à vida/saúde.

Portanto, patentemente foi assegurado ao Poder Judiciário a legitimidade para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, em casos de omissões executivas.

No entanto, em decorrência da cautela correspondente que deve existir em relação ao dever de administração do erário face à inerente responsabilidade derivada do princípio republicano, a Corte Especial optou por consignar a excepcionalidade da obtenção de medicamentos não constantes do elenco estipulado pelos poderes públicos, exigindo condições cumulativas para o exercício de tal pretensão.

Já havia um Enunciado formulado pela I Jornada de Direito da Saúde, que exigia para o deferimento do fornecimento de fármacos a comprovação da inefetividade ou impropriedade dos previstos pela rede pública. Observe-se:

> ENUNCIADO Nº 14
> Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Apesar da sensibilidade da Corte Especial em permitir que o laudo médico circunstanciado e fundamentado - demonstrando a imprescindibilidade da necessidade da medicação - possa derivar inclusive de médico particular, haja vista que a escolha do fármaco é providência que compete exclusivamente ao médico habilitado que acompanha e conhece o quadro clínico do paciente, é curial refletir sobre casos de necessidades de extremada urgência para a substituição da medicação ineficaz, quando apesar do paciente ou sua família portar o laudo fundamentado e circunstanciado, ser ainda assim considerado imprescindível a necessidade de contraditório possibilitando a refutação da indicação, quando então, entre a ponderação de valores entre a vida e a necessidade de asseguração de contraditório, sobrelevado estará o perigo de dano irreparável aliado à verossimilhança das alegações que deverá permitir ao julgador convicção razoável para poder conceder a tutela de urgência correspondente. Eis o grande drama humano.

Em verdade, como a Constituição da República não trás condicionantes, é questionável a legitimidade do Poder Judiciário para impor condicionantes, ainda mais não se tratando de uma Corte Constitucional, a qual dá a última palavra em termos de interpretação constitucional.

9. PÊNDULO ENTRE A URGÊNCIA NA SALVAGUARDA DA MANUTENÇÃO DA VIDA E A NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO

Por óbvio, o próprio pronunciamento em caráter repetitivo do Superior Tribunal de Justiça menciona expressamente seu caráter vinculativo, ainda que em patamar inferior aos pronunciamentos vinculantes do Supremo Tribunal Federal, eis que consoante o artigo 927, inciso III do Código de Processo Civil, os juízes e Tribunais deverão observar os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos especiais repetitivos.

Ora, as balizas do provimento jurisdicional extraído de incidente de resolução de demandas repetitivas em recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça tem força de fonte normativa obrigatória, portanto, vedado aos membros do Poder Judiciário desobedecê-lo.

Malgrado tal realidade normativa vinculativa infraconstitucional, ousa-se pontuar que a se atender correlatamente como parâmetro a tal exigência compulsória de imprescindibilidade de instrução de demandas de saúde alicerçado a título de recomendação pelo Supremo Tribunal Federal para a solução de casos concretos, a depender da urgência do caso, o direito fundamental à saúde poderia sofrer sério risco de perecimento, enaltecendo comportamento inconstitucional do Poder Público.

Não obstante proporcionais e razoáveis os parâmetros recomendados pelo Supremo Tribunal Federal decorrentes da experiência haurida da primeira Audiência Pública da Saúde Pública, em que foi constatada a necessidade de revisão periódica dos protocolos clínicos existentes e de elaboração de novos protocolos, até como forma de atender a um dos fundamentos da república consistentes na promoção do bem de todos e o princípio da eficiência do serviço público, torna-se para tanto imperiosa a existência de instrução processual com ampla produção de provas, pois, foi consignado *an passant* no pronunciamento repetitivo relativo ao mencionado Tema 106 pela Corte Especial que o Próprio Pretório Excelso reconheceu tal exigência de imprescindibilidade instrutória e nela, ampla produção probatória, cujo óbice se trataria de um sério “obstáculo à concessão de medida cautelar”.

Decerto que em prol da coletividade deve ser assegurado aos Poderes Públicos a defesa do erário e racionalidade necessária diante da escassez de recursos, no afã de se buscar a universalidade e integralidade do direito à saúde, mas é preciso se atentar que as instâncias ordinárias deverão ter o poder de fundamentadamente excepcionar, relativizando a exigência de comprovação da ineficácia de fármacos ou procedimentos fornecidos pelo SUS

por parte do paciente ou seus familiares em casos de risco de perecimento à própria vida ou manutenção da saúde humana, haja vista que mediante justificativas técnicas médicas de urgência, o direito de contestação judicial da pretensão por parte dos poderes públicos precisaria ser flexibilizado e ceder ante a necessidade de preservação do mais fundamental de todos os direitos: a saúde.

Nesta seara, deve haver o sopesamento dos valores entre a escolha à asseguração do direito ao tratamento de urgência adequado e digno por parte do indivíduo vulnerável ou as regras de respeito ao prévio procedimento contraditório. Escolha difícil, mas a tarefa jurisdicional exige postura corajosa correspondente a evitar o *periculum in mora* inverso.

Outrossim, curial considerar-se a vulnerabilidade e desequilíbrio de forças entre o paciente usuário do SUS a obter a prova de ineficácia de fármaco contido na relação de medicamentos da rede pública, em detrimento dos meios e métodos à disposição do Estado para contrapor os argumentos do paciente necessitado. No mais das vezes, a organização administrativa da representação judicial estatal é infinitamente superior à organização administrativa do sistema de saúde, onde há carência inclusive de médicos, com o que as dificuldades de obtenção de laudos pormenorizados pode significar óbice moroso em competição com a urgência ínsita à necessidade de promoção da saúde humana.

Aliás, as eventuais excepcionalidades de urgência extrema poderiam ser justificadas com fundamento no artigo 8º da Parte Geral do Código de Processo Civil, o qual estipula como norma imperativa ao juiz, que ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, além de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, pela observância da proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ora, assim como declarado no preâmbulo da Constituição da República, se o desiderato da sociedade na instituição de um Estado Democrático foi garantir a asseguração do exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista, tais perspectivas constituiriam os fins sociais e as exigências do bem comum, portanto, tutelar e proteger tais anseios, mormente o bem-estar e dignidades humanas, é papel primordial do Poder Judiciário.

Contudo, faz-se mister apontar um dado extremamente crítico, o qual perpassa pela influência decisiva do chamado custo dos direitos sociais.

É natural que o poder de compelir definitivamente o Executivo à implementação de suas políticas públicas constitucionais somente pode se revestir de eficácia material se, e somente

se, houver orçamento estatal para atendimento da determinação judicial respectiva, pois, do contrário, os direitos se tornariam retórica e ficariam sem concreção.

Desta maneira, resta evidente que o Poder Judiciário ciente da contenção de recursos ao orçamento federal da saúde ao patamar mínimo de 15% - nos moldes do artigo 198, Parágrafo 2º, inciso I da Constituição da República, cuja disciplina foi alterada pela EC 95/2016, a qual implantou um novo regime fiscal -, e em razão do risco da insustentabilidade financeira futura do sistema tornar seu poder jurisdicional coercitivo de exigir uma obrigação em uma mera palavra vã, preferiu continuar reafirmando a existência do dever público de implementação do direito fundamental à saúde, mas não em toda a sua amplitude e pujança, vale dizer, declarando não ser possível admitir o financiamento de toda e qualquer ação e prestação de serviço de saúde pelo sistema público, devendo-se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção médica diversa indicada ao paciente, a qual será assegurada somente na excepcionalidade de não existir ou ser ineficaz terapia adequada prestada pelo sistema público.

10. CONCLUSÃO

Diante de todo o explanado, concluímos como inconstitucionais as restrições hermenêuticas do direito à saúde seja pela restrição interpretativa de valores imposta pela alteração na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, ressalvando a juridicidade como norte interpretativo e de aplicação do direito na modernidade, consoante se verifica pela recente decisão incidental repetitiva do Superior Tribunal de Justiça que possibilita o exercício do direito à saúde suplantando o rol de insumos de saúde estabelecido pelo próprio Poder Público ainda que com a ressalva da excepcionalidade, haja vista que a compreensão médica estabelecida na ciência não se compraz com algo completo e definitivo a ponto de ser possível proibir a discussão judicial da eficácia ou não de determinado tratamento de saúde – não experimental – apenas pelo fato de ele não ter uma previsão prévia em um rol normativo instituído pelo Estado.

O princípio do acesso prioritário à garantia da implementação da política estatal de saúde e - em face de sua omissão -, ao sistema de justiça, como decorrência do dever constitucional de imunização da pessoa humana dos riscos sanitários e de assegurar-lhe mecanismos eficazes para promover o seu direito humano à existência ou manutenção dela com qualidade - na concepção da máxima efetivação de direitos e garantias fundamentais em juízo, inclusive abrangendo o direito de ter apreciação casuística individual desde que comprovada a sua imprescindibilidade - jamais pode ser ofuscado pela perversa exegese

parcial das disposições normativas inferiores, e sem legitimidade constitucional, eis que o direito à saúde deriva da dimensão da sustentabilidade social solidária, em função da qual é organizado e instituído o Estado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto. *Curso de direito constitucional*. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. NOTA TÉCNICA CONJUNTA N° 1/2018 Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf.Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Acórdão do Recurso Especial n. 1.069.810-RS, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 23/10/2013. Publicado: 06/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Acórdão do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ, Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 25/04/2018. Publicado: 04/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Presidência. Acórdão em Pet. 1.246/SC, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 01/08/2012. Publicado: 02/08/2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba-PR: Editora Juruá, 2014.

COSTA, Eduardo Silva. Os Valores e a Constituição de 1988. *In: Revista de Informação Legislativa*, nº 109, p. 64-66, jan./mar.1991. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175844/000453857.pdf?sequence=1.Acesso em: 05 jul. 2018.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área de saúde. In. SANTOS, Lenir, e TERRAZAS, Fernanda (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à Saúde*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FLEURY, Sonia. Políticas sociais e democratização do poder local. In: VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lucia de Almeida (ORG.). *Propostas para uma gestão pública municipal efetiva*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 125-126.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional: Curso de Direitos Fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. O "Diálogo das Fontes" como método da nova teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jaime. In:_____(coord) *Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2012.

ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental À Saúde Pública. In SÉGUIN, Elida e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org). *Direitos Sociais: Estudos à Luz da Constituição de 1988*. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. 2010.

ROSA, Lucas Costa da. *A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. Direitos Sociais. O Direito Humano Fundamental À Saúde Pública. In SÉGUIN, Elida e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org). *Direitos Sociais: Estudos à Luz da Constituição de 1988*. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. 2010.

SPITZCOVSKY, Celso. *O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8382>. Acesso em: 8 jul. 2018

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/pt-br.php. Acesso em: 09 jul. 2018.

ASPECTOS RELEVANTES QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE: UM ESTUDO EPISTEMOLÓGICO

RELEVANT ASPECTS ON THE RATIONAL BASIS OF JUDICIAL DECISIONS IN THE POST MODERNITY CONTEXT: AN EPISTEMOLOGICAL STUDY

Samara de Oliveira Pinho[171]

Resumo: Este breve estudo se propõe a analisar a relação entre a Ciência Jurídica e o entendimento pós-moderno e, mais especificamente, o reflexo de tal concepção em um instituto específico, a saber: a fundamentação racional das decisões judicias. Desse modo, extrai-se que as noções de segurança, linearidade, metodologia e cientificidade necessárias à Ciência Jurídica não encontram os alicerces necessários ao serem considerados dentro de uma “postura” pós-moderna. Para tanto, realizar-se-á um estudo eminentemente teórico, com levantamento bibliográfico de obras e artigos de periódicos quanto à temática, com fins de oferecer elementos para uma análise crítica.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Racionalidade. Fundamentação Judicial. Decisão.

Abstract: This brief study proposes to analyze the relationship between Juridical Science and postmodern understanding and, more specifically, the reflection of such conception in a specific institute, namely: the rationale of judicial decisions. In this way, the notions of security, linearity, methodology and scientificity necessary to Legal Science are not found to find the necessary foundations when considered within a postmodern "posture". For that, an eminently theoretical study will be carried out, with a bibliographical survey of works and periodical articles on the subject, in order to offer elements for a critical analysis.

Keywords: Postmodernity. Rationality. Judicial Rationale. Decision.

[171] Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC (Linha de pesquisa: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – Uni7. *E-mail*: samara.o.pinho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O pensamento e o conhecimento humano são construídos de forma latente, por meio de interações diretas e indiretas com o meio e, consequentemente, dos acontecimentos da realidade, perpassando por diversas fases e fluxos. Há, na comunidade científica, um intenso debate sobre modernidade e pós-modernidade, para além de seus significados e características, mas especialmente sobre a qual o atual momento da humanidade pertence e quais seriam as premissas adequadamente adotadas, quando considerada uma ou outra.

No âmbito da Ciência Jurídica, o mesmo "dilema" é encontrado, razão pela qual iniciou-se esta investigação no sentido de entender melhor esse embate entre modernidade e pós-modernidade e sua repercussão dentro da seara jurídica, de modo a recair, com mais detalhes, sobre a fundamentação racional das decisões judiciais.

Com efeito, a confecção deste artigo tem por objetivo sanar os seguintes questionamentos: *(i)* o que é pós-modernidade e qual sua relevância para a Ciência Jurídica? *(ii)* quais as influências do pensamento pós-moderno na concepção de fundamentação racional da decisão judicial? *(iii)* de que forma a racionalidade deve ser adequadamente tratada no âmbito de formulação da fundamentação decisória?

Para tanto, primeiramente, far-se-á uma breve exposição e análise sobre as bases do pensamento moderno em confronto com o pensamento pós-moderno, enfrentando alguns de seus preceitos para, em seguida, relacioná-los com a Ciência Jurídica, ocasião em que será apresentado posicionamento sobre a repercussão da pós-modernidade sobre o Direito.

No segundo item, com mais especificidade, tratar-se-á do instituto da fundamentação racional das decisões judicias, bem como sua relação com o pensamento pós-moderno, a partir das conclusões estabelecidas no tópico antecedente, além de acrescentar, obviamente, críticas mais peculiares ao tema.

Por fim, dedicar-se um item próprio à abordagem da racionalidade, levando em consideração sua indispensabilidade à construção da fundamentação decisória, além de realizar sintético estudo sobre conceitos teóricos sobre a correta "disciplina" da razão dentro das Ciências Cognitivas e na própria Ciência Jurídica.

A investigação será realizada pelo método descritivo, o qual possibilitará a análise, interpretação e valoração de toda a temática ora esboçada, no intuito de estabelecer seus pressupostos básicos, até atingir-se um resultado contundente e viável, por meio de levantamento eminentemente bibliográfico, considerando obras, dentre livros e artigos de periódicos.

2. A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA E SUA REPERCUSSÃO NA CIÊNCIA JURÍDICA

A compreensão de mundo perpassou e perpassa por diversas fases e formulações teóricas que cunham e moldam a realidade fática, de modo que os indivíduos cumpram seu papel em fornecer elementos para sua própria interação, ação e reação sobre o ambiente ao seu redor.

A exemplo dessa fluída e intensa dinâmica de desenvolvimento e construção de relações e conhecimento, afere-se que a globalização ocasionou uma mudança de paradigma em razão da aproximação e interação intensa das nações, segundo a evolução da sociedade mundial e dos meios de comunicação, conferindo uma forma diversa de compreender os acontecimentos da vida, identificando-se diversas fases de transição deste fato, em meio à instalação de uma crise durante o próprio processo de globalização.

Crise que é representada por três fases de transição, a saber: a primeira diz respeito à queda do patriarcado, na medida em que o movimento feminista se torna "uma das mais fortes correntes culturais do nosso tempo, e terá um profundo efeito sobre a nossa futura evolução"; a segunda refere-se à queda do combustível fóssil, impactando intensa e diretamente o sistema econômico e político, tendo em vista sua gradativa substituição por outras fontes de energia; a terceira corresponde à mudança de paradigma cultural, englobando a revolução científica, iluminismo, revolução social, *etc.,* que trouxeram uma nova perspectiva de entendimento sobre as concepções teóricas e práticas das Ciências (CAPRA, 2006, p. 27-30)[172].

[172] Condensam-se as crises em questão com o seguinte período: "O declínio do patriarcado, o final da era do combustível fóssil e a mudança de paradigma que ocorre no crepúsculo da cultura sensualista, tudo está contribuindo para o mesmo processo global" (CAPRA, 2006, p. 30).

Esta última fase representa o que se denomina de modernidade, a qual é caracterizada pela primazia da razão para a compreensão do mundo, com alicerces seguros de conceituação e narrativas próprias, além de manter certa linearidade de pensamento. No entanto, conforme entendimento de Jean-François Lyotard, assim como houveram essas diversas mudanças até se alcançar a modernidade; no final dos anos 50, que marcou o fim da reconstrução da Europa, alcançou-se uma nova fase: a pós-modernidade (1998, p. 5).

O pensamento pós-moderno identifica-se como um momento em que houve certo afastamento da razão, ou melhor, de que a racionalidade não mais se exibe como garantia de compreensão da vida, de forma que as grandes narrativas construídas ao longo da fase moderna foram desconstituídas, *v.g.*, igualdade, liberdade, religião, *etc.* (LYOTARD, 1998, p. 100).

Com a "queda da razão" nessa fase pós-moderna, afere-se grave crise nas formulações do conhecimento científico e os saberes são diretamente afetados por tal concepção, vez que a razão se cinge como um dos elementos principais de caracterização de uma Ciência. Especificamente, a Ciência Jurídica necessita de segurança para a apreensão da teoria e reprodução na prática, em virtude de lidar com a normatização de condutas humanas, todavia, justamente por ser Ciência, o Direito não se afasta do caráter inacabado, incompleto, falível e derrotável[173] do conhecimento científico (RESCHER, 2003, *passim*), de forma que sinaliza que não se pode proporcionar razão para supor que seja possível atingir-se o ponto nodal entre o observado e o não observado (DANCY, 1993, *passim*).

Contudo, a proposta pós-moderna é de que a Ciência não apenas fosse falível como a própria razão que lhe sustenta não fosse fundamental, podendo ser dispensável, ao assumir uma postura totalmente volúvel e imprevisível. Nesse contexto, o Direito tornar-se-ia uma espécie de conhecimento sem qualquer base estrutural de segurança ou mínima sistematização, de modo que suas prescrições não passariam de instituições vazias e sem confiança, não se permitindo mais ser identificado sequer como Ciência.

[173] O caráter derrotável do objeto de estudo do Direito (a norma) diz respeito à situação de que nem todas as prescrições normativas devem ser tomadas como absolutas, podendo-se não serem aplicadas no momento em que se afere circunstâncias que, efetivamente, não se enquadram à norma e, por isso, são derrotadas (PRAKKEN, SARTOR, *online,* passim), mormente o comportamento dialético da construção da norma (PRAKKEN, SARTOR, *online,* p. 7).

É latente a possibilidade de falibilidade na própria interpretação das normas jurídicas (MACHADO, 2014, p. 198), trazendo claramente um aspecto da epistemologia de Popper à Ciência do Direito. O Direito pode se revela, muitas vezes, como uma Ciência não dogmática (zetética), no momento em que põe em questão, por exemplo, sua própria forma de expressão e/ou fonte de criação, se natural ou positivista (MARQUES NETO, 2001, p. 134). Entretanto, a inclusão de um pensamento pós-moderno no âmbito do conhecimento jurídico poderia fulminar suas premissas básicas, além de toda sólida instituição das normas.

3. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A fundamentação da decisão judicial é um instituto concebido dentro do sistema de teorização jurídica para garantir ao jurisdicionado o adequado exame de seu conflito e, consequentemente, a adequada resposta ao seu pedido, sendo desenvolvido pelo exercício da cognição humana, motivo pelo qual o requisito indispensável para sua formulação é a racionalidade, para que a decisão em si não seja um ato meramente arbitrário, sem qualquer critério de construção e controle.

Diante disso, afasta-se, de logo, a adequabilidade de uma postura pós-moderna no que concerne à teorização e pragmática quanto à fundamentação decisória judicial, entretanto, deve-se esclarecer que, mesmo dentro do âmbito de entendimento da modernidade, é preciso ter algumas cautelas. Explica-se:

A decisão ou ato de decidir não equivale às suas razões ou fundamentos, mas diz respeito ao próprio resultado de um procedimento racional, desenvolvido de acordo com regras e princípios, além de métodos que determinam sua validade; ao passo que a fundamentação – objeto central deste item – refere-se à indicação das razões pelas quais o julgador considerou que os fatos foram provados consoante critérios objetivos e verificáveis de maneira racional, sendo, pois, a base de justificativa para a decisão judicial, a qual é característica da estrutura do próprio processo devido (TARUFFO, 2009, p. 223-273).

A motivação ou fundamentação das decisões judiciais, portanto, é categorizada no ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, como um princípio fundamental, inserto no aspecto material do devido processo legal, uma vez que

garante aos sujeitos processuais a prerrogativa de obter a resposta judicial ao seu problema de maneira fundamentada, isto é, com a exposição dos motivos pelos quais seu pleito foi julgado de determinada maneira, facultando-lhes o controle sobre os embasamentos de determinada decisão.

Nessa condição, a fundamentação da decisão judicial não se apresenta como um fato material ou bruto, não sendo algo fisicamente atingível, na verdade, este fato – que é produzido em meio a um processo judicial – tem natureza eminentemente intelectual e fictício, de modo a ser considerado como fato institucional (SEARLE, 2010, p. 90-95), na medida em que é construído por meio de uma convenção, sendo por ela, igualmente, tomado por existente.

Por esta razão, entende-se que a fundamentação da decisão judicial não é algo, mas significa e serve para algo, vez que não se trata de um ser ou de um ente concreto, mas sim de um conceito, afastando-se, de logo, o tratamento essencialista, que muito pode gerar confusões e equívocos quanto à sua análise.

Esclarece-se que o “essencialismo” diz respeito a uma corrente filosófica cuja questão principal é designar as propriedades de algo para ser caracterizado como tal no mundo concreto (OLIVEIRA, 2015, p. 129), a exemplo de uma caneta, cadeira, *etc.*, considerando que, no primeiro caso, caneta seria aquele objeto pequeno, com espessura fina, com tampa e ponta; enquanto que a cadeira seria aquele objeto com quatro “pernas”, com apoio para as costas e um assento.

Considerando, pois, o significado e a serventia da fundamentação da decisão judicial, extrai-se que a mesma se revela com verdadeiro espaço inventivo do julgador, vez que este, tomando por base os argumentos e as provas produzidas pelas partes, irá criar uma norma específica que regulará àquela situação, individualizando o Direito Geral que fora inicialmente invocado, em decorrência da própria textura aberta das regras aplicáveis ao caso. E, na hipótese de serem adotadas premissas pós-modernas, como seria possível estabelecer segurança, objetividade, método, linearidade e, por consequência, razão na elaboração da fundamentação decisória? Obviamente, não seria factível e o próprio instituto se tornaria vazio e ineficaz aos seus propósitos.

E, justamente pelo aspecto criativo do juiz no ato de proferir e formar a fundamentação de sua decisão, é que se torna necessário fornecê-lo elementos de

conhecimento que evitem que elabore este ato com forte feição subjetivista, afastada de parâmetros legais e, ainda que estejam dentro desses parâmetros, recaiam em posicionamentos ideológicos ou equivocados, ainda que de boa-fé, em decorrência de influências internas e externas ao próprio processo judicial. Se acrescer-se a tudo isso a incorporação de um pensamento pós-moderno, a dificuldade e a maleabilidade no momento de elaboração da fundamentação seria ainda maior, acarretando grave nível de incerteza ao processo.

Como dito, mesmo inserido no campo do pensamento moderno, este instituto ainda não tem a garantia de que sua finalidade e preceitos serão cumpridos, na medida em que esse entendimento moderno deve estar alinhado a uma correta narrativa no que concerne às bases para seu entendimento, isto é, a fundamentação decisória é realizada por meio da cognição humana, de modo que, antes de se adentrar ao conhecimento de critérios e métodos para sua formulação, é necessário que seja estabelecido uma adequada introdução do saber quanto ao funcionamento da mente humana e da própria racionalidade, já que esta é indispensável, conforme será analisado no item a seguir.

4. A RACIONALIDADE NO CAMPO DA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

Aponta-se René Descartes como exemplo de autor moderno, o qual foi responsável pela famosa formulação: “Penso, logo existo” (“*Cogito, ergo sum”*), sustentando a racionalidade como algo separado de todo o organismo humano, ou seja, a capacidade de pensar racionalmente estaria completamente desvinculada do corpo humano e de seu funcionamento, havendo uma cisão entre mente e corpo (CAPRA, 2006, p. 37).

Entretanto, apesar de tal concepção estar dentro do que se denomina como modernidade, neste estudo, admite-se como formulação equivocada, sendo prejudicial à diversos ramos do conhecimento e sua forma de compreender a vida, vez que restringe bastante as possibilidades da ação humana e de sua própria capacidade de raciocinar, desconsiderando as influencias eminentemente corpóreas e naturais.

Por isso, nos itens anteriores, preocupou-se em afastar a compreensão pós-moderna do instituto da fundamentação da decisão judicial, porém, advertiu-se sobre a aplicação cautelosa do pensamento moderno, tendo em vista as considerações a serem apresentadas neste item quanto à mente humana e sua racionalidade – as quais devem estar na base estrutural para a melhor compreensão da elaboração da fundamentação decisória.

A mente humana é objeto de estudo de diversos "ramos" do conhecimento, mormente as Ciências Cognitivas que, conforme a interdisciplinaridade de várias matérias, concebem a cognição de modo adequado às premissas deste estudo. Existem duas (principais) gerações de pensamento no tocante ao estudo das Ciências Cognitivas, quais sejam: a geração da mente "não-corpórea" e a da mente "corpórea", que são diferenciadas justamente pela forma de conceituação da própria mente humana.

Detalha-se que, na primeira, a mente é compreendida como se um computador fosse, ao agir por meio de operações nas quais símbolos se dirigem às mudanças ocorridas na "máquina", ou seja, como se a mente estivesse desprendida do corpo humano e este fosse um receptor de informações produzidas não fisicamente (FELTES, 2007, p. 61) – sendo este o posicionamento classicamente defendido e perfilhado por Descartes. Na segunda, a mente tem "forte dependência de conceitos e razão sobre o corpo" (FELTES, 2007, p. 74), estando, portanto, adstrita também ao funcionamento do corpo, baseando-se no desenvolvimento dos conceitos racionalizados pelo indivíduo. Em síntese, conforme a segunda corrente, a cognição humana é consequência da interação do organismo com o todo o meio ambiente, afastando-se a ideia de razão meramente abstrata, tendo em vista a dependência entre mente e corpo (GUERRA, 2015, p. 40).

Este trabalho filia-se à segunda geração mencionada, contudo, isso não contraria o que fora dito inicialmente sobre o pensamento pós-moderno e sua negativa influência ao Direito, na verdade, essa narrativa quanto o conceito de mente humana é muito mais segura, não afasta a racionalidade, pressupõe método e cientificidade, permanecendo dentro da seara moderna, vez que a explicação sobre o funcionamento da mente humana não deve recair sobre causas ocultas, isto é, sobre acontecimentos internos e, em tese, inacessíveis pela racionalidade do homem (RYLE, 2009, p. 20),

mas sobre algo mais concreto e palpável do que meras suposições quanto a um sentimento ou instinto do homem.

De outro lado, a capacidade ou qualidade de aplicar o raciocínio, isto é, de empregar as aptidões do pensamento, consoante uma atividade mental bastante complexa, a qual elabora e desenvolve relações entre dados, informações e fatos, com a finalidade de obter o melhor resultado a determinado problema ou acontecimento, com base, até mesmo, na execução de uma autorreflexão, pode ser denominada como racionalidade.

Muitas vezes, a racionalidade é atrelada diretamente à habilidade de desenvolver teorias e propostas eminentemente abstratas, que fomentam o aspecto meramente intelectual deste conceito. Considerando, entretanto, que a racionalidade se manifesta como representação da própria mente humana e que esta, para este estudo, é tomada como unidade entre corpo e mente, do físico e não físico, obtém-se que aquilo que se reputa como racional não se restringe a uma atividade alheia ao corpo e à própria existência material, tendo em vista sua enorme repercussão na convivência dos indivíduos.

Como já bastante tratado, apresentar a racionalidade como aspecto diverso do corpo fora uma falha cometida por Descartes (DAMÁSIO, 2012, p. 20-21), na verdade, o pensamento racional está diretamente ligado às exteriorizações corpóreas, as quais agregam maiores experiências e se revelam indispensáveis à própria aprendizagem intelectual do homem, razão pela qual os “processos mentais podem agora ser associados a caminhos neurais e estruturas cerebrais específicos” (MLODINOW, 2014, p. 114).

A exemplo disso, a própria decisão judicial pode ser considerada, basicamente, como ato intelectual que, por óbvio, demanda emprego de raciocínio para uma justificação adequada, mediante sua fundamentação, ao passo que também tem efeitos concretos que incidem intensamente na experiência do homem. Percebe-se, mais uma vez, a necessidade da razão para a fundamentação da decisão judicial, não comportando o pensamento pós-moderno.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo lançou-se no desafio – numa análise breve e incipiente – de entender as diferenças entre modernidade e pós-modernidade e sua relação com a Ciência Jurídica, em especial, a relação entre estas últimas, seja para a obtenção de resultados positivos ou negativos, de modo a estabelecer algumas proposições.

O pensamento pós-moderno identifica-se como um momento em que a racionalidade não mais se exibe como garantia de compreensão da vida, de forma que as grandes narrativas construídas ao longo da fase moderna foram desconstituídas. A proposta pós-moderna, portanto, é de que a Ciência não apenas fosse falível, mas que a própria razão que lhe sustenta não fosse fundamental, podendo ser dispensável, ao assumir uma postura totalmente volúvel e imprevisível.

Nesse contexto, o Direito tornar-se-ia uma espécie de conhecimento sem qualquer base estrutural de segurança ou mínima sistematização, na medida em que suas prescrições não passariam de instituições vazias e sem confiança, não se permitindo mais ser identificado sequer como Ciência.

Apesar de ser latente a possibilidade de falibilidade na própria interpretação das normas jurídicas, podendo o Direito se revelar, muitas vezes, como uma Ciência não dogmática; a inclusão de um pensamento pós-moderno no âmbito do conhecimento jurídico poderia fulminar suas premissas básicas, além de toda sólida instituição das normas.

Diante disso, afasta-se a adequabilidade de uma postura pós-moderna no que concerne à teorização e pragmática quanto à Ciência Jurídica e à própria fundamentação decisória judicial, devendo-se, todavia, esclarecer que, mesmo dentro do âmbito de entendimento da modernidade, é preciso ter algumas cautelas.

A fundamentação da decisão judicial é um instituto concebido dentro do sistema de teorização jurídica para garantir ao jurisdicionado o adequado exame de seu conflito e, consequentemente, a adequada resposta ao seu pedido, sendo desenvolvido pelo exercício da cognição humana, motivo pelo qual o requisito indispensável para sua formulação é a racionalidade, para que a decisão em si não seja um ato meramente arbitrário, sem qualquer critério de construção e controle.

A fundamentação da decisão judicial apresenta-se como verdadeiro espaço inventivo do julgador, vez que este, tomando por base os argumentos e as provas produzidas pelas partes, irá criar uma norma específica que regulará àquela situação, individualizando o Direito Geral que fora inicialmente invocado. E, na hipótese de serem adotadas premissas pós-modernas, como seria possível estabelecer segurança, objetividade, método, linearidade e, por consequência, razão na elaboração da fundamentação decisória? Obviamente, não seria factível e o próprio instituto se tornaria vazio e ineficaz aos seus propósitos.

Mesmo inserido no campo do pensamento moderno, este instituto ainda não tem a garantia de que sua finalidade e preceitos serão cumpridos, na medida em que esse entendimento moderno deve estar alinhado a uma correta narrativa no que concerne às bases para seu entendimento, isto é, a fundamentação decisória é realizada por meio da cognição humana e, antes de se adentrar ao conhecimento de critérios e métodos para sua formulação, é necessário que seja estabelecido uma adequada análise sobre o funcionamento da mente humana e da própria racionalidade, já que esta é indispensável.

Aponta-se René Descartes como exemplo de autor moderno, o qual sustentou que a racionalidade seria algo separado de todo o organismo humano. Entretanto, apesar de tal concepção estar dentro do que se denomina como modernidade, neste estudo, admite-se como formulação equivocada, sendo prejudicial à diversos ramos do conhecimento e sua forma de compreender a vida, vez que desconsidera as influencias eminentemente corpóreas e naturais.

Apresentar a racionalidade como aspecto diverso do corpo fora uma falha cometida por Descartes, na verdade, o pensamento racional está diretamente ligado às exteriorizações corpóreas, as quais agregam maiores experiências e se revelam indispensáveis à própria aprendizagem intelectual do homem.

Por isso, preocupou-se em afastar a compreensão pós-moderna do instituto da fundamentação da decisão judicial, porém, advertiu-se sobre a aplicação cautelosa do pensamento moderno, tendo em vista as considerações apresentadas quanto à mente humana e sua racionalidade – as quais devem estar na base estrutural para a melhor compreensão da elaboração da fundamentação decisória.

REFERÊNCIAS

CAPRA, Fritijof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

DANCY, Jonathan. **Introdución a la epistemologia contemporanea**. Tradução de José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

GUERRA. Marcelo Lima. **Prova Judicial:** uma introdução. Fortaleza: Boulesis, 2015.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno.** Tradução de Ricardo Corréa Barbosa. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível online em http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf, último acesso em 12 mar. 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar:** como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Filosofia).

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. **The three faces of defeasibility in the law**. In: http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/ratiojuris03.pdf. Acesso em 22 de jun de 2016.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology**. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind.** London: Routledge, 2009.

SEARLE. John R. **Making the social world**: the structure of human civilization. Oxford University Press. 2010, New York.

TARUFFO, Michele. **La simplice verità.** Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E PARAMETROS DO IBGE AOS LIMITES DE ALTURA EM CONCURSOS PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE POLICIAIS

ABOUT THE APPLICATION OF PROPORTIONALITY AND IBGE PARAMETERS TO THE LIMITS OF HEIGHT IN CONTESTS TO POLICE OFFICES

Fabio Carvalho Verzola[174]

Resumo: O tema deste trabalho são os concursos públicos. Sendo que seu objetivo é analisar a possibilidade de se impor limitações de altura como requisito de acessibilidade para determinados cargos Para tanto, será analisada a legislação aplicada ao caso concreto, tal como a constituição, e a jurisprudência dos tribunais sobre o caso subjudice. Para tanto, basta que haja previsão legal na lei do ente realizador do concurso, bem como a limitação de altura seja compatível com as exigências do cargo almejado. Nesse contexto, será analisada a possibilidade de aplicação do primado da proporcionalidade a fim de atenuar essas limitações, bem como se é possível empregar os parâmetros da altura descritos pelo IBGE. Daí a importância deste estudo ao permitir a proteção dos primados da eficiência, e legalidade, assim como permitir que, apenas, os candidatos mais aptos preencham os cargos com exigência de altura, os quais necessitam de robustez para o exercício de suas atribuições, a exemplo dos policiais.

Palavras-chave: limitações de altura; concursos públicos; proporcionalidade; IBGE.

Abstract: The subject of this work is the public tenders. Its purpose is to analyze the possibility of imposing height limitations as a requirement of accessibility for certain posts. In order to do so, the legislation applied to the specific case, such as the constitution, and the jurisprudence of the courts on the case will be analyzed. In order to do so, it is sufficient that there is a legal provision in the law of the entity making the contest, as well as the limitation of height is compatible with the requirements of the desired goal. In this context, the possibility of applying the primacy of proportionality will be analyzed in order to attenuate these limitations, as well as if it is possible to use the height parameters described by IBGE. Hence the importance of this study by allowing the protection of the primacy of efficiency, and legality, as well as allowing only the fit candidates to fill the positions with height requirements, which require robustness for the exercise of their duties, as an example of the police.

Keywords: height limitations; public contest; proportionality; IBGE.

