

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano III - Número 10
Abril a Junho de 2011**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Dr. José Campello de Oliveira Júnior

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva – BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira – RJ

Claudia Lima Marques – RS

Claudio Araujo Pinho – MG

Éster Kosovski – RJ

José Antônio Figueiredo de Almeida Silva – MA

Luis Dilermando de Castelo Cruz – RJ

Roberto Antônio Busato – PR

Sérgio Ribeiro Muylaert – DF

Vitor Sardas – RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2011.

Ano III – Número 10. Abril a Junho de 2011

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

DOUTRINA

- 4** **Assis, José Eduardo Ribeiro de**
Inflação, a Correção Monetária e o Código Civil
- 17** **Castellar, João Carlos**
A Recepção no Direito Penal Brasileiro do
Conceito de Crime Organizado
- 36** **Carvalho , Milton Paulo de**
Português do Projeto
- 54** **Medina , Paulo Roberto de Gouvêa**
Advocacia criminal e advocacia criminosa
- 63** **Oliveira, Bernardo Anastasia Cardoso de**
Histórico Evolução e Desfecho da Sucessão
- 74** **Pinho, Cláudio A.**
Estado de Derecho, Democracia y el Fortalecimiento de las
Instituciones - Relectura necesaria para el Siglo XXI
- 85** **Schreiber, Simone**
O Princípio da Presunção de Inocência

Doutrina

Inflação, a Correção Monetária e o Código Civil

José Eduardo Ribeiro de Assis

“Apesar de serem inúmeros os desastres que causam a decadência dos reinos, principados e repúblicas, penso que os mais importantes são estes quatro: a discórdia, a mortalidade, a esterilidade da terra e a desvalorização da moeda”

Nicolau Copérnico ¹ (1526)

O início: o contexto monetário na edição do nosso primeiro Código Civil

Há poucos dados confiáveis sobre os índices de inflação no Brasil até a primeira Guerra Mundial. Sabe-se que o problema já existia, eis que ao longo do século XIX o governo “se manteve sempre propenso ao déficit orçamentário que, em vários anos, chegou a ultrapassar vinte por cento das despesas”. ² Em 1821 D. João VI volta para Portugal e leva consigo todo o ouro depositado no então denominado Banco do Brasil, causando sua quase bancarrota (não obstante a sua liquidação formal somente tenha ocorrido em 11/12/1829). Há entre estas datas um surto de emissão de papel-moeda, como podemos observar na seguinte tabela³:

Anos	Papel-moeda em circulação	Índice (1822+100)	Variação percentual
1822	9.171	100	
1823	9.994	108	+ 8,9
1824	11.391	124	+ 13,9
1825	11.941	130	+ 4,8
1826	13.391	146	+ 12,8
1827	21.575	235	+ 61,1

¹ COPÉRNICO, Nicolau. **Sobre a moeda**. Curitiba: Segesta, 2004, p. 103.

² SIMONSEN, Mario Henrique. A tolerância inflacionária. In: **Brasil 2001**. Rio de Janeiro: APEC, 1969, p. 119.

³ FERREIRA, Pinto. **A inflação**. São Paulo: RT, 4ª edição, 1993, pág. 73.

Por outro lado, nos períodos de 1866 a 1870 e 1893 a 1898 houve uma acentuada expansão monetária, sendo “bem pouco provável que esses episódios tenham deixado de produzir taxas expressivas de inflação”.¹ Ainda que o fenômeno inflacionário tenha trespassado todo este período histórico, nada se compara à dimensão que viria a assumir a partir da segunda metade do século passado.

Foi neste período de relativa estabilidade política e econômica, na virada dos séculos XIX para o XX, que veio a lume o primeiro Código Civil Brasileiro. Desde 1824 a constituição determinara a elaboração dos códigos civil e criminal, “fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”. O código penal veio em 1830 e em 1850 tivemos nosso Código Comercial; contudo, ao final do século XIX, ainda não tínhamos nosso Código Civil. Continuávamos a usar as vetustas Ordenações Filipinas, que sequer em Portugal tinham mais vigência (com a edição do Código Civil Português de 1867).

O projeto entregue por Clóvis Bevilacqua ao apagar das luzes do século XIX teve dificultosa tramitação legislativa e somente veio a ser aprovado em 1916, com uma *vacatio legis* até 1917. Fruto da visão liberal da época, o § 1º do art. 947, que regulava o pagamento (e que somente veio a ser revogado expressamente² pela Lei 10.192/2001³) dispunha que “é, porém, lícito às partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional, ou estrangeira” – ou seja, negava-se o curso forçado da moeda. Afirma-se, neste particular, que tal opção não “foi senão o reflexo de um período em que importantes inversões estrangeiras, sobretudo capitais britânicos, que então se aplicavam em investimento de infraestrutura e nos serviços públicos concedidos”.⁴ Chancelava-se o que Arthur Nussbaum, em sua clássica obra, chamou de *obrigações valutárias*.⁵

¹ SENNA, José Júlio. **Política Monetária**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010, p. 423.

² Não obstante tenha o Decreto 23.501/33 disposto que: “Art. 1º. É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel. “Art. 2º. A partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos exequíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal.”

³ Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

⁴ CHACEL, Julien; SIMONSEN, Mario Henrique; WALD, Arnoldo. **A correção monetária**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p. 16.

⁵ “Las deudas cuyo importe aparece determinado en moneda extranjera se denominan deudas de moneda extranjera, o, con una expresión ciertamente más imprecisa pero más corriente y mejor consolidada, deudas valutarias (*valutaschulden*). La adopción, como base de la deuda, de una moneda extranjera puede darse en varios sentidos. Solamente existe deuda valutaria propia o auténtica cuando el acreedor tiene derecho a la entrega de signos monetarios de un sistema extranjero. Pero con cierta frecuencia se da también El caso de que el acreedor tenga un derecho realizable en moneda nacional, que, por sua cuantía, equivale a una determinada suma de moneda

O diploma fixou a taxa legal de juros em 6% ao ano (art. 1062), ressaltando que os juros remuneratórios “podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização” (art. 1262). No tocante ao direito contratual, o nosso código rompia com a nossa tradição jurídica ao não disciplinar a lesão contratual. Da mesma forma, negava a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão. Era o império do *pacta sunt servanda*.

Seria um evento de natureza econômica que viria a transformar nossa realidade jurídica: o encilhamento da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 ¹.

Não que o estouro da bolha especulativa da bolsa americana tivesse comprometido o mercado de capitais no Brasil. Ele, evidentemente, inexistia. O nosso problema foi que a partir da crise de 1929 se instalou uma grave crise no setor cafeeiro, nossa principal *commodity*, responsável à época por cerca de 60% das nossas exportações. O preço do café Santos 4 no mercado de Nova Iorque desabou a partir do segundo semestre de 1929; “desceu de 22,4 cents/libra-peso, em setembro, para 15,2 em dezembro, para atingir 14,1 cents/libra-peso, em média, no primeiro semestre de 1930 e 12 no segundo semestre do mesmo ano.”²

Em 1929 a exportação de café rendera ao país 67,3 milhões de libras esterlinas; no ano seguinte tal receita caiu para 41,2 milhões. Pressionado pelos produtores de café, Washington Luís recusou a conceder linhas de financiamento subsidiadas, na expectativa – que não se confirmaria – que a depreciação do preço do café seria compensada com um aumento no volume de exportações. A crise do setor seria o estopim para a revolução de 30, eis que “na medida em que a crise mundial se acentuava, tornava-se mais claro para a oposição que este setor ficara profundamente afetado e que o instante chegara para tentar quebrar sua predominância”. ³

Por outro lado, a depreciação do câmbio não impediu que as empresas concessionárias de serviços públicos pedissem reajustes nas suas tarifas, com base na novel concepção das *dívidas de valor*.

extranjera. Estas son las deudas valutarias improprias o ficticias. (NUSSBAUM, Arthur. **Teoría jurídica del dinero**. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1929, p. 295).

¹ Interessante notar que a crise de 1929 não gerou inflação nos Estados Unidos, mas deflação. De fato, “a grande depressão de 1929-32 foi o período de deflação mais intenso de que se tem notícia, com uma queda média dos preços na maioria dos países de 10% ao ano. As consequências sobre o emprego e a produção foram devastadoras: nos Estados Unidos, por exemplo, a produção global (medida pelo Produto Nacional Bruto) caiu quase 30% e, em 1933, cerca de 25% dos trabalhadores estavam desempregados. Este episódio aumentou tremendamente a convicção entre os economistas de que uma inflação é muito menos nefasta que um deflação.” (LOPES, Francisco. **O desafio da hiperinflação**. Rio de Janeiro: Campus, 2ª edição, 1989, p. 29).

² DELFIM NETTO, Antônio. **O problema do café no Brasil**. Campinas: Unesp, 2009, 3ª edição, p. 117.

³ FAUSTO, Boris. **História geral da civilização brasileira**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, tomo III, volume 9, p.453.

Foi somente a partir desta época que surgiu a legislação determinando o curso forçado da moeda; inicialmente, através do Decreto n. 23.501 ¹, de 27 de novembro de 1933, cerca de dois meses após os Estados Unidos terem expedido uma *joint resolution* semelhante. Outras normas foram publicadas, até a edição do Decreto-Lei 857/69, ainda em vigor, que em seu artigo 1º determina que “são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”.

Com a edição da primeira norma acerca do curso forçado da moeda começava a se evidenciar um descompasso entre a realidade econômica e o nosso código civil. A solução surgira como resultado do binômio crise econômica *versus* governo autoritário. Mas seria um segundo fenômeno econômico que transformaria novamente nosso arcabouço jurídico: o recrudescimento da inflação.

O aumento das taxas de inflação e o surgimento da correção monetária

A partir de 1959 a inflação começa a se tornar um problema grave. Neste ano o custo de vida em São Paulo aumentou 42,7% a.a., e na Guanabara 52% ². Houve uma pequena queda em 1960 (para cerca de 25 a 30%), mas em 1961 os índices ficaram entre 40 e 50% e em 1962 entre 50 e 60%. Em 1963, durante o conturbado governo de João Goulart, a inflação atingia 80%. Nos três primeiros meses de 1964 o índice acumulado atingiu 25% o que, anualizado, daria um total de 144%.

Por outro lado, a emissão de moeda atinge níveis alarmantes. A tabela a seguir ³ demonstra quanto tempo demorou para que o Brasil dobrasse sucessivamente o volume de moeda emitida (valores em bilhões de cruzeiros):

Anos	Períodos	Meio circulante
1930 a 1940	10 anos	2.800 a 5.000
1940 a 1943	3 anos	5.000 a 10.000
1943 a 1946	3 anos	10.000 a 20.000

¹ É interessante notar que o Congresso foi fechado por Vargas de 1930 a 1934. O executivo passou a legislar através de Decretos, todos com força de lei. A denominada *lei da usura*, o Decreto 22.626/33, é desta época.

² Os índices foram obtidos em CHACEL, Julien; SIMONSEN, Mario Henrique; WALD, Arnoldo. **A correção monetária**. Rio de Janeiro: APEC, 1970, p. 3 e seguintes.

³ RAMOS, José Nabantino. **Inflação e deflação**. São Paulo, 1963, p. 51.

1946 a 1952	6 anos	20.000 a 40.000
1952 a 1956	4 anos	40.000 a 80.000
1956 a 1959	3 anos	80.000 a 160.000
1959 a 1961	2 anos	160.000 a 320.000
1961 a 1962	1 ano	320.000 a 509.000

Tal qual ocorrera na década de 30, os problemas econômicos foram acompanhados de uma mudança na ordem institucional: o golpe de 1964. A história se repetia e a crise econômica vinha acompanhada de um governo autoritário.

O regime militar que nascia adotou o PAEG (Programa de Ação Econômica do Governo) que conseguiu relativo sucesso no combate à inflação. De fato, em 1965 os índices na Guanabara recuaram para cerca de 45% a.a.; em 1966, algo em torno de 40%; no biênio 1967/1968, cerca de 25% a.a.

No bojo das medidas do governo que chegava viria a sua maior novidade: a criação da correção monetária, como sustentáculo da estabilidade monetária e condição para a retomada do crescimento econômico.

O fundamento teórico da correção monetária já vinha sendo desenvolvido pela doutrina há anos. Partindo da dicotomia entre dívidas de dinheiro e dívidas de valor trazida ao Brasil por Ascarelli, a doutrina passa de um momento inicial restritivo (onde não se consegue “apontar como dívida de valor sem contestação séria senão aquelas de natureza estritamente alimentar”¹) para uma adoção mais ampla do conceito, pois o que torna uma dívida dessa espécie é a sua alterabilidade, com respeito à equivalência das prestações, a par de se assegurar ao credor o direito à percepção de uma soma em dinheiro representativa do valor real de seu crédito, em termos de manutenção do poder aquisitivo da moeda.²

Mas foi Arnoldo Wald, ainda em 1956, quem primeiro se dedicou à defesa da chamada cláusula de escala móvel como remédio para os problemas decorrentes da inflação. Ao analisar as cláusulas que permitiam o pagamento em moeda estrangeira, afirmava ele que

“ Na realidade, nenhuma dessas cláusulas garante, de modo absoluto, o credor contra a desvalorização da dívida. Não é só a moeda nacional que oscila, também pode oscilar o valor do ouro e das moedas estrangeiras. A cláusula de escala móvel, que fixa o *quantum* da dívida, em relação ao índice de variação do custo de vida ou dos salários ou de algumas mercadorias, atenderia melhor ao anseio de dar certa estabilidade à dívida monetária, de manter o seu poder aquisitivo, ou seja, o seu valor. Como o valor da moeda varia em proporção inversa aos preços, a cláusula de

¹ LIMA, Paulo B. de Araújo. **A correção monetária sob a perspectiva jurídica**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p.33.

² SANTOS, J. A. Penalva. **A aplicação da correção monetária como pena no processo civil**. Rio de Janeiro: Folha Carioca Editora, s/d., p. 13.

escala móvel, que fizesse variar certa obrigação de acordo com o índice de custo de vida, alcançaria o seu objetivo, que é a estabilidade e a segurança.¹

Talvez tenha sido no mercado imobiliário que a correção monetária exerceu o papel mais importante.

Desde a década de 40 acentuava-se o crescimento da população urbana no Brasil, tendo como contrapartida o decréscimo da população rural. É justamente no meio da década de 60 – no momento do golpe militar – que o Brasil deixa de ser um país rural para tornar-se um país urbano. Evidentemente que tal situação veio acompanhada de uma maior demanda para imóveis residenciais urbanos. Atender ao pleito popular de uma maior oferta de imóveis residenciais se tornou uma das prioridades do regime militar.

O mercado imobiliário encontrava-se estagnado na década de 60. A aceleração da inflação no início da década de 60 depreciara os valores dos aluguéis. A legislação então em vigor também não facilitava a revisão dos valores contratados ou mesmo o desalijo dos locatários. Em situações como esta o mercado reage e os imóveis para locação escasseiam.

A solução viria com a lei 4380/64, que criou o Sistema Financeiro da Habitação, com uma tríplice motivação: a) impulsionar a construção civil, de forma a tentar atenuar os efeitos recessivos da política de combate à inflação (motivo econômico); b) ofertar imóveis para a camada mais popular, como forma legitimadora do novo regime (motivação social); e c) tentar implantar uma economia de mercado no Brasil, como antítese do regime proposto por João Goulart (motivação política).

É interessante notar que a correção monetária não foi implantada, ao menos inicialmente, de forma genérica. A lei 4.357/64² determinou a correção monetária do ativo imobilizado, das depreciações e do capital de giro, do lucro imobiliário, dos títulos da dívida pública e dos débitos fiscais. Mas a grande inovação da citada lei foi a criação da ORTN (obrigação do Tesouro Nacional), observando-se que “o valor nominal das Obrigações será atualizado periodicamente em função das variações do poder aquisitivo da moeda nacional” (§ 1º do art. 1º da Lei). A ORTN tinha poder liberatório para pagamento de qualquer tributo federal (§4º do art. 1º). Determinava o art. 2º da Lei que os recursos do Fundo de Indenizações Trabalhistas (o predecessor do FGTS) seriam necessariamente direcionados para a aquisição de tais títulos – o que garantia um fluxo constante de recursos para a aquisição dos papéis. A criação da

¹ WALD, Arnold. **A cláusula de escala móvel**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 2ª edição, 1959, p. 81.

² Posteriormente, a lei 4728/65 institucionalizou a correção monetária para vários títulos de créditos.

ORTN busca “recuperar o prestígio dos títulos da dívida pública para serem utilizados como fonte alternativa de financiamento não-inflacionário dos déficits de caixa da União.” ¹

Estava criada a correção monetária, como uma proposta de governo para combater os efeitos da inflação. É importante ressaltar este aspecto eis que, ao contrário de experiências semelhantes na França e na Alemanha “posteriores à 2ª Grande Guerra – em que as valorizações de créditos eram de inspiração negocial e judiciária – o valorismo brasileiro foi, desde o início, produto de um plano de governo, diante do qual a Jurisprudência foi, apenas, complacente.” ² Por outro lado, “a época era revolucionária `et por cause` a inventiva não se deteve a assuntar-se se continha nos parâmetros do direito constituído”. ³

O remédio – eficaz no primeiro momento – passou a ser usado de forma generalizada. Letácio Jansen lembra que “nos anos de 1965 e 1966 a doutrina da correção monetária, sempre fomentada pelo governo, continua a se alastrar pelo debilitado ordenamento jurídico brasileiro” ⁴. Um sem número de Leis e Decretos-Leis passam a adotar a correção monetária nos mais distintos setores⁵. A doutrina chega a invocar “o princípio constitucional de isonomia, sem a aplicação do qual a correção monetária se constituiria em autêntico privilégio, que o questionado princípio formalmente condena.” ⁶ A crescente aceitação da correção monetária coincide com a explosão inflacionária das décadas de 70 e 80.

A jurisprudência, cada vez mais, passa a aceitar a correção monetária. O próprio Supremo Tribunal Federal, em acórdão que teve como relator o Min. Aliomar Baleeiro⁷, chegou a invocar o princípio da isonomia para estender a incidência da correção monetária a situações

¹ ENDO, Seiti Kaneko. **Contribuição ao estudo da correção monetária**. São Paulo: EDUSP, 1989, p. 45.

² JANSEN, Letácio. **A correção monetária em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 3.

³ LIMA, Paulo B. de Araújo. **A correção monetária sob a perspectiva jurídica**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 5

⁴ JANSEN, Letácio. **Crítica da doutrina da correção monetária**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 34.

⁵ Segundo Letácio Jansen, entre 1964 e 1978 foram publicadas 37 Leis, 64 Decretos leis, 43 Decretos, 2 Atos Institucionais, 1 Ato Complementar e 1 Emenda Constitucional disciplinando, total ou parcialmente, a correção monetária – sem contar a referência ao tema nas Constituições de 1967 e de 1969.

⁶ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa. **Obrigações de pagamento em dinheiro**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1971, p. 66.

⁷ RE 80.287-RJ, julgado em 11.11.1975.

não previstas.¹ Posteriormente, a matéria chega a merecer súmula do Supremo Tribunal Federal.²

Evidentemente, “com a decretação da correção monetária generalizada, ficou institucionalizada a revolução contra o nominalismo jurídico”³. A moeda perde uma das suas principais funções, a de servir como referencial de valor. A partir de então passam a existir duas moedas: a moeda de pagamento e a moeda de conta (o indexador).

O equívoco histórico foi crer que a correção monetária pudesse servir como uma solução definitiva para o problema inflacionário. Como dito pela doutrina

Em que pese os fatores altamente positivos a seu crédito, a correção monetária não deve ser considerada como um instrumento que funcione em caráter permanente em uma economia. Admitir o contrário será o mesmo que considerar que a inflação não é um mal e que com ela podemos conviver eternamente, sem maiores danos ao equilíbrio fiscal, econômico e político do pai.

Em uma inflação estável ou decrescente, dependendo da periodicidade estabelecida para a sua apuração, a correção monetária ou não realimenta a taxa de inflação, ou então seu efeito é neutro. No caso de uma inflação crescente, o

¹ O problema não se restringiu ao Brasil. De fato, “em 1979, pelo menos sete países tinham um índice de inflação anual acima de 50%, e mais de sessenta países, inclusive a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, tinham inflação de dois dígitos. Entre os países mais afetados, nenhum sofreu um dano mais longo e mais severo do que a Argentina.” (FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro**. São Paulo: Planeta, 2009, p. 105)

² Súmula 562, de 15.12.76: “Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária.” Já na década de 90, após todos os dissabores vividos com a adoção desenfreada da correção monetária nas décadas de 70 e 80, afirmava o Min. Moreira Alves: “Esse foi o grande mal que se fez ao Brasil com a adoção da correção monetária institucionalizada. Criou-se a mentalidade de que onde há inflação não se pode sobreviver sem correção monetária, embora não haja nenhum País do mundo que tenha adotado essa política. A Alemanha, na segunda década do século, quando a inflação era muito mais grave do que a nossa, não adotou correção monetária institucionalizada, até porque os alemães sabiam que isto é a pior das pragas, pela circunstância de que a correção monetária é fator realimentador da inflação, além de criar estado psicológico favorável a ela, com a falsa sensação de enriquecimento que ela propicia. Para combater a inflação, para se sentir na carne os males da inflação, de imediato, é preciso acabar com a correção monetária. Então combate-se a inflação, porque todos sofrem; só não sofre o devedor relapso. A correção monetária é um jeitinho de convivência com a inflação. A desindexação total torna indispensável o efetivo combate à inflação, sem que os menos favorecidos sejam engodados com a ilusão do enriquecimento pelas cadernetas de poupança, nem que o capital seja desviado para a ‘ciranda financeira’. Ademais, a verdadeira atualização monetária só se faz com um índice que dela mais se aproxime e não evidentemente, com diversos como tivemos, pois a simples multiplicidade mostra que ou todos são falsos pelos métodos e expurgos que se adotam para chegar a eles, ou só um é que se aproxima da realidade e os demais são elementos de manobra” (ADIn 493-0/91, RT 690/187)

³ MATIAS, J. Rodrigues. **Correção monetária**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972, p. 120.

seu poder realimentador é dramático, principalmente em nosso País, em que a sua utilização está generalizada na economia, mais do que seria aconselhável... ¹

Este *poder realimentador* foi desconsiderado pelos economistas da época, não obstante tenha Galbraith deixado a lição de que “o medo à inflação que esta deixa atrás de si pode ser tão prejudicial quanto a própria inflação.” ²

O novo Código Civil

Foi no auge deste processo de gradual mas constante indexação da economia que foi elaborado o projeto que veio a se tornar o nosso novo Código Civil Brasileiro. Tal qual seu antecessor, o novo Código Civil dormitou no Congresso por décadas, somente sendo aprovado em 10.01.2002, com uma *vacatio legis* de 1 ano.

Embebido da cultura da correção monetária, o nosso atual código foi pródigo ao adotá-la. Afirma-se no art. 389 que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado; em seguida, o art. 395 dispõe que “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”; o art. 404, por sua vez, reafirmava a idéia de que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”; ao tratar das arras confirmatórias, estabeleceu-se que “se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”; o art. 487, ao disciplinar a compra e venda, deixou expresso que “é lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação”; já o art. 772, tratando do seguro, afirmou que “a mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios”; o § único do

¹ NESS Jr., Walter L. **A influência da correção monetária no sistema financeiro**. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977, p. 13

² GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. São Paulo: Novos Ubrais, 2ª edição, 1983, p.3.

art. 1395, ao regular o usufruto de títulos de crédito, afirma que “cobradas as dívidas, o usufrutuário aplicará, de imediato, a importância em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos”.

Há, como se observa, uma franca adoção da correção monetária *segundo índices oficiais regularmente estabelecidos*. Este é o sistema monetário adotado pelo nosso atual Código Civil.