[174] Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Especialista em Direito Processual pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP). Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tenciona demonstrar a possibilidade de se impor limitações de altura aos cargos públicos, como é o exemplo dos de policiais. Sendo que essa premissa será analisada conforme o princípio da legalidade, assim como se há possibilidade de aplicação da proporcionalidade a fim de atenuar as limitações citadas, bem como se é possível o emprego dos valores estimados em relação à altura descritos pelo IBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) para os Estados. Além de verificar se a restrição mencionada, é compatível com a natureza e complexidade do cargo e suas atribuições.

Para tanto, será verificada a legislação aplicada ao caso concreto, a exemplo da constituição, lições da doutrina, e a jurisprudência dos tribunais. Sendo a presente pesquisa é curial para efetivar a eficiência, contribuindo para que os concursandos mais aptos sejam investidos nos cargos de policiais, além de verificar se a legalidade dessas restrições.

2. LIMITAÇÕES DE ALTURA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE AOS CARGOS DE POLICIAIS E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E ESTIMATIVAS DO IBGE

A limitação de altura como requisito de acessibilidade a cargos públicos dever ser compatível com as atribuições do cargo. Esse é o exemplo dos cargos de policiais, nos quais a altura é averiguada como pressuposto de que o candidato tenha a força necessária para a execução de suas tarefas, a exemplo de prisões, em que o acusado, às vezes, pode resistir à efetivação da mesma. Dessa maneira, torna-se óbvia a importância desta pesquisa, ao permitir que, com a proteção do quesito aludido, os concursandos mais aptos preencham os cargos, que necessitam de força física para o cumprimento de suas atribuições. Dessa forma, é mister analisar se as limitações de altura podem ser desconsideradas, ou atenuadas, por meio da aplicação das estimativas de altura do IBGE, ou mesmo do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. E é com este intento que o presente trabalho foi realizado.

Nesse contexto, demonstra-se que a altura é um requisito de admissibilidade a diversos cargos, tais como policiais militares, civis e rodoviários. Sendo que o ponto em comum em todos os cargos mencionados é que altura é pressuposto de que possa realizar o esforço físico necessário para efetivação de suas tarefas. Ora, a altura impõe temor reverencial, bem como o efeito de intimidação, essencial para os órgãos policiais. De fato, a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e patrimônio (art. 144*, caput*, I a V da CFRB). Além disso, a polícia federal é organizada em carreira e tem natureza de polícia preventiva e repressiva (art. 144, §1º da CFRB), e tem a atribuição de:

> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
> III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;
> IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

E concernente aos demais órgãos policiais, observe-se que:

> § 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.
> § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

> § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
>
> § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.
>
> § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Assim sendo, sem a limitação de altura exsurge como a garantia de que o porte físico possa servir como elemento de intimidação para realizar com mais eficiência[175] o policiamento ostensivo. Além da a atividade policial preventiva e repressiva, ou mesmo a preservação da ordem pública[176], incolumidade de pessoas e patrimônio, os quais são atribuições comuns a todos os órgãos policiais.

Em consequência, denota-se que é essencial haver compatibilidade entre as atribuições do cargo e as exigências legais, devendo ter conexão direta com o exercício do cargo ou emprego público a ser provido. Com efeito, deve haver pertinência lógica com as atribuições do cargo (CARVALHO, 2014, p. 42). Nesse sentido, informa-se que o art. 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – (BRASIL, 1988) descreve que (grifo nosso):

> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, **de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego**, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

Assim sendo, a expressão “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” denota que os requisitos legais exigidos para o cargo devem ter

[175] A eficiência denota que a atividade administrativa deva ser exercida com presteza, perfeição, rendimento funcional a fim de que por meio de uma atuação moderna, obtenha os melhores resultados possíveis (MEIRELLES, 2003, p. 94).

[176] A segurança pública refere-se a impedir a violação de normas estabelecidas, estando diluídas nas esferas estatais, como polícia administrativa, judiciária, civil etc. De maneira que se divide em atividade preventiva e repressiva. A primeira visa evitar condutas delitivas, por meio da vigilância e proteção da sociedade, a fim de promover a ordem pública e tranquilidade, zelando pelos direitos individuais. A segunda é concernente à atuação posterior, com o intuito de identificar os autores de ilícito, e embasar a ação penal (AGRA, 2002, p. 582).

relação de pertinência com as atribuições do mesmo. De forma que os requisitos legais deve seguir a mesma correlação com atribuições do cargo. Disso se aduz a aplicação da proporcionalidade ou razoabilidade, em especial, subaspecto da adequação[177], de sorte que os requisitos em lei exigidos para o cargo devem ter compatibilidade, ou seja, correlação lógica e, portanto, adequação com as atribuições inerentes ao cargo. Sendo assim, torna-se patente a aplicação a aplicação da proporcionalidade ou razoabilidade na seara dos concursos públicos.

Demais disso, observa-se que o art. 37, I e II da CRFB determina que (grifo nosso):

> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os **requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, **na forma prevista em lei**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

O que se infere da expressão grifada é que haja necessidade de que exista lei regulamentando o cargo e o concurso. Sendo que a Carta Magma estabelece a competência legislativa para cada ente legislar dentro de sua competência. Assim sendo, cada ente político (União, Estado, Município ou Distrito Federal) pode elaborar uma lei regulamentando o concurso na esfera de sua atuação (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p. 29-30).

De maneira que o acesso a cargos públicos ocorre com a aprovação em concurso público, o qual, obrigatoriamente, deverá ser regulado por lei (CARVALHO, 2014, p. 97). Sendo que será a lei da entidade política responsável pela criação do cargo, emprego ou função pública. De sorte que será lei de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, §1°, II, 'c' da CRFB [178]) quando se referir a cargo emprego ou função

[177] A proporcionalidade será explanada mais adiante.

[178] O art. 61, §1°, II, 'c' da Carta Magma, apesar de ser norma de competência da União, é aplicada aos Estados, em vista de ser norma extensível. Esta última definida como regras de organização da União, que são aplicadas ao Estado, por interpretação extensiva. Esses são os exemplos da eleição do chefe do executivo, princípios relativos a processo legislativo e requisitos para criação de Comissão Parlamentar de inquérito (PADUA, 2018).

desse poder. Ao passo que será por meio de Resolução quando for relacionado à criação de serviço administrativo do Legislativo (GASPARINI, São Paulo, 1995, p. 119).

Ademais, o concurso público como processo administrativo de seleção e recrutamento de pessoas para acesso a cargos públicos, tem íntima conexão com a autonomia política administrativa (art. 18, art. 25,§1º e art. 30, I, todos da CRFB). Isto porquanto cada unidade da federação possua ampla autonomia para regulamentar sobre a organização de seus próprios serviços, e como consequência sobre a forma e meios de admissão de cargos e empregos públicos pertencentes à estrutura administrativa. Dessa forma, é possível legislar sobre concurso público, independente de se tratar de Estado, Distrito Federal, Município e União, por meio de lei própria concernente a cada esfera governamental (MAIA & QUEIROZ, 2007, p. 11-12). Disso se infere que, no caso em análise, não há de se falar em concurso, se não houve lei estadual autorizativa.

Com efeito, o art. 39, §2° da CRFB estabelece que pode: “a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”. Sendo que o mesmo mandamento é reiterado no art. 37, II da Lei Maior, a determinação de que seja efetivado concurso de prova, ou provas e título, sendo os mesmos realizados: “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. Sendo assim, da leitura conjunta do art. 37, II e do art. 39, §2° da CFRB, infere-se que é possível estabelecer critérios diferenciados quando houver pertinência com a complexidade e natureza do cargo (CARVALHO, 2014, p.112).

Desse modo, aduz-se a existência de dois requisitos: “a) que tenham relação objetiva e proporcional com as funções assumidas e as tarefas a desempenhar, e b) que sejam estabelecidos de maneira abstrata e geral” (CARVALHO, 2014, p.113). Nesse panorama, é inviável exigir altura mínima para uma telefonista, mas não o será para um policial militar ou civil, vez que esses cargos exigem robustez e porte físico para o exercício de suas atribuições; de forma que tal exigência pertinente com as atribuições do cargo, e, por isso, legítima.

De fato, é possível efetivar proibição genérica de acesso à carreira pública em razão de atributos físicos, tal como a altura, quando a finalidade do direito for compatibilizar-se com a natureza e atribuições do cargo a ser preenchido (MORAES,

2006, p. 33-34). Esse é o exemplo dos cargos de policiais, os quais exigem esforço físico, o que é inerente às suas atribuições (OLIVEIRA, 2017, p. 82).

Informe-se, ainda, que vários Estados, a exemplo de Pernambuco descrevem limites de altura para os cargos de policiais (BRASIL, 2009):

> **Processo AGR 182289 PE 01822895**
>
> **Órgão Julgador:** 2º Grupo de Câmaras Cíveis
>
> **Publicação:** 113
>
> **Julgamento:** 20 de maio de 2009
>
> **Relator:** Adalberto de Oliveira Neto
>
> **Ementa**
>
> AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA, CONCURSO PÚBLICO. POLICIA MILITAR DE PERNAMBUCO. EXIGÊNCIA MÍNIMA PARA CANDIDATOS. EDITAL. DECRETO 10.332./85. LEI COMPLR 108/2008. EXIGÊNCIA. LEGALIDADE. LIMINAR. REVOGAÇÃO.
>
> O candidato que concorre a uma das vagas do concurso público para o preenchimento de vagas na Polícia Militar de Pernambuco, deve atender aos requisitos do Edital, que prevê altura mínima de 1,65cm para homem, e 1,60 cm para mulher. A exigência desses requisitos está inserta no Decreto 10.932/85, que é lei em sentido formal, na Lei Complementar 108/2008, bem como no edital do certame. Provimento do recurso para revogar a liminar concedida DECISÃO: À UNANIMIDADE DE VOTOS, DEU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Outros exemplos são os limites de altura para o cargo de policiais militares. Tal como ocorre no Estado do Amapá (art. 10, V da Lei Complementar do Estado do Amapá 084/2014 – AMAPÁ, 2014), Amazonas (art. 29, V da Lei do Estado do Amazonas 3.428/2010 – AMAZONAS, 2010), Alagoas (art. 29, V da Lei do Estado de Alagoas 5.346/1992 – ALAGOAS, 1992) e Rio Grande do Sul (art. 2º, VIII da Lei do Estado do Rio Grande do Sul 12.307/2005 – RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Ademais, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de permitir a limitação por altura, caso esteja fixada em lei em sentido formal e material[179], bem como no

[179] Leis em sentido estrito são os preceitos comuns e obrigatórios elaborados pelo Legislativo, emanados no âmbito de sua competência. Devendo, ainda, adotar os caracteres substanciais (generalidade, bilateralidade, imperatividade e coercitividade), além dos formais (ato escrito e elaborado pelo Legislativo, em processo de formação regular, promulgado e publicado). Ademais, lei em sentido formal é aquela que satisfaz os requisitos de forma (processo regular de formação e por

edital. Tal como é demonstrado no caso abaixo descrito - grifo nosso – (BRASIL, 2013):

> AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.198 SERGIPE RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI AGTE.(S) : ESTADO DE SERGIPE PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DO ESTADO DE SERGIPE AGDO.(A / S) : ERIK MOTA ADV.(A / S) : JOSÉ RONILSON MENEZES
>
> EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes. 1. **É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material**. 2. Agravo regimental não provido.

Cabe ressaltar que a limitação por altura não poderia ser descrita em decreto, em virtude de que se violaria a legalidade (art. 5º, II da CF), a qual esclarece que direitos, obrigações e vedações aos Administrados só possam ser criadas por lei[180], proibindo que isso seja efetivado por simples ato do administrativo. Nesse panorama, advirta-se que o decreto é consectário do poder regulamentar do executivo, que tenciona apenas o fiel cumprimento da lei (art. 84, IV da CF). De sorte que, visa apenas complementar a lei, delineando-a maiores minúcias, com o escopo de aprimorar a exequibilidade da mesma, suprindo lacunas, sem ampliar ou restringir as disposições legais (MEIRELLES, 2003, p. 125). De modo que, jamais, poderão criar direitos e obrigações, proibições, normas *contra legem* ou *ultra legem,* em virtude de que ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo, senão em decorrência de lei (art. 5º, II da CF), portanto ele deve, somente, a estabelecer a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração (DI PIETRO, 2010, p. 90-91). Isto desde que não haja inovação no plano jurídico, criando ou extinguindo obrigações.

O informativo 351 do STF (BRASIL, 2004), por seu turno, desconsidera a aplicação da razoabilidade, vez que a questão denota apenas o exame da previsão legal dos requisitos do concurso:

---

meio do poder competente). E, por derradeiro, a lei em sentido formal e material é aquela que atende os requisitos de forma, além de ter conteúdo de lei, observando os requisitos formais e materiais (NADER, 2009. p. 146-148).

[180] Lei em sentido formal e material, conforme consignado acima.

> ***Concurso Público: Limite Mínimo de Altura e Previsão Legal***
>
> A Turma manteve decisão do Min. Joaquim Barbosa, relator, que negara seguimento a agravo de instrumento em que se alegava a possibilidade de fixação, por edital, de limite mínimo de altura para provimento de cargo de policial militar. Considerou-se que não se tratava de razoabilidade da exigência, mas da necessidade de previsão legal para definição dos requisitos do concurso. Salientou-se, ainda, que a discussão acerca da existência ou não da efetiva previsão em lei do requisito em questão exigiria o exame prévio de norma infraconstitucional, o que é defeso em RE. AI 460131 AgR/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 8.6.2004. (AI-460131)

Urge salientar que o fato de que a assertiva acima descrita estar consignada no informativo 351 do STF, torna-se patente que esta é posição predominante do STF. Isto porquanto os informativos sejam o passo anterior à formação das Súmulas. O que denota a existência de um entendimento uniforme sobre o caso em epígrafe.

Igualmente, destaca-se que o STJ possui o mesmo entendimento alertando para o fato de que basta a previsão em lei para que haja validade das limitações por altura, idade e sexo (BRASIL, 2013):

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. LIMITE DE IDADE. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. PREVISÃO LEGA. NATUREZA DO CARGO. LEGALIDADE. 1. É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento que é possível a definição de limite máximo e mínimo de idade, sexo e altura para o ingresso na carreira militar, levando-se em conta as peculiaridades da atividade exercida, desde que haja lei específica que imponha tais restrições. 2. O art. 5°, II, da Lei Estadual 7.990/2001 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia) aponta a idade como um dos critérios a serem observados no ingresso na Polícia Militar baiana. 3. Deve-se reconhecer. 3. Deve-se reconhecer a legalidade da exigência da idade máxima estabelecida pelo Edital SAEB/01/2008, considerada a natureza peculiar das atividades militares. Não há, portanto, falar em ofensa ao direito líquido e certo do impetrante. 4. Agravo Regimental não provido.
>
> (STJ-AgRg no RMS: 41515 BA 2013/0070106-0, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/05/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2013)

Dessa forma, é permitida a limitação de altura, caso haja previsão em lei em sentido material (ou seja, ter o conteúdo de lei) formal (cumprir as regras do processo legislativo), vez que apenas esta pode inovar no plano jurídico, criando ou extinguindo direitos ou obrigações (art. 5°, II c/c art. 37, *caput* da CF). Em decorrência disso, é possível a consignação da limitação em edital. Sendo, ainda, necessário que a exigência seja compatível com a natureza do cargo (art. 37, I e II c/c art. 39, § 3º da CF). Reitere-se que no caso subjudice a exigência de altura é compatível com a natureza do cargo, que exige robustez para a realização de suas atribuições.

Entretanto, não será aplicável a restrição de altura, mesmo que referente ao ingresso nos quadro da Polícia Militar, no que ao cargo de dentista. Isto porquanto a exigências requerida devem ser atinente ao exercício da odontologia, que é uma atividade intelectual, por isso, não necessita de porte físico, visto que não realizará as atribuições de policial militar, mas de dentista. Vide exemplo de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF – (BRASIL, 2008):

> NÃO SE EXTINGUE O INTERESSE PROCESSUAL DA IMPETRANTE, QUE SUBSISTE QUANTO À ALTURA MÍNIMA. 2 A EXIGÊNCIA DA ALTURA MÍNIMA PARA O INGRESSO NOS QUADROS DE SAÚDE (ODONTOLOGIA) NA CARREIRA DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL NÃO ENCONTRA AMPARO LEGAL E FERE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> (TJ-DF – APC: 20060111254634 DF, Relator: EDITTE PATRÍCIO, Data de Julgamento: 09/01/2008, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 26/02/2008 Pág.: 1379)

De fato, só é verificada se o requisito para o cargo está descrito em lei. De maneira que, sequer, é aplicados os parâmetros do IBGE, visto que se refere à necessidade especial do cargo - grifo nosso – (BRASIL, 2017):

> **Processo**
>
> 0617732-03.2013.8.04.0001 AM 0617732-03.2013.8.04.0001
>
> **Órgão Julgador**
>
> Terceira Câmara Cível

Julgamento

29 de outubro de 2017

Relator

João de Jesus Abdala Simões

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR. ALTURA MÍNIMA. CONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O art. 29, V, da Lei nº 3.498/2010 (que prevê a exigência de altura mínima para o ingresso na Polícia Militar) não foi declarado inconstitucional por este Tribunal. Em verdade, na apreciação da constitucionalidade do referido dispositivo, sequer houve quórum mínimo de maioria absoluta, conforme determina o art. 97 da CF/88.

II - Por se referir a certame público, o parâmetro legal deve ser estabelecido de maneira geral, sendo vedado (e mesmo indesejável) abalizar, sem fundamento legal ou constitucional, particularidades individuais a fim de abrigar, de maneira especial, a situação da apelada.

III - Os critérios de altura mínima definidos na legislação não estão vinculados à estatura média da população. A razão de o Poder Público adotar a "altura mínima" diz respeito à necessidade especial do cargo, in casu, do serviço militar.

IV - Como consectário do provimento do recurso, inverto os ônus sucumbenciais (custas processuais e honorários de sucumbência), na forma do art. 98, § 3º, do CPC/2015. Na oportunidade, outrossim, a teor do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários de sucumbência para o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

V - Apelação provida para reformar a sentença apelada, no sentido de que seja julgado improcedente o pedido contido na inicial (TJAM – Ap0617732 - 03.2013.8.04.0001– 3ª C.Cív. –Rel. Des. João de Jesus Abdala Simões – DJe 06.11.2017 – p. 14).

Sendo que, em que decisão do Tribunal de Justiça do Amapá, já houve a ratificação da tese acima desposada, no sentido que não deve ser aplicado os índices do IBGE (BRASIL, 2018a):

> ***1.1.1.1.1 Nº do processo: 0001284-58.2018.8.03.0000***
>
> MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
>
> Impetrante: IARIMA DE CASTRO PINHEIRO DA SILVA, TALLITHA BARBOSA DA LUZ
>
> Advogado(a): HERINCK SANTOS DE SOUZA - 2840AP
>
> Impetrado: SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO DO AMAPÁ
>
> Interessado: ESTADO DO AMAPÁ
>
> Procurador(a) de Estado: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ - 00394577000125
>
> Relator: Desembargadora SUELI PEREIRA PINI
>
> DECISÃO:
>
> Vistos etc.
>
> PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI Nº do processo: 0001284-58.2018.8.03.0000 Tipo de ato: Decisão Vistos etc. IARIMA DE CASTRO PINHEIRO DA SILVA e TALLITHA BARBOSA DA LUZ, por meio de advogado, impetraram Mandado de Segurança, com pedido de tutela liminar, contra ato da SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO DO AMAPÁ, que as eliminou do concurso para o cargo de Soldado do Quadro de Praças Policiais Militares Combatentes da Polícia Militar do Estado do Amapá. Informaram que lograram aprovação na primeira fase do certame na 161ª e 18ª colocação, respectivamente, logrando êxito, ainda, nas fases documental, teste de aptidão física e avaliação psicológica. Contudo, foram consideradas INAPTAS no exame de saúde, em razão de não possuírem a altura mínima exigida de 1,60m (um metro e sessenta centímetros). Aduziram possuir estatura de 1,56m (um metro e cinquenta e seis centímetros) e que a exigência de altura mínima prevista no item 3.1 alínea “h” do Edital e estabelecida no art. 10 da Lei Complementar Estadual nº 084/2014 seria inconstitucional, por violação aos princípios da acessibilidade à função pública, dignidade humana, isonomia e proporcionalidade. Argumentaram que não haveria relação entre a estatura e o exercício da função de soldado da Polícia Militar e que a exigência editalícia em questãotambém estaria em confronto com a estatura média do nortista registrada em pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e com dispositivos das leis federais que tratam do ingresso nas forças armadas, os quais estabelecem altura mínima de 1,55m (um metro e

cinquenta e cnco centímetros), para as mulheres e 1,60m (um metro e sessenta centímetros), para os homens. Também sustentaram que a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência 1 Este documento foi assinado eletronicamente por Desembargadora SUELI PEREIRA PINI em 25/05/2018 11:11. O original deste docum ento pode ser consultado no site do TJAP. Hash: 363712937AM PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI de altura mínima para concurso das polícias militares encontraria conforto em diversos precedentes da jurisprudência pátria, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores e deste Tribunal de Justiça, o que, segundo entendem, também autorizaria o reconhecimento do alegado direito líquido e certo. Assim, realçando a circunstância de se encontrarem desempregadas e informando que o Curso de Formação estaria previsto para iniciar no dia 08 de junho do ano em curso, pediram a benefício da gratuidade de justiça e, em caráter liminar, a suspensão dos efeitos do ato que as tornou INAPTAS, permitindo suas participações nas demais fases do certame, assim como a nomeação e posse no cargo, caso aprovadas. Ao final, requereram a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 10 inciso V da Lei Complementar Estadual nº 084/2014 e, consequentemente, a concessão da segurança, afastando a exigência prevista no item 3.1 alínea “h” do Edital e confirmando a tutela liminar. É o resumido relatório. Decido. Os documentos carreados aos autos revelam que as impetrantes preenchem os requisitos da gratuidade de justiça, impondo-se, assim, a concessão do referido benefício. O contexto dos autos também deixa induvidoso que as impetrantes se inscreveram no concurso público para o cargo de Soldado do Quadro de Praças Policiais Militares Combatentes da Polícia Militar do Estado do Amapá relativo ao Edital nº 001/2017, logrando aprovação nas quatro primeiras fases (conhecimentos gerais, exame documental, teste de aptidão física e avaliação psicológica). No entanto, na 5ª Fase do certame (Exame de Saúde), foram consideradas INAPTAS, em razão de suas estaturas de 1,56m (um metro e cinquenta e seis centímetros), violando o item 3.1 alínea “h’ do Edital de abertura, que tem o seguinte enunciado: 3. DOS REQUISITOS PARA INVESTIDURA NO CARGO. 3.1 O candidato aprovado no Concurso de que trata este Edital, quando convocado Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000 2 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI será investido no Cargo se atender às seguintes exigências na data da posse: (...) h) ter no mínimo 1,65m (um metro e sessenta e cinco centímetros) de altura, se masculino e 1,60m (um metro e sessenta centímetros) de altura, se feminino; (...)” Convém assinalar que, conforme consignado na inicial, a referida exigência editalícia está em consonância com o disposto no art. 10 inciso V da Lei Complementar Estadual nº 084/2014 (Estatuto dos Militares do Estado do Amapá),

cujo enunciado entendo oportuno reproduzir: “Art. 10. O ingresso na carreira militar é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou crença religiosa, mediante matrícula ou nomeação, após aprovação em concurso público de provas e/ou de provas e títulos, observadas as condições estabelecidas em lei, nos regulamentos da Corporação e que preencham os seguintes requisitos: (...); V - ter no mínimo 1,65m (um metro e sessenta e cinco centímetros) de altura, se masculino e 1,60m (um metro e sessenta centímetros) de altura se feminino, para o preenchimento das vagas de combatente; (...)” Neste passo, diversamente do alegado na exordial, tem-se que a eliminação das impetrantes do certame não ostenta nenhuma ilegalidade e, muito menos, inconstitucionalidade, tendo em vista que a questionada exigência editalícia está amparada em previsão legal específica. Nesse sentido, aliás, pacífica é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme revelam os seguintes precedentes: “DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. (...). 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar é válida, desde que prevista em lei em sentido formal e material, bem como no edital que regulamente o concurso. (...)” - (STF - Primeira Turma - AgReg no RE nº 906.295/RJ - Relator Ministro Roberto Barroso - Julg. de Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000 3 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI 24.11.2015 - DJe. de 14.12.2015 - Site do STF/Jurisprudência) “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DA POLÍCIA MILITAR. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato administrativo de eliminação de Concurso Público para ingresso no Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, em razão da exigência de altura mínima de 1,65m para candidatos do sexo masculino e da alegada violação do princípio da isonomia ao se fixar estatura mínima inferior para as mulheres (1,60m). 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que é constitucional a exigência de altura mínima para o ingresso em carreiras militares, desde que haja previsão legal específica, como se afigura no presente caso. (...)” - (STJ - Segunda Turma - RMS nº 47.009/MS - Relator Ministro Herman Benjamin - Julg. de 24.05.2016 - DJe de 02.09.2016 - Site do STJ/Jurisprudência) “ADMINISTRATIVO. CONCURSO. CURSO DE FORMAÇÃO DE TAIFEIROS. LIMITAÇÃO DE PESO PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. (...). II - O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é possível realizar exigências quanto à altura e ao peso mínimo e máximo para ingresso na carreira militar, desde

que haja previsão legal específica que imponha essas restrições. Nesse sentido: RMS 47.299/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015. (...)" - (STJ - Segunda Turma - AgInt no REsp nº 1.570.361/SP - Relator Ministro Francisco Falcão - Julg. de 21.03.2018 - DJe de 26.03.2018 - Site do STJ/Jurisprudência) A propósito, o julgado da Ministra Laurita Vaz colacionado na exordial não favorece a pretensão das impetrantes, pois na hipótese daquele precedente a altura mínima foi exigida apenas no edital do certame, o que não aconteceu no caso concreto, cuja regra editalícia, vale repetir, foi escorada em dispositivo de lei complementar estadual. Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000 4 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI É verdade que este Tribunal de Justiça - em outras oportunidades e por meio de diversos precedentes, inclusive de minha lavra - concedeu a segurança, afastando a exigência da altura mínima com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente levando em conta os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE no tocante a estatura baixa/mediana da população da região norte. Todavia, examinando a melhor a questão, concluí que não há mais como manter o referido entendimento. Primeiro, porque vai de encontro à consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o que, induvidosamente, fere uma das regras basilares do Código de Processo Civil de 2015, consubstanciada na força obrigatória dos precedentes dos Tribunais Superiores. Segundo, porque a mencionada pesquisa do IBEGE não se mostra mais confiável, pois escorada em dados colhidos no período de 2008 a 2009. Sobre esse aspecto, aliás, deve-se prestigiar o comando do inciso V do art. 10 do Estatuto dos Militares do Estado do Amapá, presumindo-se que o legislador estadual levou em conta a realidade da população regional, o que, no meu sentir, também afasta a aplicação da legislação federal que define a altura mínima no âmbito das forças armadas. Some-se a isso a circunstância de que as impetrantes não impugnaram a regra editalícia no momento oportuno. Pior, se inscreveram no certame tendo pleno conhecimento de que não possuíam a altura mínima exigida e buscam, agora, por meio de um mandado de segurança, burlar a referida regra do edital. Por isso, in casu, impõe-se aplicar o princípio de que o edital faz lei entre as partes, não reconhecendo o suposto direito por elas alegado, cuja concessão resultaria na "(...) quebra das condutas lineares, universais e imparciais previstas para a garantia do certame. (...)". (TJRO - AGR nº 0001987-39.2010.822.0000). Ademais, não se pode deixar de levar em conta que a manutenção das Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000 5 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI impetrantes no certame será extremamente injusto, não apenas com as pessoas que deixaram de se inscrever

> por não possuírem a altura mínima exigida, mas, principalmente, com os candidatos classificados que preenchem o requisito da estatura e serão preteridos por quem não atende a tal exigência. Nesse contexto, entendo que, pelo menos a priori, o ato impugnado não viola os princípios constitucionais da acessibilidade à função pública, dignidade humana, isonomia e proporcionalidade, não vislumbrando, assim, a relevância nos fundamentos justificadora da concessão de tutela liminar nesta mandamental. Finalmente, convém assinalar que, no caso concreto, a concessão da tutela liminar configura periculum in mora inverso, pois, segundo o item 16.1 do Edital, durante o curso de formação o Soldado PM fará jus à remuneração mensal prevista no item 2.1.1, ou seja, R$ 1.748,68 (mil setecentos e quarenta e oito reais e sessenta e oito centavos) mais "etapa de alimentação" no valor de R$ 900,00 (novecentos reais). Ante o exposto, concedo o benefício da gratuidade de justiça, mas, ante a ausência de um dos pressupostos previstos no art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009, indefiro o pedido de tutela liminar e determino as seguintes providências: a) notificação da autoridade impetrada para, no prazo de dez dias, prestar informações, caso queira, enviando-lhe a segunda via da inicial com cópias dos documentos que a instruem; b) dê-se ciência ao Procurador-Geral do Estado, enviando-lhe cópia da inicial; e c) exaurido o lapso para resposta, com ou sem informações, remetam-se os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista, pelo decêndio previsto no art. 12, da Lei nº 12.016/2009. Intimem-se. Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000 6 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. SUELI PEREIRA PINI MACAPÁ, 25/05/2018 Desembargadora SUELI PEREIRA PINI Relator Processo nº 0001284-58.2018.8.03.0000, Diário de Justiça do Estado do Amapá 28/05/2018

Sendo assim, torna-se cristalina a inaplicabilidade dos índices do IBGE, sobretudo porque os estudo de altura estão extremamente defasados, visto que são de 2008 e 2009.

Nessa seara, informa-se que o IBGE é uma fundação, sujeita à supervisão do Ministro de Estado do Planejamento e Coordenação Geral (art. 1º da Lei 5.878/1973 – BRASIL, 1973), cujo objetivo é assegurar informações e estudos de natureza estatística, geográfica, cartográfica e demográfica necessários ao conhecimento da realidade física, econômica e social do País, visando especificamente ao planejamento econômico e social e à segurança nacional (art. 2º). De maneira que os levantamentos relativos à altura estão inseridos na obrigação de realizar análise física. Ocorre que o último levantamento estatístico dessa natureza é de 2008 e 2009

(BRASIL, 2008 e 2009), e, por isso, está ultrapassado, e, por isso não pode ser considerado. Além disso, uma das formas de coleta de informação é mediante autodeclaração, quando entrevistada a pessoa física (art. 6º), sem que haja confirmação das informações, ou medição pelo pesquisador. Outro motivo que inviabilidade a utilização dessas estimativas. Sobretudo porque, é sabido que, muitas vezes, o entrevistado falseia as informações prestadas.

Entretanto, em outra decisão do mesmo tribunal citado acima, decidiu-se pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade[181] ao permitir que uma concursanda com altura menor que o limite mínimo prosseguisse no certame (BRASIL, 2018b):

> Nº do processo: 0001306-19.2018.8.03.0000 MANDADO DE SEGURANÇA Tipo: CÍVEL Litisconsorte passivo: ESTADO DO AMAPÁ Procurador(a) de Estado: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ - 00394577000125 AGRAVO INTERNO Tipo: CÍVEL Agravante: ESTADO DO AMAPÁ Procurador(a) de Estado: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ - 00394577000125 Agravado: RENNYCE CARVALHO DOS SANTOS Advogado(a): ANDERSON COUTO DO AMARAL - 1343AP Relator: Desembargador MANOEL BRITO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ GABINETE DES. MANOEL

[181] A proporcionalidade ou razoabilidade divide-se em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, destaca-se que a necessidade, também denominada de exigibilidade, refere-se à adequação da medida, que só restringe direitos, se for indispensável para o caso concreto, não podendo ser substituída por outra diligência menos gravosa. Ao passo que a adequação, também nomeada de pertinência ou idoneidade, informa que os meios devem corresponder aos objetivos perquiridos. Sendo que a proporcionalidade em sentido estrito, após verificar se a medida é necessária e adequada, é investigado se o ato praticado culminou na realização do objetivo. Além disso, é impreterível que supere a restrição de direitos. Devendo haver efetividade máxima e restrição mínima. Ademais, note-se que o primado da proporcionalidade está implícito no devido processo legal na acepção substantiva (art. 5°, LIV da CRFB), estando expresso no art. 2°, VI da Lei 9784/1999 (BRASIL, 1999) e art. 156, I do Decreto-Lei 3689/1941 - BRASIL, 1941 - (LENZA, 2010, p. 138). Todavia, outros descrevem a proporcionalidade como a relação de causalidade entre o meio e os fins utilizados pelo Poder Público, deve as medidas serem adequadas, necessárias e proporcionais aos fins. Enquanto que a razoabilidade observe as condições individuais de quem esteja envolvido com a decisão. Aplicando-se, também, às situações de conflito entre o geral e individual, entre as normas e a realidade, ou relativos ao critério e às medidas (NOVELINO, 2016, p. 297). Não obstante haja dissidência sobre a existência de distinção entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que alguns doutrinadores consideram que são sinônimos, a exemplo Pedro Lenza, conforme já exposto, e outros consideram um princípio independente, apesar de haver correlação com a proporcionalidade (NOVELINO, 2016), não cabe aqui enveredar sobre qual é a posição correta, sobretudo porque este não é o foco desta pesquisa. Basta ressaltar que será adotada de Pedro Lenza, visto que é a opinião clássica, manifestada pela maioria dos autores sobre o assunto. Por fim, ressalte-se que outro subprincípio é a proibição do excesso, a qual não permite a imposição de medidas coativas que sejam indevidas ou excessivas pelo Poder Público, sem que haja intervenção além do necessário (NOVELINO, 2016, p. 295-296). É nessa seara que se enquadra a decisão aludida, em vista de que se postula que a limitação de altura provoque gravame excessivo, e, por isso deveria ser desconsiderada.

> BRITO EMENTA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - DECADÊNCIA - INCORRÊNCIA - LIMITE MÍNIMO DE ALTURA - ELIMINAÇÃO - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE - PREVISÃO SUPERIOR À DE INGRESSO NA CARREIRA DO EXÉRCITO - DISPARIDADE COM A ALTURA MÉDIA DA POPULAÇÃO LOCAL - DIMINUTA DIFERENÇA - SITUAÇÃO FÁTICA EXCEPCIONAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1) O prazo para impetrar mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado, in casu, o Edital que considerou a impetrante inapta ao prosseguimento nas etapas seguintes do concurso público, ato administrativo disponibilizado apenas 06 (seis) dias antes do ajuizamento da ação mandamental, não havendo que falar em decadência; 2) Conquanto lícita a previsão que estabelece altura mínima para ingresso na carreira de policial militar, tal regramento não dispensa o cotejo com o princípio da razoabilidade, não sendo essa característica física suficiente para determinar que a candidata seja inapta ao desempenho das atribuições do cargo, especialmente considerando que a metragem é superior àquela exigida para ingresso no Exército e confronta com as peculiaridades inerentes à população da Região Norte - que apontam que a estatura média é inferior à do restante do Brasil - , além de haver sido a candidata aprovada no teste de aptidão física, demonstrando, portanto, capacidade corporal em igualdade de condições com aquelas de altura superior; 3) Mandado de segurança conhecido e ordem concedida, prejudicado o agravo interno.

Não há de se falar na aplicação da jurisprudência acima colacionada. Isto porquanto a altura é fixada em abstrato como requisito para acessibilidade de cargos, que necessitem de esforço físico para realização de suas atribuições. Tal como o exemplo dos policiais, os quais precisam de robustez para realizações de prisões.

Outrossim, as leis possuem presunção relativa de constitucionalidade, a qual milita em seu favor. Sendo que só podem ser afastadas por prova em contrária. Devendo o exame de inconstitucionalidade ser realizado com parcimônia e muita cautela, haja vista estar no exercício de uma função atípica (LOPES, 2018). De sorte que a declaração de inconstitucionalidade como medida extrema e só em última *ratio*, e, somente, por hipótese de inequívoca e flagrante de inconstitucionalidade (SILVA, 2018). O que não é o caso examinado, posto que os levantamentos do IBGE estão

defasados, visto remontam os anos de 2008 e 2009. Além da imprecisão dos dados resultantes da autodeclaração.

Para tanto, basta a previsão legal, não havendo, portanto aplicação de proporcionalidade e razoabilidade (art. 5°, II e art. 37, *caput* da CF, Informativo 351 do STF, STF – AgRg no RE 593.198 SE c/c STJ – AgRG no RMS 41515 BA). Eis porque não há aplicação das estimativas de altura do IBGE (TJAM – Ap 0617732-03.013.8.04.0001). De sobremaneira porque estão ultrapassadas, vez que são de 2008 e 2009.

Sendo esta a posição citada é a predominante no STF, visto que está descrita no Informativo 351. Sobremodo porque a exigência de altura é condizente com a natureza do cargo (art. 37, I e II c/c art. 39, §3º da CFRB), que exige robustez o exercício das atribuições do cargo aludido. Saliente-se, também, que o STJ possui o mesmo entendimento, ao afirmar que as limitações relativas à altura, idade e sexo são permitidas, desde que estejam descritas em lei (STJ - AgRg no RMS 41515 BA 2013/0070106-0).

Nessa patamar, anote-se que o princípio do julgamento objetivo determina que em todos os concursos, em quaisquer de suas fases, deve ser estabelecido no edital, critérios de julgamento e correção fundamentados em parâmetros objetivos para todas as fases e provas efetivadas no concurso (MAIA & QUEIROZ, 2007, p. 41). De maneira que sendo impossível a aplicação de critério objetivo que possa mensurar quantos centímetros abaixo do limite mínimo de altura seria razoável para aprovar o concursando, não há como se aplicar a proporcionalidade.

De fato, não há critério objetivo a fim de fixar qual seria o quantum razoável para permitir que o candidato seja aprovado quando não alcançar o limite mínimo legal de altura? Ora, seria um centímetro, dois, três, cinco ou dez? Como é possível mensurar isso? Demais disso, fixar os limites de altura do exército, é violar a competência dos entes para legislar sobre isso (art. 61, §1º, II da CFRB).

3. CONCLUSÃO

A limitação de altura é exigência que deve ser compatível com as atribuições do cargo. Nesse sentido, destaca-se que a necessidade de existir conexão lógica, ou

seja, pertinência com a natureza e complexibilidade do cargo almejado (art. 37, I e II c/c art. 39, §3º, todos da CFRB). Desse modo, demonstra-se a existência de pertinência em relação cargos públicos concorridos, como o exemplo dos cargos de policiais, visto que estes tornam impreterível o porte físico, porquanto haja necessidade de força física para realização de prisões, bem como efetivar a atividade de policiamento ostensivo e manutenção da ordem ordem pública. Nesse caso, a altura, também, promove o efeito de intimidação e termor revencial para o exercício de suas atribuições.

Diferente é o caso de um dentista, que ingressa na polícia militar a fim de prover o cargo de odontólogo. Nessa hipótese, não seria razoável exigir altura mínima, mas, somente, requisitos correlacionados ao exercício da odontologia (TJ-DF – Apelação Cível 20060111254634 DF).

Outra premissa imprescindível, que haja previsão em lei do ente realizador do concurso, bem como esteja consignado no edital do certame.

Sendo que o STF, praticamente, pacificou a questão no informativo 351, ao afirmar que se deve desconsiderar a razoabilidade, devendo a análise se ater à previsão legal da limitação de altura. De maneira que o STJ assentiu a mesma opinião (AgRg no RMS 41515 BA).

Igualmente, não há de se falar na estimativa de altura do IBGE, descrita em relação ao Estado, que elaborar o concurso, posto que estejam defasadas, em vista de que sejam de 2008 e 2009. Outro motivo pelo qual estes estudos não possam ser considerados é que uma das formas de levantamento de informações é por meio de autodeclaração da pessoa física (art. 6º da Lei 5878/ 1979), que, muitas vezes, falseia informações, as quais não são confirmadas pelo pesquisador, o qual poderia fazer uma rápida medição da altura em estudo.

Não obstante, haja precedente judicial (a exemplo do TJAP - Agravo interno no Mandado de Segurança 0001306-19.2018.8.03.0000), em que, com fulcro na razoabilidade, desconsidera-se os limites legais mínimos de altura para aplicar aqueles descritos pelo exército, viola a competência dos entes para legislar sobre isso. Além do que, não há critério objetivo para delimitar qual seria o *quantum* razoável para permitir a aprovação de quem não alcançar o limite mínimo de altura. O que afrontaria o princípio do julgamento objetivo, em vista da ausência de parâmetros objetivo para

quantificar quantos centímetros abaixo do limite mínimo de altura seria permitido para que o candidato fosse aprovado.

Além disso, as estimativas de altura do IBGE estão ultrapassadas, vez que são de 2008 e 2009. Por derradeiro, os limites de altura são fixados como pressuposto para realização das atribuições inererentes aos cargos, que exigem esforço físico, a exemplo dos cargos de policiais.

Demais disso, as leis possuem presunção de constitucionalidade, a qual só pode ser afastada como medida extrema e em último caso. O que não pode ocorrer no caso em voga, em decorrência da falta de prova de que não seja corretos os limite de altura descritos. De sobremaneira, em virtude das deficiências das estimativas de altura do IBGE descritas acima.

Nesse panorama perquire-se, tão somente, a existência de pertinência com as atribuições do cargo, o que existe em relação aos policiais, visto que determinam a essencialidade de que haja robustez para a efetivação de suas atividades, como o exemplo das prisões. Portanto, havendo compatibilidade de exigência com a natureza e complexidade do cargo, bem como previsão legal, é possível consignar restrições de altura para cargos de policiais e outros requeiram tais limitações, em decorrência de sua natureza.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALAGOAS. **Lei 5.346, de 26 de maio de 1992**. Dispõe sobre o Estatuto de Policiais Militares do Estado de Alagoas. Disponível em: < http://www.conselhodeseguranca.al.gov.br/legislacao/policia-militar-de-alagoas/Lei%20no%205.346%20-%2092%20-%20Dispoe%20sobre%20o%20Estatuto%20da%20Policia%20Militar%20do%20Estado%20de%20Alagoas.pdf/view>. Acesso em: 05 nov. 2018.

AMAPÁ. **Lei Complementar Estadual 0084, de 07 de abril de 2014.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares do Estado do Amapá em consonância com as disposições do art. 42, § 1º, art. 142, § 3º, inciso X da Constituição Federal e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_lei.php?iddocumento=50205>. Acesso em: 05 nov. 2018.

AMAZONAS. **Lei Estadual 3.498, de 19 de abril de 2010.** Dispõe sobre o ingresso na Polícia do Amazonas, e dá outras providências. Disponível em: < https://pm.am.gov.br/portal/imagens/arquivos/1a7be4e8d6b2515b2ecd36c5395fd60d.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

____. **Lei 5.878, de 11 de maio de 1973**. Dispõe sobre a Fundação Instituto Brasileiro de Estatística e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5878.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

____. **Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>. Acesso em: 16 out. 2018.

____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 593.198 SE**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 06 de agosto de 2013. Brasília, DF. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4597942 >. Acesso em: 13 jul. 2018.

____. Tribunal de Justiça de Amapá. **Mandado de segurança 0001284-58.2018.8.03.0000**. Relatora Sueli Pereira Pini. Data de Julgamento: 25 de maio de 2018a. Macapá, AP. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html>. Acesso em: 29 out. 2018.

____. Tribunal de Justiça de Amapá. **Agravo interno no Mandado de Segurança0001306-19.2018.8.03.0000**. Relator: Manoel Brito. Data de Julgamento: 17 de outubro de 2018b. Macapá, AP. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html>. Acesso em: 29 out. 2018.

____. Tribunal de Justiça de Amazonas. **Apelação Cível 0617732 - 03.2013.8.04.0001**. Relator: João de Jesus Abdala Simões. Data de Julgamento: 29 de outubro de 2017. Manaus, AM. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533766516/6177320320138040001-am-0617732-0320138040001 >. Acesso em: 29 out. 2018.

____. Tribunal de Justiça De Pernambuco. **Agravo Regimental 182289 PE**. Relator: Adalberto de Oliveira Neto. Data de Julgamento: 20 de maio de 2009. Recife, PE. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15324170/agravo-regimental-agr-182289-pe-01822895?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 jul. 2018.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 20060111254634 DF**. Relator: Editte Patricio. Data de julgamento: 09 de janeiro de 2008, Brasília, DF. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2625878/apelacao-civel-apc-20060111254634-df>. Acesso em: 30 out. 2018.

____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 351, de 7 a 11 de junho de 2004.** Disponível em: <http://www.estudosdeadministrativo.com.br/informativo-351.php>. Acesso em: 25 out. 2018.

____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Antropometria e estado nutricional de crianças, adolescentes e adultos no Brasil (2008 e 2009). Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pof/2008_2009_encaa/defaulttabpdf_UF.shtm >. Acesso em: 02 nov. 2018.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Igualdade, discriminação e concurso público:** análise dos requisitos de acesso aos cargos públicos no Brasil. Maceió, Viva Editora, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed., Saraiva: São Paulo, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Camila Novaes. **Controle de constitucionalidade (princípios norteadores)**. 2018. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

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

NADER, PAULO. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Francis Junio. **Concurso Público:** forma de ingresso no serviço público – doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Dario da Silva. **Concurso Público:** teoria e prática. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

PADUA, Gabriela Mosciaro. Da distinção entre princípios constitucionais sensíveis, estabelecidos e extensíveis na limitação do Poder Constituinte Derivado Decorrente. **Conteúdo Jurídico**, 10 jan. 2018. Seção Artigos. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-distincao-entre-principios-constitucionais-sensiveis-estabelecidos-e-extensiveis-na-limitacao-do-poder-cons,590222.html>. Acesso em: 01 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei 12.307, de 08 de julho de 2005.** Dispõe sobre as condições específicas para ingresso na Brigada Militar, na condição de militar estadual, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.307.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SILVA, Enio Moraes da. **Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competência em matéria ambiental**. 2018. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/teses/enio%20moraes.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

FOMENTO PÚBLICO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PUBLIC DEVELOPMENT AND NATIONAL DEVELOPMENT IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Lucas Ramiro Vedoin[182]

Resumo: O presente estudo tem por finalidade examinar a atividade de fomento exercida pelo Estado à luz da Constituição Federal de 1988, sobretudo sob o viés do equilíbrio federativo e dos princípios da igualdade e da livre concorrência, vistos como condutores da intervenção estatal sobre o domínio econômico. Em síntese, buscar-se-á expor suas vulnerabilidades e seus pontos positivos enquanto instrumento de políticas econômicas voltadas ao desenvolvimento nacional, com intuito de propiciar uma conclusão o mais imparcial possível.

Palavras-chave: Fomento Público; Política Econômica; Desenvolvimento.

Abstract: The present research aims to examine the fomentation activity practiced by the State regards on what is written in the Federal Constitution of 1988, mostly under the bias of the federative balance and the principals of equity and free competition, which are the conductive wires of state intervention under the economic domain. In short, it will be sought-exposed their vulnerabilities and their strengths as an instrument of economic policies to geared national development, aiming to provide the most unbiased conclusion as possible.

Keywords: Public fomentation; Economic policy; Development.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de existirem há décadas, as ações de fomento público ainda despertam dúvidas na jurisprudência e na doutrina, dada suas peculiaridades, as quais o direito tradicional não está acostumado a rotineiramente lidar.

No presente artigo, discorreremos preambularmente sobre suas principais características, buscando fornecer bases teóricas e jurídicas para que seja possível

[182] Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado.

analisar sua eficiência como instrumento de política econômica em prol do desenvolvimento nacional.

O assunto será, a seguir, abordado à luz da Constituição Federal de 1988, partindo-se da noção de equilíbrio federativo e da análise das possíveis repercussões ocasionadas pela intervenção dos entes federativos sobre o domínio econômico, seja para mantê-lo ou até mesmo desestabilizá-lo.

Por fim, adentraremos no estudo dos princípios da igualdade e da livre concorrência como norteadores da função estatal do fomento público. Enquanto busca o primeiro evitar concessões de benefícios arbitrárias por parte do Poder Público, o segundo tem por escopo a manutenção de um mercado equilibrado, obtido não apenas pela repressão do abuso do poder econômico, como também pelo incentivo ao ingresso de novos agentes em condições de concorrência com os demais.

2. FOMENTO E DESENVOLVIMENTO

Como se sabe, a política econômica é o conjunto de ações governamentais, de natureza econômica, que tem por finalidade a consecução de determinados fins, considerando a atual situação econômica do país. No caso dos países em desenvolvimento, como o Brasil, um dos objetivos a serem alcançados pela tomada de medidas de economia política é o desenvolvimento.

Para Ana Maria Ferraz Augusto, "a política econômica nos países subdesenvolvidos tem como fim imediato atingir a autossuficiência e os padrões sócio-economicos das economias desenvolvidas"[183]. Após alcançado certo grau de desenvolvimento, os novos objetivos são traçados com base na conservação do nível de desenvolvimento conquistado, que consistem na continuidade da acumulação de riquezas e, também, na manutenção do poder econômico.

Tendo em vista os casos em que o desenvolvimento é o objetivo a ser alcançado pela adoção de medidas de política econômica, é necessária a identificação de dois cenários distintos[184].

[183] AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. **Incentivos: instrumentos jurídicos do desenvolvimento.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais, nº 17, p. 105, 1976.
[184] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 423-424.

No primeiro deles, teríamos uma situação de equilíbrio, caracterizada pela estagnação ou pelo crescimento econômico. A política econômica, nesses casos, encontrar-se-ia baseada na clássica ideologia liberal, segundo a qual o mercado deve funcionar de forma livre, longe de interferências estatais, a não ser aquelas necessárias a garantir os direitos de propriedade.

Além das situações de estagnação, a possibilidade de haver crescimento sem desenvolvimento, nesse cenário, pode parecer, sob um olhar mais superficial, contraditório. Contudo, não o é, e as razões para tanto são bem delineadas por Washington Peluso Albino de Souza, que evidencia a diferença entre crescimento e desenvolvimento, apesar de ambos poderem ser enquadrados dentro da ideia de progresso:

> No "crescimento" tem-se o "equilíbrio" das relações entre os componentes do todo, podendo haver o seu aumento quantitativo ou qualitativo, porém mantidas as proporções dessas relações. No "desenvolvimento", rompe-se tal equilíbrio", dá-se o "desequilíbrio", modificam-se as proporções no sentido positivo. Se tal se verificasse em sentido negativo, teríamos o retrocesso, a recessão, embora também como forma de "desequilíbrio", pois igualmente rompida com o status quo ante"[185]

Com base nessa distinção, em um segundo cenário, que é o que nos interessa no presente estudo, visualizaremos uma situação de desequilíbrio, na qual o objetivo será a quebra do status quo anterior. São nesses casos em que o desenvolvimento é o fim a ser buscado por meio da ideologia intervencionista, seja em maior ou menor intensidade. A respeito, adequada a constatação feita pelo Professor Ricardo Camargo:

> Todos os regimes têm ação estatal mais ou menos intensa na economia. Vem à tona as questões de dirigismo ou intervencionismo, este, marcado pela presença esporádica do Estado no domínio econômico, aquele, marcado pela presença mais intensa, senão total, do Estado neste campo.[186]

[185] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 404.
[186] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 163.

Nossa atual Constituição Federal, em diversos trechos de seu texto, fornece diretrizes gerais ao desenvolvimento econômico e social. E, sob esse aspecto, não podemos deixar de destacar que o desenvolvimento não está unicamente atrelado a questões econômicas eminentemente quantitativas, mas, também, a índices qualitativos, no sentido de proporcionar o bem-estar social, em observância ao princípio da dignidade humana. Como típico exemplo, citamos países com elevado índice de Produto Interno Industrializado (PIB), que leva em consideração o valor final dos bens e serviços de uma nação ao longo de determinado ano, e reduzida taxa de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que avalia riqueza, educação, expectativa de vida e demais fatores dos países:

Nesse sentido, o alcance de novos graus de desenvolvimento passa, necessariamente, pelo instituto do planejamento a médio e longo prazos, não surgindo da prática de políticas econômicas de caráter emergencial.

O chamado Direito do desenvolvimento[187], portanto, terá como referencial especialmente questões relacionadas às condições de vida de um determinado país, que passam por questões como habitação, educação, saúde, meio ambiente e, sobretudo, pela política de distribuição de renda.

Sendo assim, indispensável que haja uma harmonização entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento social, conforme defende Nelson Nery:

> A ordem econômica está vinculada ao desenvolvimento econômico em concomitância do social. Para atingir tal desiderato, a atividade econômica por parte do Estado precisa ser planejada de maneira integrada. A atuação econômica estatal deverá ser integrada a um planejamento ambiental que racionalize o aproveitamento energético, aquático e que esteja comprometido com a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A atuação econômica também precisa estar integrada à

[187] A propósito, conferir o Capítulo “Direito “AO” e Direito “DO” Desenvolvimento”, em que o Prof. Washington Peluso Albino de Souza aponta a devida distinção entre ambos, in **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999

> pesquisa científica e tecnológica, em que toda a orientação está voltada para a promoção do bem estar dos cidadãos"[188]

O fomento de determinadas atividades econômicas desenvolvidas pelo particular é uma das formas de intervenção indireta do Estado voltada à consecução desse objetivo e está intrinsicamente relacionada à ideia de transformação da realidade econômica:

> Ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica, peculiares a cada campo de atuação. A política econômica tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o crescimento sustentado da economia, assegurar o pleno emprego dos fatores de produção, particularmente da mão de obra, uma relativa estabilidade de preços, e garantir o equilíbrio da balança de pagamentos. Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída. É imperioso notar que a adoção de uma determinada medida não exclui outras, até porque a utilização isolada de certa medida terá efeitos negativos em outros setores, de tal forma que se pode e se deve afirmar que a situação de equilíbrio buscada como perfeita continuará sendo sempre uma meta a ser alcançada.[189]

O Direito Econômico exerce importante função nesse sentido, pois possibilita a concretização de políticas econômicas através do emprego de instrumentos jurídicos, como, por exemplo, de incentivos fiscais ou de incentivos creditícios:

> o direito econômico aparece assim como um dos ramos deste direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formas que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade ou, se se preferir, a sua

[188] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 639.
[189] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247-248.

> autonomia nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado.[190]

Outro elemento básico do fomento promovido pelo Estado é o seu caráter estimulador, razão pela qual não se confunde com o exercício do poder de polícia, o qual faz uso da coerção[191]. Ora, não se pretende obrigar ninguém a praticar determinado ato, mas sim incentivar sua prática mediante oferecimento de benefícios. Trata-se de uma ação persuasiva que dispensa o uso da força[192].

Distingue-se, também, da prestação de serviços públicos, pois, por meio desta modalidade, o Estado realiza de forma direta e com seus próprios esforços o objetivo visado, enquanto que, através do fomento, estimula a iniciativa privada para que desenvolva determinada atividade, cumprindo indiretamente as metas traçadas pelo poder público.

O mecanismo do fomento adequa-se, portanto, a moldes semelhantes aos do direito premial[193], uma vez que o indivíduo pratica determinada conduta mediante concessão de benefício pelo Estado. Ou seja, trata-se de um convite do poder público à iniciativa privada, que pode por ela ser aceito ou recusado, contudo, apenas na primeira hipótese ela gozará das facilidades oferecidas.

Em síntese, podemos destacar entre as principais características do fomento: (i) a não obrigatoriedade de participação, (ii) a inexistência de qualquer tipo de coerção para que se realize a adesão, o que reflete o poder de escolha do particular (iii) não se trata de liberalidade pública, razão pela qual não é uma doação estatal (iv) em que pese ser seletivo, não fere injustificadamente a isonomia; (v) é unilateral, uma vez que inexiste sujeito ativo para exigir a execução da atividade fomentada, apenas

[190] COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Econômico**. Enciclopédia Saraiva do Direito nº 27. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10.
[191] MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista,** in Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Volume 65, Rio de Janeiro: CEJUR, 2010, p. 123.
[192] POZAS, Luis Jordana de. **Ensayo de una teoria general del fomento en el Derecho Administrativo. In: Estudios de Administración local y general.** Homenage al professor Jordana de Pozas. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, p. 46-47.
[193] BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura Alla Funzione**. Milão: Edizione di Comunitá. 1977, p. 33 e ss.

cumprindo ao Estado controlar a utilização da verba pública; e (vi) possui, em princípio, caráter transitório[194].

A concessão de tais benefícios encontra-se, contudo, condicionada à promoção equilibrada do desenvolvimento socioeconômico nacional, especialmente entre as diferentes regiões brasileiras, tão destoantes entre si. Entretanto, conforme veremos adiante, fazer uso de forma adequada dessa possibilidade que dispõe o Estado não é tarefa fácil, uma vez que, se utilizada para outros fins que não aquele previsto, poderá acentuar ainda mais o desequilíbrio no país.

Os possíveis problemas gerados pela incorreta concessão de incentivos públicos aos particulares gira, essencialmente, em torno de questões relativas aos critérios adotados para sua disponibilização e o período e intensidade de sua duração:

> Existem dois grandes problemas circundando o fomento público: (i) os critérios de sua concessão e (ii) sua intensidade e duração. O fomento pode ser inteligente instrumento de apoio ao desenvolvimento privado em direções social e constitucionalmente desejáveis - ou pode ser a enésima ajuda do Rei a seus amigos[195]

Nesse sentido, as ações estatais de fomento, "além do risco de se descambar no "clientelismo" e no "protecionismo", (...) podem, não simplesmente impulsionar determinado segmento econômico, mas sim gerar um quadro de dependência às benesses estatais, a partir de condições artificialmente criadas e não sustentáveis a longo prazo".[196] Fábio Konder Comparato ressalta que, no Brasil, comumente confunde-se desenvolvimento com assistencialismo empresarial[197].

Germán Fernández Farreres sustenta que o caráter do fomento público, evidenciado pela discricionariedade e voluntariedade, bem como pela ausência de ações impositivas de obrigações e proibições, dificultam o estudo jurídico do tema e a

---

[194] MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista**, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Volume 65, Rio de Janeiro: CEJUR, 2010, p. 135.
[195] *Ibidem*, p. 116.
[196] SERRANO JÚNIOR, Odoné. **A *causa impositionis* tributária e a redistribuição de riqueza: enfrentando a pobreza pelas vias dos programas de renda mínima e pelo fomento do desenvolvimento econômico**. In: Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, nº 11 (julho-dezembro/2009), Paraná: FUNDINOPI, p.137.
[197] COMPARATO, Fábio Konder. **Planejar o desenvolvimento. A perspectiva institucional.** In: Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.121.

adequada compreensão de tal função estatal.[198] Afinal, o direito tradicional está muito mais acostumado a lidar com obrigações, deveres e sanções negativas, do que com casos de ações voltadas a estimular determinados comportamentos[199]. O fomento, sob esse aspecto, foi responsável por provocar a necessidade de repensar a Teoria Geral do Direito, que colocava a coação como elemento essencial da norma jurídica, conforme já chamava a atenção Washington Peluso Albino de Souza[200].

A atividade de fomento não pode, portanto, ser indistintamente utilizada, devendo ser previamente planejada, levando-se em conta a manutenção do equilíbrio federativo, assim como também observados os princípios da ordem constitucional vigente, especialmente a isonomia e a livre concorrência. É o que passaremos a abordar a partir de então.

3. EQUILÍBRIO FEDERATIVO

O federalismo como forma de estado de firmes bases política e jurídica, tal como conhecemos hoje, surgiu nos Estados Unidos, na segunda metade do século XVIII, em meio à independência das Treze Colônias. Após emanciparem-se da antiga metrópole inglesa, os estados recém-formados buscavam uma união de "feitio federal ou nacional, capaz de possibilitar um só governo, eficiente e vigoroso, para regularizar, em todos os sentidos, a vida das coletividades assim agrupadas"[201].

No Brasil, em que pesem as interrupções verificadas nos períodos do Governo Provisório (entre 1937 e 1945) e do Estado Novo (de 1937 a 1945), podemos dizer que o sistema federalista vigora desde a proclamação da República[202]. Apesar de os ideais federalistas de influência norte-americana estarem em pauta desde a Assembleia Constituinte de 1824 e durante toda fase imperial, somente com o Decreto

[198] FARRERES, Germán Fernández. **La Actitividad de Fomento en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades locales de Cataluña** de 13 de junio de 1995 (Regimen jurídico de las subvenciones y de la accion concertada). Revista de Administración Publica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, v. 139, jan-abr, 1996, p. 309.
[199] MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista**, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Volume 65, Rio de Janeiro: CEJUR, 2010, p. 121.
[200] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 129-130.
[201] MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1999.
[202] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **ICMS e Equilíbrio Federativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 11.

nº 1 de 1889, o novo modelo político fundado no Federalismo foi consolidado no Brasil[203].

É inegável a influência da história brasileira e das características do território nacional para que a forma de estado federalista fosse adotada pelo país. Tendo em vista suas extensas dimensões, assim como as particularidades de cada uma de suas regiões, dificilmente a forma unitária, fundada em um poder central, funcionaria para suprir adequadamente demandas descentralizadas:

> Em um país de grande extensão territorial e elevado número de habitantes como no nosso, restabelecer o equilíbrio federativo, por meio da concessão de maior autonomia aos entes regionais e locais, é fazer crescer a representação legislativa do cidadão, o qual passa a interferir na formação de ordens jurídicas que têm base territorial menor.[204]

Logo no artigo 1º da Constituição Federal encontramos que a Federação Brasileira é formada pela união indissolúvel da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que, nos termos do artigo 18, compõem a organização político-administrativa do Brasil. No entanto, importante lembrar que apenas os Estados constituem instituições típicas do Federalismo, sendo os municípios divisões político-administrativas desses e não da União.[205]

A cooperação é um dos principais instrumentos oferecidos pelo federalismo, favorecendo as relações entre governos central e locais[206]. Diante disso, a Carta Magna tratou de atribuir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a guarda compartilhada da Constituição e também a prestação de serviços de caráter predominantemente social, em áreas como saúde, educação, meio ambiente, cultura, habitação, combate à pobreza, exploração de recursos hídricos e minerais, consoante prevê seu artigo 23.

---

[203] FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67-68

[204] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 124.

[205] BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 477.

[206] MACHADO HORTA, Raul. **A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: [s.n], 1964, p. 268.

Tal competência comum requer a ação conjunta dos entes políticos, que devem atuar em regime de cooperação, desenvolvendo de forma equilibrada suas atividades no intuito de melhor atender à sociedade. Para o Supremo Tribunal Federal, nesses casos, não há possibilidade de exclusão de um ente federado, pois se trata de atribuição indeclinável, que envolve interesses de toda a Federação[207].

Ou seja, trata-se da "competência que os entes federados exercem sobre a mesma matéria, sem, todavia, interferir nas áreas de respectiva atuação, sobre não haver, em seu exercício ordinário, hierarquia de exclusão"[208].

Os Estados-membros (entes federados), integrantes da União (federação), para poderem exercer plenamente a autonomia que lhes é inerente, necessitam da entrada de recursos em seus cofres, oriundos, predominantemente, da tributação[209]. Este, conforme destaca Ricardo Camargo, é o principal argumento contra a adoção do denominado imposto único em país que adota o sistema federalista:

> Por um lado, porque implicaria a subtração de recursos das entidades a que não fosse devida, ou, no caso de ser devida simultaneamente a mais de uma dentre as esferas de Governo existentes na Federação, com o direito individual a não sofrer duas vezes a tributação pelo mesmo fato gerador".[210]

Isso porque, a arrecadação de uma única exação centralizada na figura da União seria incompatível com o sistema federalista, que permite a convivência de vários Estados em um mesmo território, apesar de suas distintas ideologias, orientadas, logicamente, pelas disposições constitucionais.

O recolhimento de tributos é a maior fonte de recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem a qual não conseguiriam exercer satisfatoriamente suas atividades. Como se vê, de fato, tributação não tem por objetivo unicamente

[207] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.544/RS, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 28 de junho de 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1977324. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

[208] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição - Comentários à Constituição Brasileira. Volume** 3. São Paulo: Manole, 2007, p. 373-374.

[209] ATALIBA, Geraldo**. Hipótese de incidência tributária**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 25-27.

[210] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. ICMS e Equilíbrio Federativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 13-14.

"proporcionar receita ao Estado, mas (...) proporcionar receita para que o Estado possa fazer frente às necessidades públicas".[211]

Os impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições sociais fazem parte das chamadas "receitas derivadas", decorrentes do uso do poder impositivo do Estado sobre patrimônio alheio. Estão enquadrados no mesmo conceito de receita derivada aquelas advindas da aplicação de multas e penalidades pecuniárias e também as reparações de guerra, valores a serem pagos por outras nações em razão da guerra, em que pese seu caráter não-tributário.

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos entes políticos competência tributária, atribuindo-lhes a prerrogativa de instituir tributos. Atualmente, conforme leitura do texto constitucional, percebemos que cabe à União a maior das exações tributárias, tanto em razão de sua competência privativa, quanto da competência residual que apenas ela detém. Com a finalidade de reduzir esse descompasso na arrecadação, o federalismo cooperativo consagrado pela atual Carta Magna assegura parcela da arrecadação do ente maior aos entes menores[212]. Em outras palavras, a União repassa aos estados e municípios parte das receitas tributárias recolhidas.

Além das razões históricas de um Estado Unitário convertido em Federação, podemos destacar o importante papel incumbido à União com vistas ao desenvolvimento nacional equilibrado, por meio da coordenação de um esforço conjunto com os demais entes políticos, sem ferir a autonomia desses.

A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de fortalecer o federalismo brasileiro, proibiu expressamente a União de conceder isenções de tributos estaduais ou municipais, consoante previsão do artigo 151, III. Dessa forma, a regra geral é que somente pode isentar ou reduzir o tributo aquele que tem competência exclusiva para instituí-lo.[213]

Para fins de uniformizar os principais procedimentos a serem observados pelos entes políticos quando da arrecadação de tributos, o artigo 146, III da Constituição

[211] VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias.** Tradução de Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Financeiras, 1932, p. 126.
[212] TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 366
[213] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1371.

Federal reservou à Lei Complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária.

Dessa forma, o já existente Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado pela atual Constituição Federal com o status de lei complementar, ainda que formalmente seja lei ordinária (Lei nº 5.172 de 1966), pois ”(...) não existia, na vigência da Constituição Federal de 1946, época em que foi aprovado, lei formalmente complementar à Constituição".[214]

Ocorre que, dada as condições e peculiaridades de cada um dos Estados-membros, a arrecadação de recursos por meio da tributação apresenta profundas discrepâncias no cenário brasileiro. Ou seja, aqueles estados que apresentam maior grau de desenvolvimento são os principais destinos das grandes companhias, o que reflete substancialmente no recolhimento de tributos, que acaba sendo maior em relação aos estados com menor grau de desenvolvimento, pouco atrativos para as empresas.

O fomento apresenta-se como uma das alternativas para romper com essa situação, na medida em que buscará estimular o particular a instalar-se em locais nos quais, a primeira vista, não teria interesse. Incentivos fiscais são os principais instrumentos utilizados pelo governo nesse sentido, em especial aqueles relativos ao ICMS, cuja competência é dos estados da federação. Entre seus principais objetivos está a eliminação e a redução das diferenças econômicas entre as regiões do país, por meio da promoção de um “federalismo integrativo”:

> Assim, segundo a Constituição Federal do Brasil, as isenções estão sob o pálio de dois grupos de normas que não se repelem, mas se conjugam em síntese dialética. De um lado, aplicam-se-lhe os clássicos princípios inerentes ao Estado de Direito, os quais reforçam a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas, como a legalidade, a irretroatividade e o princípio da não surpresa tributária. De outro, encontram-se os demais objetivos do Estado Democrático de Direito a que as isenções não podem deixar de servir: igualdade, desenvolvimento com erradicação da

[214] ESTEVES, Maria do Rosário. **Normas Gerais de Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 106.

> miséria e da pobreza, eliminação de grandes diferenças econômicas entre grupos e regiões do país (federalismo integrativo).[215]

Acerca da intervenção estatal através de impostos e seu papel no intuito de estimular ou desestimular a ação da iniciativa privada, Affonso Insuela Pereira destaca que:

> A intervenção através dos impostos e da dívida pública pode ser explicada através da necessidade que o Estado tem de criar uma estrutura tributária capaz de acompanhar, lado a lado, a despesa pública, para compensar os esforços desta. Os impostos podem estimular ou funcionar como freios repressivos no campo privado, devendo o Estado procurar eliminar os que detém o desenvolvimento econômico, para que novas inversões sejam fomentadas.[216]

Entre as justificativas para a concessão de incentivos regionais, Henry Tilbery destaca duas delas[217]. A primeira seria auxiliar o desenvolvimento de zonas submetidas a grandes adversidades (por exemplo, de ordem climática), gerando novos empregos, elevando a renda "per capita" e melhorando a qualidade da população em geral. Como exemplo, cita os incentivos fiscais do Plano Diretor da SUDENE. Já a segunda justificativa repousaria na atração de empreendimentos voltadas ao aproveitamento de potenciais riquezas regionais, que não foram aproveitadas em razão da ausência de recursos humanos ou da falta de aporte financeiro. Como exemplo, menciona o Plano de Valorização Econômica da Amazônia.

Outro método utilizado para reduzir as desigualdades entre os estados foi a edição da Resolução nº 22/1989, que instituiu a alíquota de 12% para as operações interestaduais, ressalvadas as hipóteses em que será aplicável a alíquota de 7%, quando o remetente das mercadorias se tratar de Estados do Sul e Sudeste (com

---

[215] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1368.

[216] PEREIRA, Affonso Insuela. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica.** 2ª Edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 168-169.

[217] TILBERY, Henry. **Base econômica e efeito das isenções**. In: Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento. Coordenador ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, José Bushatsky: São Paulo, 1975, p. 24-25.

exceção do Espírito Santo) e o destinatário for algum dos Estados do Norte, Nordeste, Centro -Oeste e o Espírito Santo[218].

A instituição de alíquotas interestaduais tem como objetivos preservar a autonomia dos Estados e reduzir suas desigualdades, mas sempre visando à manutenção da unidade econômica do território nacional.[219] Nessa mesma linha, Fábio Nusdeo defende que políticas econômicas desenvolvimentistas devem ser pautadas segundo os princípios da justiça social, com finalidade de evitar a desagregação social[220].

Entretanto, a disputa entre os estados brasileiros pelo aumento da arrecadação do ICMS gerou a chamada "guerra fiscal", vista como verdadeira e desenfreada competição na atração de investimentos por meio da concessão de benefícios fiscais. Ao passo que as grandes metrópoles possuem enorme potencial em decorrência de fatores como localização, mão de obra abundante, diversificado mercado consumidor, entre outros aspectos, cidades de estados distantes dos grandes centros urbanos utilizam-se com maior frequência da guerra fiscal para atrair indústrias até a região, editando normas que reduzam a base de cálculo do ICMS ou até dispensem seu pagamento (casos de isenção).

Gilberto Bercovici sustenta que, nesses casos:

> o processo de concessão de incentivos fiscais estaduais caracteriza-se pelo desperdício de dinheiro público, pois os possíveis ganhos em bem-estar não se comparam aos custos econômicos da atração dos investimentos e aos custos sociais da diminuição da atividade econômica nos Estados perdedores".[221]

Com o intuito de encerrar ou ao menos de amenizar esse problema, o artigo 155, §2º, alínea "g" da Constituição Federal reservou à lei complementar a regulamentação da forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, deverão ser concedidos ou revogados benefícios fiscais. Assim, a já existente

[218] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.198-199.
[219] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **ICMS e Equilíbrio Federativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 65.
[220] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 202.
[221] BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 186.

Lei Complementar 24/1975, que dispunha sobre convênios para concessão de isenções de ICMS, foi recepcionada pelo atual ordenamento constitucional, ao menos até que seja elaborada nova lei complementar, conforme determina o artigo 34, §8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dessa forma, muitos estados brasileiros, considerando-se prejudicados pela guerra fiscal, uma vez que perdem empresas para localidades mais afastadas, ajuízam Ações Diretas de Inconstitucionalidade[222]. Alegam que essas normas concessoras de incentivos fiscais seriam inconstitucionais, pois não possuiriam anuência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), desrespeitando o artigo 155, §2º, alínea "g" da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 24/1975.