Como se sabe, o projeto elaborado por Miguel Reale dormitou no Congresso por algumas décadas e somente entrou em vigor em 2002. Acontece que entre a sua elaboração do projeto e a vigência do novo Código Civil nós tivemos um evento econômico que transformou a realidade monetária do nosso país: o Plano Real.

As décadas de 80 e 90 foram pródigas em edições de planos econômicos, todos fracassados – ainda que, em um primeiro momento, tenham aparentado sucesso. Sem nunca conseguir abrir mão por completo da indexação, os planos tentam conter o aumento dos índices de inflação, sempre partindo da premissa que “como a inflação leva à indexação, e a indexação perpetua a inflação, a melhor forma de desestimular a indexação a médio prazo é conter a inflação a curto prazo.”¹

A realidade viria a se modificar com a adoção do Plano Real, em 1994. O artigo 28 da medida provisória 542, de 30.6.1994, vedou a correção monetária em períodos inferiores a 1 ano. Da mesma forma, o art. 11 da Lei 8.880, de 27.5.1994, *permitiu* a estipulação de “cláusula de reajuste de valor por índices de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano.” Por fim, o artigo 2º da Lei 10.192, de 14.2.2001, determinou que

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Um dos diferenciais do Plano Real foi a prévia adoção da Unidade Real de Valor (URV), “dotada de curso legal para servir exclusivamente como valor monetário” (art. 1º da Lei 8.880/94). Como dito na exposição de motivos do Plano²

¹ MODIANO, Eduardo. **Da inflação ao cruzado**. Rio de Janeiro: Campus, 1986, p. 113.

² E.M. Interministerial Nº 205/MF/SEPLAN/MJ/MTb/MPS/MS/SAF, de 30.6.1994.

Neutralizada a principal causa da inflação, que era a desordem das contas públicas, a criação da URV proporcionou aos agentes econômicos uma fase de transição para a estabilidade de preços. Padrão de valor que se integrou ao Sistema Monetário Nacional, com sua cotação fixada diariamente pelo Banco Central do Brasil com base na perda do poder aquisitivo do Cruzeiro Real, a URV veio restaurar uma das funções básicas da moeda, destruída pela inflação: a função de unidade de conta estável para denominar contratos e demais obrigações, bem como para referenciar preços e salários.

A exposição de motivos também é bastante clara ao tratar da correção monetária, a saber:

Trinta anos de experiência com a correção monetária baseada em índices de preços demonstram cabalmente a necessidade de eliminar-se ou, ao menos, restringir este instituto para se alcançar a estabilidade monetária plena, sem prejuízo da expansão das atividades econômicas. Esta eliminação, entretanto, como também o demonstram sucessivas tentativas frustradas de estabilização, não pode dar-se de um só golpe, sob o risco de ampla desorganização das relações econômicas do país.

Por estes motivos, esta Medida Provisória trata de restringir o âmbito de aplicação da correção monetária baseada em índices de preços, preservando-a somente ali onde sua manutenção parece ser necessária na atual etapa de reorganização econômica do país, ou seja, no mercado de trabalho, no mercado financeiro e nos contratos de longo prazo.

As normas de correção de salários foram estabelecidas no parágrafo 2º do art. 29 da Lei nº 8.880. Ali se assegura aos trabalhadores em geral, no mês da primeira data-base de cada categoria após a primeira emissão do Real, reajuste de salários em percentual correspondente à eventual variação do IPC-r entre o mês da primeira emissão do Real e o mês imediatamente anterior à data base.

Nas demais relações contratuais, fora do sistema financeiro, a correção monetária será admitida somente com periodicidade de aplicação mínima de um ano. E dentro do sistema financeiro, operações de curto e médio prazo deverão fazer-se preferencialmente referidas à Taxa Referencial - TR. Esta taxa não é um indexador do mesmo tipo que os índices de preços, pois reflete a taxa de juros mensal da economia, que se forma em função das expectativas de inflação futura e não da realidade da inflação passada, como ocorre os índices de preços.

Ao longo do processo de deterioração da moeda nacional nos últimos trinta anos, proliferaram os índices de preços usados como mecanismo de correção monetária. No caminho de restabelecimento do nominalismo e do abandono do instituto da correção monetária, impõe-se restringir esta proliferação de indexadores. Enquanto subsistir a correção monetária como componente, ainda que mitigado, das normas monetárias do país, ela deve ter restabelecida sua unicidade e seu caráter público. Por isso, esta Medida Provisória estipula,

como regra geral, que a correção da expressão monetária de qualquer obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994 somente poderá se dar pela variação acumulada do IPC-r, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Passados mais de 15 anos da implantação do Plano Real, não há como refutar o seu acerto. A inflação – ainda existente, mas comedida – deixou de ser o foco principal da nossa economia.

Conclusões

A análise *pari passu* da evolução da nossa codificação civil e da legislação que versa sobre a correção monetária evidencia um descompasso histórico que podemos apontar nas seguintes conclusões:

1 – Durante todo o período em que as elevadas taxas de inflação atormentaram a economia brasileira, em especial no período entre 1960 e 1990, tínhamos um código civil absolutamente despreparado para a realidade monetária da época. Toda a profícua legislação que foi criada a partir de 1964 para disciplinar a correção monetária veio a lume sem qualquer ajuste no código civil, que fora editado no início do século passado e adotara o princípio nominalista. Podemos dizer que entre 1960 e 1994 tivemos uma economia indexada e um código civil desindexado.

2 – O nosso atual Código Civil foi elaborado consoante a realidade econômica da década de 1970, de ampla e generalizada aplicação da correção monetária. Contudo, sua entrada em vigor foi precedida do Plano Real, que tem dentre suas premissas a proposta de desindexar a economia. Hoje, portanto, temos um código civil indexado e uma economia (ainda) em busca da sua total desindexação.

Referências bibliográficas

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa. **Obrigações de pagamento em dinheiro**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1971.

CHACEL, Julien; SIMONSEN, Mario Henrique; WALD, Arnaldo. **A correção monetária**. Rio de Janeiro: APEC, 1970.

COPÉRNICO, Nicolau. **Sobre a moeda**. Curitiba: Segesta, 2004.

DELFIN NETTO, Antônio. **O problema do café no Brasil**. Campinas: Unesp, 3ª edição, 2009.

ENDO, Seiti Kaneko. **Contribuição ao estudo da correção monetária**. São Paulo: EDUSP, 1989.

FAUSTO, Boris. **História geral da civilização brasileira**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, tomo III, volume 9, 2006.

FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro**. São Paulo: Planeta, 2009.

FERREIRA, Pinto. **A inflação**. São Paulo: RT, 4ª edição, 1993.

GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. São Paulo: Novos Ubrais, 2ª edição, 1983.

JANSEN, Letácio. **A correção monetária em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JANSEN, Letácio. **Crítica da doutrina da correção monetária**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES, Francisco. **O desafio da hiperinflação**. Rio de Janeiro: Campus, 2ª edição, 1989.

LIMA, Paulo B. de Araújo. **A correção monetária sob a perspectiva jurídica**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MATIAS, J. Rodrigues. **Correção monetária**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972.

MODIANO, Eduardo. **Da inflação ao cruzado**. Rio de Janeiro: Campus, 1986.

NESS Jr., Walter L. **A influência da correção monetária no sistema financeiro**. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977.

NUSSBAUM, Arthur. **Teoría jurídica del dinero**. Madrid: Librería General de Victoriano Suáres, 1929.

PERLMAN, Janice E. **O mito da marginalidade – favelas e política no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

RAMOS, José Nabantino. **Inflação e deflação**. São Paulo, 1963.

SANTOS, J. A. Penalva. **A aplicação da correção monetária como pena no processo civil**. Rio de Janeiro: Folha Carioca Editora, s/d.

SENNA, José Júlio. **Política Monetária**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.

SIMONSEN, Mario Henrique. A tolerância inflacionária. In: **Brasil 2001**. Rio de Janeiro: APEC, 1969.

WALD, Arnold. **A cláusula de escala móvel**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 2ª edição, 1959.

Advogado, especialista em Direito Privado e em Direito Empresarial, Mestre e Doutor em Direito. Procurador do Banco Central.

A Recepção no Direito Penal Brasileiro do Conceito de Crime Organizado

João Carlos Castellar

I – Sumário.

Visa este estudo prospectar a origem do conceito de “organização criminosa” ou de “criminalidade organizada” e a adoção de políticas criminais que o inseriram em nosso ordenamento jurídico, bem como a repercussão que isso trouxe para o Direito Penal positivo e também os reflexos criminológicos daí advindos.

À observação de que referido conceito provinha de Convenções Internacionais firmadas pelo País, estava no exame destes documentos a chave que nos permitiria iniciar o estudo da recepção deste conceito no Direito Penal e Processual Penal brasileiros, sendo este o mote da pesquisa.

Interessante verificar – o que se faz no bojo desta investigação – o quanto a recepção de normas internacionais, cuja elaboração na esfera da Organização das Nações Unidas sofre forte influência dos países econômica e militarmente mais desenvolvidos, traz elementos jurídicos exóticos e o quanto estes findam por atender a interesses ideologicamente muito bem demarcados, afinados com as correntes político-criminais mais penalizadoras.

II – Introdução.

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos os brasileiros o direito de reunião e a liberdade de associação¹, considerando estas garantias como cláusulas pétreas¹. Tradicionais

¹ Constituição de 1988: artigo 5º. A todos são assegurados perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente sem armas, em locais abertos ao público,

em nosso ordenamento jurídico, ditas garantias estiveram previstas em todas as nossas Cartas, exceto na do Império, cuja omissão era compensada com textos de lei ordinária, que reconheciam e regulavam “o *direito de reunião*, como desdobramento natural da *liberdade individual*”²⁻³.

Como se pode ver do texto constitucional atual e dos dispositivos correspondentes das Cartas anteriores, tanto o direito de reunião quanto a liberdade de associação⁴ nunca foram absolutos, exigindo-se, como ainda se exige, que as reuniões sejam públicas e pacíficas, bem

independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

¹ Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV – os direitos e garantias individuais.

² CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição de 1988. Vol. I (artigos 1º a 5º - I a LXVII)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, pp. 287-291.

³³ *Direito de reunião*: Constituição de 1891: artigo 72, § 8º. A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública; Constituição de 1934. Artigo 13, inciso 11. A todos é lícito reunirem-se sem armas, não podendo intervir a autoridade policial senão para assegurar ou restaurar a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não a impossibilite ou frustre; Constituição de 1937. Artigo 122, inciso 10. Todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditas em caso de perigo imediato para a segurança pública. Constituição de 1946. Artigo 141, § 11. Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com base nesse intuito poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite; Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Artigo 153, § 27. Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

Liberdade de associação: Constituição de 1824. Omissa; Constituição de 1891. Artigo 72, § 8º. A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública;

Constituição de 1934. Artigo 113, inciso 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida, senão por sentença judiciária; Constituição de 1937. Artigo 122, inciso 9º. A Constituição assegura a liberdade de associação, desde que seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes; Constituição de 1946. Artigo 141, § 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida, senão em virtude de sentença judiciária; Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Artigo 153, § 28. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

⁴ Pode-se diferenciar uma conduta da outra afirmando que em direito constitucional, o vocábulo *reunião* significa “a aproximação – ‘especialmente’ considerada – de algumas ou muitas pessoas, com o fim de informar-se, de esclarecer-se e de adotar opinião (deliberar, ainda que só no foro íntimo)”, enquanto que *associação* “é toda coligação voluntária de algumas pessoas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969. Tomo V*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 596 e 608).

como que as associações de pessoas tenham finalidade lícita.

Seguindo o histórico mandamento constitucional, a legislação penal pátria vem desde há muito criminalizando a conduta de reunirem-se pessoas para o fim de cometer crimes, seja de forma permanente ou esporádica, já que a co-autoria em muitos casos atua como circunstância agravante¹.