Sem dúvidas, essa é uma guerra que está longe de terminar, tendo em vista as inúmeras discussões levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Dentre a extensa lista de exemplos, podemos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1247[223], que questionava o artigo 12 da Lei nº 5.780/1993, do Pará. De acordo com a mencionada lei, o poder executivo estava autorizado a conceder benefícios fiscais que importassem em redução ou exclusão do ICMS, independentemente de deliberação do CONFAZ, desde que identificada notória necessidade de defesa da capacidade competitiva e economia local.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação, deferiu o pedido de medida liminar para suspender a eficácia do caput do referido dispositivo, pois, conforme entendimento exarado, a celebração de convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à validade de incentivos fiscais concedidos pelos Estados-membros. Nesse sentido, o pacto federativo, fundado na harmonia que deve presidir as relações entre os estados, legitimaria restrições ao exercício da competência tributária do Estados-membros no que se refere ao ICMS.

Uma das táticas utilizadas pelos Estados-membros para evitar possíveis discussões judiciais consistia em travestir de não incidência verdadeiras hipóteses de isenções. Foi isso que pretendeu a Lei Estadual nº 268/1990, ao isentar do pagamento

[222] BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional. Série** Doutrina Tributária IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 64.
[223] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.247/PA, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 17 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1247. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

do ICMS operações de venda de mercadorias destinadas a empresas concessionárias de serviço público estadual.

O relator da matéria, Ministro Maurício Corrêa, acompanhado pelos demais colegas, declarou tal lei inconstitucional, sustentando que o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal apenas admite a concessão de isenções fiscais mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, através da celebração de convênio[224].

Em outro caso, relativo à ADI 5151, o Ministro Luís Roberto Barroso suspendeu liminarmente a Lei 6.763/75, de Minas Gerais, que autorizava o Poder Executivo local a conceder crédito presumido de ICMS até 100% do imposto devido nas operações de saída, por decreto e sem celebração de convênio interestadual. Nas palavras do relator, a mencionada lei afrontaria não apenas o artigo 155, §2º, XII, "g" da Constituição Federal, como também o artigo 150, §6º.

Em suma, a jurisprudência da Corte Suprema Brasileira consolidou entendimento de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relacionados ao ICMS, por parte de Estado-membro, ao desamparo de convênio junto ao CONFAZ, ofende a cláusula da reserva constitucional de convênio (155, §2º, XII, "g"), devendo ser declarada inconstitucional.

Por essa razão, ações de fomento público devem evitar acentuar ainda mais o desequilíbrio econômico existente entre as unidades da federação, buscando reduzi-lo ou até mesmo eliminá-lo, ainda que seja tarefa bastante difícil de concretizar. Nesse sentido, quaisquer isenções do imposto de circulação de mercadorias, cuja competência é dos estados brasileiros, necessita de autorização de convênio prévio firmado pelos mesmos, "para evitar prejuízos e conflitos de interesses econômicos entre as regiões mais ou menos ricas, mais ou menos industrializadas do país"[225].

Não aparentam perseguir tal finalidade, por exemplo, incentivos fiscais que exonerem integralmente o pagamento de impostos para que grandes empresas se instalem em metrópoles, ao passo que é bastante plausível a concessão de isenções,

[224] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 286/RO, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 22 de maio de 2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=286. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

[225] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.80.

reduções da base de cálculo e créditos presumidos para atrair a iniciativa privada a localidades mais afastadas dos grandes centros comerciais.

De igual modo, inadmissível o leilão de facilidades pelo Estado, estimulado pela iniciativa privada[226], que condiciona a realização de investimentos em determinado local à concessão de largas vantagens pelo poder público, o que gera um ambiente de competição desintegrativa entre as unidades da federação.

A utilização de incentivos fiscais e outros instrumentos de fomento passa, portanto, necessariamente, pelo enfrentamento dessa questão, cuja não observância poderá acarretar no objetivo contrário ao almejado: o aumento do desequilíbrio federativo.

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tendo em vista a importância do princípio da igualdade ou isonomia para concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos na atual ordem constitucional, a Carta Magna prevê, no artigo 5º, a igualdade formal de todos perante a lei, vedadas quaisquer distinções e garantidas, a brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O mesmo princípio de caráter iluminista também se encontra presente no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal, que prevê o tratamento igualitário entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo distinções em razão de ocupação profissional ou função exercida, a despeito da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Ou seja, é vedado às pessoas políticas instituir, de forma arbitrária, incentivos fiscais a favor de determinados contribuintes em razão de profissão, sexo, credo religioso, convicção política, entre outras características próprias desses[227]. Sob esse aspecto, busca o princípio da isonomia limitar, tanto o aplicador quanto o legislador, de fazer uso de discriminações injustificadas, evitando perseguições e favoritismos[228].

---

[226] BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais,** Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 186.
[227] CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73-74.
[228] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2ª Edição, 1998, p. 130.

Entretanto, nesse ponto, imprescindível ressaltar que a igualdade não significa, necessariamente, tratamento idêntico em todas as situações, mas apenas perante indivíduos e situações iguais. Antônio Roberto Sampaio Dória desde muito destacava que a faculdade de discriminar era inerente ao poder tributário[229]. Isso significa dizer que se admite o tratamento desigual para pessoas e circunstâncias distintas, desde que de acordo com suas disparidades:

> Muitas vêzes, o tratamento diferencial de pessoas ou situações desiguais, estabelece a igualdade efetiva, pela redistribuição mais justa da carga tributária, quando, pelo contrário, um tratamento tributário, cegamente igual, para fatos econômicos diferentes, na verdade, violaria o princípio da igualdade.[230]

Em consonância com o acima exposto, Rui Barbosa, em sua célebre obra "Oração aos moços", conclui que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam".[231]

Humberto Ávila entende que igualdade e desigualdade seriam conceitos relativos, na medida em que dependem do critério de comparação utilizado:

> Duas pessoas são iguais ou diferentes. Duas pessoas são iguais de acordo com o critério da idade (ambas têm 36 anos) ou são diferentes (uma tem 5 anos e a outra tem 50 anos); duas pessoas são iguais sob o critério do sexo (ambas são do sexo feminino) ou são diferentes (uma é do sexo feminino e a outra é do sexo masculino).[232]

Dessa forma, podem dois indivíduos serem iguais de acordo com um critério, mas desiguais caso levado em conta outro. Por exemplo, duas pessoas jurídicas podem comercializar gêneros alimentícios, enquanto uma delas atua no ramo atacadista e outra no varejo. Caso seja concedido um incentivo fiscal para que empresas atacadistas se instalem em determinada localidade, apenas a primeira fará

---

[229] DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e "due process of law".** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 128.
[230] TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: **Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento**. Coordenador Antônio Roberto Sampaio Doria, José Bushatsky: São Paulo, 1975, p. 29.
[231] BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26
[232] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.

jus à facilidade ofertada, ainda que ambas comercializem os mesmos produtos. Caberá à lei que instituiu o incentivo fiscal justificar por quais razões utilizou aquele critério em detrimento dos demais, sob pena de o benefício ser considerado um privilégio nada condizente com o atual Estado Democrático de Direito.

Por isso é necessário que a distinção realizada seja racionalmente justificada, para que não recaia em arbitrariedade e na violação ao princípio da isonomia. Em outras palavras, é preciso que o tratamento desigual seja um meio para que a igualdade seja alcançada[233].

Entre as razões que autorizam a diferenciação, estão as de natureza extrafiscal, como, por exemplo, os incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões brasileiras, previstos no inciso I do artigo 151 da Constituição Federal. Contudo, ainda nessas hipóteses, não estará dispensado o legislador de justificar o porquê do tratamento distinto:

> As finalidades extrafiscais, no Direito Tributário, não têm poder justificativo em si, a tal ponto que sua menção possa dispensar a adoção da justificativa geral para o tratamento desigual entre os contribuintes. (...) A finalidade dos tributos é essencial para averiguar a validade da medida de comparação empregada pelo Poder Legislativo.[234]

Nesse sentido, temos que a instituição de incentivos fiscais para determinado setor não viola o princípio constitucional da isonomia, contanto que haja justificativas reais para a ocorrência da discriminação utilizada[235]. E essas justificativas reais podem não ser apenas econômicas, como também sociais, culturais, educacionais, políticas, filantrópicas, administrativas, entre outras – afinal, “o fato social não é histórico, geográfico, econômico, político, jurídico, ético ou religioso, mas tudo ao mesmo tempo”[236].

---

[233] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.
[234] ÁVILA, *op. cit.*,p. 198.
[235] TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: **Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento**. Coordenador Antônio Roberto Sampaio Doria, José Bushatsky: São Paulo, 1975, p. 19.
[236] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.62.

A título de exemplo, a Lei Estadual de São Paulo nº 9.085/1995 instituía, em seu artigo 1º, incentivos fiscais de IPVA e ICMS para as pessoas jurídicas domiciliadas naquele estado que possuíssem pelo menos 30% de seus empregados com idade superior a 40 anos.

Não demorou muito para a referida lei se tornar objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, em razão do ajuizamento da ADIN 1276. A inconstitucionalidade dos benefícios instituídos era sustentada sob dois principais argumentos. O primeiro deles dizia respeito aos incentivos fiscais de ICMS, que violariam o disposto no artigo 155, §2º, XII, "g" da Constituição Federal, que exige a existência de convênio prévio entre Estados e Distrito Federal. O segundo argumento, que é o que nos interessa no momento, era de que os incentivos de IPVA seriam inconstitucionais por desrespeitar o princípio da igualdade, previsto no artigo 150, II da Carta Magna. De acordo com essa visão, a discriminação instituída em razão de idade avançada implicaria em segregação dos grupos mais jovens.

O Ministro Octavio Gallotti, acompanhado pelos demais colegas, deferiu em parte o pedido de medida liminar, apenas para suspender os incentivos fiscais de ICMS concedidos unilateralmente até a decisão final da ação. Já em relação aos incentivos a título de IPVA, instituídos segundo critério de idade, concluiu que não representariam ofensa ao princípio da isonomia. Isso porque, a igualdade não deveria ser aferida por meio de métodos de rigor aritmético, mas sim em termos proporcionais:

> A distinção entre contribuintes se fez entre categorias diversificadas destes e dos tributos, que são, no caso, dessemelhantes entre si, não ofendendo, por isso o devido tratamento isonômico. (...) Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos e as circunstâncias. O princípio da igualdade jurídica não traduz, no campo do direito - como uma opinião atrasada ou tendenciosa quer fazer crer - o desconhecimento dessa desigualdade natural. É antes um esforço para balanceá-la, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica, pois é certo que os ônus ou as recompensas, o bom e o mau êxito, acompanharão

> com maior ou menor regularidade as variações naturais, mas não é desejável que fique sob a mesma influência a distribuição da Justiça.[237]

Sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie[238], a liminar foi confirmada em sessão plenária, por meio de votação unânime. Segundo o entendimento vencedor, ao instituir benefícios para "empresas que contratam empregados com mais de 40 anos (...), a Assembléia Legislativa paulista procurou atenuar o quadro característico do mercado de trabalho brasileiro", com a finalidade de "compensar uma vantagem que notadamente os mais jovens possuem no momento de disputar vagas no mercado de trabalho".

Dessa forma, restou autorizado a redução do IPVA até o limite de 15% do valor devido sobre os veículos, com a possibilidade de ampliação do desconto de forma progressiva, a depender da quantidade e da idade dos empregados.

Outro caso que podemos citar envolveu a Lei 10.506/2002, que estabelecia benefícios fiscais em favor de companhias aéreas com a finalidade de enfrentar a crise que assolava o setor. Ao analisar a questão, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi unanime ao concluir que a mencionada lei não violaria o princípio da isonomia, ainda que extensível a apenas uma determinada atividade econômica. Isso porque, não haveria qualquer ofensa à igualdade no tratamento distinto que tem por finalidade o resguardo de setor estratégico que atravessa grandes dificuldades em razão de recentes ataques terroristas[239].

O mesmo não ocorreu com a Lei Estadual do Amapá nº 356/97, que concedia isenção de IPVA para veículos escolares, de modo exclusivo, para uma única cooperativa de transportes, tendo sido declarada inconstitucional pelo Supremo

---

[237] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1276/SP, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Octavio Gallotti, julgado em 16 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1614036. Acesso em: 30 de setembro de 2015

[238] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1276/SP, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 29 de agosto de 2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1614036. Acesso em: 30 de setembro de 2015

[239] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4º REGIÃO. AMS 2002.72.05.005658-2, Relator p/ Acórdão Des. Dirceu de Almeida Soares, julgado em 27 de abril de 2004. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200272050056582&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

Tribunal Federal. No julgamento da ADIN 1655[240], sob relatoria do Ministro Maurício Correa, foi ponderado que, apesar de a Constituição Federal outorgar aos Estados e Distrito Federal a competência para definir isenções de IPVA, é vedado o tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente. Dessa forma, a lei amapaense violaria o princípio da igualdade, uma vez que destinada exclusivamente à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá, a despeito das demais concorrentes.

O princípio da igualdade, portanto, tem por finalidade vedar a concessão arbitrária de benefícios pelo legislador, sem qualquer valoração razoável ou justificável[241]. Em outras palavras, não podem as ações de fomento ignorar o princípio da isonomia, devendo ser ofertadas a todo um setor e não a determinados agentes econômicos. Afinal, incentivar é criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica, dentro do que dispõe e prevê a legislação aplicável, consubstanciando-se, sobretudo, aos princípios que orientam a ordem econômica.

As ameaças ao princípio da isonomia decorrentes da concessão de incentivos sem critérios, portanto arbitrária, devem ser inibidas. Entretanto, obviamente, aquele agente econômico que está sendo beneficiado pela ação de fomento público excessiva e arbitrária, na maior parte dos casos, não reclamará, afinal, está em situação de vantagem perante os demais. Dessa forma, aos negativamente afetados, caberá pleitear, seja pela esfera administrativa ou judicial, a cessação da ajuda estatal aos beneficiados de forma positiva.

Nesse ponto, importante ressaltar o papel da advocacia pública no combate ao fomento como instrumento de favoritismo a particulares, não apenas na área de consultoria, como também na defesa de atos administrativos que deneguem benefícios a empresas que não cumpram os requisitos exigidos para sua fruição[242].

---

[240] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1655/AP, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Correa, julgado em 03 de março de 2004. Disponível emn: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1680192. Acesos em: 30 de setembro de 2015.

[241] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.191.

[242] CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública e Direito Econômico: o encontro das águas.** Porto Alegre: Nuria Fabris. 2009, p. 104.

Especificamente em relação aos incentivos fiscais, outra questão de difícil enfrentamento é dimensionar o custo da renúncia tributária para compará-la ao retorno socioeconômico do empreendimento incentivado:

> Em geral, quando os benefícios e incentivos fiscais são dados sem prazo, por pressão de grupos econômicos interessados, posteriormente ocorrerá uma espécie de inércia legislativa, de tal modo que tendem a durar muitos anos e, às vezes, dificilmente são cancelados. Nesse caso, é comum acontecer que tais benefícios fiscais ou creditícios não funcionem mais como estímulos eficazes, deixando de provocar novos investimentos de sustentação do desenvolvimento, mas passem a atuar como cristalização de privilégios injustos.[243]

Sob esse aspecto, o planejamento assume importante função, uma vez que permite ao Estado se antever e se precaver de eventuais consequências negativas ocasionadas pela concessão de incentivos. A política econômica a ser implantada por meio de ações de fomento público, portanto, deverá levar em conta quais as possíveis repercussões de cunho nocivo ao funcionamento do domínio econômico, buscando evitá-las.

5. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Podemos descrever a concorrência como a possibilidade de competição entre os agentes econômicos na defesa dos seus respectivos e opostos interesses, dentro do mercado.

A Constituição Federal de 1988 traz, entre os princípios da ordem econômica, a livre concorrência (art. 170, IV), que pode ser assim conceituado:

> A liberdade de concorrência é relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição”[244]

[243] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1367.
[244] FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 108.

A implementação de políticas econômicas pelo Estado, nos termos e limites constitucionais, tem por finalidade estimular o desenvolvimento nacional a seguir determinada direção, previamente planejada. Contudo, não se busca com isso afastar a presença da iniciativa privada do domínio econômico, nem de destituir de importância sua participação, desconsiderando a livre iniciativa e a livre concorrência. Pelo contrário, o intervencionismo estatal no campo econômico, manifestado pela imposição de regras e condições, nada mais busca senão a própria manutenção do mercado.

Washington Peluso Albino de Souza destaca que, na prática da atividade econômica, tanto a iniciativa privada quanto o próprio Estado seguem uma linha político-econômica traçada pela ideologia constitucionalmente adotada, na defesa de seus próprios interesses. Por essa razão, cumpriria ao Direito Econômico harmonizar as atividades de tais sujeitos enquanto unidade da sociedade, com vistas ao bem-estar coletivo[245].

Portanto, não subsiste mais a retrógrada visão de que a livre concorrência seria consequência automática das ações dos particulares no domínio econômico, sobre as quais o Poder Público não devesse se pronunciar. A partir do momento em que a vulnerabilidade da concorrência torna-se nitidamente visível com o domínio dos mais fortes, exemplificado pelos casos de monopólio e oligopólios de empresas[246], o Estado é convocado a protegê-la.

Contudo, não são apenas as práticas da iniciativa privada que colocam em risco a preservação concorrencial. Estímulos concedidos pelo governo de forma irregular também podem ser prejudiciais à livre concorrência, ao elevar determinada empresa ou grupo de empresas a uma condição de excessiva superioridade em relação aos demais concorrentes.

Ou seja, a desmedida concessão de incentivos públicos à iniciativa privada é capaz de prejudicar substancialmente a livre concorrência no domínio econômico,

[245] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 30-31.
[246] *Ibidem*, p. 245

dado que os agentes beneficiários podem passar a ostentar posição de superioridade na competição em relação aos seus adversários de mercado[247].

Isso tanto é verdade, que, a fim de evitar tais concorrentes privilegiados e possíveis abalos no cenário econômico, o próprio poder público atribui às empresas estatais personalidade jurídica de Direito Privado[248]. Sob esse ponto, podemos destacar o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, ao afirmar que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, cessa a partir do momento em que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos adentra o domínio econômico[249]. Ainda que o resultado do julgamento tenha sido em favor da extensão da imunidade recíproca à EBCT, importante destacar os votos divergentes, não apenas do próprio Ministro, como também dos colegas Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Cezar Peluso, que também entendem que o princípio da livre concorrência deve servir de parâmetro para concessão e fruição de desonerações tributárias.

Com esse mesmo intuito, a observância da neutralidade mostra-se essencial quando da disponibilização de incentivos pelo governo aos particulares. Nesse sentido, destaca-se o papel do Direito Econômico, na medida em que permite que a realidade econômica seja juridicamente analisada além dos limites dos conflitos de interesses privados entre si ou desses em oposição aos interesses públicos, revelando-se “a necessidade do seu tratamento em dimensão de política econômica, na qual ambos estão envolvidos”[250].

Werter Faria ressalta que não apenas a livre concorrência, como também todos os demais princípios que se destinam a orientar a ação do Estado não devem ser vistos como normas programáticas, uma vez que “são normas diretamente aplicáveis, ou, por outras palavras, não reclamam desenvolvimento ou complementação mediante lei”[251].

---

[247] LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever da neutralidade tributária.** Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 88.
[248] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 73-74.
[249] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . RE nº 601.392/PR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2689962. Acesso em: 30 de setembro de 2015.
[250] DOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 28-29.
[251] FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 103.

Incentivos fiscais, incentivos creditícios e prêmios de produtividade capazes de repercutir negativamente nas relações de concorrência no domínio econômico devem ser evitados, em respeito ao princípio da livre concorrência e também ao princípio da livre iniciativa.

Não pode a atividade de fomento ser tão intensa em relação a determinado agente econômico a ponto de impedir os demais de competirem no mercado, obrigando-os a encerrar suas atividades ante a dificuldade de sobrevivência. De mesma forma, não devem os incentivos públicos obstar a entrada de novos agentes no mercado. Pelo contrário, deve estimular a advento de novas empresas no domínio econômico nacional em condições de competir.

Por exemplo, se para a instalação de uma multinacional em determinado local seja necessário a concessão de inúmeros benefícios públicos, a ponto de reduzir drasticamente ou até mesmo eliminar a concorrência naquele espaço, não se mostra adequada tal prática, ainda que da instalação daquela empresa naquele local adviessem grandes contribuições, tais como maior geração de empregos, investimentos em infraestrutura, avanços tecnológicos, serviços e produtos de qualidade.

Assim, nos casos em que verificados litígios nos quais colidam a livre iniciativa e o intervencionismo estatal prejudicial à competição entre os agentes do mercado, deve prevalecer o princípio constitucional.[252]

O Supremo Tribunal Federal já julgou diversos conflitos de natureza tributária sob a luz do princípio da livre concorrência.

A título de exemplo podemos citar o voto-vista proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Recurso Extraordinário nº 547.245, no sentido de que, sempre que possível, a tributação não deve interferir na alocação econômica de recursos, ou seja, “operações idênticas ou muito semelhantes com bens e serviços deveriam gerar cargas tributárias muito próximas, independentemente da formatação do negócio jurídico”[253].

---

[252] *Idem.*

[253] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 547.245/SC, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 02 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2583759. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

Em outro caso em que é válida a citação, o Ministério Público do Distrito Federal contestava, por meio de ação civil pública, a concessão de incentivos fiscais para empresa de refrigerantes em Brasília, com base no Programa de Promoção do Desenvolvimento Integrado e Sustentável (Pró-DF). A questão chegou ao Supremo Tribunal de Justiça, que não só considerou que tais incentivos dependem de deliberação conjunta dos Estados-membros, como também concluiu que a redução unilateral do ICMS devido seria prejudicial à livre concorrência, uma vez que beneficiaria apenas algumas empresas em detrimento das demais inseridas no mercado[254].

Em suma, podemos concluir que cumpre ao Estado não apenas intervir reprimindo o abuso do poder econômico, mas também incentivando a entrada de novos agentes econômicos em condições de concorrência com os demais, possibilitando, assim, a manutenção de um mercado equilibrado e o desenvolvimento da economia nacional.

6. CONCLUSÃO

O fomento é uma ferramenta de política econômica extremamente versátil e flexível, podendo ser utilizado nos mais variados casos. É a prova de que público e privado não precisam necessariamente estar em polos opostos, como se inimigos fossem, pois, ao contrário, podem somar esforços em prol do desenvolvimento nacional. Ideias de completa abstenção do Estado, de pleno domínio do mercado pela iniciativa privada ou de controle estatal da totalidade dos meios de produção são subversivas à democracia em que vivemos.

Ciente da capacidade de transformação da realidade econômica que dispõe a iniciativa privada, o Estado passa a estimulá-la a tomar determinados comportamentos que, ao final, beneficiarão não apenas o particular, como também a toda sociedade. Obviamente a meta da atividade comercial é o lucro, afinal, esse é inerente ao capitalismo, mas isso não afasta a persecução concomitante de outros

[254] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no RE 1.207.799/DF, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Min. Humberto Martins, julgado em 16 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001516224&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea; Acesso em: 30 de setembro de 2015.

objetivos. Isto é, inclusive nos casos em que vantagens econômicas são visadas, outras como a geração de empregos, rendas e receitas ao país, investimentos em infraestrutura e serviços de qualidade também serão alcançadas, ainda que indiretamente.

Enxergamos também que a formulação de estratégias de desenvolvimento nacional que envolvam ações de fomento passam, obrigatoriamente, pelo instituto do planejamento, consistente na racionalização de técnicas e métodos a serem utilizados para a consecução dos fins previamente estabelecidos.

De modo distinto, em termos negativos, vimos que o fomento público pode representar verdadeira ferramenta para concessão de privilégios ou favores à iniciativa privada, nas hipóteses em que utilizado de maneira arbitrária, podendo, inclusive, acentuar ainda mais o desequilíbrio econômico, eliminar ou reduzir a concorrência e realizar discriminações injustificadas.

Especificamente em relação aos incentivos de caráter tributário, a título de ICMS, deram início à guerra fiscal entre os estados brasileiros, caracterizada pelo abuso da competência para conceder isenções, reduções da base de cálculo, diferimentos, créditos presumidos e outras facilidades ao argumento de reduzir as desigualdades sociais e econômicas entre as regiões brasileiras. Nesse sentido, enfraquecem as relações entre os entes federados, na medida em que se tornam adversários na atração de empreendimentos cada qual para sua localidade. Esse é um problema de difícil solução na prática, pois, apesar das disposições constitucionais e infraconstitucionais a respeito do tema, ainda é constante a concessão unilateral de incentivos fiscais sem prévio convênio entre estados e distrito federal.

Por fim, como pudemos observar, a função estatal de incentivar demonstra-se, principalmente, dinâmica, podendo ser utilizada para os mais diversos fins, sejam eles positivos ou negativos. Nesse aspecto, não podemos esquecer que ao lado da função de incentivar, existem outras duas: a de fiscalizar e a de planejar. Uma não exclui as outras, portanto, a atuação do Estado não inicia e nem termina quando o incentivo é instituído. Ao contrário, começa muito antes, por meio do planejamento das políticas econômicas que envolverão a instituição dos benefícios, do estudo de sua plausibilidade e de suas consequências. Também não termina com a concessão da facilidade, devendo seguir por meio da fiscalização constante, com a finalidade de se

certificar que os comportamentos dos agentes econômicos estão de acordo com as condições previamente estabelecidas e principalmente dentro dos limites constitucionais.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 2ª Edição, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991.

AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. **Incentivos: instrumentos jurídicos do desenvolvimento.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais, nº 17, 1976.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional.** Série Doutrina Tributária IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura Alla Funzione.** Milão: Edizione di Comunitá. 1977, p. 33.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcI no RE 1.207.799/DF, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Min. Humberto Martins, julgado em 16 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001516224&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea; Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1276/SP, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Octavio Gallotti, julgado em 16 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1614036 . Acesso em: 30 de setembro de 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.247/PA, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 17 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1247. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 286/RO, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 22 de maio de 2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=286. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1655/AP, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Correa, julgado em 03 de março de 2004. Disponível emn: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1680192 . Acesos em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.544/RS, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 28 de junho de 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1977324 . Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 547.245/SC, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgado em 02 de dezembro de 2009. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2583759 . Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 627.543/RS, Plenário, Relator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 30 de outubro de 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=627543&origem=AP; Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . RE nº 601.392/PR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 5 de junho de 2013 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2689962 . Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4º REGIÃO. AMS 2002.72.05.005658-2, Relator p/ Acórdão Des. Dirceu de Almeida Soares, julgado em 27 de abril de 2004. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200272050056582&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico. Aplicação e Eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Direito Econômico e Direito Administrativo: O Estado e o poder econômico.** Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 2006.

_____. **ICMS e Equilíbrio Federativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **Advocacia Pública e Direito Econômico: o encontro das águas.** Porto Alegre: Nuria Fabris. 2009.

_____. **A Empresa na Ordem Jurídico-Econômica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

_____. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Planejar o desenvolvimento. A perspectiva institucional.** In: Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. **Enciclopédia Saraiva do Direito nº 27.** São Paulo: Saraiva, 1977.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e "due process of law".** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ESTEVES, Maria do Rosário. **Normas Gerais de Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

FARRERES, Germán Fernández. **La Actitividad de Fomento en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (Regimen jurídico de las subvenciones y de la accion concertada).** Revista de Administración Publica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, v. 139, jan-abr, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever da neutralidade tributária.** Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MACHADO HORTA, Raul. **A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: [s.n], 1964.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição - Comentários à Constituição Brasileira.** Volume 3. São Paulo: Manole, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista**, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Volume 65, Rio de Janeiro: CEJUR, 2010.

MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Affonso Insuela. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica**. 2ª Edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Estudios de Administración local y general. Homenage al professor Jordana de Pozas.** Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961.

SILVA, José Afonso da**. Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **A causa impositionis tributária e a redistribuição de riqueza: enfrentando a pobreza pelas vias dos programas de renda mínima e**

pelo fomento do desenvolvimento econômico, Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, nº 11 (julho-dezembro/2009), Paraná: FUNDINOPI.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **I Seminário de Professores de Direito Econômico.** Edições do Cinquentenário da UFMG. Minas Gerais: Imprensa Universitária, 1977.

_____.**O Regime Jurídico da Concentração de Empresas**, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 2, n. 6, out/dez 1978.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias.** Tradução de Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Financeiras, 1932.

A FELICIDADE PÚBLICA E O DEVIDO PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO NORMATIVA

THE PUBLIC HAPPINES AND THE DUE PROCEDURE OF LAW ELABORATION

Felipe Bizinoto Soares de Pádua[255]

Resumo: Esse artigo objetiva demonstrar a relação entre felicidade e democracia por meio de um procedimento que, simultaneamente, publiciza justificativas das decisões adotadas pelo Poder Público, bem como permite a participação popular na determinação do teor de tais deliberações estatais, enfatizando a importância do caso e das mecanismos extrajudiciais para solução de questões de interesse coletivo.

Palavras-chave: Direito à felicidade; democracia; procedimento de elaboração normativa; participação popular.

Abstract: This article aims to demonstrate the relationship between happines and democracy through a procedure that simultaneously publicizes justifications of the decisions adoptes by the Public Power, as well as allows the popular participation in determining the content of such state deliberations, emphasizing the importance of the case and the extrajudicial mechanisms to solve issues of collective interest.

Keywords: Right to happiness; democracy; procedure of law elaboration; popular participation

1. INTRODUÇÃO

Segundo o World Report Happines (Relatório Mundial da Felicidade), feito pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Finlândia é considerada o país com o maior índice de felicidade atualmente. Já o Brasil, segundo o mesmo ranking, está na colocação 28, o que é considerável se analisar que a pesquisa englobou 156 países.

[255] Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017). Pós-graduando em direito constitucional e processo constitucional pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito registral e notarial pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito ambiental, processo ambiental e sustentabilidade pelo Escola de Direito do Brasil (2020). Advogado.

A felicidade, tal como o direito, tem muitos significados, o que resulta numa compreensão jurídica multifocal sobre o direito à felicidade. O direito à felicidade pode ser analisado sob duas óticas: *(i)* ora dizendo respeito a um *espectro subjetivo*, alinhado tanto ao estado anímico quanto à liberdade na elaboração e persecução de projetos racionais de satisfação de interesses legítimos, vetado o bem-estar proporcionado por atos sádicos; e *(ii)* ora dizendo respeito ao *espectro objetivo*, que condiz como norte hermenêutico para as decisões estatais em geral, como promoção dos meios materiais para que o indivíduo alcance seu bem-estar subjetivo e, também, como cidadania ativa, genuína participação pública[256].

A felicidade é produto tanto da esfera particular quanto da esfera pública, resultando no direito de perseguir os planos racionais e participar ou ser beneficiário das decisões públicas.

Dentro do amplo conceito de felicidade, o corte epistemológico a ser feito para fins deste artigo diz respeito ao *espectro objetivo*, especificamente à concepção de felicidade como exercício ativo da cidadania, o ser feliz individual que decorre da atuação com os demais consociados no ambiente democrático, é dizer, a deliberação pública, onde o indivíduo fala e é ouvido, bem como participa na determinação do ato do Poder Público, equivale a uma das formas através das quais o sujeito tem seu direito à felicidade concretizado[257].

Dentro da relação entre felicidade e democracia é que nasce o devido procedimento de elaboração normativa (DPEN), rito este por meio do qual é que a vida pública aristotélica é efetivada, realiza-se, projeta-se no que MAX WEBER[258] denomina política: o indivíduo agrega seus esforços aos de outros, todos voltados à tomada de decisões governamentais, neste caso, por meio do DPEN.

O panorama a ser traçado nas linhas que seguem serão feitos em duas partes:

(i) a primeira dirá respeito à conceituação da felicidade como participação popular e conceituação do princípio democrático como exercício da cidadania, ambos

[256] LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 287-332.
[257] *Idem*.
[258] *A política como vocação*. *Apud* in DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 10.

tendo como ponto fulcral o indivíduo como parte do público, o projetar-se na vida pública;

(ii) o segundo ponto visa primeiro à concretude da felicidade em sua expressão como participação democrática na exigência de envolvimento no procedimento de elaboração normativa, um sistema fundado no *due process of law* e cujas bases são *(a)* a justificação, a apresentação racional de argumentos pró e contra o que elaborado; e *(b)* a participação dos diversos segmentos da sociedade que, em resumo, será a destinatária final dos efeitos do que produzido dentro do órgão editor das normas: e, em segunda perspectiva, esposar o rito em questão como um meio pós-moderno voltado ao caso, uma manifestação do *paradigma do caso*.

2. A FELICIDADE PÚBLICA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A imane empreitada em conceituar a felicidade sob a visão jurídica acaba em remeter os pesquisadores da temática às veredas da filosofia, sendo que, amparado em magistério de Saul Tourinho Leal, a felicidade pode ser compreendida como uma posição jurídica subjetiva complexa envolvendo a projeção e execução, minimamente, de meios racionais para satisfação de interesses legítimos do titular[259]. Trata-se de um plexo de posições elementares ativas[260] que vão desde a exigibilidade (= pretensão) de abstenção de condutas ilegítimas estatais e privadas (direito à busca da felicidade)[261] ou na liberdade (= faculdade) de participar na tomada de decisões estatais (participação popular) até a possibilidade de invalidar atos estatais (= poder formativo extintivo) que extrapolam a esfera de juridicidade e afetam negativamente, direta ou indiretamente, os direitos sociais (bem-estar objetivo).

Dentro do contexto do direito subjetivo à felicidade, destaca-se aquela que Hannah Arendt denomina como *felicidade pública*, cujos alicerces estão na democracia efetiva, na participação popular cujos efeitos são transformadores no

[259] LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. *Op. Cit.*, pp. 288-291.
[260] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: tomo V*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 288; LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Eª ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.
[261] LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. *Op. Cit.*, pp. 297-300.

maquinário e no próprio ambiente social[262]. A *felicidade pública* tem como cerne a efetividade a qualidade das decisões tomadas pela somatória da participação de individualidades, escapa-se da vida privada e recorre-se à ação cidadã, na concretização do *zoon politikon* (animal político) aristotélico[263].

No campo da psicanálise, Sigmund Freud faz expressa referência à suscetibilidade humana em se socializar, a socialização, sendo que a individualidade encontra-se feliz, satisfeita, em razão da condição inexorável de integração e adaptação a uma comunidade[264].

O caminho para a felicidade passa, inevitavelmente, pela esfera pública, pela efetiva participação individual nas decisões políticas que determinarão os rumos da coletividade.

Abraham Lincoln, em discurso em Gettysburg, 1863, concebeu as raízes da felicidade pública ao pronunciar que o governo é *do povo, pelo povo e para o povo*[265], deixando claro que a felicidade não reside apenas na esfera pública decidir conforme o bem-estar coletivo, e sim que ser feliz no sentido defendido é pressuposto à deliberação, isto é, que as decisões sejam tomadas em conjunto, com efetiva participação transformadora do povo.

A felicidade como participação popular, ou *felicidade pública*, situa o indivíduo na sua esfera coletiva, com interação igualitária com outros indivíduos e sua esfera conceitual está no direito de intensa participação na tomada de decisões e respectivos resultados da esfera pública, na captação de erros e em suas correções, na proteção da coletividade e do regime deliberativo democrático de fraudes[266].

Criam-se mecanismos voltados quantitativa e qualitativamente à participação, ampliar os horizontes democráticos e conferir maior qualidade de quem ingressa na tomada das decisões coletivas; por outro lado, criam-se mecanismos voltados à

[262] *Sobre a revolução*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 180. *Apud* in LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. *Op. Cit.*, p. 294.
[263] *A política*. Trad. Nestor Silveira. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 13.
[264] *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias e outros textos*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 73-74.
[265] *O discurso de Gettysburg, 1863*. Disponível em: https://www.wdl.org/pt/item/9590/. Acesso em 12 de fev. de 2019.
[266] LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. *Op. Cit.*, p. 297.

constatação e retificação de equívocos deliberativos, assim como instrumentos que evitem condutas subversivas ao sistema deliberativo e à coletividade.

Ao encontro do conceito de felicidade como participação popular está o princípio que confere as fundações do Estado Democrático – a que faz expressa menção o preâmbulo da Constituição do Brasil -, qual seja, o *princípio democrático*.

Dois dos fundamentos da República do Brasil e cujas significâncias externam a *felicidade pública* são *a cidadania* (art. 1º, II) e *o pluralismo político* (art. 1º, IV), eis que ambos os princípios têm como denominador comum o direito político, que é o estatuto constitucional do exercício da soberania popular, por meio direto (referendo, plebiscito, iniciativa popular, ação popular) ou indireto (voto)[267].

Os direitos políticos, por sua vez, remetem ao regime político eleito pelo constituinte brasileiro, o Estado Democrático de Direito (art. 1º, ''*caput*''), que, segundo Alexandre de Moraes, conduz à instituição de um ordenamento jurídico fundado no poder emanado do povo, cujas normas foram elaboradas mediante participação popular, as autoridades governamentais são eleitas livremente e por prazo determinado, todos, entidades particulares e públicas, respeitam os direitos e garantias fundamentais[268].

Depreende-se duas características do modelo adotado pela Constituição do Brasil, que encontram raiz na união entre o Estado Democrático e o Estado de Direito, a união sob o mesmo teto institucional do Direito com a Política[269].

Direito (Estado de Direito) e Política (Estado Democrático ou Democracia) são planos convergentes quanto ao fato de que em ambos há atuação das funções estatais – administrar, legislar e judicar (art. 2º da CRFB). É dizer: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário proferem decisões (públicas) em conformidade com o plano jurídico e que afetam o plano político[270]. O ponto de divergência está nos elementos fundantes de ambos os subsistemas sociais.

---

[267] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 233-234; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 349-350.
[268] *Op. Cit.*, p. 53.
[269] SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 121.
[270] BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 1976, p. 53; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 448; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53; MENDES,

O Estado de Direito (ou Direito) tem em sua configuração a supremacia da Constituição e os direitos e garantias fundamentais, em especial o das minorias políticas[271]; já o Estado Democrático (ou Política) tem em sua configuração o governo da maioria política e a legitimidade democrática[272].

Da noção de Estado Democrático, Política ou, por fim, Democracia é que se extrai o *princípio democrático*, que tem um critério substancial e um critério formal, porquanto há a estrutura estatal por meio da qual é exercida, efetivamente, a participação, a felicidade pública; por outro lado, o fundamento da legitimidade do Estado implica no dever institucional em proporcionar os meios materiais aptos ao desenvolvimento das aspirações materiais, psíquicas e espirituais individuais por meio da garantia dos direitos fundamentais[273].

Do Estado Democrático de Direito é que nasce a democracia jurídica, que é a mescla entre Direito e Política, construindo-se o conceito de um ambiente regido por um Estatuto jurídico-político (= supremacia constitucional) que harmoniza o atendimento e garantia dos anseios elementares de todos (= proteção aos direitos fundamentais) com as deliberações advindas, direta ou indiretamente, das maiorias (= legítimo governo da maioria)[274].

O Estado Democrático de Direito, em síntese, estabelece o equilíbrio entre maiorias políticas e os direitos fundamentais, em especial os das minorias políticas, por meio de uma Constituição que, segundo K. Hesse, assenta-se sobre as forças

---

Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 620.

[271] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 448; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 22-23.

[272] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. *Op. Cit.*; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Op. Cit.*

[273] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Democracia*. In DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175; BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 60-62.

[274] CHEVALIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 112.

espontâneas, as tendências dominantes do seu tempo e estabelece diretrizes que orientam as condutas que, a despeito dos juízos de conveniência e questionamento, se identificam com a vontade de efetivar a ordem constitucional, a vontade de Constituição[275].

A concepção do *princípio democrático* a partir dos critérios alinha-se ao magistério de Ana Paula de Barcellos acerca da centralidade do Estado hodierno, qual seja, o ser humano, é dizer, o Estado é concebido como mecanismo por meio do qual a dignidade humana é garantida, expressa referência ao *télos* da sociedade política em proteger e promover os direitos e garantias fundamentais[276].

O *princípio democrático* encontra sua autonomia como categoria ao conceber, ao mesmo tempo, um fundamento estatal (= Estado Democrático) e a carga principiológica que determina um estado ideal de coisas que norteia as condutas adotadas pela esfera pública, exigindo-se que todas as ações dos agentes jurídicos tenham efeitos que promovam aquele estado ideal[277].

Tal como o próprio direito, que consiste em um sistema normativo jurídico voltado à composição dos conflitos oriundos de relações intersubjetivas, a funcionalidade das instituições públicas é, justamente, promover algo, sendo este a dignidade humana, que encontra sua conceituação essencial na visão de E. Kant, cujo magistério milita no sentido de que o ser humano é dotado de racionalidade e, por isso, tem *dignidade*, o corolário é que todo ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não meio[278].

Dalmo de Abreu Dallari[279], Manoel Gonçalves Ferreira Filho[280] e Alexandre de Moraes[281] traçam histórico do constitucionalismo como um movimento no qual a

---

[275] *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, pp. 18-20.
[276] *Op. Cit.*, p. 61.
[277] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. Cit.*; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 163-165.
[278] KANT, Emanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013, pp. 199 e ss; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 125 e ss; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 14 e ss.; **MORAES, Alexandre de; *et. al. Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 3-13.**
[279] ***A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 285 e ss.**
[280] *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 14 e ss.
[281] **MORAES, Alexandre de; *et. al. Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 3-13.**

vontade das instituições sociais, em especial o Estado, é contida e, também, a figura do ser humano, com ênfase à sua individualidade, é colocada não apenas no cerne do ordenamento jurídico, mas, também, no centro dos debates jurídicos e políticos, associando à abstração de indivíduo, a partir da concepção kantiana de dignidade humana, o papel da democracia como mecanismo de promoção, justamente, do acesso aos meios dignificantes.

E mais: além da associação das projeções humanas em prol de uma vida digna com a democracia, esta sofre ampliações institucionais no sentido de conferir maior participação popular e, consequentemente, maior legitimidade e autoridade às decisões e ações públicas282.

Em suma, o *princípio democrático* é uma das cláusulas cernes do Estado Constitucional hodierno, pois por meio do estado ideal de coisas instituído por tal norma (= participação de todos e garantia das posições jusfundamentais) é que se constrói a dignidade humana.

A *felicidade pública* e o *princípio democrático* convergem quanto ao fato de que a felicidade individual e, por conseguinte a dignificação individual, é promovida por meio, também, da participação qualitativa na tomada de decisões públicas.

3. O DPEN COMO CONCRETUDE DA FELICIDADE PÚBLICA

Os influxos do atual ambiente democrático envolvem a retomada do ideal de J. J. Rousseau de que o povo, em regra, deve ter atuação direta – e não por meio dos seus representantes – na determinação do conteúdo das deliberações públicas[283].

Diante da exigência de conciliar a situação jurídica de maior participação social com o crescimento vertiginoso da população, da cláusula do devido processo jurídico (art. 5º, LIV da CRFB) nasce o devido procedimento de elaboração normativa (DPEN), que é expresso como um direito difuso de natureza procedimental de participação do titular do poder, o povo, no procedimento elaborativo e na determinação do conteúdo

[282] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. *Op. Cit.*, p. 157.
[283] *Contrato social ou princípios de direitos políticos*. Trad. B. L. Viana. São Paulo: Cultura, 1944, pp. 259 e ss.

das normas emanadas dos órgãos estatais[284]. Tendo em vista a autonomia judicial, Ana Paula de Barcellos concentra esforços do tema em relação aos órgãos executivos e legislativos[285].

O DPEN tem dois sustentáculos em seu cerne, um de dimensão difusa, equivalente à participação nas decisões estatais, outro de dimensão individual, equivalente ao direito de receber justificativas.

A primeira dimensão foi exposta anteriormente, cabendo retomar aqui que a felicidade pública consiste na projeção individual no ambiente público, onde o ser humano concorre em igualdade com as demais vozes no sentido de ser ouvido e ajudar na determinação nas deliberações tomadas pela sociedade política. Ser feliz é o agregado entre ser deixado em paz, não ter sua vida privada violada, e envolver-se na tomada de decisões na vida pública, no que é de interesse coletivo.

Tal qual a felicidade em seu amplo espectro, o direito à justificativa tem suas raízes no princípio da dignidade da pessoa humana, calhando a concepção kantiana de ser humano como um fim em si, e não um meio ao caso quanto ao tratamento respeitoso[286]. Dentro da pirâmide de Maslow, a dignidade em sua feição respeito está como uma necessidade psicológica de segundo grau, ligada à estima.

O respeito tem seus traços destacados em meio ao ambiente político brasileiro, como aconteceu com a decisão do STF na ADPF n. 132/RJ, com o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como união estável, para fins de disciplina jurídica, em especial a sucessória e a previdenciária, que ficou determinado, sob a ótica da dignidade humana, que todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito e resguardo jurídico, inclusive aqueles feitos pelos casais de pessoais do mesmo gênero.

Na mesma esteira da união estável, agora independente do gênero dos companheiros, o STF, nos REs 878.694 e 646.721 decretaram a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e, por conseguinte, equiparou, para fins sucessórios, o regime jurídico da união estável com o do casamento, sob o

[284] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, p. 74.
[285] *Ibidem*, pp. 73 e ss.
[286] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, pp. 92-93.

fundamento de que a formalização da entidade familiar não é óbice para que todos possam ser igualmente respeitados e, por isso, receber o mesmo tratamento jurídico.

A dignidade-respeito remete à concepção kantiana de que o ser humano não tem preço e, por isso, deve ser respeitado como um fim, o que é destacado nas decisões da Corte Constitucional brasileira acima.

Do respeito é que nasce o direito à justificativa, eis que o ser humano é, de acordo com a clássica lição de E. Kant[287], um ser racional, um ser que, no plano filosófico, explica e recebe explicações quanto aos seus atos. A mesma linha aplica-se às decisões estatais, que se pautam na finalidade do direito: regrar o convívio social[288], eis que o fundamento de existência do direito, segundo F. Carnelutti, é o conflito em sua potência ou concretude[289].

No exercício da sua atividade legiferante, o Estado atual toma suas decisões em conformidade com o que exposto em J. J. Rousseau, a saber, a razão. A principal expressão do Estado, a lei, é um preceito racional voltado a disciplinar a vida em sociedade[290].

A justificação nasce, justamente, da relação entre a dignidade humana e a finalidade do direito como um todo, porquanto as decisões estatais, direta ou obliquamente, afetam a vida individual, fazendo-se necessária a explicação do ato, a fim de que o indivíduo compreenda o porquê das medidas que lhe afetaram.

Ana Paula de Barcellos pontua três observações relacionadas às justificações, tanto sob a óptica de quem explica quanto de quem recebe as explicações[291].

A primeira diz respeito ao risco de, em meio às explicações, haver a possibilidade de erro, nocente ou inocente, sendo que o próprio DPEN existe para conter tal risco, por meio de um procedimento dotado de ampla discussão de diversos setores da sociedade plural, e, também, por meio do Judiciário.

---

[287] *Op. Cit.*
[288] LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 23 e ss.
[289] *Teoria general del derecho*. Lima: Ara Editores, 2006, pp. 51-52.
[290] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op. Cit.*, pp. 99 e ss.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.*, pp. 14 e ss.
[291] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, pp. 95-96.

A segunda pontuação diz respeito ao fato de que o cerne das justificações não visa impor uma concepção, uma perspectiva em relação às demais, estabelecer uma discussão propriamente dita, e sim expor as questões a fim de que o destinatário, em potência, as compreenda, mesmo que delas discorde. Trata-se, sob a ótica formal, de direito de dar e receber justificativas de forma a que o receptor entenda o jogo racional, não, necessariamente, envolvendo o controle do conteúdo do debate.

A terceira observação envolve a relação jurídica eleita como objeto do DPEN e, por conseguinte, do estudo do direito fundamental à justificativa: a relação instituída entre Estado e particular, entre Poder Público e cidadão, porque as normas estatais afetam sujeitos de uma forma mais ampla e até mais restritiva do que as normas emanadas do setor jusprivatista. O ambiente democrático contrasta a exigência justificação pela autoridade, pois ao mesmo tempo que o cidadão é fundamento de legitimidade do Poder Público, também é destinatário de tais decisões.

Marcela Rosa Abrahão destaca que há potencial restrição a direitos fundamentais em dois planos, no plano abstrato e no plano concreto. Ao legislador, em regra, incumbe restringir as posições jusfundamentais em abstrato; ao administrador, em cumprimento às leis, cabe restringir os direitos fundamentais no plano concreto[292]. Em ambos os planos há de ter, segundo Ana Paula de Barcellos, justificativa da restrição.

Todo o exposto, somando-se o DPEN com o direito à justificativa, desemboca no fato de que é garantia fundamental individual o devido processo legal em suas feições procedimental (*procedural due process of law*) e substancial (*substantive due process of law*). É dizer: o indivíduo tem de compreender as razões pelas quais seus direitos fundamentais, insculpidos (não apenas) no art. 5º, ‘’*caput*’’ da CRFB, sofrem algum tipo de restrição pela decisão da entidade pública[293].

Ana Paula de Barcellos exprime um conteúdo mínimo do DPEN, que se expressa de em quatro fases[294]: *(i)* a primeira diz respeito à problemática a ser enfrentada pela norma que será elaborada, ou seja, o que o desiderato jurídico visa

[292] *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 76-77.
[293] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, pp. 111 e ss.
[294] *Ibidem*, pp. 173 e ss.

conformar; *(ii)* a segunda concerne à finalidade, é dizer, quais os resultados perseguidos pela norma a ser elaborada; *(iii)* a terceira corresponde aos custos e impactos decorrentes da medida proposta; e *(iv)* a levada a público, por meio da imprensa oficial e dos meios de comunicação, e fixação (permanência na memória) das justificativas relativas à medida adotada.

O ponto a que se chega diz respeito à forma através da qual o DPEN pode ocorrer, como é conferida concretude ao procedimento que enfeixa, por meio do direito à felicidade em sua feição pública, os princípios da dignidade humana, democrático e do devido processo legal.

A peculiaridade introdutória ao procedimento em comento é que ele não é concebido sob uma única forma, e, sim, pode se desenvolver de diversos jeitos: o DPEN é procedimento que pode se expressar de diversas formas, como ocorre, p. ex., com a Lei n. 9.784, a lei de processos administrativos na esfera federal, que permite a realização de audiência pública quando a tomada de decisão envolver matéria de alta relevância (art. 32), assim como, previamente à decisão, abrir período para consulta pública (art. 31).

No mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina que o compromisso administrativo voltado ao saneamento de irregularidade, incerteza jurídica ou situação conflituosa na aplicação do direito público poderá ser precedido de consulta pública, tornando-se eficaz a partir da publicação oficial (art. 26, ‘’*caput*’’).

Agrega-se aos dispositivos legais acima a Lei n. 13.460/2017, que expressamente dispõe *sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*, criando um conselho de usuários voltado ao acompanhamento, à avaliação, à contribuição nas melhorias e ao estabelecimento de diretrizes da prestação dos serviços públicos.

Todas as disposições legais conferem concretude, no seio administrativo, do desiderato constitucional de que *lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta* (art. 37, § 3º).

No âmbito transfronteiriço, a Carta de Nice, celebrada na Comunidade Europeia, determina como direito fundamental à boa administração o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente (art. 41.º, 2), e, mais ainda, atribui ao Estado o dever de fundamentar as suas decisões (art. 41.º, 2).

Tal como o Pacto Fundamental do Brasil, a Carta Magna espanhola determina à lei a regulamentação de audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas pela lei, no procedimento da elaboração das disposições administrativas que lhes afetem (art. 105, a).

Saindo da função estatal administrativa, o texto constitucional brasileiro determina a participação popular no Poder Legislativo, além das comissões, a possibilidade de iniciar o processo legislativo, mediante propositura de projeto de lei por iniciativa popular (arts. 29, XIII, 61, § 2º).

O conteúdo mínimo do DPEN deixa margem para a criatividade do editor da norma quanto às formas através das quais a felicidade pública será exercida, o que se amolda, em especial, à natureza principiológica da norma do devido procedimento de elaboração normativa. Melhor dizendo, amparando-se no magistério de Humberto Ávila[295], o princípio do DPEN determina um imediato estado ideal de coisas (a participação popular na tomada de decisões públicas) e mediatas condutas cujos efeitos promovam aquele estado ideal.

A estrutura do princípio desenvolvida pelo doutrinador, ao caso, deixa ao aplicador do direito, no caso, o editor da medida proposta, estabelecer as formas através das quais os cidadãos participarão na determinação do teor da decisão a ser tomada pelo ente estatal, desde que atue dentro dos limites insculpidos no conteúdo mínimo da norma.

Diante da amplitude de atuação do aplicador do princípio do DPEN, desenvolve-se um mecanismo procedimental adicional, recomendável, considerado como um mínimo a ser aplicado ao procedimento elaborativo e que se expressa em duas fases de apresentação e resposta.

[295] *Op. Cit.*, pp. 163-165.

A primeira etapa do rito adicional ocorre após a quarta etapa do conteúdo mínimo do DPEN, a publicidade das justificativas que levaram à edição da norma, e correspondem à abertura de oportunidade para que interessados, especialistas ou não, se manifestem e apresentem sua perspectiva sobre a proposta normativa[296].

Esse primeiro momento compreende a abertura formal e procedimentalizada para que toda espécie de interessado ingresse e se manifeste, o que, dentro de um ambiente plural e democrático, permite à contribuição e o enriquecimento do debate, inclusive gerando eventuais esclarecimentos de pontos não apreciados pelas justificativas[297].

Finda a oitiva dos envolvidos, os resultados da primeira etapa são levados a público, tanto para ciência geral quanto assentamento memorial, daqui nascendo o segundo trecho do procedimento adicional, o qual compreende uma nova reabertura a que interessados e *experts* reflitam e critiquem o que colhido tanto durante o conteúdo mínimo do DPEN, quanto na primeira etapa[298].

Já enunciado, o DPEN e seu procedimento adicional bifásico exteriorizam o direito dos destinatários da norma em receberem as razões pelas quais fora adotada a medida que afeta direitos fundamentais, subjacente à justificativa, também, o direito à participação no rito constitutivo e, por conseguinte, externando o cada vez mais intenso movimento de reforço dos mecanismos da democracia participativa, do povo não apenas atuando por meio dos representantes eleitos, e, sim, por meio de canal direto com o Poder Público proponente da medida[299].

Ademais, às técnicas de participação e justificação suscitam o que Carlos Roberto de Siqueira Castro denomina como relação de *equipotência* entre o público e o privado (eis que este é afetado de forma direta ou oblíqua pelos atos editados por aquele) e, assim, contracena o exercício das atividades estatais, de um lado, e os interesses individuais ou transindividuais, de outro lado[300].

---

[296] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, p. 203.
[297] *Ibidem*, p. 204.
[298] *Ibidem*, p. 206.
[299] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. *Op. Cit.*, p. 157.
[300] *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 373-374.

Restam três pontos gerais que podem ser sintetizados nas seguintes indagações diante do fato de que o procedimento acessório ao DPEN é recomendável, mas não, necessariamente, de obrigatória observância[301]: *(i)* quando deve ser utilizado, em especial no âmbito da função legislativa? e *(ii)* qual a consequência da não utilização do rito adicional?

Sobre a primeira questão, Ana Paula de Barcellos aduz que a utilização do procedimento adicional tem cabimento quando o teor da medida proposta envolva, quantitativa ou qualitativamente, restrição ou promoção de direitos fundamentais.

Dimanando da primeira indagação, o manejo do mecanismo aditivo no âmbito legislativo é, segundo a citada autora, um pouco diferenciado, haja vista o regime de elaboração normativa nos órgãos do Legislativo brasileiro estão sujeitos a peculiaridades próprias, porquanto há participação e contradita por meio, especialmente, das comissões parlamentares, assim como os trâmites podem se sujeitar aos regimes de urgência, o que, apesar de poder reduzir a participação, não afasta as justificativas[302].

Ocorre que, apesar do regime de urgência, o Poder Público deve viabilizar meios para os procedimentos adicionais tanto nos ritos de elaboração normativa ordinários quanto os sob preminência, uma por razões de justificações, duas por razões de participação, e terceira razão liga-se ao fato de conferir maior legitimidade à medida proposta[303].

Quanto à segunda indagação, relativa às consequências pelo não uso do procedimento adicional, a resultante está no grau do ônus argumentativo para que a esfera judicial aprecie a validade da medida proposta. A participação na elaboração normativa será objeto de consideração judicial, junto com os demais aspectos suscitados. Logo, se o ato editado sofreu ampla participação na sua constituição, maior o ônus argumentativo judicial para invalidação, mas isso não significa, per si, que a não utilização do rito adicional induza a grave invalidade do ato editado[304].

---

[301] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. *Op. Cit.*, pp. 207-208.
[302] *Ibidem*, pp. 207-208.
[303] *Idem*.
[304] *Ibidem*, pp. 208-209.

Dois exemplos da região do Grande ABC, São Paulo, destacam a participação popular nas decisões essenciais. O Município de Santo André, desde 1989, abre espaço para que cidadãos e cidadãs, *experts* ou não em finanças públicas, possam controlar as ações governamentais, receber informações sobre os gastos e serviços públicos, deliberar sobre prioridades e urgências da comuna[305].

Já o Município de São Caetano do Sul realizou audiência pública, com o intuito de justificar as medidas propostas pelo Poder Público e receber manifestações dos interessados relativo ao plano regional de resíduos sólidos, enfrentando temas essenciais do saneamento básico, como, p. ex., a coleta seletiva, destinação de resíduos sólidos, educação ambiental[306].

O princípio do devido procedimento de elaboração normativa tem estreita relação com outro princípio constitucional, qual seja, o da eficiência, pois o Estado hodierno deve adotar os melhores meios (fática e juridicamente) possíveis para dar concretude a direitos fundamentais das mais diversas categorias[307], encontrando sua legitimidade nos integrantes da sociedade política[308]. Consoante as disposições mencionadas, LINDB e Leis n. 13.460 e n. 9.784, a participação do público através de um rito que permita ao proponente da medida a oitiva dos interessados é a melhor forma de verificar, concretamente, *interesse geral*.

Realçados o conteúdo e as peculiaridades inerentes ao envolvimento geral nos critérios propostos pelo Poder Público, apura-se que a ideia desenvolvida em prol da maior ênfase às funções majoritárias, tem como plano de fundo o *paradigma do caso*, a fuga do juiz por meio da instituição de mecanismos que destaquem o papel das demais funções estatais[309].

---

[305] SANTO ANDRÉ. http://www2.santoandre.sp.gov.br/index.php/orcamento-participativo. Acesso em 12 de mar. de 2019.
[306] CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL GRANDE ABC. http://consorcioabc.sp.gov.br/noticia/1221/sao-caetano-recebe-primeira-audiencia-publica-do-plano-regional-de-residuos-solidos. Acesso em 12 de mar. de 2019.
[307] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.
[308] SOARES, Alessandro. *Participação, democracia e eficiência na Administração Pública*. in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada: vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 361.
[309] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 94, pp. 3-12.

Melhor dizendo, à busca da estabilidade com a substituição da vontade humana do monarca pela vontade da razão, a lei, assim nascendo o *paradigma da lei*, e à busca pela concretização da justiça por meio da figura do juiz, introduzindo-se nos textos normativos conceitos jurídicos indeterminados e princípios, nascendo o *paradigma do juiz*, soma-se o modelo jurídico pós-moderno, o *paradigma do caso*, que confere importância à situação concreta e aos meios alheios ao Estado-Juiz para satisfação de interesses jurídicos, p. ex., aos cartórios extrajudiciais e, conforme desenvolvido, aos demais Poderes do Estado[310].

Em síntese, o DPEN é um dos mecanismos que consagram o *paradigma do caso*, porque determina a fuga do juiz e a busca dos Poderes Legislativo e Executivo para satisfação de interesses individuais e transindividuais por meio da colaboração ativa no processo de elaboração das medidas voltadas à solução de certas questões de interesse geral.

Constata-se que democracia, direito e elaboração normativa se coadunam à felicidade ao resultar na participação na tomada de decisões de interesse da coletividade, no direito de ouvir e ser ouvido dentro de um ambiente igualitário entre a entidade proponente da medida e os interessados partícipes dos procedimentos[311].

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que o direito à felicidade é consagrado em duas perspectivas ou feições, a saber, a *subjetiva*, que diz respeito à constituição e persecução de projetos racionais voltados à satisfação de interesses legítimos, vedada a satisfação própria por atos sádicos; e a *objetiva*, que diz respeito à vida pública aristotélica, destacando-se tanto o papel dos atos públicos na promoção de meios que permitam ao indivíduo alcançar seu bem-estar subjetivo quanto a participação individual genuinamente democrática nas deliberações do Poder Público, esta definida como *felicidade pública*.

[310] *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 94, pp. 3-12.
[311] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. Cit.*

A partir da *felicidade pública* é que se depreende o conceito de *democracia jurídica*, eis que o governo da maioria está sujeito à deferência instituída constitucionalmente às posições jusfundamentais, a partir daí instaurando um sistema no qual política e direito dialogam constantemente e, assim, institui a necessidade de participação de qualquer interessado nas decisões públicas. Ser feliz, então, é participar na vida pública, exigindo-se meios que efetivem tal desiderato jurídico.

Dentro da necessidade de criar mecanismos de participação popular, em especial no Legislativo e no Executivo, é que nasce o devido procedimento de elaboração normativa (DPEN), que se apresenta como um procedimento no qual o Estado, a partir da proposta de medida voltada à solução de certa questão, *(i)* apresenta as razões pelas quais a medida é proposta aos destinatários, justamente pelo ato afetar em maior ou menor intensidade, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, levando-se a público, por meio de imprensa oficial ou mídia, tais justificações, a fim de publicização e memorização; e *(ii)* oportuniza a que estes mesmos interessados participem na determinação conteudística da proposta normativa, estabelecendo um procedimento acessório.

Logo, o DPEN é consagrado como um princípio que *(i)* resguarda o direito formal a que o indivíduo receba as justificativas acerca das decisões públicas que o afetem, bem como concorre em nível de igualdade na exposição de críticas e sugestões relativas a tais propostas normativas, antes que transitem para o plano da eficácia; e *(ii)* confere um estado ideal de coisas que permite ao proponente da medida a criação dos mecanismos através dos quais haverá oitiva dos interessados.

Paralelamente ao DPEN há um instrumental acessório e não vinculante bifásico de manifestações e contraditas: em primeiro momento, oportuniza-se a que os interessados se manifestem sobre o projeto normativo, publicando-se tais manifestações, a fim de fixá-las e oportunizar a segunda fase, que é, novamente, a oitiva de interessados, que se manifestarão tanto sobre a medida quanto sobre os apontamentos feitos em primeiro momento, levando-se a público o resultado dessa segunda etapa.

Em síntese, tanto o conteúdo mínimo contido na estrutura de participação, recebimento e apresentação de justificações, quanto o conteúdo adicional ao procedimento de elaboração normativa encontram suas bases no ambiente da

democracia jurídica, que, por sua vez, é imanente à feição *objetiva* do direito à felicidade, especificamente no que diz respeito à participação na determinação das decisões adotadas pelo Poder Público, concretizando não apenas o plano do envolvimento do titular do poder nas deliberações, mas, também, efetivando uma relação de igualdade entre as esferas pública e privada, bem como supre as necessidades elementares de ouvir e ser ouvido de cada um dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Marcela Rosa. *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*. São Paulo: Almedina, 2017;

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 94, pp. 3-12;

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

_____. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: EDUC, 1976;

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del derecho*. Lima: Ara Editores, 2006;

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989;

CHEVALIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada: vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988;

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991;

KANT, Emanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013;

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017;

LINCOLN, Abraham. *O discurso de Gettysburg, 1863*. Disponível em: https://www.wdl.org/pt/item/9590/. Acesso em 12 de fev. de 2019;

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

_____. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Eª ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004;

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

_____.; *et. al. Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: tomo V*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato social ou princípios de direitos políticos*. Trad. B. L. Viana. São Paulo: Cultura, 1944;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL GRANDE ABC. http://consorcioabc.sp.gov.br/noticia/1221/sao-caetano-recebe-primeira-audiencia-publica-do-plano-regional-de-residuos-solidos. Acesso em 12 de mar. de 2019;

SANTO ANDRÉ. http://www2.santoandre.sp.gov.br/index.php/orcamento-participativo. Acesso em 12 de mar. de 2019;

O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO PARANÁ: DEFENSORIA PÚBLICA COMO PRÁTICA DE BOA GESTÃO

ACCESS TO JUSTICE IN THE STATE OF PARANÁ: PUBLIC DEFENSE AS A PRACTICE OF GOOD MANAGEMENT

Matheus Cavalcanti Munhoz[312]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo traçar o atual panorama da assistência jurídica integral e gratuita no Estado do Paraná, direito de todo cidadão hipossuficiente e dever do Estado, de acordo com as diretrizes presente na Constituição Republicana de 1988. Para tanto, discorrer-se-á sobre os modelos existentes de assistência jurídica gratuita, o modelo imposto pela Lei Maior, o modelo atualmente em prática no Estado, bem como as consequências e desafios para se atingir o modelo de excelência. Através de dados estatísticos extraídos da portal transparência do Estado e da Defensoria Pública, realizou-se um comparativo de custo e eficiência entre os modelos público e privado de assistência jurídica no Estado, indicando, ao final, o modelo de excelência a ser buscado através de uma proposta de melhoria à luz das especificidades do Estado do Paraná. O tema possui grande relevância em razão da grave crise fiscal que atinge o país, bem como das políticas de contenção de gastos impostas ao Estado decorrente da renegociação de dívidas com a União, aliado a necessidade de expansão e concretização da Defensoria Pública do Estado por determinação constitucional instituída através da Emenda Constitucional 80/2014.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Defensoria Pública; Gestão Pública; Eficiência.

Abstract: The purpose of this article is to outline the current panorama of free and integral legal assistance in the State of Paraná, the right of every citizen who is underestimated, and the duty of the State, in accordance with the guidelines contained in the Republican Constitution of 1988. For this purpose, the model currently being implemented in the State, as well as the consequences and challenges to reach the model of excellence. Through statistical data extracted from the transparency portal of the State and the Public Defender's Office, a comparative of cost and efficiency was carried out between the public and private models of legal assistance in the State, indicating, in the end, the model of excellence to be sought through a proposal of improvement in light of the specificities of the State of Paraná. The issue is highly relevant due to the serious fiscal crisis affecting the country, as well as the policies to restrain State spending arising from the renegotiation of debts with the Union, together

[312] Defensor Público do Estado do Paraná. Graduado em Direito pela UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga (2009). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2012). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2019).

with the need to expand and implement the Public Defender's Office by determination constitutional amendment 80/2014.

Keywords: Access to justice; Public defense; Public administration; Efficiency.

1. INTRODUÇÃO

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, recebeu tal nomenclatura por consolidar em seu texto um vasto rol de direitos fundamentais aos cidadãos e deveres ao Estado, visando a garantia do bem-estar social sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos assegurados pela nova ordem constitucional, destaca-se o direito fundamental de acesso à justiça aos necessitados.

> A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados quem sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Como bem destacado, ao se exigir o igual acesso a todos os cidadãos, necessariamente estamos diante de uma obrigação positiva do Estado frente aos necessitados, sob pena de tornar o acesso à justiça um direito exclusivo dos detentores de poderio econômico.

Nesse sentido, foi introduzido o importante inciso XXIV no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988, estabelecendo a seguinte obrigação estatal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Acerca do dispositivo constitucional supramencionado, convém destacar duas importantes expressões utilizadas pelo constituinte: ‘prestará” e “assistência jurídica integral e gratuita”.

Quanto ao termo “prestará”, notadamente diz respeito a uma imposição constitucional ao Estado, como bem ensina o Professor José Afonso da Silva: “aqui temos uma daquelas prestações positivas do Estado, que há de traduzir-se em uma ação afirmativa, mediante políticas adequadas ao cumprimento da imposição constitucional. (SILVA, 2008, p. 173).

Já a previsão de “assistência jurídica integral e gratuita”, inovadora ao se analisar o histórico das constituições brasileiras, representou verdadeira alteração e ampliação do paradigma até então existente, haja vista não mais se limitar à assistência judiciária, que se resumia na garantia de acessar o Poder Judiciário, mas sim de forma ampla garantir todos os níveis de acesso à justiça, como a assistência, a orientação, o atendimento multidisciplinar e em rede com os demais serviços públicos, a educação em direitos, além da assistência judiciária em todos os seus níveis.

> [...] A Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em assistência jurídica Integral. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, atos notariais [...] (MOREIRA, 1991, p. 130).

Assim, fixada a premissa de que o acesso à justiça é obrigação imposta ao Estado, bem como traçada a amplitude do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos carentes, passaremos a análise dos modelos de assistência jurídica existentes, do modelo adotado no Estado do Paraná, sua análise de constitucionalidade e as devidas consequências do ponto de vista orçamentário e social, para então propor um modelo de excelência a ser implantado neste Estado.

2. MODELOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Nos Estados contemporâneos, é possível se observar a existência de pelo menos quatro modelos de assistência jurídica: (1) *judicare;* (2) *salaried staff model;* (3) misto; e (4) pro bono.

O sistema *judicare,* bastante comum em países europeus como França e Inglaterra, nada mais é do que a prestação da assistência jurídica através de advogados remunerados pelo Estado, mas sem qualquer vinculação empregatícia com o ente estatal. Ou seja, trata-se, em apertada síntese, do sistema de advocacia dativa no qual advogados são nomeados por magistrados para atuação em processos judiciais no qual alguma das partes não tenha defesa ou representação contratada e não exista na localidade uma Defensoria Pública estruturada, condenando-se, ao final do processo, o Estado a pagar os honorários advocatícios ao profissional.

O *salaried staff model,* também conhecido como advocacia pública, é o sistema no qual a prestação da assistência jurídica é realizada através de profissionais remunerados pelo Estado e contratados com dedicação exclusiva para tal mister. Trata-se, então, do modelo público de assistência jurídica.

Há países, por sua vez, que garantem o acesso à justiça aos cidadãos hipossuficientes através de um modelo misto, mesclando o modelo público (*salaried staff model)* com o privado (*judicare*). Assim, tanto advogados privados quanto profissionais contratados pelo Poder Público garantem a assistência jurídica.

Há também o modelo pro bono, que nada mais é do que a assistência prestada por advogados sem contraprestação monetária, seja por caridade ou razões humanitárias.

Convém mencionar que o acesso à justiça às pessoas carentes é garantido em cada Estado soberano de acordo com a conveniência do poder constituído, razão pela qual passaremos a análise do modelo escolhido pela Constituição vigente em nosso país.

2.1. MODELO CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Em uma breve análise da Constituição Federal de 1988, podemos notar que o constituinte não apenas fez clara opção pelo modelo público de assistência jurídica gratuita, como também indicou a instituição responsável pelo mister constitucional:

> Art. 134, CF/88. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Tal panorama foi recentemente reforçado pelo Congresso Nacional após a promulgação da Emenda Constitucional nº 80/2014, que impôs aos Estados brasileiros a necessidade de se garantir ao menos um defensor público por comarca no prazo de oito anos[313].

Desta forma, no Brasil, a Defensoria Pública é a instituição responsável pela prestação da assistência jurídica integral e gratuita aqueles que se mostrarem necessitados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, não cabendo ao Estado utilizar de verbas públicas para a criação e o custeio de outro sistema que não o público.

[313] Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:
"Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.
§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.
§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional."

2.2. MODELO PARANAENSE DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Diferente da grande maioria dos entes federativos, o Estado do Paraná segue na contramão da constituição e do movimento nacional de fortalecimento das Defensorias Públicas estaduais.

O Estado do Paraná foi o penúltimo da Federação a implantar a Defensoria Pública, com a nomeação, apenas em outubro de 2013, dos Defensores Públicos aprovados no primeiro concurso de ingresso na carreira.