No Código Penal do Império do Brasil, de 1830, já se previa no seu artigo 285 o crime de “ajuntamento ilícito”, inserido no Capítulo dos chamados “crimes policiaes”²; no Código Penal de 1890 (Decreto n. 847, de 11/10/1890), editado na fase republicana, projetou-se a figura típica prevista no seu Título II, que trata dos “Crimes contra a Segurança da República”³; a Consolidação das Leis Penais, de 1932 (Decreto n. 22.213, de 14/12/1932), previa com o mesmo *nomen juris* o crime de “ajuntamento ilícito”, com texto rigorosamente idêntico; o Código Penal de 1940 (Decreto-lei n. 2.848, de 07/12/1940), cuja parte especial em grande parte ainda vigora, prevê no seu artigo 288 o crime de “quadrilha ou bando”⁴, desta feita inserido no Título dos Crimes contra a Paz Pública; por fim, a Lei das Contravenções Penais, editada 1941 que é contemporânea ao Código Penal de 1940, estando ainda em vigor, prevê em seu artigo 39 a proibição de se constituírem associações de caráter secreto⁵.

¹ Vide, por exemplo, o artigo 155, § 4º, IV, do CP.

² Art. 285: ajuntamento ilícito: Julgar-se-á cometido este crime, reunindo-se três ou mais pessoas com a intenção de se ajuntarem mutuamente para cometerem algum delito, ou para privarem ilegalmente alguém do gozo ou exercício de algum direito ou dever.

Pena: multa de vinte a duzentos mil reis, além das mais que tiver incorrido o réu.

³ Art. 119: ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar público, com o desígnio de se ajudarem mutuamente para, por meio de motim, tumulto ou azuada:

1º cometer algum crime;

2º privar ou impedir a alguém o gozo ou exercício de um direito ou dever;

3º exercer algum ato de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão

4º perturbar uma reunião pública ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa.

Pena: prisão celular por um a três meses.

⁴ Artigo 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armada.

⁵ Artigo 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação.

No entanto, a partir de determinado momento este quadro se modifica e a reunião de pessoas para a prática de determinados crimes passa a ser punida com muito mais severidade. Para bem situar o tema em estudo, necessário se faz pequena digressão histórica no campo da legislação sobre drogas, pois é nela que aparecerá pela primeira vez profunda alteração no avoengo conceito de quadrilha.

V – A criminalização da “associação para o tráfico”.

Pontue-se inicialmente que o desenvolvimento legislativo brasileiro para os delitos relacionados a drogas vem se orientando com base em um modelo internacionalista. Esta opção aparece claramente manifestada na reprodução na legislação positiva, que em muitos casos insere no texto legal as mesmas palavras com que foram redigidas as convenções internacionais, das quais o País é signatário. Assim, há longa data o modelo de política criminal para drogas adotado pelo Brasil é aquele determinado por estas Convenções, sofrendo, via de consequência, grande influência dos países mais poderosos econômica e militarmente.

Se o CP de 1940 já trazia inequívocos reflexos no *caput* do seu artigo 281 dos termos com que foi lavrada a Convenção de Genebra de 1936, promulgada através do Decreto n. 2.994, de 17/08/1938, a qual, de resto, não apenas inaugurou o fenômeno da proliferação dos verbos, mas passou a prever a criminalização específica para o crime de constituição de “sociedades ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados”¹, será a partir dos anos 1960/70 que acontecerá radical recrudescimento em nossa legislação, pois é quando a associação de pessoas para a prática de delitos relacionados a drogas, começa a receber reprimenda muitíssimo maior.

Seguindo este modelo internacionalista, percebe-se facilmente que ao incriminar, através

Pena: prisão simples, de seis meses, ou multa.

¹ A Convenção de Genebra para a repressão do tráfico ilícito de drogas foi assinada pelo Brasil em 26/06/1936, sendo promulgada através do Decreto n. 2.994, de 17/08/1938. Merece destaque seu artigo 2º, alíneas a e c:

Artigo 2º. Cada uma das Altas Partes Contratantes se comprometem a baixar as disposições legislativas necessárias para punir *severamente*, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções; (...); c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados.

edição da Lei n. 5.762, de 29.10.1971, a associação para o tráfico inserindo um § 5º no artigo 281 do CP de 1940¹, inexistente no texto original, o legislador estava seguindo a determinação contida no artigo 36 (disposições gerais), item 2, alínea *a*, I, da Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova Iorque, em 30/03/1961, que previa a criminalização da *participação deliberada* e mesmo a *confabulação* destinada a práticas relacionadas ao tráfico de drogas e inclusive os *atos preparatórios*².

Criou-se aí, pela primeira vez, um crime de quadrilha em que a conduta proibida teria a finalidade específica de cometer crimes relacionados ao tráfico ou ao consumo de substâncias entorpecentes. Vale ressaltar que a pena mínima atribuída a este crime foi em aumentada de mais um ano e a máxima de mais dois, tendo-se como referência o artigo 288 daquele mesmo Código. Além disso, em verdadeira afronta à nossa centenária tradição, foi diminuído para apenas dois o número mínimo de participantes da quadrilha, que antes era de pelo menos quatro.

Os estatutos legais que se seguiram à Lei n. 5.762/71³ já não mais alteraram o Código Penal, mas integraram o ordenamento como leis especiais, revogando o artigo 281, sendo que no tocante ao concurso de agentes seguiram o mesmo fio condutor indicado nos documentos internacionais, estabelecendo, a partir de então, tipos autônomos para a incriminação da associação para o tráfico.

Nesse passo, é editada a Lei n. 6.368, de 21/10/1976 (que vigorou por 20 anos), que em seu artigo 14 previa o crime de associação para o tráfico, bastando para sua configuração existência de apenas dois participantes, sendo a conduta punida, porém, com severidade bem mais acentuada do que a existente no modelo anterior, ou seja, a pena é aumentada para *três*

¹ Artigo 281, § 5º. Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

² A Convenção de Nova Iorque foi promulgada através do Decreto n. 54.216, de 27/08/64. Em seu artigo 36 (Disposições Penais), alínea *a*, inciso II, estabelece: “serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no parágrafo 1, *a participação deliberada*, *a confabulação* destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos”.

³ Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (em meio a estas duas leis vigorou a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, mas a parte referente aos crimes e às penas foram vetadas pelo Presidente da República, sendo aplicável, nesta parte, a lei anterior, isto é, a Lei 6368/76).

a dez anos de reclusão¹. A redação do artigo 35 da vigente Lei n. 11.343/06 é praticamente idêntica, inclusive estabelecendo a mesma pena, variando apenas a de multa, que nesta última é ainda mais onerosa.

Como se vê, diferentemente do tipo do artigo 288 do CP, que para sua caracterização prevê o concurso de pelo menos quatro participantes e exige que estes se reúnam de forma estável ou permanente, para o fim da perpetração de uma série de crimes, a criminalização para a conduta de associarem-se pessoas para o fim de cometer o crime de tráfico de drogas e condutas afins (plantar, colher etc.) é punida com severidade muito maior.

Realmente, a estabilidade e a permanência da quadrilha ou bando, que historicamente se constituíam em elementos objetivos desse tipo legal, não mais o integram quando a associação, agora até mesmo eventual, tem por finalidade o tráfico de drogas. Esta alteração se verifica com a inclusão no tipo da expressão “reiteradamente ou não”, implicando dizer que qualquer modalidade de participação, inclusive a simples co-autoria, mesmo que acidental ou pontual, é suficiente à sua configuração.

Todavia, no período indicado (1960/70) não foi unicamente para as hipóteses de prática de tráfico de drogas que a reunião de pessoas para seu cometimento passou a merecer sanção mais gravosa. Se esta associação se destinasse ao cometimento de crimes contra a chamada Segurança Nacional²⁻³ as penalidades também eram severíssimas. Para demonstrar o afirmado, observe-se, a título de ilustração, o que dispõem os artigos 12, 14 e 43 do Decreto-lei n. 898, de 29.09.1969 (Lei de Segurança Nacional)⁴.

¹ Artigo 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 ou 13 desta lei.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa.

² Vale registrar que a doutrina da segurança nacional foi “elaborada pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração no *National War College* e com ajuda de uma missão militar norte-americana” (BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade. Ano 3, n. 5/6, 1º e 2º semestres de 1998. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 77 e seguintes).

³ O conceito Segurança Nacional, segundo o entendimento da Escola Superior de Guerra é o seguinte: “É o grau de garantia que – através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares – o Estado proporciona, em determinada época, à Nação que jurisdiciona para a conquista ou manutenção dos Objetivos Nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões existentes ou potenciais” (in: CASTELLO BRANCO, Zonildo. *Segurança Nacional (dicionário teórico e prático)*. Rio de Janeiro: Secretaria de Segurança Pública (classificado como “Reservado”), 1977, p. 321.

⁴ Artigo 12. Concertarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores.

Estes dispositivos, tais quais aqueles relativos a drogas, puniam como delito autônomo a simples co-autoria, criminalizando o ato de associar-se a entidades consideradas “prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional” ou de “reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob nome falso ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional ou faze-lo funcionar nas mesmas condições, quando legalmente suspenso”¹. Veja-se que as penas atribuídas a estas condutas – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) – são bem mais graves do que as estabelecidas para o crime de quadrilha previsto no artigo 288, do CP.

Com efeito, tem início neste momento histórico a adoção de medidas político-criminais peventivo-positivas, de caráter marcadamente retributivista, sendo de notar que a legislação passou a promover inusitada aproximação entre o tráfico de drogas e os atos de inconformismo com o Regime Militar que governava o País, equiparando-se em gravidade a conduta de fazer oposição à ordem política estabelecida com a de comercializar substâncias entorpecentes proibidas (em alguns casos, até o mero uso)².

Pena – reclusão, de 1 a 5 anos.

Artigo 14. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e de 6 meses a 2 anos, para os demais.

Artigo 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob nome falso ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional ou faze-lo funcionar nas mesmas condições, quando legalmente suspenso”.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos.

¹ A Lei de Segurança Nacional em vigor, Lei n. 7.170, de 14/12/1983, criminaliza, em seu artigo 16, mas punido com pena mais branda, a conduta de “integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos”.

² Nesse sentido, são eloquentes os termos de conferência proferida no dia 1º/09/1972 por Pacheco e Silva. O discurso desse professor emérito da USP se inicia com a afirmativa de que “(...) na época em que vivemos, as nações livres estão constantemente ameaças, tanto externa quanto internamente, por *elementos interessados em nelas implantar o regime comunista*, para o que lançam mão de todos os meios e recursos ao seu alcance para destruir a resistência física, mental e moral daqueles que contra ele se insurgem. *Os tóxicos são hoje largamente empregados com esta finalidade, revelando-se um recurso poderoso*”. E termina com peculiar exortação: “Justifica-se, destarte, a adoção de medidas enérgicas e drásticas contra as *toxicomanias*, não só devido aos malefícios que delas decorrem para o indivíduo, mas também devido aos sérios *perigos que oferecem à Segurança Nacional*” (PACHECO E SILVA, A. C. *As toxicomanias e a segurança nacional*. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. V. 124, dez., 1972, p. 93-105.

Para Nilo Batista, a política criminal para drogas dessa época adotava um perfil indisfarçavelmente bélico, não sendo de espantar que “a produção jurídico-penal daquela conjuntura absorveu a idéia de que a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro de guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de métodos e dispositivos militares”¹

Exemplo deste movimento político-criminal permanece vigente até hoje na legislação positiva. O Decreto n. 86.716, de 10/12/1981, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19/08/1981), estabelece no seu artigo 104 que “nos casos de infração contra a *segurança nacional*, a ordem política ou social e a economia popular, assim como *nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente (...)*”, o inquérito de expulsão do estrangeiro deve ser “*sumário* e não excederá o prazo de quinze dias”.

Tem-se, assim, que aquele estrangeiro que atentar contra a Segurança Nacional ou que traficar de drogas será igualmente mal-visto pelas autoridades de imigração brasileira, que os quer rapidamente fora do território nacional, devendo, nestes casos, o inquérito de expulsão ser rápido.

V – O surgimento no cenário internacional dos conceitos de “conspiração”, “criminalidade organizada” e “organização criminosa”.

Esta política criminal para drogas, forjada num mundo bi-polarizado e indisfarçavelmente dirigida aos países subdesenvolvidos produtores de drogas e governados por ditaduras militares, é reafirmada no Brasil quando o País assina a Convenção de Viena em 21/02/71, promulgada através do Decreto n. 79.388, de 14/03/1977. Este documento, em seu artigo 22, parágrafo 2º, alínea *a*, II, obriga aos signatários a tratar como delito “passível de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade”, a “participação internacional, a *conspiração* ou as tentativas de cometer tais delitos, bem como atos preparatórios e operações financeiras relacionadas com os delitos mencionados neste artigo (...)”.

Este modelo persiste até que, em 20/12/1988, realiza-se em Viena a Convenção Internacional contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias psicotrópicas, promulgada através do Decreto n. 154, de 26/06/1991, que traz a obrigação aos países signatários da criminalização

¹ *Op. cit.* p. 87.

da *lavagem* de capitais e insere no contexto mundial as expressões “criminalidade organizada” e “organização criminosa”, sem, contudo, defini-las.

No preâmbulo desta última Convenção se reconhece a existência de vínculos “entre o tráfico ilícito e outras *atividades criminosas organizadas*, a ele relacionadas, que minam a economia lícita e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados”, na medida em que “gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às *organizações criminosas* transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis”.

Note-se que na Convenção de 1971 (Viena), foi incluído termo *conspiração*, jamais empregado em qualquer dispositivo penal brasileiro, mas que tem significado político-criminal específico, e que na Convenção de 1988 (Viena) já se cogita de “crime organizado” e “criminalidade organizada”, conceitos igualmente desconhecidos no Brasil, que, aliás, nunca registrara em sua crônica policial quadrilhas de delinquentes que adotassem modelo organizacional efetivo, sendo estas geridas, invariavelmente, de maneira tosca e improvisada.

É neste caldo de cultura que germinam a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.72, de 25.07.1990), que em seu artigo 8º altera a pena do artigo 288 do CP que passa a ser de três a seis anos “quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo” e a Lei n. 9.034, de 03/05/1995, a qual “define e regula meios de produção de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Além, é claro, da Lei n. 9.613, de 03/03/1998, que dispõe sobre a *lavagem* de capitais.

Malgrado não definir o que venha a ser uma “organização ou associação criminosa”, a Lei n. 9.034/95 introduziu em nosso ordenamento meios de persecução penal antes inexistentes no processo penal brasileiro, entre os quais a “ação controlada”, que “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”; a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”; e também a “infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados, mediante circunstanciada autorização judicial”¹.

¹ Lei n. 9.034/95, artigo 2º, incisos II e V.

O advento desta lei trouxe para a atividade policial brasileira meios investigatórios tipicamente norte-americanos, país onde “as principais técnicas e métodos frequentemente utilizados no combate ao crime organizado são três: a operação *undercover* (infiltração, legal e legítima, de agentes do governo nas organizações criminosas) , o uso de informantes e a vigilância eletrônica”¹.

Ocorre que a jurisprudência predominante na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo estudo de João Gualberto Garcez Ramos, se orienta no sentido de que, embora o agente atue “encoberto por uma identidade falsa, bem como externe propósitos falsos aos suspeitos que investiga, é sempre e sempre uma autoridade pública. A falsidade de sua identidade e se de seus propósitos não o legitima a mais falsidades ou a ilegalidades. Não pode, por exemplo, torturar um membro da organização criminosa. As declarações que colher dos suspeitos, nesse contexto, não funcionam como confissão, porque os suspeitos decidiram-se pelas declarações sob falsa representação”².

Demais disso, há ainda a IV Emenda, que “garante ao povo em geral em face das autoridades públicas – e não apenas um indiciado em particular – contra buscas e apreensões desarrazoadas e limita a expedição de mandados de busca ao requisito da causa provável”³⁻⁴. Bastante diferente do nosso processo penal, que permite seja desconsiderada a garantia da inviolabilidade do domicílio em hipóteses bem menos criteriosas, conferindo ampla discricionariedade ao juiz no ato de autorizá-la⁵.

VI – A necessidade de uma definição

Silenciando as Convenções internacionais antes mencionadas acerca do que consistiria exatamente uma organização criminosa, construíram este conceito a doutrina e a jurisprudência. Juan Carlos Ferré Olivé, socorrendo-se dos ensinamentos de Bottke, afirma que *organização criminosa* “significa a criminalidade de vários membros da sociedade, que mais do que para um fato concreto, se associam geralmente por tempo indeterminado e organizam sua atividade criminal como se fossa um projeto *empresarial*. A criminalidade que produz benefícios é a criminalidade organizada ‘*industrial*’”⁶.

¹ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998, p. 20.

² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 180.

³ RAMOS. *Op. cit.* p. 179.

⁴ EMENDA IV: O direito do povo estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas.

⁵ Veja-se artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Blanqueo de Capitales y Criminalidad Organizada*, em *Delincuencia Organizada - aspectos penales, procesales y criminológicos* (vários autores). Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 88 (tradução livre).

Trata-se de definição de alguma forma útil, pois permite, ao menos aproximadamente, identificar o que venha a ser a criminalidade organizada e entende-la como uma aquela que funciona nos moldes de uma genuína empresa comercial, supondo organização hierarquizada, administração profissional e disponibilidade de meios materiais e humanos para a execução de tarefas distintas e escalonadas, não se podendo, contudo, esquecer que a característica que lhe é mais peculiar é a sua (em maior ou menor grau) clandestinidade¹.

No campo da jurisprudência, vale aqui reproduzir julgado do Tribunal Supremo da Espanha, prolatado em janeiro de 1995, que considera que se está diante de uma organização criminosa quando

*"(...) los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultem de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de las personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es precisamente esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una 'empresa criminal'"*².

Tornando-se exigência universal uma definição legal do que venha a ser uma "organização criminosa", será na Convenção de Nova Iorque de 15/11/2000, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004, que se chegará a algum consenso a esse respeito.

Este documento internacional estabelece que "grupo criminoso organizado" será aquele "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material", definindo, ademais, que "grupo estruturado" será o "formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada".

Estabelecidas estas definições a Convenção, em seu artigo 5º, obriga os signatários à adoção de medidas legislativas visando criminalizar:

¹ CASTELLAR, J. Carlos. *Lavagem de Dinheiro – a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 122.

² *Apud*: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Ob. e p. cit.

"a) um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) o entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) a conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida.

b) o ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado".

A interpretação literal dos termos em que está lavrada esta Convenção leva à conclusão de que qualquer quadrilha deverá considerada pelo ordenamento jurídico interno dos países signatários uma *organização criminosa*, por mais rudimentar que seja sua composição, fazendo os seus membros parte do temível *crime organizado*. Não é preciso lembrar que os efeitos retóricos que daí se pode extrair são enormes e vão bem ao gosto da mídia ideologicamente interessada e de agentes de polícia que preferem caminhos investigativos desestabilizadores das garantias constitucionais dos suspeitos.

Cirino dos Santos faz acurada crítica desta novel nomenclatura, anotando que, "na verdade, existem dois discursos sobre 'crime organizado' estruturados nos pólos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre o *organized crime*, definido como *conspiração nacional* de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre *crime organizzato*, que tem por objeto de estudo original a *Máfia* siciliana".

Segundo este autor,

"o conceito americano de *organized crime* realiza funções políticas específicas: legitima a repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos e, eventualmente, justifica restrições externas a soberania das nações independentes, com o objetivo de impor diretrizes de política criminal para resolver problemas sociais internos determinados pela 'irracionalidade' da política americana anti-drogas",

enquanto que as

"(...) organizações de tipo mafioso italianas, originalmente dirigidas à repressão de camponeses em luta contra o latifúndio, teriam evoluído para empreendimentos urbanos, com controle da construção civil, do contrabando e da extorsão sobre o comércio e a indústria. Nas últimas décadas, a Máfia teria assumido características financeiro-empresariais, com empresas no mercado legal e a inserção no circuito financeiro internacional para a lavagem de dinheiro do tráfico de drogas. Assim, as organizações de tipo mafioso seriam estruturas de poder informal constituídas para proteger a realização de objetivos de lucro mediante intermediação parasitária das relações de capital e trabalho, entre produção e consumo, ou entre Estado e cidadão"¹.

Na mesma linha de pensamento, poder-se-ia dizer, com Bustos Ramírez, que "se vem destinando enormes esforços e que se tem aplicado grande quantidade de recursos a uma atividade que fundamentalmente está referida a um problema originado no exterior e que não está em conexão com a própria realidade" dos países periféricos, que aviltam suas tradições jurídicas para absorver conceitos que não lhes dizem respeito².

VII – As organizações criminosas, o mundo globalizado e a recepção de direitos.

Segundo Zuñiga Rodrigues, o "processo de unificação dos mercados, denominado de *globalização*, é o que explica o desenvolvimento transnacional da criminalidade organizada nos últimos 20 anos e seu espetacular salto que se verifica com a macrocriminalidade (criminalidade dos poderosos) e a grande danosidade dos últimos tempos", havendo, pois, a crescente necessidade de se coordenarem esforços de modo a encontrar soluções uniformes aos problemas jurídico-penais que transcendem as fronteiras nacionais³.

Deste modo, há de se verificar se o conceito de "organização criminosa" e de "crime organizado" alcançado pela Convenção de Nova Iorque contra o Crime Organizado

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime Organizado*: in <http://www.cirino.com.br/artigos-crime.htm> – página do Instituto de Criminologia e Política Criminal (23/10/02).

² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis S/A, 1996, p. 107 (tradução livre).

³ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal – contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2009, p. 61 (tradução livre).

Transnacional, que, reitere-se, é decorrência do refinamento doutrinário, jurisprudencial e legislativo obtido com a interpretação de uma longa sequência de anteriores Convenções, todas destinadas à repressão do tráfico de drogas e da *lavagem* ativos, está afinado com as tradições jurídicas brasileiras e se sua recepção no nosso Direito Penal positivo guarda alguma relação com a definição típica do crime quadrilha ou bando, que freqüenta nossos Códigos Penais há quase duas centenas de anos.

Para que se possa chegar a algum tipo aproximação de conceitos, não se pode esquecer, conforme palavras de Bernard Audit, que “estamos envolvidos em um movimento chamado de mundialização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas. Mas também por fenômenos sociológicos mais amplos: uma nova propensão a invocar-se o direito e a recorrer aos tribunais¹.

Antes de prosseguir, tenha-se em conta que por “sistema jurídico” deve-se entender o “conjunto de regras e instituições de direito positivo pelas quais se rege uma determinada sociedade”, as quais devem ser “suficientemente completas e importantes para os homens aos quais se aplicam permaneçam ligados entre si por uma comunidade de direitos”².

Assim sendo, a recepção pelo Direito Penal brasileiro do conceito de “crime organizado” e de “organização criminosa”, isto é, da “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema”³, deveria merecer acurada atenção no ato da elaboração legislativa subsequente, na medida em que, no dizer de Piña Rochefort, “fazer *direito comparado* é uma tarefa titânica, pois assim como fácil resulta a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, lembra o autor, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas⁴.

Não há dúvida de que as fontes que inspiraram a legislação brasileira no tocante à inserção em nosso ordenamento dos conceitos de “organização criminosa” e de “crime organizado” se encontram na legislação norte-americana, país considerado como exportador de direitos, uma vez que é econômico, política e militarmente mais desenvolvido do que o nosso, sendo capaz

¹ AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001, p. 7 (tradução livre por José Guilherme Bermman).

² CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN TOBEÑAS, José María, LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 15.

³ LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das Recepções de Direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46.

⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en le ámbito jurídico del 'Common Law'*. Granada: Editorial Colmares, 2002, p. 5 (tradução livre)

de exercer, como de fato exerce, decidida influência na Organização das Nações Unidas, entidade internacional onde são construídas as Convenções acima mencionadas, no seio das quais se elaborou o conceito ora em estudo.