Apesar da aprovação da Lei Complementar Estadual nº 136/2011 ter sido uma iniciativa do Poder Executivo na busca pela criação da Instituição no Estado do Paraná, a sua implementação, ocorrida após vinte e cinco anos de omissão, não se deu pelo reconhecimento da importância da Defensoria Pública na promoção do acesso à justiça, mas sim por força de decisão judicial prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo de Instrumento nº 598.212/PR[314].

[314] Ementa: Agravo de Instrumento – Embargos de Declaração recebidos como recurso de Agravo – Defensoria Pública – implantação – omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas – situação constitucionalmente intolerável – reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas às margens do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias – intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (Cf, Art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134) – legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais e o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público e a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da "restrição das restrições" (ou da "limitação das limitações") – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes – função constitucional da Defensoria Pública E a essencialidade dessa instituição da república – "*lithema decidendum*" que se restringe ao pleito deduzido na inicial, cujo objeto consiste, unicamente, na "criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana recurso de agravo provido, em parte. Assiste a toda e qualquer pessoa –especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. – É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares –também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública,

Foi justamente esse atraso e/ou descaso de vinte e cinco anos no planejamento de criação e implementação da Defensoria Pública no Estado, que deveria ter sido realizada quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem causado sérios entraves na consolidação da instituição e submetido o Paraná a uma situação de inconstitucionalidade quanto à prestação de assistência jurídica gratuita.

Atualmente, de acordo com dados coletados do Portal da Transparência da Defensoria Pública do Estado do Paraná[315] e do seu sítio eletrônico[316], somente cento e cinco defensores públicos encontram-se em atividade no Estado, enquanto apenas dezesseis das cento e sessenta e uma comarcas existentes no Estado contam com a presença de defensores públicos, representando índice inferior a 10% (dez por cento),

cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um "facere" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá, em violação negativa do texto constitucional. Desse "non facere" ou "non praestare" resultará uma inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. – É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 –TRTJ 183/818-819 –TRTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina. (AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014)

[315] DEFENSORIA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=544>

[316]DEFENSORIA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4>

em total descompasso com a obrigação constitucional de garantia de um defensor público por comarca até o ano de dois mil e vinte e dois, conforme a Emenda Constitucional n° 80/2014 supramencionada.

Nas cento e quarenta e cinco comarcas sem a presença da instituição, a assistência jurídica se limita à advocacia dativa prestada apenas em processos judiciais, não havendo qualquer forma de orientação ou educação em direitos, tampouco resolução extrajudicial das demandas. Sendo a assistência jurídica direito fundamental do cidadão e dever do Estado, nos locais onde não há Defensoria Pública efetivamente instalada, o Poder Judiciário faz uso da nomeação de advogado dativo para suprir a ausência de defensor público, arbitrando honorários advocatícios em prol do advogado e em desfavor do Estado ao final dos processos.

Assim, apenas com os dados acima mencionados é possível concluir que o Estado do Paraná vem utilizando um sistema privado de assistência jurídica através da advocacia dativa em detrimento da realização dos investimentos necessários para o devido cumprimento da Constituição, que impõe o modelo público através da Defensoria.

Tal fato também se vislumbra através da aprovação e sanção, no ano de 2015, da Lei Estadual nº 18.664, que regulamentou as atividades da advocacia dativa no Estado. De constitucionalidade duvidável, conforme argumentos jurídicos já desenvolvidos neste artigo, não nos debruçaremos sobre a temática e nos ateremos a situação fática da assistência jurídica no Estado.

2.3. DEFENSORIA PÚBLICA *VERSUS* ADVOCACIA DATIVA

Conforme já abordado nesse estudo, a Constituição Republicana de 1988 garantiu, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a assistência jurídica integral e gratuita, e não apenas a assistência judiciária como direito fundamento do cidadão carente, de modo que lhe é garantido não apenas o acesso ao judiciário, mas toda a atuação extrajudicial necessária para o atendimento da sua demanda, como a educação em direitos, a orientação, o atendimento multidisciplinar, o funcionamento em rede com os demais aparatos públicos, além do acesso ao judiciário em todos os seus níveis. No entanto, uma prestação jurídica tão ampla como

a mencionada, somente é possível ser realizada através de uma instituição pública, com profissionais capacitados e contratados com dedicação exclusiva para o cumprimento desse mister. Assim, essa é uma das principais diferenças entre os serviços da Defensoria Pública com o prestado pela advocacia dativa, na medida em que esta se limita a atuação judicial com a nomeação aleatório de diversos advogados muitas vezes sem qualquer especialização na área demandada, enquanto a Defensoria Pública conta com profissionais aprovados em concurso público com dedicação exclusiva, especialização e apoio multidisciplinar e integrado à rede pública.

Ainda quanto a forma de atuação, a Defensoria Pública, diferente da advocacia dativa paranaense (Lei 18.664/2015): (1) atua em todas as áreas de direito de competência estadual, enquanto que os advogados dativos estão limitados às áreas previstas na lei estadual; (2) promove atuação multidisciplinar e extrajudicial focada na resolução extrajudicial dos conflitos, enquanto a advocacia dativa pressupõe o acionamento do Poder Judiciário; (3) presta atendimento direto à população, enquanto a advocacia dativa se limita a cumprir as obrigações processuais; (4) possui corpo efetivo de profissionais capacitados, especializados e aprovados em concurso público, enquanto os cidadãos submetidos à advocacia dativa não possuem garantia da especialidade do advogado quanto a área a ser atendida; e (5) atua de forma estratégica e coletiva, bem como contribui para a formulação de políticas públicas voltadas ao seu público alvo, enquanto a advocacia dativa se limita a questões individuais e judiciais.

Ademais, além dos aspectos da própria prestação do serviço, que por si só é capaz de demonstrar o efetivo prejuízo ao cidadão necessitado impedido de ter acesso à Defensoria Pública, convém destacar também que o modelo atualmente adotado no Estado do Paraná nada mais é do que a transferência de verbas públicas a pessoas privadas sem qualquer vínculo com a administração pública, o que inviabiliza a própria fiscalização pública e social, haja vista que os advogados não estão submetidos ao Tribunal de Contas e que a transparência inerente ao serviço público resta prejudicada em razão da complexidade do sistema.

Estas também foram conclusões do Tribunal de Contas do Estado do Paraná em recente Auditoria realizada no sistema penitenciário paranaense[317], no qual aponta, quanto à assistência jurídica: (1) que a Defensoria Pública possui índices de eficiente maiores do que os da advocacia dativa; (2) falta de mecanismos de controle de desempenho da advocacia dativa; (3) falta de mecanismos de controle de custo da advocacia dativa; recomendando, por fim, que o Poder Executivo e a Defensoria Pública estabeleçam uma metodologia comum para a aferição do quantitativo de defensores públicos necessários para a assistência jurídica da totalidade dos encarcerados do Estado, garantindo os meios para o provimento de seu quadro de pessoal.

Ora, se além da inconstitucionalidade e dos aspectos negativos demonstrados no atual panorama da assistência jurídica paranaense, o leitor pode se questionar qual seria ou se haveria alguma vantagem na manutenção da situação posta. São dois os falaciosos argumentos utilizados: (1) o custo da advocacia dativa é menor do que a Defensoria Pública; e (2) a natureza dos gastos com advocacia dativa não é caracterizada com gastos com pessoal, o que seria uma grande vantagem no atual cenário de crise fiscal e do funcionalismo que atinge o país.

3. DADOS ESTATÍSTICOS ACERCA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO ESTADO DO PARANÁ

Com o fim de ilustrar o comparativo de custo entre os sistemas público e privado de assistência jurídica, utilizamos pesquisas quantitativas e qualitativas que foram alimentadas de dados extraídos dos portais da transparência do Poder Executivo e da Defensoria Pública.

Conforme já mencionado, no ano de 2015, foi sancionada a Lei n°18.664 de 22 de dezembro de 2015, que regulamenta a advocacia dativa no Estado do Paraná e posteriormente foi editada a tabela de valores dos honorários da advocacia dativa entre Poder Executivo e Ordem dos Advogados do Brasil, tendo sua última atualização ocorrido em outubro de 2017[318].

[317] TRIBUNAL DE CONTAS. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/auditoria-do-tce-comprova-superlotacao-de-1965-nas-cadeias-do-parana/5863/N>
[318] PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. Disponível em:<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/

Os advogados dativos, após a atuação judicial e com a certidão de honorários advocatícios em mãos, podem optar por duas vias de cobrança contra o Estado: (1) pagamento administrativo junto à Procuradoria do Estado/PGE e Secretaria de Estado da Fazenda/SEFA; ou (2) execução do título na via judicial para pagamento via RPV (Requisição de pequeno valor) ou precatório.

Para os pagamentos administrativos, o Estado reserva uma receita previamente estipulada na Lei Orçamentária Anual (LOA) e, em caso de esgotamento dos valores, abre créditos adicionais durante o exercício financeiro visando garantir a continuidade dos pagamentos.

Para os pagamentos via RPV ou precatórios, no entanto, não há qualquer controle pública acerca do volume de execuções de títulos executivos oriundos de honorários advocatícios e o tamanho do seu impacto no aumento da dívida ativa do Estado. É justamente aqui que nasce o problema, como bem identificou o Tribunal de Contas do Estado.

Diferente do sistema público de assistência jurídica, no qual o Estado prevê e planeja a fatia de orçamento que será disponibilizada para a Defensoria Pública, instituição pública submetida a rígido controle de seus gastos junto ao Tribunal de Contas do Estado, o sistema de advocacia dativa possui tão somente o controle do quanto será realizado de pagamentos administrativos durante a execução do exercício financeiro.

Convém destacar que o Estado só tomará conhecimento e controlará os pedidos realizados na seara administrativa, enquanto que os realizados diretamente via judicial não são submetidos a qualquer controle, mas tão somente é dado ao Executivo o cumprimento da decisão judicial. Outrossim, aqueles advogados que optaram pela tentativa de recebimento administrativo e tiveram o seu pleito negado ou sobrestado até eventual abertura de novos créditos adicionais, poderão ainda assim realizar a cobrança judicial e ter o seu crédito resguardado pode determinação judicial.

Ou seja, atualmente não há no Estado do Paraná qualquer dado fidedigno acerca do efetivo gasto público com a assistência jurídica para pessoas carentes. Os dados disponíveis no Estado acerca desta atividade são apenas: (1) o orçamento

novatabela_ResConj42017.pdf>

executado pela Defensoria Pública; e (2) orçamento executado com pagamentos administrativos pela Secretaria de Estado da Fazenda. Quanto aos pagamentos via RPV ou precatórios, não existe o qualquer controle dos valores gastos.

Assim sendo, para possibilitar um estudo comparativo entre o custo do sistema público de assistência jurídica e o sistema privado, utilizaremos a seguinte metodologia. A Defensoria Pública do Estado, enquanto instituição pública submetida aos ditames da Administração Pública, possui órgãos de controle interno e externo e justamente por isso mantém uma base de dados acerca da sua execução orçamentária e produtividade. Assim, tendo em mãos as atividades realizadas pela instituição durante um determinado período de tempo, é possível cruzar os dados com a tabela de honorários de advocacia dativa e se estabelecer: (1) o custo efetivo realizado pela Defensoria Pública; e (2) o custo do trabalho realizado pela Defensoria Pública à luz da tabela de honorários de advocacia dativa vigente no Estado.

Para tanto, utilizaremos como marco todas as ações praticadas pela Defensoria Pública nos exercícios 2016 e 2017 que possuam correlação com os atos detalhados na Resolução Conjunta nº 04 /2017 – SEFA/PGE[319], após o que serão contabilizadas de acordo com os valores detalhados no ato normativo e comparadas com o orçamento disponibilizados para a instituição nos respectivos exercícios financeiros.

Convém destacar que a tabela de valores de honorários dativos possui margem de definição do valor em mínimo e máximo, razão pela qual optaremos em quantificar as atividades da Defensoria Pública pelo valor mínimo, máximo e pela média da tabela, eis que cabe ao magistrado, no momento do arbitramento dos valores, sopesar de acordo com a complexidade do caso concreto.

Outrossim, vale mencionar que o estudo representa tão-somente as ações judiciais propostas que possuem correlação com a tabela de honorários dativos, desconsiderando todo o trabalho multidisciplinar realizado pela instituição, toda a atuação estratégica e coletiva dos seus núcleos de apoio, toda a educação em direito realizada pela Escola da Defensoria Pública, toda atuação de resolução de conflitos extrajudiciais, bem como toda orientação jurídica e encaminhamento realizado no respectivo período. Ou seja, a título ilustrativo, estaremos restringindo a Defensoria

[319] http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/novatabela_ResConj42017.pdf

Pública à prestação de assistência judiciária, como realizada pela advocacia dativa, e não mais assistência jurídica integral, como manda a Constituição Federal.

De acordo com os dados estatísticos de produtividade fornecidos pela Defensoria Pública, é possível precificar as atividades realizadas de acordo com a tabela de valores vigente na época, obtendo os seguintes resultados:

TABELA 1: ATIVIDADES REALIZADAS NO ANO DE 2016.

EXERCÍCIO FINANCEIRO 2016				
CRIMINAL		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	DEFESA EM PROCESSO EM RITO SUMÁRIO ATÉ A DECISÃO FINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA	0	R$ 1.500,00	R$ 1.650,00
2	DEFESA EM PROCESSO EM RITO ORDINÁRIO	5532	R$ 1.800,00	R$ 2.000,00
3	DEFESA EM PROCESSO DE RITO ESPECIAL	0	R$ 2.150,00	R$ 2.300,00
4	DEFESA EM PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JURI (ATÉ PRONÚNCIA)	0	R$ 2.150,00	R$ 2.300,00
5	DEFENSA EM PLENÁRIO DO JÚRI	79	R$ 3.500,00	R$ 4.200,00
6	HABEAS CORPUS (ISOLADO EM QUALQUER INSTÂNCIA) - POR ATO	1532	R$ 1.000,00	R$ 1.300,00
7	REQUERIMENTO DE RELAXAMENTO DE FLAGRANTE, CONCESSÃO DE FIANÇA, REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA E LIBERDADE PROVISÓRIA - POR ATO	8261	R$ 800,00	R$ 1.000,00
8	INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL - POR ATO	17004	R$ 800,00	R$ 1.000,00
9	CARTAS PRECATÓRIAS	596	R$ 250,00	R$ 350,00

10	APELAÇÃO CRIMINAL	1565	R$ 750,00	R$ 1.250,00
11	REVISÃO CRIMINAL	4	R$ 750,00	R$ 1.250,00
12	RECURSO EM SENTIDO ESTRITO	75	R$ 750,00	R$ 1.250,00
13	MANDADO DE SEGURANÇA	0	R$ 750,00	R$ 1.250,00
14	HAVENDO RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E/OU ESPECIAL, CONCOMITANTEMENTE OU NÃO	241	R$ 750,00	R$ 1.250,00
15	OUTROS PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS NAS HIPÓTESES ANTERIORES	2669	R$ 800,00	R$ 1.000,00
CÍVEL E FAMÍLIA		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	DEFESA DA PARTE RÉ, EMBARGOS DE TERCEIROS E EMBARGOS À EXECUÇÃO	3484	R$ 900,00	R$ 1.500,00
2	DIVÓRCIO, CONVERSÃO EM DIVÓRCIO E RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - CONSENSUAL	2261	R$ 900,00	R$ 1.200,00
3	DIVÓRCIO, CONVERSÃO EM DIVÓRCIO E RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - LITIGIOSO	723	R$ 1.800,00	R$ 2.400,00
4	INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	269	R$ 1.500,00	R$ 2.000,00
5	TUTELA, CURATELA E INTERDIÇÃO	229	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
6	AÇÃO DE ALIMENTOS (TODOS)	3121	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
7	ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA DE ALIMENTOS (EXONERAÇÃO, REDUÇÃO E MAJORAÇÃO)	1	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
8	PEDIDO DE ALVARÁ	156	R$ 900,00	R$ 1.000,00
9	BUSCA E APREENSÃO DE PESSOA, REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA, ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA	2192	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00

	DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA, AÇÃO DE GUARDA DE MENOR			
10	CARTAS PRECATÓRIAS	0	R$ 250,00	R$ 350,00
11	APELAÇÃO CÍVEL	138	R$ 750,00	R$ 1.250,00
12	AGRAVO DE INSTRUMENTO	178	R$ 500,00	R$ 1.000,00
13	CURADOR ESPECIAL - APLICAM-SE OS ALORES DESTA TABELA	0		
14	CURADOR ESPECIAL - POR NEGATIVA GERAL	1318	R$ 250,00	R$ 350,00
15	OUTROS PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS NAS HIPÓTESES ANTERIORES	3043	R$ 900,00	R$ 1.000,00
INFÂNCIA E JUVENTUDE		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	QUALQUER PROCEDIMENTO NA ÁREA CÍVEL	5002	R$ 750,00	R$ 1.000,00
2	QUALQUER PROCEDIMENTO NA ÁREA CRIMINAL	7001	R$ 700,00	R$ 950,00
JUIZADOS ESPECIAIS		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	SOMENTE A DEFESA CRIMINAL	0	R$ 600,00	R$ 650,00
2	SOMENTE A DEFESA CÍVEL	0	R$ 600,00	R$ 650,00
3	AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO	0	R$ 250,00	R$ 350,00
4	ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS OU CRIMINAIS	0	R$ 400,00	R$ 500,00
5	ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS DE EXECUÇÃO NO JUIZADO	0	R$ 250,00	R$ 350,00

6	INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS PERANTE AS TUMAS RECURSAIS	0	R$ 250,00	R$ 350,00
OUTROS		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA	24469	R$ 200,00	R$ 400,00
2	NOMEAÇÃO "AD HOC" PARA OUTRO ATO DIVERSO DE ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA	0	R$ 200,00	R$ 400,00

FONTE: Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2016.

Pelas informações acima elencadas, podemos concluir que no ano de 2016, as atividades realizadas pela Defensoria Pública precificadas pela tabela de honorários dativos vigente naquele exercício resultaria da seguinte forma:

TABELA 2: PRECIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES DESCRITAS NA TABELA 1 DE ACORDO COM OS VALORES DOS HONORÁRIOS DA ADVOCACIA DATIVA:

QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA 2016	**ORÇAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA 2016**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**MÉDIA DOS VALORES - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
87.658	R$ 51.550.000,00	R$ 67.813.050,00	R$ 88.973.100,00	R$ 78.393.075,00

FONTE: Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2016.

Já no ano de 2017, as atividades realizadas pela Defensoria Pública foram as seguintes:

TABELA 3: ATIVIDADES REALIZADAS NO ANO DE 2017.

EXERCÍCIO FINANCEIRO 2016				
CRIMINAL		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	DEFESA EM PROCESSO EM RITO SUMÁRIO ATÉ A DECISÃO FINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA	0	R$ 1.500,00	R$ 1.650,00
2	DEFESA EM PROCESSO EM RITO ORDINÁRIO	6058	R$ 1.800,00	R$ 2.000,00
3	DEFESA EM PROCESSO DE RITO ESPECIAL	0	R$ 2.150,00	R$ 2.300,00
4	DEFESA EM PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JURI (ATÉ PRONÚNCIA)	0	R$ 2.150,00	R$ 2.300,00
5	DEFENSA EM PLENÁRIO DO JÚRI	73	R$ 3.500,00	R$ 4.200,00
6	HABEAS CORPUS (ISOLADO EM QUALQUER INSTÂNCIA) - POR ATO	696	R$ 1.000,00	R$ 1.300,00
7	REQUERIMENTO DE RELAXAMENTO DE FLAGRANTE, CONCESSÃO DE FIANÇA, REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA E LIBERDADE PROVISÓRIA - POR ATO	6853	R$ 800,00	R$ 1.000,00
8	INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL - POR ATO	24263	R$ 800,00	R$ 1.000,00
9	CARTAS PRECATÓRIAS	703	R$ 250,00	R$ 350,00
10	APELAÇÃO CRIMINAL	1961	R$ 750,00	R$ 1.250,00

11	REVISÃO CRIMINAL	4	R$ 750,00	R$ 1.250,00
12	RECURSO EM SENTIDO ESTRITO	73	R$ 750,00	R$ 1.250,00
13	MANDADO DE SEGURANÇA	1	R$ 750,00	R$ 1.250,00
14	HAVENDO RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E/OU ESPECIAL, CONCOMITANTEMENTE OU NÃO	134	R$ 750,00	R$ 1.250,00
15	OUTROS PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS NAS HIPÓTESES ANTERIORES	2450	R$ 800,00	R$ 1.000,00
CÍVEL E FAMÍLIA		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	DEFESA DA PARTE RÉ, EMBARGOS DE TERCEIROS E EMBARGOS À EXECUÇÃO	4065	R$ 900,00	R$ 1.500,00
2	DIVÓRCIO, CONVERSÃO EM DIVÓRCIO E RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - CONSENSUAL	2077	R$ 900,00	R$ 1.200,00
3	DIVÓRCIO, CONVERSÃO EM DIVÓRCIO E RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - LITIGIOSO	889	R$ 1.800,00	R$ 2.400,00
4	INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	291	R$ 1.500,00	R$ 2.000,00
5	TUTELA, CURATELA E INTERDIÇÃO	190	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
6	AÇÃO DE ALIMENTOS (TODOS)	3906	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
7	ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA DE ALIMENTOS (EXONERAÇÃO, REDUÇÃO E MAJORAÇÃO)	1	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00
8	PEDIDO DE ALVARÁ	209	R$ 900,00	R$ 1.000,00
9	BUSCA E APREENSÃO DE PESSOA, REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA, ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA DE	3530	R$ 1.500,00	R$ 1.700,00

	REGULAMENTAÇÃO DE VISITA, AÇÃO DE GUARDA DE MENOR			
10	CARTAS PRECATÓRIAS	0	R$ 250,00	R$ 350,00
11	APELAÇÃO CÍVEL	261	R$ 750,00	R$ 1.250,00
12	AGRAVO DE INSTRUMENTO	325	R$ 500,00	R$ 1.000,00
13	CURADOR ESPECIAL - APLICAM-SE OS ALORES DESTA TABELA	0		
14	CURADOR ESPECIAL - POR NEGATIVA GERAL	1258	R$ 250,00	R$ 350,00
15	OUTROS PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS NAS HIPÓTESES ANTERIORES	3734	R$ 900,00	R$ 1.000,00
INFÂNCIA E JUVENTUDE		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	QUALQUER PROCEDIMENTO NA ÁREA CÍVEL	5004	R$ 750,00	R$ 1.000,00
2	QUALQUER PROCEDIMENTO NA ÁREA CRIMINAL	7418	R$ 700,00	R$ 950,00
JUIZADOS ESPECIAIS		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	SOMENTE A DEFESA CRIMINAL	0	R$ 600,00	R$ 650,00
2	SOMENTE A DEFESA CÍVEL	0	R$ 600,00	R$ 650,00
3	AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO	0	R$ 250,00	R$ 350,00
4	ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS OU CRIMINAIS	0	R$ 400,00	R$ 500,00

5	ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS DE EXECUÇÃO NO JUIZADO	0	R$ 250,00	R$ 350,00
6	INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS PERANTE AS TUMAS RECURSAIS	0	R$ 250,00	R$ 350,00
OUTROS		**QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA**	**VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**	**VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA**
1	ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA	26238	R$ 200,00	R$ 400,00
2	NOMEAÇÃO "AD HOC" PARA OUTRO ATO DIVERSO DE ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIA	0	R$ 200,00	R$ 400,00

FONTE: Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2017.

Da análise dos dados acima, obtêm-se o seguinte resultado:

TABELA 4: PRECIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES DESCRITAS NA TABELA 3 DE ACORDO COM OS VALORES DOS HONORÁRIOS DA ADVOCACIA DATIVA

QUANTIDADE DE AÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA 2017	ORÇAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA 2017	VALOR MÍNIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA	VALOR MÁXIMO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA	MÉDIA DOS VALORES - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016-PGE/SEFA
102.665	R$ 57.440.000,00	R$ 73.933.850,00	R$ 101.707.950,00	R$ 89.820.900,00

FONTE: Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2017.

Verificando o resultado demonstrado em ambas as tabelas descritivas, chega-se à conclusão de que o serviço prestado pela Defensoria Pública (modelo público de assistência jurídica) é aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) mais barato do que o atualmente prestado pela advocacia dativa.

Não apenas isso, mas é invariável afirmar que a Defensoria Pública se mostra mais eficiente, eis que o presente estudo ignora todo trabalho desenvolvido pela

instituição na garantia da assistência jurídica integral, limitando-a ao trabalho judicial realizado pela advocacia dativa. A título de exemplo, não foram contabilizados os 120.133 atendimentos iniciais realizados entre os anos de 2016 e 2017, eis que tal trabalho não é realizado e remunerado pela tabela da advocacia dativa no Estado.

4. NATUREZA DA DESPESA COM A ADVOCACIA DATIVA

Sendo certo que o constituinte de 1988 optou pelo modelo público de prestação assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, e também indicou a Defensoria Pública como a instituição responsável pelo cumprimento desse mister, é certo que a garantia do acesso à justiça trata-se de atividade finalística do Estado que deverá ser prestada por meio de Defensor Público.

Apesar do impedimento constitucional da prestação deste serviço público essencial por outra instituição que não a Defensoria Pública, como bem elucida o art. 134 da Constituição Federal de 1988 já citado em outra oportunidade, ainda que algum ente federativo ouse fazer uso de instituição privada, como a Ordem dos Advogados do Brasil, para suprir a falta de investimentos na Defensoria Pública, faz-se necessário a caracterização dos gastos públicos como de natureza de pessoal, eis que nada mais fará do que uma prestação de serviço público finalística de forma indireta em uma espécie de terceirização.

Assim define o Manual de Demonstrativos Fiscais do Tesouro Nacional (2018, p. 493-495):

> 2. Outras Despesas com Pessoal decorrentes de contratos de terceirização. As despesas relativas à mão de obra, constantes dos contratos de terceirização, empregada em atividade-fim da instituição ou inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo respectivo plano de cargos e salários do quadro de pessoal, serão classificadas no grupo de despesa 3 – Outras Despesas Correntes, elemento de despesa 34 – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização336. Essas despesas devem ser incluídas no cálculo da despesa com pessoal por força do §1º do art. 18 da LRF.
> (...)

> 3. Despesas com pessoal decorrentes da contratação de serviços públicos finalísticos de forma indireta.
> Além da terceirização, que corresponde à transferência de um determinado serviço à outra empresa, existem também as despesas com pessoal decorrentes da contratação, de forma indireta, de serviços públicos relacionados à atividade fim do ente público, ou seja, por meio da contratação de cooperativas, de consórcios públicos, de organizações da sociedade civil, do serviço de empresas individuais ou de outras formas assemelhadas.
> A LRF, ao estabelecer um limite para as despesas com pessoal, definiu que uma parcela das receitas do ente público deveria ser direcionada a outras ações e, para evitar que, com a terceirização dos serviços, essa parcela de receitas ficasse comprometida com pessoal, estabeleceu, no § 1º do artigo 18, que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".
> Da mesma forma, a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público, efetuado em decorrência da contratação de forma indireta, deverá ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal.
> Ressalta-se que, se os entes da federação comprometem os gastos com pessoal relacionados à prestação de serviços públicos num percentual acima do limite estabelecido pela LRF, seja de forma direta, mediante contratação de terceirizados ou outras formas de contratação indireta, esses entes terão sua capacidade financeira reduzida para alocar mais recursos em outras despesas. Além disso, se as contratações de forma indireta tiverem o objetivo de ampliar a margem de expansão da despesa com pessoal, poderá ocorrer o comprometimento do equilíbrio intertemporal das finanças públicas, o que poderá inviabilizar a prestação de serviço ao cidadão.

De forma clara, o Ministério da Fazenda e a Secretaria do Tesouro Nacional define a obrigação de cômputo de todo e qualquer gasto de prestação de serviço finalístico indireto que deveria ser prestado por servidor público de carreira como gastos com pessoal, por força do § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidades Fiscais[320].

[320] Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios,

5. DEFENSORIA PÚBLICA COMO MODELO DE EXCELÊNCIA E PRINCIPAIS DESAFIOS DO ESTADO DO PARANÁ

Certo é que não há outra alternativa ao Paraná que não a busca pela implementação efetiva da Defensoria Pública no Estado, de forma a deixar a situação de inconstitucionalidade a que está submetido enquanto mantida a advocacia dativa como regra de prestação de assistência jurídica.

Atualmente, conforme já mencionado, a Defensoria Pública se faz presente em menos de 10% das comarcas existentes no Estado, o que demonstra o tamanho do desafio a ser enfrentado pelos governantes em busca do cumprimento do prazo estipulado pela Constituição Federal para que a instituição esteja em funcionamento em todas as cento e sessenta e uma comarcas[321].

O leitor deve estar se questionando, então, se é possível, no atual cenário econômico do país, tamanha expansão de uma instituição pública em tão curto espaço de tempo. A partir dos dados analisados cremos que sim.

Partindo da premissa que a Defensoria Pública é o modelo de excelência a ser buscado, não somente pela escolha do constituinte de 1988, mas também pelos dados empíricos aqui arrolados que demonstram que o modelo público de assistência jurídica é mais barato e eficiente do que o atual modelo de advocacia dativa que domina o Estado, temos que ter em mente que o Poder Executivo deve imediatamente traçar um planejamento de expansão e consolidação da Defensoria Pública no Estado, visando garantir a transição do modelo privado para o público, bem como o

---

proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.
§ 1o Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

[321]Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:
"Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.
§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.
§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional."

cumprimento da meta constitucional estabelecida pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

Sabemos que os quatro anos restantes da meta instituída pelo constituinte para que o Estado garanta ao menos um Defensor Público por comarca no Estado do Paraná é um grande desafio. No entanto, tratando-se de obrigação imposta, não cabe ao governante um juízo discricionário, mas tão somente direcionar seus esforços ao encontro das determinações constitucionais.

Quanto às limitações orçamentárias e financeiras decorrentes da crise fiscal, cabe destacar, conforme já ilustrado, que a assistência jurídica já é prestada independentemente da opção do governante, eis que por se tratar de direito fundamental de todo cidadão necessitado, ainda que a Defensoria Pública esteja presente poucas localidades, o Estado é diariamente condenado ao pagamento de honorários a advogados dativos nomeados por magistrados. Ou seja, a conta já existe e está sendo paga, seja via administrativa ou por execução na via judicial, cabendo ao Estado tão somente organizar as suas contas e traçar o planejamento de transição do modelo.

A título de exemplo, somente em 2018, através dos Decretos 8.615[322], 9.700[323], 10.680[324], 11.773[325] e 11.780[326], o Estado abriu mais de cinquenta e cinco milhões de reais em créditos adicionais visando o pagamento administrativo de honorários da advocacia dativa. Ora, somente em suplementação orçamentária o valor representa 85% do orçamento da Defensoria Pública naquele exercício financeiro[327]. Ou seja, um incremento orçamentário dessa monta seria capaz de uma significativa expansão da Defensoria Pública em busca do cumprimento das metas e obrigações constitucionais.

Pensando em um planejamento exequível na atual realidade econômica, sendo do Estado o dever de prestar assistência jurídica gratuita, e tendo a Constituição

[322] PARANÁ. Decreto n. 8.615 de 2018. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>.
[323] PARANÁ. Decreto n. 9.700 de 2018. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>.
[324] PARANÁ. Decreto n. 10.680 de 2018. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 06 ago. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>.
[325] PARANÁ. Decreto n. 11.773 de 2018. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>.
[326] PARANÁ. Decreto n. 11.780 de 2018. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>.
[327] PARANÁ. Lei n. 19.397 de 2017. Estima a receita e fixa a despesa para o exercício financeiro de 2018. Disponível em: < http://www.alep.pr.gov.br/arquivos/orcamento/107>.

Republicana definido a Defensoria Pública como o órgão competente para tanto, faz-se necessário concentrar os esforços para que a instituição pública seja a protagonista na concretização do acesso à justiça dos hipossuficientes.

Atualmente, a proporção entre o modelo público e privado de assistência jurídica encontra-se aproximadamente em 91% (noventa e um por cento) com a advocacia dativa e apenas 9% (nove por cento) com a Defensoria Pública, situação flagrantemente inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades envolvendo a Defensoria Pública, decidiu questões com base na inconstitucionalidade progressiva, técnica de decisão judicial aplicada às situações constitucionais imperfeitas, em que a norma se situa em um estágio entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, e as circunstâncias de fato vigentes no momento ainda justificam a sua permanência dentro do ordenamento jurídico. É o caso do voto do então Ministro Moreira Alves no julgamento do Habeas Corpus nº 70.514:

> A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.
>
> Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.
>
> Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Após análise do descrito acima, temos que o Paraná sequer encontra-se nesse estágio de desenvolvimento, mas sim em inconstitucionalidade absoluta, eis que faz do modelo de advocacia dativa a regra e a Defensoria Pública a exceção.

Assim, após estudo e levantamento das tabelas descritas neste estudo, destacamos como primeira medida do planejamento a ser traçado sobre a transição do modelo de advocacia dativa para o modelo constitucionalmente imposto através da Defensoria Pública, deverá ser a expansão da instituição pública tanto quanto baste para que a proporção passe para 51% (cinquenta e um por cento) da assistência jurídica do Estado, ficando então os outros 49% (quarenta e nove por cento) a cargo para a advocacia dativa.

Ao mesmo tempo, o planejamento deverá ter como norte a garantia de pelo menos um Defensor Público por comarca até o final do ano de dois mil e vinte e dois, conforme determina a Constituição Republicana em seu art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Cumpridas as duas primeiras medidas, deverá então o Poder Executivo continuar seus esforços visando a consolidação da Defensoria Pública em todo o Estado, para então atingir a constitucionalidade plena da assistência jurídica.

Para tanto, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA[328], ao Estado do Paraná, para atendimento de toda a população com renda familiar de até três salários-mínimos nacionais, seriam necessários aproximadamente oitocentos e quarenta e quatro Defensores Públicos. Atualmente, conforme já elencado, o Paraná conta com apenas cento e cinco cargos providos de Defensores Públicos, representando 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do número ideal.

Cabe destacar, todavia, que a Lei de instituição da Defensoria Pública no Estado do Paraná, a Lei Complementar Estadual n° 136/2011, trouxe em seu art. 244 a criação de quinhentos e oitenta e dois cargos de Defensor Público[329]. Ainda, como medida de boa administração pública, previu institutos como o acúmulo de funções[330], que permite a designação de atribuição referente a dois membros para apenas um, com pagamento de gratificação de um terço do subsídio, permitindo que a instituição

[328] IPEA. Mapa da Defensoria. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>.
[329] Art. 244 Ficam criados os seguintes cargos:
I - 333 (trezentos e trinta e três) cargos de Defensor Público de Terceira Categoria;
II - 166 (cento e sessenta e seis) cargos de Defensor Público de Segunda Categoria;
III - 83 (oitenta e três) cargos de Defensor Público de Primeira Categoria.
[330] Art. 150 O membro ou servidor da Defensoria Pública do Estado do Paraná, quando exercer a acumulação de funções de órgãos de atuação distintos, receberá indenização não excedente a 1/3 (um terço) de seu subsídio ou vencimento.

reduza em 50% (cinquenta por cento) o número de Defensores Públicos necessários para a cobertura total do Estado com o custo reduzido.

Desta forma, dos oitocentos e quarenta e quatro Defensores Públicos indicados pelo IPEA como necessários para o atendimento de toda a população paranaense carente, com a utilização dos próprios institutos previstos na Lei Orgânica da Defensoria Pública, podemos fixar como número ideal a quantidade de quatrocentos e vinte e dois cargos providos, não havendo sequer a necessidade de criação de novos cargos, mas tão somente o planejamento de expansão e provimento dos cargos.

Não se ignora aqui o grande e complexo desafio que se encontra na mesa do governante estadual. No entanto, não cabe a ele a discricionariedade acerca do caminho a ser perseguido, que apesar de árduo, os dados concretos aqui trazidos demonstram a sua exequibilidade, desde que tenha como norte os princípios da boa gestão pública e a Constituição Federal como o seu alicerce.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida permitiu identificar, sob os aspectos jurídico, social e econômico, que a Defensoria Pública é o modelo de excelência a ser buscado pelo Estado na garantia da assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos paranaenses necessitados.