Muito embora não se possa afirmar que a recepção dos conceitos em apreço tenha sido decorrência de “atos impositivos de potências colonizadoras”, mas sim de ato voluntário do Governo brasileiro, que vem assinando e promulgando as normativas internacionais que evocam a necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior a participação em “organizações criminosas”; não obstante, ademais, que a justificativa para tal se encontre, ao menos em caráter oficial, na necessidade de adaptação da nossa legislação penal e processual penal aos institutos estrangeiros de modo a que o País não fique isolado no contexto político-criminal internacional, não se tem notícia de que estudos doutrinários desenvolvidos no exercício da docência tenham sido realizados com a finalidade de verificar a conveniência da importação destes institutos para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional¹.

Para se examinar as vantagens que possam advir com a recepção de algum instituto – e não será diferente no caso do conceito de “organização criminosa” ou de “crime organizado” – deve-se fazê-lo, segundo lição da Prof^a Lyra Tavares, primordialmente sob duas óticas: a sócio-jurídica e a comparativa.

Em conformidade com esta autora, “para os sociólogos do direito a recepção apresenta-se como uma manifestação anormal, patológica, uma vez que contraria a tese de que o direito é produto de um determinado contexto social”. No caso da recepção pelo Brasil do conceito de “organização criminosa”, é de se ponderar que nossa sociedade prescinde da criminalização desta conduta, posto que, como se disse alhures, não se registra em nossa crônica policial nada parecido com aquelas organizações que se formaram nos Estados Unidos à época da edição naquele país da XVIII Emenda à Constituição, em 1919, que proibiu “a produção, venda, e o transporte de bebidas alcoólicas nocivas”², na esteira da qual se editou rigorosa legislação federal consubstanciada no *Volstead Act*, de 1920 – a “Lei Seca”.

Afinal, esta legislação, como assinala Tigre Maia, “enquanto esteve em vigor, possibilitou não só a criação e o desenvolvimento de incontáveis *organizações criminosas*, como propiciou a

¹ LYRA TAVARES. *Op. cit.*, p. 53.

² Emenda XVIII: Seção 1. No prazo de um ano seguinte à ratificação desta Emenda, a produção, venda e o transporte de bebidas alcoólicas nocivas estão proibidos no território dos Estados Unidos, da mesma forma que qualquer importação ou exportação das referidas bebidas com destino ou provenientes dos Estados Unidos e de qualquer território submetido aos efeitos de sua jurisdição.

Seção 2. O Congresso e os diferentes Estados terão conjuntamente o poder de assegurar a execução desta Emenda, por meio de legislação específica;

Seção 3. Este artigo apenas entrará em vigor após ser ratificado, como Emenda à Constituição, pelas legislaturas dos diferentes Estados, conforme as disposições da Constituição, num prazo de sete anos a contar da data em que o Congresso o submeter aos Estados.

geração de um mercado de fornecimento de produtos e serviços ilegais que movimentava milhões de dólares”¹. Além disso, foi para fazer valer os princípios que nortearam aquela Emenda XVIII que os Estados Unidos exerceram forte pressão na comunidade internacional no início do Século XX, dando início toda uma série de normativas tendentes a reprimir militarmente o tráfico de qualquer tipo de drogas e também as organizações criminosas que o realizavam e *lavavam* seus lucros, valendo-se da enorme velocidade que o mundo globalizado possibilita a movimentação financeira internacional.

Em terras brasileiras, exceção feita às disformes facções de bandidos que se digladiam em torno do controle de pontos para venda de drogas e pela manutenção do seu predomínio em alas das instituições penais em que estão custodiados, o máximo a que se chegou em termos de organização para a prática de ilícitos são os grupos, alguns formados em verdadeiras famílias, que gerem o “Jogo dos Bichos”, grupos estes que agora se antagonizam para exercer o controle do jogo eletrônico, sofrendo nessa atividade ilegal enorme concorrência do Governo, que mantém um sem-número de loterias legalizadas.

Mesmo assim, não se pode afirmar que tais delinqüentes compõem quadrilhas, pois estariam organizados para a prática de *contravenção penal*² e não de *crime*, o que é bastante diferente haja vista, sobretudo, que para a realização do tipo de injusto da quadrilha é necessário que a reunião de pessoas se destine à prática reiterada de *crimes* e não de quaisquer outros ilícitos penais, tais como os de menor potencial ofensivo e as contravenções em geral.

Poder-se-ia dizer, que ao recepcionar os conceitos em estudo nosso legislador o fizera obnubilado por um exagerado mimetismo, defluente da “segurança que infunde um sistema já em funcionamento” ou que agira “por preguiça, por pressa, por razões políticas etc.” ou talvez simplesmente seduzido por um bem lançado “apelo publicitário”, que chamara sua atenção para um produto pronto e acabado, mas que não permitiria se lesse as letras miúdas constantes ao pé do rótulo, que advertiriam que sua recepção poderia ocasionar “o sacrifício de valores tradicionais” do direito pátrio³.

Afinal, para que se possa proceder ao estudo das recepções de direito necessário se faz uma percuciente análise comparativa, tanto estrutural quanto funcional das instituições objeto da pesquisa, fazendo-se a partir daí uma múltipla leitura a seu respeito. Nesse diapasão, deve-se considerar a colocação do instituto dentro do sistema a que pertence, bem como a função que

¹ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 26.

² Na forma do Decreto-lei n. 6.259, de 10/02/1944, constitui contravenção penal (artigo 45): Extrair loteria sem concessão regular do poder competente ou sem a ratificação de que cogita o artigo 3º: Penas: de 1 (um) a 4 (quatro) anos de prisão simples, multa de cinco mil cruzeiros a dez mil cruzeiros, além de perda para a Fazenda Nacional de todos os aparelhos de extração, mobiliário, utensílios e valores pertencentes à loteria.

³ LYRA TAVARES. *Op. cit.* p. 55-6.

este lhe atribui e o modo pelo qual cumpre esta função. Além disso, para analisar adequadamente um instituto, é preciso conhecer o modo completo de operação do sistema em que está inserido.

A Prof^a Lyra Tavares, invocando Marc Ancel, relaciona os métodos de direito comparado com que se deve orientar o pesquisador comparatista para realizar sua tarefa: i) conhecer as raízes históricas, sócio-econômicas e jurídicas do instituto ou sistema importado e de seu funcionamento no contexto original; ii) o estudo das causas que levaram à sua recepção e das condições gerais do sistema receptor; iii) a análise do processo de aclimação ou de aculturação do instituto ou sistema importado, visando distinguir não só as transformações nele ocorridas, como aquelas sofridas pelo próprio meio receptor; iv) a aplicação dos mesmos procedimentos na análise de outro(s) caso(s) de recepção; v) o estabelecimento de correlações entre eles, com a identificação das dessemelhanças e a indicação dos motivos que as justifiquem”¹

No tocante a uma aproximação entre o sistema continental e o de *Common Law*, não pode haver dúvida de que determinadas instituições que funcionam perfeitamente em um podem não ser operacionais em outro, resultando em insuperáveis disfunções, anotando Piña Rochefort que

"(...) estas diferencias se aprecian no solo en los que ya constituyen lugares comunes del análisis comparado (como la contraposición entre el utilitarismo angloamericano y la argumentación sobre la base de principios de la sistemática continental, o la tolerancia de una duplicidad de fuentes de normas penales por uno y la sujeción estricta a la legalidad por el otro, sino también en muchos conceptos de menor abstracción – y no necesariamente informados por estos diversos principios). Este es el caso de la exigencia o no de una conducta por parte del autor para poder afirmar su responsabilidad, los diferente baremos que se utilizan para determinar si se han infringido deberes de cuidado, la relevancia o irrelevancia de ciertos errores etc.”².

VIII – Conclusão

Da forma como a recepção do conceito de “crime organizado” vem se operando no Brasil pode-se concluir que o instituto e o sistema em que está inserido não mereceram estudos acadêmico-comparatistas adequados, motivo pelo qual vem cumprindo função exclusivamente

¹ LYRA TAVARES. *Op. cit.* p. 62.

² PIÑA ROCHEFORT. *Op. cit.* p. 5.

retributivista ou preventivo-positivista¹, decorrente de um Direito Penal máximo, dotado de função meramente simbólica, que se destina a selecionar e encarcerar parte significativa da população que não se inseriu no mercado de trabalho e que se valem estratégias de sobrevivência ilícitas, participando, às vezes apenas periféricamente, do comércio de drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001;

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade. Ano 3, n. 5/6, 1º e 2º semestres de 1998. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998;

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis S/A, 1996;

CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN TOBEÑAS, José María, LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000;

CASTELLAR, J. Carlos. *Lavagem de Dinheiro – a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CASTELLO BRANCO, Zonildo. *Segurança Nacional (dicionário teórico e prático)*. Rio de Janeiro: Secretaria de Segurança Pública (classificado como "Reservado"), 1977;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime Organizado*: in <http://www.cirino.com.br/artigos-crime.htm> – página do Instituto de Criminologia e Política Criminal (23/10/02);

CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição de 1988. Vol. I (artigos 1º a 5º - I a LXVII)*. 3ª ed. Rio

¹ Em termos de teoria da Pena, a da prevenção geral *positiva* tem por fundamento, por um lado, a ameaça da punição para os que infringem condutas proibidas e, por outro, a própria execução da punição, que serviria de demonstração de que violada uma regra ditada pelo Direito Penal, a sanção correspondente ocorrerá implacavelmente. Em seu aspecto positivo, a pronta execução da penal estaria a demonstrar para a sociedade não só a *necessidade*, como também a *utilidade* do controle social, pois a efetiva punição do criminoso confirmaria e elevaria a fidelidade do povo ao Direito, atuando como uma força *moralizadora*, findando por endossar um Direito Penal *simbólico*. O aspecto *negativo* da idéia de prevenção geral é o que visa o controle social por meio da *intimidação* da coletividade, que deixaria de cometer crimes temerosa da gravidade da punição, não sendo raros os casos de ocorrência de puro terrorismo estatal, seja com o estabelecimento de penas altíssimas, com a criminalização de bagatela etc. (in CASTELLAR, J. C. *Op. cit.* pp.57-59)

de Janeiro: Forense Universitária, 1992;

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Blanqueo de Capitales y Criminalidad Organizada*, em *Delincuencia Organizada - aspectos penales, procesales y criminológicos* (vários autores). Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999;

LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das Recepções de Direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983;

PACHECO E SILVA, A. C. *As toxicomanias e a segurança nacional*. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. V. 124, dez., 1972;

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en le ámbito jurídico del 'Common Law'*. Granada: Editorial Colmares, 2002;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969. Tomo V*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987;

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998;

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006;

TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999;

ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal – contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2009.

O autor é Membro Efetivo do IAB, atuando na Comissão Permanente de Direito Penal; Mestre em Ciências Penais (UCAM); Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-RJ); Professor de Direito Penal Econômico no UNIFESO.

Português do Projeto

Milton Paulo de Carvalho

SUMÁRIO – **1. Advertências necessárias.** – 1.1. A pressa na elaboração e aprovação do Projeto de Código de Processo Civil. – 1.2. Limites destas observações. – 1.3. Ressalva quanto a erros em textos atuais. – **2. Da redação do Projeto a partir da leitura de alguns dos seus artigos.** – **3. Cláusulas de remissão.** – **4. Cacofonias e malsonâncias.** – **5. Estrangeirismos.** – **Conclusão.**

1. Advertências necessárias.

1.1. A pressa na elaboração e aprovação do Projeto de Código de Processo Civil.

É de todos conhecido que o Projeto de Código de Processo Civil, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados, sob a designação de PL 8.046/2010, é resultante de anteprojeto elaborado pela comissão de juristas integrada e presidida pelo Ministro Luiz Fux, nomeada pelo Ato n. 379, de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado, José Sarney. Em nove meses, a comissão apresentou o anteprojeto, isto é, em 8 de junho de 2010, recebendo, então, na Câmara Alta, a identificação PLS 166/2010. Em 20 de dezembro de 2010, o Projeto sai aprovado do Senado e dois dias depois (22/12/2010) dá entrada na Câmara dos Deputados, onde recebe a designação de PL 8.046/2010.