Atualmente, o Estado vive em situação de inconstitucionalidade acerca do modelo de assistência jurídica até então optado pelos governantes em que a advocacia dativa representa 91% (noventa e um por cento) do serviço público finalístico prestado.

Durante o desenvolvimento do estudo, constatou-se que o modelo, além de inconstitucional, é prejudicial do ponto de vista social e econômico, na medida em que restou comprovado que a Defensoria Pública é a única instituição capaz de prestar a assistência jurídica integral na sua essência, não se limitando a atuação judicial, tal qual a advocacia dativa se apresenta, mas também o fazendo de forma mais eficiente e vantajosa aos cofres públicos, representando uma economia de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) em relação ao modelo da advocacia dativa.

Alertou-se, também, ao fato de que o Paraná já paga o direito à assistência jurídica a todo Estado, ainda que a Defensoria Pública esteja presente em poucas comarcas, haja vista se tratar de direito fundamental, o que o leva a sofrer diariamente condenações judiciais determinando o pagamento de honorários advocatícios à advogados dativos, e que a transição ao modelo público de assistência jurídica representará economia aos cofres públicos.

Ainda, debruçou-se acerca dos desafios a serem enfrentados pelo Estado, que apesar de complexos, possuem solução exequível no atual cenário econômico, bastando ao governante o direcionamento de suas políticas de Estado ao cumprimento dos mandamentos constitucionais e a priorização da transição do modelo atualmente vigente para o constitucionalmente imposto de prestação de assistência jurídica através da Defensoria Pública.

Com tais reflexões, pretendeu-se alertar a todos os envolvidos com as políticas públicas do Estado do Paraná, aos órgãos fiscalizatórios e a população, enquanto destinatária do direito à assistência jurídica e fiscal dos gastos públicos, acerca da necessidade de mudança imediata no planejamento e custeio do sistema de assistência jurídica gratuita no Estado do Paraná.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101 de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101 de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Demonstrativos Fiscais:** aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. – 9ª ed. – Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 70514.** Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 09 jan. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DEFENSORIA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>. Acesso em: 09 jan. 2019.

IPEA. **Mapa da Defensoria.** Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>. Acesso em: 09 jan. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica.** In: Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, n. 5, 1991.

PARANÁ. **Decreto n. 8.615 de 2018.** Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. **Decreto n. 9.700 de 2018.** Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. **Decreto n. 10.680 de 2018**. Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 06 ago. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. **Decreto n. 11.773 de 2018.** Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. **Decreto n. 11.780 de 2018.** Abre crédito suplementar. Diário Oficial do Estado do Paraná, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. Lei Complementar n. 136 de 2011**. Estabelece a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná.** Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=60033&indice=1&totalRegistros=5&anoSpan=2016&anoSelecionado=2011&mesSelecionado=0&isPaginado=true>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PARANÁ. **Lei n. 19.397 de 2017.** Estima a receita e fixa a despesa para o exercício financeiro de 2018. Disponível em: < http://www.alep.pr.gov.br/arquivos/orcamento/107>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. **Tabela de Honorários da Advocacia Dativa.** Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/novatabela_ResConj42017.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS. Disponível em: < https://www1.tce.pr.gov.br/>. Acesso em: 09 jan. 2019.

EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL DE LAS MINORÍAS EN EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONAL REPRESENTATION OF MINORITIES IN THE VENEZUELAN ELECTORAL SYSTEM

Luis Guillermo Palacios Sanabria[331]

Resumo: El presente artículo analiza el principio de representación proporcional de la minorías establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y en la Ley Orgánica de Proceso Electorales vigentes desde el año 2009. Se sostiene, además, que el mencionado instrumento normativo no garantiza el Principio de Representación Proporcional de las Minorías, al imponer el Sistema Electoral Paralelo y con ello reformar, en contravención del orden constitucional vigente, el sistema político – electoral venezolano.

Palavras-chave: Sistema Electoral, Representación Proporcional, Democracia, Sistema Paralelo

Abstract: This article analyzes the principle of proportional representation of minorities established in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999) and in the Organic Law on Electoral Process in force since 2009. It is also argued that the aforementioned normative instrument does not guarantees the Principle of Proportional Representation of Minorities, by imposing the Parallel Electoral System and thereby reforming, in contravention of the current constitutional order, the Venezuelan political-electoral system.

Keywords: Electoral System, Proportional Representation, Democracy, Parallel System

[331] Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Ferma-n Toro (Barquisimeto-Venezuela), Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Nacional Abierta (Caracas-Venezuela). Docente instructor e investigador de la Universidad FermÃ-n Toro y la Universidad Yacamba. Actualmente Doctorando/Becario del Doctorado en Derecho Menciaon Constitucionalismo y Derecho de la Universidad Austral de Chile.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La aproximación conceptual que define a la democracia como "el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*"* aportada por el decimosexto Presidente de los Estados Unidos Abraham Lincoln (1863), denota la esencia fundacional y fundamental del régimen de libertades, constituyendo la participación ciudadana el elemento motor que otorga reconocimiento al sistema y legitimidad a sus apoderados, como garantía de estabilidad y perdurabilidad de las instituciones constituidas sobre la base de la opinión popular.

De esa manera, la materialización de la mencionada legitimidad, como resultado evidente de la consulta al pueblo ha generado, a partir de la aceptación de la democracia, serias y extensas discusiones de índole jurídico, político, social y filosófico centradas en la determinación exacta y racional de los mecanismos que faciliten el interés y la decisión ciudadana en los asuntos públicos, otorgando a las masas la responsabilidad de elegir y la obligación concertada de obedecer, elementos originarios del pacto o acuerdo social, lo que en palabras de Parga (1976), se resume en los términos siguientes: "La democracia es, a mi juicio, el régimen político en el que se alcanza la identificación entre gobernantes y gobernados" (p s/n). Ello significa un diálogo constante y participativo conducente a una interrelación entre dirigentes y dirigidos.

Ahora bien, la discusión intelectual mencionada en el párrafo anterior, no fue posible y mucho menos necesaria antes del surgimiento de la democracia, pues el sistema imperante en principio, fue la Monarquía, que encuentra su origen en factores como la fuerza, la fortuna, la religión y en pugnas entre las elites influyentes de cada época, jugando un papel determinante la Iglesia, que en su rol de intérpretes del derecho divino imponían mediante la coronación, la suprema y sacrosanta legitimidad al rey o gobernante, por lo general, desconocido y despreciado por los súbditos o gobernados.

En atención a lo planteado, Savater (2008, p. 15), expresa: "los antiguos griegos, a quien no se metía en política le llamaron *idiotés*; una palabra que significaba persona aislada, sin nada que ofrecer a los demás, obsesionada por las pequeñeces de su casa y manipulada a fin de cuentas por todos", el fenómeno griego que

comprende el ser ciudadano como ser político, lo que supone la activa participación del individuo en los asuntos públicos, partiendo de una necesidad natural que medianamente colectiviza la esfera de los particulares como aporte único al cuerpo social, determinó el desplazamiento del derecho divino, siendo sustituido por la soberanía nacional, en la cual el pueblo es protagonista del hecho político, eligiendo a sus autoridades y sometiéndose a su popular mandato.

Debe señalarse, que este fenómeno histórico, político y social generó un quiebre que estableció dos planteamientos distantes, dos modos de comprender la interacción gobernante – gobernado y dos ordenamientos jurídicos en extremo diferenciados: uno basado en la exclusiva y excluyente bendición de Dios y el otro sustentado en la afirmación mayoritaria del pueblo y las consecuentes libertades públicas, modelo vigente en la mayoría de los países del mundo, incluso en aquellos que aun hoy sostienen un régimen monárquico, pues han implementado fórmulas mixtas con el objeto de integrar al pueblo en la toma de decisiones.

En consecuencia, superada la amplia pero primitiva aproximación democrática de los griegos, aceptados los beneficios de la inclusión de las mayorías en la toma de decisiones, desplazadas las monarquías y sus dogmas, movilizadas las históricas revoluciones y sometido el también llamado poder del pueblo a la comprensión y análisis de los grandes pensadores e ideólogos, se plantea la lógica necesidad de regular la naciente explosión de participación, de establecer normas y criterios que vendrían a determinar o imponer el auténtico valor del voto, limitarlo, desvirtuarlo o realmente garantizarlo, es así como surgen los Sistemas Electorales, definidos en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (2000), como:

> Los diversos procedimientos que pueden ponerse en práctica para la elección de quienes hayan de desempeñar determinados cargos públicos; de modo muy concreto, los de diputados, senadores, presidente y vicepresidente de la nación. Las elecciones pueden ser de primer grado, cuando el elector vota directamente por las personas que han de llenar los cargos, y de segundo grado, cuando el elector vota por personas intermedias generalmente llamadas compromisarios, para que éstas elijan por votación a las personas que han de desempeñar dichos cargos. (p.927).

El concepto anterior coincide con el aportado por Bueno (2010, p.10), que puntualiza "…es el conjunto de principios, normas, reglas, procedimientos técnicos enlazados entre sí, y legalmente establecidos, por medio de los cuales los electores expresan, su voluntad política en votos que a su vez se convierten en escaños o poder público". Se desprende de ambas aproximaciones conceptuales el carácter constitutivo del Sistema Electoral, es decir, ese conjunto de elementos técnico – legales garantizan la materialización organizada y estructurada de la voluntad popular formulada a través del voto.

En tal sentido, los Sistemas Electorales varían de acuerdo a la legislación, al cargo a elegir, la tradición electoral, el sistema de gobierno, el modo de elección, entre otros aspectos, sin embargo, los doctrinarios en materia electoral consideran que los más comunes e importantes son el mayoritario, el minoritario y el proporcional.

Con respecto a lo antes mencionado, el Sistema Electoral Mayoritario, según Rachadell (2007, p. 224), consiste en que "en cada circuito, circunscripción o distrito electoral, cada partido o coalición postula un candidato y gana el que tiene la mayoría, generalmente la relativa. En Estados Unidos se dice que el sistema de mayoría simple o relativa es llamado también *first-past-the-post*, esto es, el primero que pasa la meta gana. En cuanto al sistema electoral minoritario, Novo (2001, p. 11), lo conceptualiza en los siguientes términos: "reconoce la participación de las minorías en el ejercicio del Poder del Estado."

Por otra parte, el Sistema Electoral Proporcional, es definido por la Enciclopedia Jurídica Biz14 (2010, p. 91), como "Sistema de asignación de cargos electivos en el que se atribuyen los mismos entre las candidaturas en proporción al número de sufragios obtenidos por cada una de ellas."

De este modo, el primer sistema mencionado – el mayoritario – es polémico en el contexto democrático moderno, pues su aplicación impone una distribución desigual, desproporcionada y arbitraria de los cargos de elección, sometiendo a los cuerpos deliberantes al absoluto dominio de la opción que obtenga la mayoría de los votos, dejando sin representación a los sectores menos favorecidos por la voluntad popular, aunque gocen de un porcentaje considerable, lo que desmejora notablemente la calidad de la discusión política, de la participación e integración ciudadana y a su vez somete a las minorías al mandato, en ocasiones ilimitado y abusivo, de las

mayorías, condición ésta que en virtud de la dinámica social suele ser relativa y temporal.

Así mismo, en cuanto al sistema minoritario, él mismo, pretende sustituir el déficit de representación minoritaria planteado por el sistema mayoritario, otorgando un número determinado de escaños a la tendencia que ocupe el segundo lugar en la totalidad de votos escrutados, constituyéndose así una segunda mayoría, excluyendo del cuerpo pluripersonal a múltiples y variados sectores cuya votación sea importante pero insuficiente frente a los porcentajes obtenidos por la primera y la segunda mayoría, lo cual tiende al debilitamiento de las fuerzas minoritarias como conjunto y al surgimiento de bloques hegemónicos al diseñarse alianzas políticas entre las mayorías.

Cabe destacar, que la injusta repartición del poder y la sensación colectiva de exclusión generada por los sistemas mencionados precedentemente, junto a la evolución de la comprensión de la democracia y la participación ciudadana dieron origen al sistema electoral proporcional o de representación proporcional que como su nombre lo indica adjudica en proporción al número de votos obtenidos, el número de cargos a ocupar, dicho sistema garantiza pleno y justo reconocimiento de poder político a las candidaturas sobre la base del número de votos logrados por cada uno, con una lógica limitante representada por el número de cargos objeto de la elección.

Expresado de otro modo, la representación proporcional consolida la auténtica esencia del régimen democrático moderno al promover la inclusión de todos los sectores políticos y sociales, el desarrollo y fortalecimiento de los partidos políticos y demás organizaciones ciudadanas, el tratamiento de las cuestiones públicas por diversas voces y ópticas, así como la integración de todos, por todos y para todos.

Dentro de este orden de ideas, Venezuela, país de arraigada tradición democrática, acoge la representación proporcional, incorporándola a su ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999, p. 46), que establece: “El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.” La derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1997), estableció en su Capítulo II, Sección Segunda, artículo 12, lo siguiente:

> El sistema de elección para escoger diputados al Congreso de la República, diputados a las asambleas legislativas y concejales es el proporcional personalizado.
> En cada entidad federal, se dividirá entre dos (2) el número de diputados a elegir. El número entero o el menor más próximo al resultado de esa división corresponderá a los diputados a ser electos de forma nominal, el resto se elegirá por lista, según el principio de la representación proporcional. Para la elección de concejales se determinarán igualmente circunscripciones electorales en cada municipio, de acuerdo a la siguiente relación: sesenta y seis por ciento (66%) de los cargos se elegirán de forma nominal y el treinta y cuatro por ciento (34%) de los cargos se elegirán de acuerdo a la aplicación del principio de la representación proporcional (p. s/n).

Ahora bien, la citada norma se desarrolló bajo la vigencia del artículo 113 de la Constitución del 61 (1961, p. s/n), que estableció: “La legislación electoral asegurará la libertad y el secreto del voto, y consagrará el derecho de representación proporcional de las minorías”. En virtud del carácter preconstitucional de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1997) y del mandato del citado artículo 63 de la Constitución vigente (1999), la Asamblea Nacional sancionó el 31 de Julio del año 2009 la nueva Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.928 el 12 de agosto del año 2009.

En este sentido, entre los aspectos mencionados en la Ley, destacan la discrecionalidad otorgada al Consejo Nacional Electoral (CNE), para la determinación de las circunscripciones electorales, así como la responsabilidad de éste de elaborar veinte reglamentos dirigidos a regular los futuros comicios, igualmente aspectos relacionados al Registro Electoral como la no obligación del organismo electoral de facilitar información del mencionado registro a las organizaciones políticas, grupos de electores o candidatos independientes (SÚMATE, 2009). La Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009), consagra en su artículo 8:

> Para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Concejos Municipales, y demás cuerpos colegiados de elección popular, se aplicará un sistema electoral paralelo, de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación

> proporcional para los cargos de la lista. En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista. (p. 5)

Sobre este particular, según la publicación de la Asociación Civil Súmate titulada Análisis de Súmate Ley de Procesos Electorales (LOPRE), del año 2009 el contenido del artículo 8 de la Ley "Establece que el Sistema Electoral venezolano será de ahora en adelante un Sistema Paralelo, lo cual significa que ya nuestro sistema no será de representación proporcional sino de representación mayoritaria, violando con ello los artículos 63 y 293 de la Constitución Nacional." (p.2). Similar opinión expreso Peña (2009):

> …viola la Constitución de 1999. La carta magna establece un sistema mixto que obliga a armonizar el número de diputados electos de las listas uninominales con los electos por los circuitos electorales, según la fuerza de cada partido. La nueva ley crea un sistema que se denomina paralelo, en desuso en la mayoría de los países, en el cual una y otra elección son independientes. Asignan a priori entre 70% y 80% de los cargos a las circunscripciones, en las que vale ganar por un voto para obtener la mayoría, y aplican la representación proporcional a las listas uninominales de las que se obtendrán 20% o 30% de los cargos restantes. La primera mayoría también obtendrá cargos allí. No sólo viola el texto constitucional, sino una interpretación que hizo la propia Asamblea Nacional Constituyente cuando emitió el Estatuto Electoral que rigió las elecciones para la relegitimación de las autoridades en 2000. Cuando fue impugnado, el Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que era prácticamente una Constitución paralela, porque fue dictada por el mismo órgano (p. s/n)

En consecuencia, no solo contradice el contenido del texto Constitucional vigente, también se inició con la entrada en vigor de la citada Ley, un grave proceso de involución política, jurídica y electoral que ubicaría al país en análoga situación a la del año 1944, al realizarse las elecciones de los integrantes del Concejo Municipal del Distrito Federal, hecho que describe Fuenmayor (1975), (citado por Rachadell ob. cit.):

> Pero lo que nos interesa destacar es que la coalición, con el 60,33% de los votos, sacó el 86,36% de los concejales, mientras que AD, con el 34,10% de los votos obtuvo el 13,63% de los escaños a elegir, y los independientes, con el 5,57% de los votos, se quedaron sin representación, lo que constituía un resultado desproporcionado. Posteriormente, los concejales eligieron los seis diputados del Distrito Federal al Congreso Nacional, de los cuales ninguno correspondió a la oposición. Frente a este resultado, Juan Bautista Fuenmayor comentaba que esta solución, irritaba en sumo grado el ánimo de Rómulo Betancourt, pues se daba cuenta que jamás llegaría al Poder si las cosas continuaban como iban (p.225).

De hecho, se evidencia del contenido de la anterior cita, la distribución desigual e injusta que impone él ya mencionado y criticado Sistema Electoral Mayoritario, sustituido en la normativa electoral por el Principio de Representación Proporcional de las Minorías hace 65 años en la Ley de Elecciones aprobada por el Presidente Medina Angarita, sin embargo, en el año 1953, la Constitución sancionada en el régimen dictatorial del General Marcos Pérez Jiménez desconoció el principio, fundados en la dañina pretensión de retener a toda costa el poder y de perseguir y no ceder espacio o reconocimiento alguno a los sectores disidentes.

De allí pues, derrocada la dictadura, restituido el sistema de libertades y en plena vigencia el Pacto de Punto Fijo (1958), resurgió la representación proporcional de la mano de la Constitución de 1961, efectivamente aplicada en el famoso caso de los diputados y senadores adicionales que permitieron la supervivencia de pequeños grupos políticos como el Partido Comunista de Venezuela (PCV) o el Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR). La solución de acuerdo a un artículo publicado por El Nacional titulado **"***Sin representación proporcional el voto es tan sólo una entelequia***"** (2009, p. s/n) fue reconocer sus sufragios como un todo para que no se perdieran: se sumaban, se dividían entre un cociente y, según el resultado, se asignaban cargos adicionales para que estuvieran presentes en el Congreso.

En este orden de ideas, la composición de la Asamblea Nacional que aprobó la Ley del 2009, integrada mayoritariamente por las fuerzas políticas aliadas al expresidente Hugo Rafael Chávez Frías, producto del abandono de las candidaturas y de la campaña electoral, que como acción de protesta realizaran varias organizaciones políticas opositoras en el año 2005 (Globovisión, 2005), difiere de los

reales posicionamientos frente a la opinión pública de la sociedad venezolana de aquel tiempo y la actual, es decir, el Poder Legislativo Nacional, en dicho periodo, no fue reflejo fiel de las variopintas corrientes de opinión y acción política.

Sucede que, lo comentado en el párrafo anterior, no solo excluye a amplios sectores nacionales de la importante labor del parlamento, también estanca perjudicialmente y altera la tarea de los diputados quienes ante la ausencia de reales debates y de obstáculos, en ocasiones, se dedican simplemente a fortalecer el dominio de las elites políticas gobernantes, abandonando su función contralora, su rol de contrapeso frente a los otros poderes públicos y su papel fundamental de ser intérpretes del sentir popular, constituyéndose así en otro ejemplo de la aplicación de un Sistema Electoral Mayoritario.

2. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA

La organización política, de acuerdo con Conde (2005, p. 2), es “la expresión institucional de una ideología o de un estado de conciencia del pueblo en torno a determinados asuntos públicos de interés general”. Esta se caracteriza por su capacidad de influir en el seno de la sociedad política. De acuerdo a este mismo autor, toda organización política es producto de una realidad histórico-social, y se expresa a través de elementos subjetivos o inmateriales y objetivos o materiales, donde los primeros constituyen factores estructurales ya sean humanos o programáticos, mientras que los segundos implican elementos instrumentales, como los asuntos de carácter orgánico y normativo.

A partir de ello son cuatro los aspectos que traducen la esencia de las organizaciones políticas y constituyen su fenómeno. Conde (ob. cit., p. 3):

Elementos subjetivos o inmateriales

Constituyen el soporte y fundamento de la existencia de toda agrupación política. Comprenden: a. el aspecto humano porque toda organización está integrada por personas que comparten convicciones políticas, filosóficas, sociales, culturales, o de cualquier otra índole, respetando el principio de tolerancia que rechaza cualquier

forma de discriminación. b. el aspecto ideológico donde a partir de esta relación política surge dentro de la agrupación lo que se denomina el “espíritu de grupo” con vocación de permanencia, en función del cual se identifican los afiliados con capacidad para decidir y actuar – usualmente – sobre la base de una ideología determinada.

Elementos objetivos o materiales

Son los que rigen la organización y la actuación de toda agrupación política. Comprenden: a. aspecto orgánico dado a que el hecho que toda organización política descanse sobre una trama de relaciones especiales, gracias a la unidad, permanencia e intencionalidad para obrar, supone la existencia de los medios que promuevan la acción unificadora, el estado de permanencia en el tiempo y la coordinación de las voluntades de los miembros en determinado sentido. Pueden entenderse *como actividad que ordena* debido a que toda colectividad reunida en torno a la realización de una idea supone el ejercicio y el despliegue de actividades, servicios y funciones; en tanto que su cumplimiento exige la presencia de agentes servidores o funcionarios que desarrollan actividades, ya sea como elementos de base o de dirección, o cumpliendo tareas específicas de representación, técnicas o de administración. Y, c*omo un conjunto orgánico* debido a que la organización debe entenderse como una agrupación conformada por órganos encargados de las funciones de dirección, ejecución y supervisión que le son inherentes. b. *aspecto normativo* donde la constitución de las organizaciones políticas se produce en la aplicación de los principios y normas de carácter general y específico que tienen por fin asegurar la unidad, la dinamicidad, el desarrollo y la responsabilidad en el cumplimiento de los propósitos trazados por ella.

En efecto, de acuerdo con Conde (ob.cit., p. 4), toda organización política no podría asegurar por sí sola su permanencia y funcionamiento, sin una base normativa que, al tiempo que determinase los ámbitos de competencia de cada uno de sus órganos, otorgase a la vez sustento jurídico a su autoridad y actuación. Sin esta base normativa imperaría la inestabilidad, la anarquía y el desorden; ningún órgano,

funcionario o agente podría ejercer potestades de mando si su autoridad no se reputara válida en virtud de las normas que la rigen.

Finalmente, de acuerdo con este mismo autor, la organización política debe estar encuadrada por ciertos cánones preestablecidos, es decir, que su actuación, en tanto expresión unitaria de la totalidad colectiva, quede orientada a través de reglas y procedimientos prefijados, lo cual evidencia que las organizaciones políticas se hallan integradas dentro de un sistema jurídico que otorga fundamento y estabilidad a la organización.

3. SISTEMA POLÍTICO Y ELECTORAL CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La organización política de un país depende esencialmente de la forma en cómo se encuentre estructurado su sistema político; un sistema que establece las normas y reglas de cómo se ejerce la soberanía popular en el momento de elegir sus representantes ante el Poder Público. El sistema político es el que va a determinar la eficacia de vida de los ciudadanos, en el momento de ejercer sus derechos interviniendo en el gobierno, y en la elección de estos a través del sufragio; dicho en otras palabras, garantiza el derecho electoral de un país, así como depende de éste la continuidad del sistema adoptado, siendo por excelencia el sistema democrático.

Ahora bien, en el sistema democrático, las personas que conforman una sociedad expresan su voluntad política mediante el voto con la finalidad de adjudicar puestos o escaños en el ámbito ejecutivo o legislativo a quienes se han postulado como candidatos a través de los partidos políticos o por iniciativa propia (candidaturas independientes).

En ese mismo orden de ideas, Domínguez y Franceschi (1984, p s/n), plantean que el desarrollo de la vida política en Venezuela comienza en el período de 1811 a 1830 donde en las primeras actuaciones políticas se establece la contradicción entre dos concepciones respecto a la organización de Estado, una que respalda la figura de una República Federal y la otra que aboga por un Estado Paternalista que asumiese la realidad del país y lo superara mediante una estructura que permitiese el progreso del pueblo, su educación cívica y por tanto su participación responsable en el ejercicio

de sus derechos, siendo estos los primeros proyectos elaborados por Simón Bolívar en sus escritos.

Entonces, para poder cumplir con la formación de un estado político bien ordenado se requiere de esas bases sobre las cuales se consolida el mismo; siendo necesario la creación de un sistema político para evitar los excesos de los representantes contra sus representados, siendo un fenómeno constante en el devenir histórico teniendo como efecto el dominio político y la pérdida de la soberanía popular. En Venezuela la tendencia política e ideológica ha expresado públicamente la necesidad de mejorar y perfeccionar el proceso constituyente, así como el sistema democrático, en búsqueda de un Estado que cumpla y haga cumplir los derechos y garantías que poseen los venezolanos a través de sus representantes; y es por ello que el sistema político y electoral de Venezuela está fundamentado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Como se ha expresado anteriormente, el voto que es el acto mediante el cual una persona puede elegir a su candidato de preferencia para ocupar algún cargo público; ha sido el medio o el mecanismo por excelencia dentro del sistema venezolano, pudiendo ser de forma nominal o personal y de lista o indirecto. La modalidad de las votaciones será basada de acuerdo con el tipo de elección, si son presidenciales o parlamentarias, a la circunscripción y a la forma del voto. Todo esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Nacional y las disposiciones normativas previstas en la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009).

Dicho esto, es posible observar que en la legislación venezolana se aplica el voto nominal a la personalización del sufragio y para el voto lista la representación proporcional, siendo entonces el voto nominal o personal el que se emplea para la elección de cargos unipersonales con base a la mayoría relativa de votos; y el voto lista el que se aplica para la elección de más de un escaño o puesto.

En base a lo planteado, Casal y Chacón (2001, p.616), respecto al Sistema Electoral Venezolano, señalan que: “el sistema electoral venezolano que estuvo vigente hasta la aprobación de la nueva Constitución combina la elección por mayoría relativa del Presidente de la República con la representación proporcional para el Poder Legislativo Nacional en elecciones simultaneas”.

Esto también, se encuentra asentado en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009), que rezan lo siguiente:

> Artículo 7 Los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Gobernador o Gobernadora de estado y Alcalde o Alcaldesa de municipio y demás cargos unipersonales se elegirán en base a la mayoría relativa de votos (p.4).
> Artículo 8 Para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos de los estados, de los concejos municipales, y demás cuerpos colegiados de elección popular, se aplicará un sistema electoral paralelo, de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista. En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista (p.5).

Con relación a los artículos citados, Useche (2009), menciona el Sistema Electoral venezolano en los siguientes términos:

> El sistema electoral venezolano, para conformar los órganos del Poder Público, *debe ser* libre, universal, directo y secreto y garantizar el principio de la representación proporcional de las minorías. Hemos adoptado, debido a nuestra condición de país regido por un sistema político presidencial, tanto a nivel nacional, estadal y municipal, un doble sistema. El de mayoría, en este caso relativa y por lo tanto de una sola vuelta, para Presidente de la República, Gobernadores de los Estados y Alcaldes de los municipios. El de representación proporcional de las minorías, para senadores, diputados al Congreso de la República, diputados a las Asambleas Legislativas de los estados federados, concejales de los municipios y miembros de las juntas parroquiales (p. s/n).

Reafirmando lo dicho, en el sistema venezolano existe la elección por mayoría relativa cuando se trata de los cargos unipersonales o nominales y para la elección de los cargos de los cuerpos colegiados se presenta un sistema combinado, personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista. La mayoría relativa usada como sistema para las elecciones presidenciales, consiste en conceder el cargo al candidato con la mayor votación, aunque esta sea menor a la mayoría absoluta de los votos válidos y en cuanto a la representación proporcional, la adjudicación de escaños en proporción al número de votos obtenidos; verbigracia si un partido obtiene 25% de la votación, ese

25% debería ser el porcentaje con el cual dicha organización se encuentre representada en el cuerpo legislativo.

En otro orden de ideas, es posible observar una nueva figura que se ha incorporado al contenido de la Constitución relacionada al elemento electoral; y es la posibilidad de reelección continua aplicable para todos los cargos de elección popular. Cabanellas (1979, p.276), define el termino reelección de la siguiente manera: “más particularmente, prorroga del ejercicio de funciones, por ser elegido nuevamente para ellas antes de cesar”.

Por lo antes planteado, la reelección es la acción y la oportunidad que tienen los funcionarios electos a través de la expresión popular, de volverse a postular como candidatos para los mismos cargos y que la ciudadanía los vuelva a elegir. En relación al Poder Ejecutivo Nacional, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Artículo 230, mencionaba que el Presidente de la República tendría una duración en el ejercicio de sus funciones de seis años y que podría ser reelecto por una sola vez y por el mismo período, pero con la enmienda hecha a la misma el presidente puede ser reelegido las veces que él se postule y que él electorado así lo disponga.

De allí pues, esta característica enmarcada dentro del Sistema Electoral venezolano ha sido motivo de muchas controversias, mientras un sector apoya la reelección indefinida otro la rechaza. El grupo que apoya se fundamenta en que, si un presidente ha realizado su gestión eficientemente en el tiempo de duración de sus funciones, pues este debe continuar. Pero el grupo que rechaza la reelección indefinida se basa en que, si el Ejecutivo Nacional no ha realizado eficazmente su gestión, no debe ni siquiera postularse al cargo nuevamente, aunado a los preceptos constitucionales de alternabilidad y pluralidad. También otro motivo del rechazo es que posiblemente el presidente en ejercicio al volverse a postular puede tener ventajas frente a los nuevos postulados al cargo de presidente, pudiendo hacer uso de los recursos del poder con el propósito de conservar el puesto.

Así pues, el tema sobre la reelección todavía sigue a la expectativa, es una discusión que se va a seguir notando por un tiempo, jugándose la democracia, si el presidente reelecto busca satisfacer los intereses del colectivo nacional o por el contrario busca perpetuarse en el poder. Es un tema muy amplio que no corresponde

a la presente investigación profundizar, pero si es importante mencionarlo pues es una característica de la democracia y su sistema constitutivo tanto en Venezuela como en los demás países latinoamericanos.

4. LEY ORGÁNICA DE PROCESOS ELECTORALES (2009): SISTEMA ELECTORAL PARALELO O SISTEMA ELECTORAL MAYORITARIO

Comprender la política electoral del Estado venezolano, en la primera década del siglo XXI en el marco de las profundas y novedosas transformaciones planteadas y plasmadas por la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), requiere la consideración objetiva del contexto político que ha incidido determinantemente en la conformación legislativa, reglamentaria y práctica de la operación electoral, término definido por Cotteret y Emeri (1973), como “un conjunto de procedimientos, actos jurídicos y materiales, que conducen principalmente a la designación de los gobernantes por los gobernados” (p.15), siendo tal sistematización un antes, un durante y un después del proceso electoral, elementos temporales transversalizados por la agenda de las fuerzas políticas dominantes, especialmente en Venezuela.

En primer término, el mencionado contexto caracterizado por factores que han erosionado la independencia, la imparcialidad, la transparencia y la confiabilidad, éstos últimos, principios constitucionales que han de amparar y orientar el ejercicio del derecho al sufragio y la labor del Poder Electoral. Tales factores son la automatización del acto de votación y el proceso de escrutinio, el aumento extraño del Registro Electoral y la imposibilidad real de auditarlo, dudas asociadas al secreto del voto, la partidización del Consejo Nacional Electoral, los excesos de funcionarios durante el acto de votación por no delimitar en instrumentos normativos sus funciones y la no revisión de la totalidad de las cajas de resguardo de comprobantes de votos, en tal sentido Machado (2010) considera:

> …a raíz del año 2003, se producen unos grandes cambios en el proceso electoral de Venezuela. En primer lugar, el proceso de automatización y la plataforma de Smartmatic…En segundo lugar, la identificación del elector, el uso de las máquinas captahuellas, conectadas, desconectadas, en línea, etc.

> Eso es algo que no existe en ningún otro lugar, y que se incorpora en Venezuela con obvios objetivos. En tercer lugar, el control del Consejo Nacional Electoral por un solo sector, esto ha sido progresivo…y, todo el tema de la actitud claramente ventajista del Plan República hacia una de las partes (p.48-49).

En ese mismo orden de ideas, los factores superan la simple mecánica electoral y trasciende la eventualidad política – partidista, cuya composición muestra en principio una marcada polarización del cuerpo electoral, la inusual conducta del electorado que concedió popularidad cuasi permanente al Presidente Hugo Chávez y consecuentemente a sus fuerzas políticas y la consulta reiterada al pueblo, hecho considerado noble y necesario si se aborda desde una perspectiva genérica, sin considerar el planteamiento hegemónico de la política oficial, al considerarlo y consultar conocedores del tema, se hace evidente la intención de ocultar la trastocada legitimidad de ejercicio apelando constantemente a la legitimidad de origen, tal como lo expresa Machado (ob. cit.):

> En los últimos diez años hemos tenido 17 elecciones y lo que esto implica en términos del liderazgo de tensión al que hemos sido sometido. No es un liderazgo de acción como siento que el país requiere y demanda, la razón es evidente, el Presidente busca compensar la pérdida de legitimidad de desempeño con legitimidad de origen y por supuesto, todo el tema asociado a la polarización, ello ha producido falta de atención de la problemática real del país (p.70).

Con relación a la cita anterior, es notable la utilización y la manipulación de los mecanismos propios del Sistema Electoral y de las herramientas de participación ciudadana, aunado a la posibilidad de reelección imperecedera, al ventajismo continuamente denunciado y el impulso de acciones de presión sobre el electorado a los fines de dirigir su intención de voto, con el propósito de relegitimar consecutivamente a quienes ejercen el poder, siendo una garantía para la retención del mismo, cuestión que expresa con claridad Palacios (2010), en referencia al Referéndum Aprobatorio de la Enmienda Constitucional (2009):

> El pasado 15 de febrero asistimos voluntariamente al desmantelamiento del sistema republicano y la ratificación del libertinaje, el igualitarismo y la viveza criolla – elementos tan dañinos como arraigados al alma colectiva nacional - sorpresivamente a través de un mecanismo democrático por excelencia, el cual garantizo la legitimidad de una propuesta inconstitucional, antidemocrática, profundamente antibolivariana y que erradica ese necesario carácter de cosa juzgada que debe acompañar a todo resultado electoral, lo cual sin duda hace flamear con mayor intensidad las banderas del caos y la anarquía. (p. s/n).

De hecho, la actual comprensión de la institución electoral, como poder conducente a la materialización de la soberanía, cuyo elemento constitutivo destacado es el ejercicio libre, universal, directo y secreto del derecho al sufragio, surge en el marco de la democracia participativa y protagónica y en la novedosa premisa del poder del elector siendo en palabras de Correa: "…el garante de la soberanía que reside en el pueblo, quien lo ejerce a través del voto, lo acredita a través de los órganos electorales y cuya esencia es el ciudadano" (p.3). Dichos fines conceptuales y constitucionales, carecen de vigencia producto de la inobservancia permanente de los preceptos previstos en la Carta Magna y en la legislación, dando origen a lo que Oppenheimer (2005), con relación al Referéndum Revocatorio Presidencial del año 2004 (2005, p. 241), denominó fraude ambiental "una combinación de petropopulismo, pésima campaña de la oposición, intimidación gubernamental y trampas a lo largo del proceso electoral que limitaron enormemente el número de opositores que fueron a las urnas". Hechos que han caracterizado el acontecer electoral del país, como se desprende de las Observaciones Preliminares de la Organización de Estados Americanos sobre las Elecciones Parlamentarias del año 2005 (OEA, 2005):

> …Cabe destacar que la extensión del horario <u>coincidió con un incremento</u> de la campaña oficialista para aumentar la participación en las últimas horas. La Misión lamenta las declaraciones públicas de una alta dirigente del oficialismo que buscaron coaccionar la participación de los funcionarios…la Misión constató que la desconfianza mutua constituyó un elemento central de la contienda electoral. Esta desconfianza se destacó entre un sector importante de la ciudadanía y las autoridades gubernamentales, electorales y partidarias… la Misión observó la participación proselitista de funcionarios públicos de alto nivel, tanto nacionales como estatales y municipales, y una ausencia de

> mecanismos de control estrictos sobre el uso de recursos públicos y privados con fines políticos y electorales (p. s/n).