O tempo consumido entre a apresentação do anteprojeto ao Senado e a colocação para discussão na Câmara Federal não foi além de **196 dias corridos**.

Não se constituiu Comissão Revisora do anteprojeto.

Esta primeira advertência registra a estranheza, de que foi tomada a comunidade jurídica brasileira, assim entendida a militante no foro e a que de qualquer forma se ocupa do direito, pela maneira açodada de produzir-se e discutir-se, na mais alta Casa Legislativa da República, um anteprojeto de lei que se destina a regular toda a atividade jurisdicional não penal, no âmbito da justiça comum, estendendo-se à jurisdição trabalhista e com pretensões de servir supletivamente à justiça eleitoral, à penal e à administrativa. Em pouco mais de seis meses, o Senado aprovou o Projeto 166/2010, remetendo-o à Câmara dos Deputados, onde se identifica como PL 8.046/2010.

A rejeição do Projeto, cuja leitura imediatamente provoca, deve-se, em parte, à precipitação com que foi escrito. Erros há, de gramática, que recendem a uma aflitiva ânsia de entregar o quanto antes a encomenda.

Mesmo em se alegando ser a redação provisória e o texto submetido a correções antes de subir à sanção presidencial, é preciso considerar que o estudo e a análise que dele se fazem hoje projetarão a maneira como será lido e interpretado quando em vigor. Redigido como está, o Projeto não oferece essa possibilidade.

1.2. Limites destas observações.

Não fizemos apreciação exaustiva do texto do Projeto, pois reconhecemos que para tanto nos falecem capacidade e autoridade. Além de que tal empresa, assumida embora por quem contasse com tais atributos, não se conteria nos limites de um artigo. Foram glosadas as primeiras disposições e mais algumas, que a leitura para o estudo jurídico despertou como espécimes ora ofensivos à gramática, ora desprovidos da polidez, da gravidade e da elevação de um diploma legal, destinado a suceder o Código de Processo Civil de 1973, conhecido como “Código Buzaid”. Sirva, por isso, o conjunto das nossas observações como mera “amostragem” da cópia de erros e defeitos de linguagem a apurar-se no Projeto, bem assim para demonstrar como os deslizos da forma conjugam-se às equivocadas concepções de fundo, por nós já apontadas em outros trabalhos¹.

1.3. Ressalva quanto a erros em textos atuais.

Seria despiciendo este aviso, mas queremos ressaltar, também, que o fato de a erronia aqui apontada já se verificar em algum texto em vigor, ou em norma de diploma relativo a outro ramo do direito, jamais invalidará a censura aqui consignada: como é elementar, um erro não elide o outro.

2. Da redação do Projeto a partir da leitura de alguns dos seus artigos.

Artigo 10 – “O juiz não pode **decidir**, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não **se** tenha dado às partes oportunidade de **se** manifestar, ainda que **se** trate de matéria sobre a qual tenha que **decidir** de ofício.”

¹ MILTON PAULO DE CARVALHO, *Proposta sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, encaminhada ao Instituto dos Advogados Brasileiros, datada de 17 de agosto de 2010, e *Proposta sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, datada de 21 de março de 2011, encaminhada à Academia Paulista de Letras Jurídicas.

Além da redundância do "...em grau algum de jurisdição..." e do "se... se...se...", a repetição do "decidir". Pois, no dizer "o juiz não pode..." já estão compreendidos todos os graus de jurisdição; quanto à repetição do "se", poderia ser evitada mudando-se o tempo dos verbos "dar", "manifestar" e "decidir", evitando-se, também, a repetição deste último ("o juiz não pode decidir" ainda que se trate de matéria "sobre a qual tenha **de** decidir..."). A forma clássica é "ter de", não "ter que..."

Artigo 48, § – "O autor pode, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou pelo foro de eleição, se o litígio não recair sobre direito **de** propriedade, **de** vizinhança, **de** servidão, **de** posse, **de** divisão e **de** demarcação **de** terras e nunciação **de** obra nova...."

Não seria mais fácil repetir a segunda parte do atual art. 95, nestes termos: "*Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.*"?

Artigo 52 – "As causas em que a União for autora serão movidas no domicílio do réu; sendo ré a União, poderá a ação ser movida no domicílio do autor, onde ocorreu o ato ou o fato que deu origem à demanda, onde esteja situada a coisa ou no Distrito Federal."

Com menos aqodamento se diria: "*As causas em que a União seja autora propõem-se no foro do domicílio do réu; aquelas em que é ré podem ser propostas no foro do domicílio do autor, naquele onde ocorreu o fato, no foro da situação da coisa ou no do Distrito Federal.*"

Artigo 53 – "É competente o foro:

.....

III – do lugar:

.....

e) de moradia do idoso, nas causas que versem direitos individuais no respectivo estatuto."

A ambiguidade é de escrita primária. Residência, não moradia. Moradia não é jurídico. Os direitos do idoso são individuais. Dizer, no caso, "direitos individuais" é pleonismo. Causas, cujo objeto sejam direitos assegurados pelo estatuto do idoso, não causas que "versem direitos no respectivo estatuto".

Artigo 56 – “Dá-se a continência entre duas ou mais ações, sempre que houver identidade quanto às partes e a causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.”

Veja-se a babel resultante do mau uso dos tempos dos verbos: “**Dá-se** (presente) a continência entre duas ou mais ações, sempre que **houver** (futuro) identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, **abrange** (presente) o das outras.” Compare-se com a redação do atual art. 104: “*Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.*” Por que não repetir?

Artigo 63, § 4º – “A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu, salvo anuência expressa deste, manifestada nos autos, confirmando o foro eleito.”

Embora “declinar **de** competência” não seja regência equivocada, distancia-se do falar do foro, como pensamos deixar entendido a seguir, ao comentar a redação do art. 64. Por sua vez, “juízo de domicílio do réu” exige esta demonstração: o lugar onde se encontra o domicílio do réu é o foro – *forum*, *i*, isto é, praça – e no foro o juízo, última porção na divisão do trabalho jurisdicional. O domicílio determina o foro e neste o juízo; não há um “juízo do domicílio”; muito menos, jamais, um juízo “**de**” domicílio. Parece-nos, com todo respeito, negligente a redação desse parágrafo. Tanto mais quando se lê: “...salvo anuência expressa deste, manifestada nos autos, confirmando o foro eleito”. Ora, a “anuência expressa” do réu nos autos somente pode existir para confirmar o foro eleito. A redundância é grosseira.

Artigo 64 – “A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como preliminar de contestação, que poderá ser protocolada no juízo do domicílio do réu.”

“Incompetência absoluta ou relativa”. Não seria necessário distinguir. Pois, se o verbo da oração principal é “alegar”, na voz passiva, a incompetência a alegar-se tanto será a absoluta quanto a relativa, se não se referir o texto a nenhuma.

Ainda o artigo 64 – “Preliminar **de** contestação” –

“... **de**...”: artificialismo ou pedantismo?... Preliminar é o que se põe antes da resposta do mérito, mas já no corpo da contestação. Sendo a preliminar parte da contestação, diz-se, sem afetação, “preliminar **da** ...”.

Livro I, Título III, Capítulo II – “Da cooperação nacional”.

Inadequado, estranho e até suspeito o título “cooperação **nacional**” dado ao instituto técnico do **intercâmbio jurisdicional**. Esta seria a titulação própria. Vejamos algo mais sobre o art. 67.

Artigo 67 – “Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade.”

Slogan de partido político? Talvez não, se verifica que o dispositivo é norma programática, a introduzir a disciplina do que chama “cooperação nacional” e destinada a realçar a importância da participação de todas as pessoas que atuam no âmbito do Poder Judiciário para que o processo realize plenamente o seu escopo. O arrebatamento juvenil na conclamação inicial e no desiderato – “Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores...”, por juízes e funcionários, “...cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a **desejada** efetividade” – é que se não compadece com a elevação e sisudez da regra processual, assemelhando-se mais à declaração e projeção da tendência ideológica inspiradora da Proposta. O intercâmbio jurisdicional é disciplinado atualmente, com a devida seriedade, pelos arts. 200 a 212 do Código de Processo Civil. A lei processual precisa enunciar princípios – **processuais** – e regar com clareza a forma de os cumprir, mas não deve nem precisa conter tiradas de ideologia, doutrinária ou política. A cooperação jurisdicional, que o Projeto equivocada e sintomaticamente chama de “cooperação **nacional**”, é assunto técnico e como tal deve ser disciplinado. A linguagem panfletária com que a Proposta abre a disciplina do intercâmbio jurisdicional é inadequada a uma lei de processo.

Artigo 69 – “Os pedidos de cooperação jurisdicional devem ser prontamente atendidos, prescindem de forma específica e podem ser executados como:

- I – auxílio direto;
- II – reunião ou apensamento de processo;
- III – prestação de informações;
- IV – atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º – *Omissis*.

§ 2º – *Omissis*.”

O quê quer dizer “podem ser executados como”? Seriam formas de cooperação? Seriam sugestões de títulos para os incidentes? A enumeração é taxativa ou meramente exemplificativa? O texto projetado é ambíguo.

Ainda o art. 69 – “...prescindem de forma específica...”

Imagina-se que a intenção era dizer: “*prescindem de forma especial*”, pois o adjetivo “específico” designa algo muito próprio, enquanto a proposta é a de esclarecer que apenas se utiliza qualquer forma, ou seja, a forma *comum*, distinta da *especial*.

Artigo 69, inciso II – “Reunião ou apensamento de processo”.

Quer dizer: “*Reunião ou apensamento de processos*.”

Artigo 74 – “A autorização do marido ou da mulher pode suprir-se judicialmente quando um cônjuge **a recuse ao outro** sem motivo justo ou lhe seja impossível concedê-la.”

O artigo antecedente (73) enumera os casos em que é imprescindível a presença dos cônjuges ou dos conviventes para o casal demandar ou ser demandado. O artigo 74 regula o suprimento judicial dessa anuência. A quem poderia o cônjuge recusar a outorga senão ao outro? O pleonasma é evidente.

Artigo 77 – “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;”

A cabeça do dispositivo faz remissão ao abuso da personalidade jurídica tal como “caracterizado na forma da lei”, que é o art. 50 do Código Civil, o qual, por sua vez, dispõe: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte ou do Ministério Público etc.” Logo,

redundante e dispensável o escrito no inciso I do art. 77, ao repetir o artigo 50 do Código Civil depois de dizer “na forma da lei”.

“... em qualquer processo ou procedimento...”. Quando se diz “qualquer processo” compreende-se qualquer procedimento, porque este é forma de exteriorização daquele. Dispensável, pois, a alternativa “...ou procedimento...”.

“...de certas e determinadas obrigações...”. Não se entende a dupla restrição, se nada há a restringir. Por que não, apenas, “... efeitos de obrigações...”?

“... que (tais efeitos) sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens do mesmo grupo econômico.” Percebe-se que a intenção era dizer: *“decidir... que os efeitos de obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica se estendam aos bens dos seus sócios, administradores ou do mesmo grupo econômico.”*

Artigo 80 – “São deveres das partes, **de** seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (omissis).

§ 1º. A violação **ao** disposto no inciso V do *caput* deste artigo constitui ato atentatório **ao** exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.”

Quanto à regra principal deste art. 80, contida no *caput*, uma observação a respeito da intenção do pretense legislador, que destila um odioso preconceito: o Código em vigor contém dispositivo semelhante, no art. 14, nestes termos: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:...” É, evidentemente, quanto basta, pois a locução “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” inclui os procuradores das partes. A inclusão, na frase principal, “**de** seus procuradores”, além de constituir erro de regência da preposição “de” (deveria dizer-se “dos”), é dispensável diante do dito em seguida: “...e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”.

A violação **ao...**, este dizer, sim, constitui agressão à regra de concordância verbal: o verbo violar, no sentido de desrespeitar (a lei) é transitivo direto, de sorte que, quando se usa o substantivo violação, o seu complemento será **de alguma coisa**. Portanto, “*violação do disposto*”, não violação **ao** disposto.