Ahora bien, bajo el escenario planteado surge la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE) sancionada por la Asamblea Nacional el 31 de Julio del año 2009 y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.928 el 12 de Agosto del mismo año, dicho instrumento jurídico deroga la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1997) y establece las bases, según el criterio de especialistas, de una nueva reforma al Sistema Electoral venezolano que incide en variados aspectos de la operación electoral, tales como la configuración discrecional de las circunscripciones electorales y la elaboración de veinte reglamentos, facultad otorgada al Consejo Nacional Electoral (CNE), así como la ausencia de garantías que permitan auditar el Registro Electoral y por último el Sistema Electoral aplicable para la elección de los miembros de los cuerpos legislativos (SÚMATE, 2009), hecho éste que ha generado polémica en el foro político y jurídico pues el Artículo 8 de la Ley instituye el Sistema Electoral Paralelo.

Con respecto a lo antes mencionado, Fermín (2009), manifestó:

> Ahora, con la LOPRE los partidos pueden inscribir por una tarjeta los nominales y por otra tarjeta la lista, estas opciones quedan desvinculadas y los cargos obtenidos por la vía nominal no son descontados en la lista. Eso es inconstitucional, porque la Constitución obliga a mantener la proporcionalidad, cuando ellos establecen eso están incorporando un principio que es ilegal. No hay vinculación entre la elección nominal y la elección por lista (p. s/n).

Igualmente, López (2009) expresó:

> Esto legaliza lo que denominamos la sobrerepresentación, como resultado de la pasada experiencia de las llamadas “morochas”, en que los partidos políticos tenían opción de alcanzar la presentación proporcional de las minorías mediante lo que se denominó el voto cruzado, es decir, a través de la lista de candidatos nominales en un 60 por ciento y mediante listas en 40 por ciento. Lo que se busca ahora es imponer un sistema de representación mayoritario. Lo que iría aparejado con la discrecionalidad del CNE para la conformación de las circunscripciones electorales (p. s/n).

El propósito del legislador al discutir y aprobar la Ley Orgánica de Procesos Electorales fue adecuar la mecánica electoral a los novedosos preceptos que sobre la materia establece la Constitución Nacional, incluso la mencionada Ley en sus principios iniciales hace evocación de las características fundamentales y fundacionales del hecho electoral surgidas del mandato constitucional, destacando en el contenido del Artículo 3 el Principio de Representación Proporcional. Sin embargo, coincidiendo con las apreciaciones de Fermín y López, tal principio, en su comprensión objetiva y práctica, no incide en el denominado Sistema Electoral Paralelo, cuya esencia radica en el segundo aparte del artículo 8 que expresa: "En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista" (p.5), cuestión que deroga el factor limitante de resta entre los resultados obtenidos para la elección mediante lista y los resultados de carácter nominal. Omite la garantía de proporcionalidad y la corrección de la sobrerepresentación, es decir, según el ya viejo Sistema, se consideran como un todo individual e independiente los votos obtenidos nominalmente y por lista por una organización política y a su vez el número de escaños que le corresponde. Esta omisión deja de observar una de las fórmulas que garantizan la proporcionalidad, explicándolo Virtuoso (2009), de la forma siguiente:

> Para la adjudicación o reparto de cargos en cada circunscripción electoral se estableció un método que relaciona los resultados de ambos tipos de votación, restándole al número de cargos obtenidos en la votación por partido (resultados voto lista) el número de cargos obtenidos en los circuitos electorales (votación personalizada) (p.245).

Por lo antes planteado, de acuerdo a la Ley, la fuerza política que obtenga una mayoría de votos relativa en ambos esquemas de postulación electoral (nominal y por lista), para la elección de miembros de cuerpos legislativos, ocupará la mayoría de escaños en juego, pues el voto lista siempre suma representantes a los ya elegidos nominalmente, generando sobrerepresentanción y excluyendo del seno de los parlamentos a las fuerzas políticas menos favorecidas por la voluntad popular, lo que constituye la instauración de un Sistema Electoral Mayoritario que contradice el texto constitucional, practica esta materializada en procesos anteriores a través del uso de

las llamadas Morochas, definidas por Serra (2005) como: “Mecanismos para evitar la resta de cargos, en el sistema uninominal mixto, postulando los candidatos uninominales y los de lista por partidos distintos” (p.12). En otras palabras, según Ansuini (2009, p. C6) “El que gana se lo lleva todo”.

De igual forma, interesa a la comprensión del nuevo esquema electoral contenido en la Ley del 2009, la delimitación de las circunscripciones electorales, facultad otorgada al Consejo Nacional Electoral (CNE), sin la determinación legal de criterios técnicos, salvo los índices poblacionales, elemento que compone junto al Sistema Electoral Paralelo, lo que López (ob. cit.), ha llamado diseño electoral a la medida, pues los críticos de la vigente legislación electoral consideran que las nuevas áreas geográficas electorales responden a criterios político-partidistas, lo que introduce en la discusión electoral venezolana el término *Gerrymandering*, definido por Cotteret y Emeri (ob. cit.), como:

> …establecimiento de las circunscripciones en función de consideraciones puramente circunstanciales, extrañas a toda idea de interés general; nacida e institucionalizada en Estados Unidos, esta práctica fue importada a Irlanda del Norte y a Francia por el Segundo Imperio, que abuso de ella para fundar el mayor número de circunscripciones que le fueran favorables (p.43).

En relación con la técnica definida, esta surge en el estado de Massachusetts en EEUU en el año 1812 o 1842 con el propósito de redistribuir los límites de las circunscripciones, en formas de manchas de salamandra, para favorecer a los candidatos del Partido Republicano Jeffersoniano, debe su nombre al legislador Elbridge Gerry. De acuerdo con el Informe SÚMATE Circunscripciones Electorales Para las Elecciones de Diputados a la Asamblea Nacional 2010 (SÚMATE, 2010) la invención norteamericana recobra vigencia pues se demuestra un claro ventajismo y diseño electoral a la medida de los intereses y cálculos preliminares del oficialismo:

> El primer tipo de estrategia es el de cambios que buscan aislar y concentrar el voto que históricamente se ha manifestado adverso al gobierno, confinando a los grupos poblacionales correspondientes a áreas geográficas específicas… este tipo de estrategia se combina con el confinamiento de un gran número de votos potencialmente adversos al gobierno, que sólo le permitirían a la opción

> política que los respalde obtener un mínimo de escaños en la Asamblea Nacional. El segundo tipo de estrategia, cuando no se aplica la primera o en complemento a ésta, es el de desconcentrar el voto que históricamente se ha manifestado adverso al gobierno, uniendo cuando es posible ciertas áreas con esta característica, con áreas cercanas que en el pasado han tenido un elevado arrastre oficialista… (p.2).

Sobre la base de lo comentado y reiterando la excesiva discrecionalidad que otorga el instrumento jurídico sometido a estudio, al Poder Electoral, aunado a la partidización comentada del ente electoral, se evidencia la construcción política de las circunscripciones electorales, evadiendo elementos técnicos y sociales fundamentales tales como la tradición electoral, el vínculo entre los integrantes del cuerpo electoral que hacen vida en los territorios que componen la circunscripción, las variables económicas, urbanas y rurales, así como el área de influencia de los liderazgos naturales y el contacto directo con la comunidad, lo que hace necesario citar a Cotteret y Emeri (ob. cit., p. 37), "…es difícil reagrupar artificialmente y por poco tiempo poblaciones que no tengan sociológicamente ningún punto en común entre ellas…".

En ese contexto, por ejemplo, las circunscripciones del estado Lara (Región ubicada en el centro occidente del país) cambiaron sustancialmente para las elecciones parlamentarias del 26 de septiembre del año 2010. El CNE desmembró el municipio Iribarren, guiado al parecer por el sesgo político. La nueva ley aumenta a 7 el número de diputados nominales y reduce a 2 los diputados lista. El índice poblacional bajó considerablemente a 270.917 habitantes por diputado (SÚMATE, 2010, p.18).

Por otra parte, la necesaria discusión sobre la utilidad de los Sistemas Electorales y sus mecanismos constitutivos de la voluntad popular en escaños o curules, asciende en el escenario global con el aporte progresivo de juristas, políticos, académicos y electores impulsados en principio por la necesidad urgente de idear dispositivos que garanticen efectivamente la legitimidad de origen, considerada como sustento del estado de Derecho moderno y de la estabilidad política y social, materializada en la composición plural de todos los espacios de poder. Tal es el caso de España, cuyo Gobierno encomendó al Consejo de Estado, el 27 de Junio de 2008,

la elaboración de un informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general, con el propósito concertado de transformar el factor electoral con las premisas de perfeccionar el sistema para el ejercicio del derecho al sufragio y el incremento de la proporcionalidad del sistema, en la misma dirección se encamina Inglaterra, cuyo tradicional y longevo Sistema Electoral Mayoritario, es parte del debate en sus contiendas electorales (BBC Mundo, 2010), destacando la necesidad de procurar niveles de proporcionalidad, pues como expresa Virtuoso (ob. cit.):

> En una democracia participativa los procesos electorales son claves para la conformación de la voluntad popular y para la incidencia en la toma de decisiones políticas. Por ello, los mismos deben estar regulados sobre la base de esa voluntad general y no solamente sobre lo que piensa y opina un sector de ella, por más que represente la primera mayoría (p.246).

5. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL DE LAS MINORÍAS

Propicio es mencionar los elementos habituales del Sistema Electoral como noción única, es decir, sin considerar sus variables o modalidades previamente mencionadas, pues tales características surgen del propósito materializador de esta compleja institución del derecho público, en procura de abordar conceptualmente en su ámbito jurídico y político el Principio de Representación Proporcional de las Minorías y las peculiaridades que le imprime su ubicación en la Constitución venezolana. Se considera acertada la determinación de las particularidades esenciales que sobre la operación electoral establece el Informe del Consejo de Estado Sobre Las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General (Consejo de Estado, 2009), que, aunque centrado en el proceso electoral español, las mismas son comunes a la generalidad de sistemas vigentes, siendo en principio la estructura del voto, la magnitud de la circunscripción y por último la fórmula de escrutinio.

En tal sentido, la primera característica, denominada la estructura del voto se refiere al modo en que los electores pueden ejercer su voto y a su vez como deben presentarse o agruparse los candidatos. Venezuela ha acogido, en su legislación electoral, la presentación de candidatos de forma nominal y mediante listas, simultáneamente, la primera forma supone la identificación personal del candidato

(nombre y apellido) y la posibilidad del elector de ejercer su voto directamente a favor del candidato determinado, la segunda un modelo de listas cerradas y bloqueadas, que el citado informe (Consejo de Estado, 2009) define con claridad:

> …de manera que los votantes no pueden elaborar su propia lista escogiendo entre quienes figuran en diferentes candidaturas (lista cerrada), ni tampoco alterar el orden en que aparecen los candidatos de la lista finalmente elegida (lista bloqueada)… una vez realizado el escrutinio, los escaños atribuidos a cada candidatura se adjudican a los incluidos en ella por el orden de colocación en que aparezcan (p.146-147).

En ese mismo orden de ideas, Sartori (1996), en un ejercicio comparativo sobre los modos de estructurar la exposición de los candidatos frente al elector y la manera de manifestación de preferencias del votante, expreso:

> La diferencia significativa es, en este respecto, entre el voto por una persona y el voto por una lista de partido. Los supuestos respectivos son que cuando votamos por personas, sí importa quién es quién (cuáles son sus antecedentes) y puede convertirse en un factor decisivo, en tanto que donde se vota por listas se está votando básicamente por un partido (su símbolo, su ideología, programa y plataforma) y en gran medida éste controla a su vez a los ganadores individuales (p.29).

En ese contexto, se concretizan y fusionan los principios constitucionales de la personalización del sufragio y la representación proporcional, dando origen a un término novedoso conocido como Sistema de Representación Proporcional Personalizado, producido en Alemania, adaptado a Venezuela a partir de 1984 (Hernández, 2009) y caracterizado por su combinación de elementos muy propios del Sistema Electoral Mayoritario y el Sistema Electoral Proporcional, como se desprende de la siguiente definición aportada por Rey (2007):

> …un sistema llamado alemán, que el nombre es el sistema de representación proporcional personalizado que existía solamente en ese país y que algunos llaman mixto, pero como vamos a ver no es mixto (permítanme uno minutos para explicar ese sistema que es muy curioso) el elector vota en cada

> circunscripción, la mitad de las personas a elegir se van a elegir por circunscripción, por listas como en Venezuela en el que cada elector tiene un voto por listas; pero tiene accesos a una circunscripción uninominal en la que puede votar por una persona concreta de una lista… (p.6).

Ahora bien, la segunda característica mencionada es la magnitud de la circunscripción, que comprende la determinación de un área geográfica y el número de cargos a elegir, esto incide en la modalidad de agrupación de los candidatos, así como la forma en que el elector puede votar, aludida anteriormente, considerando el proceso electoral venezolano que se realizó el 26 de Septiembre de 2010 con el propósito de elegir a los miembros de la Asamblea Nacional, se establecieron circunscripciones nominales o plurinominales (87) y circunscripciones por estados (24), las primeras relacionadas al voto personalizado o por nombre y apellido (directo) integrada por Municipios y Parroquias y las segundas representadas por el voto lista (indirecto) que comprende a una entidad federal, estos tipos de circunscripciones son definidas por SÚMATE (2010):

> En el caso de la Asamblea Nacional, las circunscripciones son los estados o entidades federales, con sus diferentes municipios y parroquias. A cada estado, el Consejo Nacional Electoral le asigna un número específico de diputados de acuerdo a la cantidad de su población. Para la elección presidencial la circunscripción es todo el territorio nacional, para la elección del gobernador es el estado o entidad federal, para las elecciones de alcaldes son cada uno de los municipios. Mientras que para los cuerpos deliberantes las circunscripciones son muy particulares y se definen de acuerdo al tipo de elección (p. s/n).

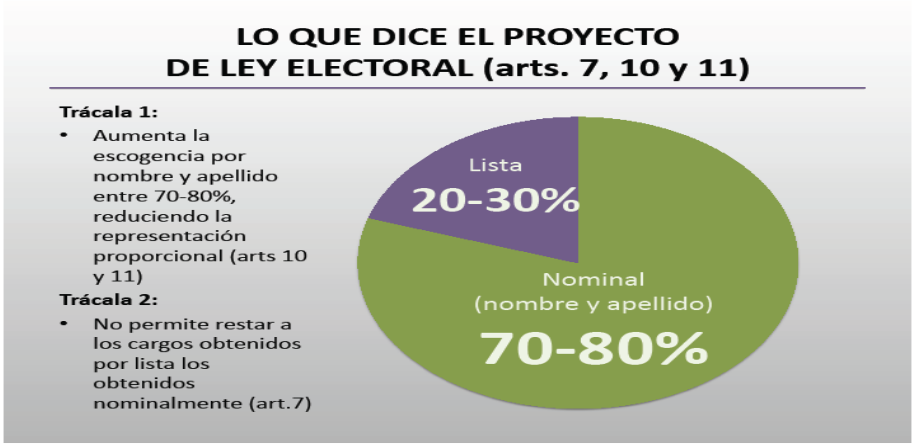
Sobre la base de lo mencionado, 110 diputados fueron escogidos nominalmente, 52 por lista y 3 por las circunscripciones indígenas, hecho que reitera la tendencia progresiva de reducción de escaños a elegir mediante voto lista, modalidad que medianamente garantiza la proporcionalidad, aunado a la supresión, en el marco de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, de la regla de descuento que resta del resultado lista la cantidad de escaños obtenidos a través del modo nominal, en razón del Sistema Electoral Paralelo que no vincula ambas elecciones, al respecto SÚMATE (2009) manifestó:

> Se mantiene en el texto definitivo la inconsistencia en el porcentaje de cargos nominal y lista para cada Estado. Con esta ley, la proporción diputado lista/nominal promediaría 68% nominal y 32% lista a nivel nacional, con estados con una proporción 80/20 (Zulia), 77/23 (Lara y Aragua), otros con 34/67 (Amazonas) y estados con proporción 50/50 (Cojedes, Vargas, Nueva Esparta). Mientras que la regulación previa (Estatuto Electoral del Poder Electoral en su Art. 15), señala que en cada Estado se elegirá el 60% de los diputados en circunscripciones nominales y el 40% de los diputados por lista (p. 3).

De igual forma, Vecchio (2009), lo gráfica:

Cuadro 1

Proyecto de Ley Electoral



Fuente: Vecchio, 2010.

Por tanto, los sectores políticos e intelectuales críticos a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009), que impuso tales niveles de desproporción manifestaron su rechazo centrados principalmente en ese aspecto, lo cual es consecuencia de la inobservancia del mandato constitucional, que a pesar de combinar el modo de escrutinio mayoritario con el minoritario, reconocido en las otras normas electorales derogadas, el legislador no desarrolla una fórmula que integre los dos sistemas, los desvincula y los considera de forma individual e independientes,

frente a la elección de cuerpos colectivos, lo que para algunos como Vecchio (ob. cit.) representa una reducción de la aplicación de la Representación Proporcional y para otros la desaparición, por considerarla como un elemento que debe abrazar integralmente la dos formas de escrutinio comentadas, hecho que beneficia a corrientes políticas definidas, siendo el principal impulso de las reformas electorales, según Cotteret y Emeri (1973): "En efecto, las leyes electorales, al determinar los modos de escrutinio, nunca son neutrales, y conciernen antes que nada a los elegidos que, naturalmente, intentan conservar un escaño…" (p.61). Al respecto Sartori (ob. cit.) manifestó:

> Podemos decir que la diferencia entre los sistemas mencionados son matemáticas. Pero el factor más importante para establecer la proporcionalidad o desproporcionalidad del sistema de RP es el tamaño del distrito electoral, que se mide por el número de miembros que elige cada distrito (p.21).

De igual forma, la última característica atribuida a los Sistemas Electorales en el Informe del Consejo de Estado es la fórmula de escrutinio, que debe entenderse como la operación o método matemático a través del cual se adjudican los escaños, sobre la base del número de votos obtenidos, el índice poblacional, el número de votantes y otros criterios que componen la formula, sobre la cual se centra, en el caso de la Representación Proporcional, la característica esencial de las distintas formas de proporcionalidad, siendo unas más perfectas y proporcionales y otras imperfectas y medianamente proporcionales. Para el caso del Sistema mencionado y objeto de estudio son variadas y complejas las formulas, siendo las más destacadas y aplicadas, según Sartori (ob. cit.): "a) el método del "mayor residuo"; b) el método de D´Hondt o del "mayor promedio", y c) la fórmula Sainte-Lague" (p.21).

Por lo antes planteado, la legislación electoral venezolana tradicionalmente aplica la fórmula matemática electoral D´Hondt, definida por el diccionario en línea del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010), en los términos siguientes:

> El método *D'Hondt* es un procedimiento de cálculo para convertir *votos* en escaños. Lleva el nombre de su inventor, Víctor D'Hondt (1841-1901), profesor belga de Derecho Civil. El método *D'Hondt* forma parte de los procedimientos llamados "de divisor". Mediante la división de los *votos* recibidos cada uno de

> los *partidos políticos* por una serie de divisores se obtienen cocientes (cifras). Los escaños se reparten con base en los cocientes más altos (por esto, a este tipo de cálculo se le llama también procedimiento de las cifras más altas). La serie de divisores del método *D'Hondt* es la de los números naturales: uno, dos, tres, etc. (p s/n).

En ese mismo orden de ideas, se ha pronunciado Sartori (ob. cit.) en sentido crítico, pues se trata de un método proporcional imperfecto:

> El método del mayor promedio (D´Hondt) es el sistema de RP más usado (Austria, Bélgica, Finlandia, Italia hasta 1993 para el Senado, y varios países latinoamericanos) y es menos proporcional porque favorece a los partidos más grandes (p.21).

En otro orden de ideas, preciso es destacar las diferencias entre el Sistema Electoral Proporcional y el Sistema Electoral Mayoritario, ejercicio comparativo que permite ubicar en su pleno contexto la Representación Proporcional, su origen, su razón y su propósito, considerándola en su comprensión teórica y práctica como una alternativa frente al Mayoritario, dicha diferencia se ubica en la completa obra de Sartori (ob. cit.) quien manifiesta que ambos sistemas son en sí una negación del otro:

> En los sistemas de mayoría el triunfador se queda con todo; en los sistemas proporcionales, el triunfo es compartido y sencillamente se requiere un porcentaje electoral (por lo general, el cociente electoral). En los sistemas mayoritarios, la elección del votante es canalizada y finalmente limitada a una alternativa; en los sistemas proporcionales no se obliga a los votantes a concentrar su voto y las posibilidades de elegir pueden ser muchas. Por otra parte, los sistemas de mayoría proponen candidatos individuales, personas; comúnmente los sistemas proporcionales proponen listas de cada partido (p.15).

Se evidencia, de las diferencias antes transcritas los fines fundacionales y prácticos de ambos modos de escrutinio y cuyo resultado final es la composición e integración de los cargos de elección popular en un sentido homogéneo o de forma heterogénea, lo que da sustento a las democracias modernas si se distribuye

adecuadamente en sentido de otorgar pluralidad a los cuerpos legislativos y respaldo a los cuerpos personales, comprendiendo la institución del parlamento como espacio para el encuentro y la discusión del cuerpo social en sus variadas expresiones y órgano contralor de la gestión ejecutiva, en especial frente a regímenes excesivamente presidencialistas, pluralidad que exige condicionar el acontecer público a la búsqueda de consensos y origina experiencias interesantes en procura de la gobernabilidad tales como alianzas, coaliciones y gobiernos de unidad, lo que imprime un matiz enriquecedor al juego político, que gira en torno al criterio del elector, que se incorpora por considerarse representado en la contienda electoral y en el debate legislativo, ratificando a su vez la independencia de los cuerpos del Poder Público. Análogos fines se desprenden, del concepto de Representación Proporcional, aportado por Martínez (2009):

> Un sistema electoral debe reflejar de forma adecuada a las fuerzas sociales y políticas que se miden en un proceso comicial y que luego se traducen en un número determinado de escaños. Buscan reflejar la composición del electorado de la forma más fiel posible (p.3-5).
>
> Igualmente, ACE Electoral (2010) plantea:
>
> La lógica que guía a los sistemas de RP es la de reducir deliberadamente las disparidades entre el porcentaje de la votación nacional obtenida por un partido y los escaños parlamentarios que le corresponden: sí un partido grande gana el 40% de los votos debería obtener aproximadamente 40% de los escaños, y si un partido pequeño gana 10% de los votos debería también conquistar aproximadamente el 10% de los escaños parlamentarios (p s/n).

De allí pues, el contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) en sus artículos 63 y 293 consagra el Principio de Representación Proporcional de las Minorías, junto al Principio de la Personalización del Sufragio, lo que incorpora una variable a la esencia proporcionalista y da origen al Sistema de Representación Proporcional Personalizada, conocido también como sistema mixto alemán o sistema mixto de representación proporcional, tal estructura técnica-electoral fue desarrollada en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en el Estatuto Electoral del Poder Público ya derogados, al respecto Rachadell (ob. cit.) comenta:

> En el sistema de representación proporcional personalizada adoptado en Alemania (que algunos entre nosotros llaman sistema mixto alemán), se consagra que la mitad de los diputados serán elegidos en circuitos uninominales. Para estos efectos, es necesario conformar los circuitos o distritos especialmente para los fines electorales, de modo que la población de cada uno de ellos sea igual, lo que permite que cada diputado electo en esta forma represente una base poblacional igual a la de los demás, tal como ocurre en todos los países que consagran el sistema mayoritario (p.243).

En base a lo planteado, Martínez (ob. cit.) comenta el propósito del sistema definido por Rachadell: "Intenta que los grupos políticos estén representados de la manera más equitativa posible según el número de votos que obtuvieron" (p.11) lo que no difiere de los conceptos generales abordados. Para Rey (ob. cit.): "es un sistema mixto porque cumple con las dos formas de elección, pero, es un sistema puro de representación proporcional" (p. 6), como se ilustro esta modalidad alemana combina el factor mayoritario con el proporcional, siendo la esencia por mandato constitucional la proporcionalidad lo que sustenta la regla del descuento y la corrección de distorsiones relacionadas a la sobre o subrepresentación, asumidas por la normativa electoral anterior a la del 2009.

Ahora bien, la Representación Proporcional, en su búsqueda de relacionar el número de votos obtenidos con el número de cargos asignados, influyendo sobre el posicionamiento de las fuerzas políticas minoritarias, ha generado críticas, como las propuestas por Nohlen (1998), sobre las fórmulas que subjetivamente comprendidas y aplicadas pueden desvirtuar el propósito inicial, generando sobrerepresentación en un falso esquema de proporcionalidad, igualmente el citado autor hace mención a la sensación que genera en el electorado dicho sistema que tiende a hacer creer que todos pueden ganar, lo que reduce el criterio político del votante, sin embargo tales planteamientos críticos, no afectan la idea fundamental del sistema electoral, que sobre la base real o irreal de pluralismo consolida la legitimidad de los cuerpos políticos constituidos a través del sufragio y hace operativos los principios de la democracia moderna, que deslastra el criterio de imposición de las mayorías sobre las minorías y superpone la necesidad de acuerdos y consensos.

Así, contrario a lo comentado los cimientos del Sistema Mayoritario, comienzan a ceder, frente a la demanda política y social de mayor representatividad, hecho probado en los últimos comicios parlamentarios de 2010 realizados en Gran Bretaña, cuya estructura electoral genera la sensación colectiva de exclusión y la abstención como consecuencia natural, lo que resume Southall (2010): "…la gente ve que el sistema tradicional británico, que de todo va para el candidato más votado, está anticuado" (p. s/n).

Finalmente, con el fin de ilustrar las graves consecuencias sobre la representación que genera el sistema electoral británico, conocido como uninominal mayoritario, en los comicios comentados, se otorgaron 306 escaños a los conservadores que obtuvieron solo 36% de la votación, 258 a los laboristas con un 29% de los votos y 57 cargos para los demócratas liberales con un 23% del total de los votos escrutados, prueba de la distribución desproporcionada, desigual y arbitraria que impone el sistema mayoritario.

VI. CONCLUSIONES

El Principio de Representación Proporcional de las Minorías establecido en los artículos 63 y 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), se centra en la distribución proporcional de los escaños entre las organizaciones políticas, de acuerdo con el número de votos obtenidos en el proceso electoral.

La Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009), no garantiza el Principio de Representación Proporcional de las Minorías, al imponer el Sistema Electoral Paralelo contenido en su artículo 8.

El Sistema Electoral Paralelo plantea la posibilidad para la fuerza política mayoritaria de obtener la totalidad de cargos disputados mediante la modalidad nominal y mediante la modalidad lista, lo que consecuentemente genera sobre representación reduciendo o erradicando la posibilidad de representación de las toldas políticas minoritarias.

Existe en Venezuela una tendencia dirigida hacia la consolidación de formas mayoritarias electorales, lo que difiere del mandato contenido en la Constitución Nacional y se relaciona al hecho tradicional de establecer la legislación electoral con

el proyecto natural de regular la actividad electoral y a su vez de garantizar la permanencia en el poder de las fuerzas circunstancialmente mayoritarias.

REFERENCIAS

Asociación Civil Súmate (2009). **Análisis de Súmate Ley de Procesos Electorales (LOPRE)**. Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Asociación Civil Súmate (2010). **Informe SÚMATE Circunscripciones Electorales Para las Elecciones de Diputados a la AN 2010.** Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Álvarez Conde, E. (2005). Los Principios del Derecho Electoral, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 9. Madrid, (mayo-agosto).

Asamblea Nacional Constituyente (1999). **Diario de Debates.** Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Asamblea Nacional Constituyente (2000). **Diario de Debates.** Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Cotteret, J. y Emeri, C. (1973). **Los Sistemas Electorales.** Barcelona: Oikos-Tau, S.A.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 36.380**, Diciembre 30. Caracas. Venezuela.

Cavadías, E. (2002). Proporcionalidad y Pluralismo Político 1984 – 1995. **Revista Espacio Abierto**, 11 (04), p. 707.

Correa, M. (s/f). **El Sufragio en Venezuela y el Poder Electoral.** Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Consejo de Estado (2009). **Informe Del Consejo de Estado Sobre Las Propuestas De Modificación Del Régimen Electoral General.** España. Mimeografiado. Autor.

Cabanellas, G. (1979). **Diccionario Jurídico Elemental.** Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Casal, J. y Chacón A. (2001). **El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano.** Venezuela: UCAB.

Domínguez, F. y Franceschi N. (1984). **Historia De Venezuela Contemporánea.** Venezuela: Ediciones CO-BO.

Delgado, F. (2010). **Elecciones en Venezuela.** Venezuela: IFEDEC.

Emmerich, G. y Medina, L. (2002). Problemas de la Representación Proporcional: La Elección de Diputados Locales en Guerrero, 2002. **Revista Justicia Electoral**, XX (XX), p. 9.

Fajardo, A. (2006) **Principios de Derecho Constitucional General Y Venezolano.** Venezuela: Escuela Técnica Popular "DON BOSCO".

Garay, J. (2001). **La Constitución Bolivariana**. Caracas. Venezuela: Corporación AGR, S.C.

Jiménez, A. (2004). **Análisis de la Legislación Electoral en los Últimos 46 Años**. Trabajo de Grado para optar al título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Fermín Toro. Barquisimeto (Venezuela).

Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.928 (Extraordinario), Agosto 12, 1980.

Laserna, R. (2007). **Constitución Y Poder Político.** Bolivia: Plural editores.

Martínez, E. (2009, Junio 17). Ley De Procesos Electorales Destruye La Igualdad Del Voto. **El Impulso**, p. C6.

Martínez, E. (Ponente). (2009). La Representación Proporcional ¿El Mejor Sistema Para Venezuela? (Diapositivas). Caracas, Venezuela: Súmate A.C.

Novo, E. (2001). **Los Sistemas Electorales Principales del Mundo El Nuevo Sistema Electoral de la Provincia de Córdoba de Acuerdo a la Reforma Constitucional de Septiembre de 2001**. Argentina: Quinto Congreso Nacional de Ciencia Política - Sociedad Argentina de Análisis Político-14 al 17 de Noviembre.

Nohlen, D. y Fernández M. (1998). **El Presidencialismo Renovado.** Caracas: Nueva Sociedad.

Suárez, N. (2006). **Punto Fijo Y Otros Puntos.** Caracas: Fundación Rómulo Betancourt.

Santaolalla, F. (2004). **Derecho Constitucional.** Madrid: Editorial DYKINSON, S.L.

Ossorio, M. (2000). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Oppenheimer, A. (2005). **Cuentos Chinos.** Venezuela: Editorial Debate.

Palacios, L. (2009). Conferencia. Barquisimeto: Sala Alternativa Juan Carmona.

Rachadell, M. (2007). “Consagración, Auge y Declinación del Principio de Representación Proporcional en el Derecho Electoral Venezolano”. **Revista Politeia**, 39 (30), p. 223.

Rey, J. (2007). **Seminario Sobre La Legislación Electoral Venezolana**. Caracas: Venezuela. Mimeografiado. Autor.

Savater, F. (2008). **Política para Amador.** Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A.

Serra, Y. (Ponente). (2005). Incidencia De Las Morochas En Los Resultados De La Elección de Concejales En Las Elecciones Municipales Del 2005 Estado Carabobo (Diapositivas). Carabobo. Venezuela: Metropinion Consultores.

Sartori, G. (1996). **Ingeniería Constitucional Comparada.** Chile: Fondo de Cultura Económica.

Virtuoso, J. (2009). El Ganador Se Lo Lleva Todo. **Revista SIC**, 716 (LXXII), p. 244.

Vecchio, C. (Ponente). (2009). Proyecto De Ley Electoral ¿"Neoliberal Salvaje"? Las 3 Trácalas (Diapositivas). Caracas. Venezuela: Venezuela Libre.

Electrónicas

A través de Venezuela. (2010). "*Sin Representación Proporcional el Voto es tan Sólo una Entelequia*". Disponible: http://www.atravesdevenezuela.com/ATV/node/13096/backlinks. [Consulta: 2017, Enero 12].

ACE Electoral. (2010). **Sistema De Representación Proporcional.** Disponible: http://aceproject.org/main/espanol/es/esf.htm [Consulta: 2017, Mayo 16].

BBC Mundo. (2010). **Una Reforma Que Cambiaria Al Reino Unido.** Disponible: http://www.bbc.co.uk/mundo/internacional/2010/05/100511_reino_unido_reforma_electoral.shtml [Consulta: 2017, Mayo 14].

Consejo Nacional Electoral. (CNE). (2010). **Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.** Disponible: http://www.cne.gov.ve/documentos/leyorg.php. [Consulta: 2017, Enero 12].

Consejo Nacional Electoral (CNE) (2010). **Reglamento N° 7 De La Ley Orgánica De Procesos Electorales En Materia De Totalización, Adjudicación Y Proclamación.** Disponible: http://www.cne.gov.ve/elecciones/2010/parlamentarias/documentos/REGLAMENTO_7.pdf [Consulta: 2017, Junio 15].

Consejo Nacional Electoral (CNE) (2010). **Estatuto Electoral Del Poder Público.** Disponible: http://www.cne.gov.ve/documentos/estatuto00.php [Consulta: 2017, Junio 15].

Diario La Verdad. (2010). **Eliseo Fermín: Ley Electoral Sólo Favorece Al Chavismo.** Disponible: http://www.laverdad.com/index6.php [Consulta: 2017, Mayo 14].

Enciclopedia Jurídica Biz14. (2000). **Sistema Electoral Proporcional.** [Página Web en línea] Disponible: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/sistema-electoral-proporcional/sistema-electoral-proporcional.htm. [Consulta: 2017, Enero 12].

Globovision.com. (Globovisión). (2010). **Partidos Políticos de Oposición No Participarán en las Elecciones del 4 de Diciembre.** Disponible: http://www.globovision.com/news.php?nid=15129. [Consulta: 2017, Febrero 18].

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2010). **D'hondt.** Disponible: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/dhondt.htm [Consulta: 2017, Mayo 16].

La Tribunal de Ciudad Real (2010). **Europa Influye en el Cambio del Sistema Electoral Británico.** Disponible: http://www.latribunadeciudadreal.net/noticia.cfm/Local/20100506/europa/influye/cambio/sistema/electoral/britanico/69D171AB-FCBA-CF2A-2362E39EBAEE8DAF [Consulta: 2017, Mayo 16].

Mi Punto Punto Com (2010). **Ley Orgánica del Poder Electoral.** Disponible: http://www.mipunto.com/venezuelavirtual/leyesdevenezuela/leyesorganicas/leyorganicadelpoderelectoral.html [Consulta: 2017, Junio 15].

Soberanía (2008). **Las "Morochas" son inmorales.** Disponible: http://www.soberania.org/celina_anez_portada.htm [Consulta: 2017, Julio 14].

Súmate. (2010). **CNE Elimina Elecciones De Sectores Minoritarios.** Disponible: http://www.sumate.org/index.html [Consulta: 2017, Mayo 14].

Súmate. (2010). **En Las Elecciones Parlamentarias Los Venezolanos Podrán Emitir Entre Tres A Seis Votos.** Disponible: http://www.sumate.org/Noticias/NPS/2010/327.html [Consulta: 2017, Mayo 15].

Venelogía. (2010). **Informe De La OEA Sobre Elecciones Parlamentarias En Venezuela.** Disponible: http://www.venelogia.com/ [Consulta: 2017, Mayo 14].

Venezolana de Televisión. (2010). **Personalización Del Sufragio Beneficia A Todo El Electorado Venezolano.** Disponible: http://www.vtv.gov.ve/noticias-nacionales/21175 [Consulta: 2017, Mayo 15].