Artigo 80, § 2º – “O valor da multa prevista no § 1º deverá ser depositado em juízo no prazo a ser fixado pelo juiz. Não sendo paga no prazo estabelecido, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.”

Assim a linguagem do preceito como a sua virulência, quando se considera que – agora no plano processual, não do vernáculo – não caberá, no sistema do Projeto, recurso com efeito suspensivo contra tal decisão. O propósito cruel da norma expressa-se nos imperativos do verbo ser, quatro vezes presente em dois curtos períodos: “...deverá ser...”, “...a ser...”, “Não sendo...”, “... será...”. A natural repulsa a tão injusto comando impede se sugira redação que substitua a grosseria do texto: que alma e corpo dessa iniquidade perdurem até que a consciência livre da sociedade brasileira a revogue.

Art. 87, § 11 – “O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe cabem seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se também a essa hipótese o disposto no § 10.”

Em português menos ruim poder-se-ia dizer: *“A pedido do advogado, os honorários que lhe cabem podem ser pagos a sociedade de profissionais de que faça parte, incidindo também nesta hipótese o disposto no parágrafo anterior.”*

A malsonância provocada pelas duas últimas palavras do dispositivo projetado será objeto de apreciação no lugar próprio destas notas.

Art. 97 – “Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido a perícia, ou será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

§ 1º. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração.

§ 2º. A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juiz e com correção monetária será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

§ 3º. Quando se tratar de processo em que o Poder Público seja parte ou a prova pericial for requerida por beneficiário da gratuidade de justiça, ela será realizada preferencialmente por instituição pública ou por perito da administração.

§ 4º. Na hipótese de não existir órgão oficial ou perito da administração pública, o valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago, desde logo, pelo Poder público.

§ 5º. Se, ao final, o beneficiário da gratuidade de justiça for vencedor, o Poder Público promoverá a execução para reaver do vencido os valores adiantados para pagamento da perícia.”

Vamos a algumas despretensiosas sugestões:

“Art. 97. Cada parte pagará os honorários do assistente técnico que indicar. Os do perito serão pagos pela parte que requereu a perícia, ou rateados, se a perícia for determinada de ofício ou requerida por todas as partes.

§ 1º. O juiz poderá ordenar que o responsável pelos honorários do perito deposite a quantia devida em conta bancária, à ordem do juízo e com correção monetária, a qual será liberada em favor do perito após a apresentação do laudo. Demonstrando a necessidade, o perito poderá obter liberação parcial e antecipada.

§ 2º. Será realizada preferentemente por instituição pública ou por perito da administração a perícia requerida pelo beneficiário de gratuidade da justiça ou a destinada a processo de que o Poder Público seja parte. Não existindo instituição oficial, o valor dos honorários do perito será fixado conforme a tabela do Conselho Nacional de Justiça e desde logo pago pelo Poder Público.

§ 3º. Proferida sentença a favor do beneficiário de gratuidade da justiça, o Poder Público promoverá a execução para haver do vencido o quanto adiantou para o pagamento da perícia.”

Livro I – Título IV – Capítulo III – Seção IV – “Da gratuidade de justiça”.

Artigo 99 – “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas processuais e os honorários de advogado gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, na forma da lei.”

Em primeiro lugar, o instituto é conhecido no direito processual como “justiça gratuita” ou “assistência judiciária gratuita”. Nada impede se passe a falar gratuidade da justiça, mas não “gratuidade **de** justiça”.

Em segundo lugar, "...pagar as custas e as despesas processuais e os honorários..." Por que se repete a conjunção "e"?

Para a correção desses e outros deslizes pode oferecer-se ao artigo esta redação:

"Artigo 99. A pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, impossibilitada de pagar custas, despesas processuais e honorários de advogado por insuficiência de recursos, poderá requerer os benefícios da gratuidade da justiça, na forma da lei."

Art. 118 – "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

.....

IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais."

"Prioritariamente", "amigavelmente", "preferencialmente", haja ouvidos!

"V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, etc."

Por que a redundância "...produção dos meios de prova...", se basta dizer: "...a ordem de produção da prova..."?

Artigo 115 – "Será unitário o litisconsórcio quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as **partes litisconsorciadas**."

Por que não repetir, em parte, o art. 47 do Código vigente: "*Há litisconsórcio necessário, quando, por força de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os **litisconsortes** no processo*"? (Grifos nossos).

Artigo 163, § 4º – "O procedimento eletrônico deve ter sua sistemática unificada em todos os tribunais, cumprindo ao Conselho Nacional de Justiça a edição de ato que incorpore

e regulamente os avanços tecnológicos que forem se verificando.”

Elementar e grosseiro o erro de colocação do pronome na última frase.

Artigo 170, §§ 1º e 2º – Definições de sentença, decisão interlocutória e despachos.

O *caput* do art. 170 enumera e delimita os atos do juiz no processo: “Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.” Passa, nos seus três parágrafos, a definir cada um desses atos, tendo para nós interesse as definições dos dois primeiros. “Ressalvadas” – diz o § 1º do citado artigo 70 – “Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 472 e 474, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução.” (Ver, *infra*, comentário à redação do art. 472). Definida assim a sentença, no § 2º se lê: “Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1º”. Vê-se que é definição pela negativa. Redação fora das regras da lógica, da técnica legislativa e sem conteúdo científico, porque não define. Sem contar que o § 3º também nada define: “São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.”

Art. 202 – “É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder ao prazo legal.”

Poder-se-ia ter evitado a regência afetada atribuída nessa frase ao verbo “exceder”, bem como o eco do “...ao...ao...”, se se repetisse a redação do art. 196 do Código Buzaid: “*É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal.*”

Art. 304 – “O autor poderá:

I – até a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar.”

No inciso I, utiliza-se a adversativa “ou” separando o objeto, que é o pedido e a causa de pedir; no inciso II, aplica-se a aproximativa “e”. Por que não utilizar a primeira ou a segunda, em favor da clareza?

Mais: no inciso II, está dito: “até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, etc....” A palavra “deste” tanto poderia referir-se a “contraditório” quanto a “pedido”, que lhe estão mais próximas; mas coloca-se em lugar “do réu”, que ficou distante.

Artigo 307 – “O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, **se este**: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; II - ...”

Redação tosca. É de perguntar-se: o pronome “este” está no lugar de “juiz”, “pedido” ou “réu”?

Art. 307, § 1º – O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.”

A “...ocorrência a decadência ou a prescrição”, certamente, é descuido causado pela pressa.

Artigo 472 – “**O juiz** proferirá sentença sem resolução **de** mérito quando:

I – ...;

II – ...;

III – ...;

IV – ...;

V – **o juiz** acolher a alegação de perempção, etc.

VI – **o juiz** verificar ausência de legitimidade etc.

Observações: a) “O juiz quando o juiz”... b) Reitera-se: “resolução **de** mérito” é pedantismo.

Artigo 472, § 2º - Esse parágrafo 2º do art. 472 do Projeto refere-se a duas hipóteses de julgamento sem apreciação do mérito, sendo uma a paralisação do processo por mais de um ano por negligência das partes, tipificada no inciso II do art. 472, e outra a do autor que abandonar a causa por mais de trinta dias, deixando de promover os atos e as diligências que lhe tocarem (inciso III do mesmo art. 472),

sendo que o § 1º desse artigo 472 prescreve: "Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta em cinco dias."

Pois bem. Está vazado nestes termos o citado § 2º do art. 472: "No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado."

Além da atecnia presente nessas disposições – consistente na provocação do tumulto que poderá surgir após a manifestação das partes no prazo de cinco dias, imputando uma à outra a causa da paralisação, de modo que é bem possível que uma só seja a culpada pela mora, do que resulta absurda a condenação das duas e, inevitavelmente, o recurso (imediato ou diferido) que certamente ambas interporão –, além disso, fica evidente uma vontade obstinada de punir, não só pela linguagem utilizada no citado § 2º, como pela falta de apuração do culpado com obediência do contraditório.

O emprego da locução prepositiva *quanto a*, nesses casos, é equivocado. Redação aceitável poderia ser esta: "*§ 2º. Na hipótese de paralisação do processo por culpa de todas as partes, a cada uma incumbirá o pagamento das custas na medida da sua culpa; extinguindo-se o processo por culpa do autor, responderá este pelo pagamento das custas e honorários do advogado do réu.*"

Artigo 472, § 5º - Este dispositivo encontra-se no capítulo da extinção do processo sem julgamento do mérito. Estabelece, depois de enumerar as hipóteses em que tal extinção pode ocorrer: "Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá três dias para se retratar."

Algumas observações: 1ª) o verbo "retratar" é inadequado porque traz a ideia de arrependimento, de pedido de desculpa; 2ª) não se deve afirmar que o juiz terá prazo para retratar-se, mas sim que poderá rever sua decisão dentro de certo prazo; 3ª) o pronome reflexivo "se", proclítico, dá ideia de linguagem sem esmero. Então, poder-se-ia sugerir: "*§ 5º. Se o autor apelar, o juiz poderá reconsiderar sua decisão no prazo de três dias.*"

Art. 474 – "Haverá resolução de mérito".

Por que a indefinição “**de** mérito”, se o que se resolve é **o** (definido) mérito?

Art. 476, § único – “Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

No inciso I, as fusões que levam ao emprego do acento grave para indicar “reprodução” e “paráfrase”, em contraposição ao uso simples da preposição “a” em relação a “indicação”, provocam falta de uniformidade no texto, sugerindo se redija com exclusão das preposições e contrações, ficando assim: “*se limita a indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo.*”

Dos incisos I até IV, novamente a babel dos tempos dos verbos: I – “se limita” (presente do indicativo); II – “empregue” (presente do subjuntivo); III – “invoque” (presente do subjuntivo), e IV – “não enfrentar” (futuro do subjuntivo).

Artigo 479 – “É vedado ao juiz proferir sentença de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

§ único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

A cabeça do artigo cuida da sentença *ultra* e *extra petita*; o parágrafo, da sentença condicional. Por isso que disciplinam matérias diversas, deveria o parágrafo isolar-se, constituindo artigo autônomo.

Art. 587 – “O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos.

§ 1º ...

§ 2º – Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será **observando** o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa.”

Evidentemente, deveria estar estampado "...será observado..." e não "...será observando...". É outra escorregadela que se debita à pressa.

Agora, o disposto no parágrafo 2º, no seu todo, parece ininteligível: "...será observado o que **nele** (no contrato?) **se dispôs no depósito judicial** da parte incontroversa". Não se alcança a intenção do redator.

Artigo 1004 e §§ 1º, 2º e 3º.

A grafia correta é **1.004** (com ponto).

Esse artigo disciplina o direito do idoso ou portador de doença grave à tramitação mais rápida do processo. Dispõe o *caput*: "Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias." Sugere-se: "*As pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadoras de doença grave terão direito a prioridade na tramitação, em todas as instâncias, dos processos em que sejam interessadas.*" O direito não é dos procedimentos, mas das pessoas. E o conceito de interessado alcança o de parte.

O parágrafo 1º soa, ambígua e redundantemente: "A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas." O juiz não aprecia o pedido? Só "determina ao cartório as providências a serem cumpridas"? Sugere-se: "*O pedido do interessado ao juiz da causa será instruído com prova da sua condição.*" Suprime-se "que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas", por tratar-se de elementar truismo.

O parágrafo 2º está assim redigido: "Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária." "Prioridade", "prioritária"... Por que não: "*Concedida a prioridade, os autos receberão a correspondente identificação.*"? Aliás, a medida objeto deste parágrafo inclui-se entre as tarefas ordinárias das secretarias e cartórios, não havendo necessidade de consignar-se no texto da lei.

O parágrafo 3º desse artigo “1004” prescreve: “Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiário, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou companheiro em união estável.” “Concedida a prioridade, essa não cessará...”. Pleonismo desnecessário. Poderia ser assim: *“Em caso de morte do beneficiário, a prioridade transmite-se ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro em união estável.”*

3. Cláusulas de remissão.

As remissões ensombram a transmissão da ideia, porque o leitor é chamado a inserir no caminho da interpretação atalhos normativos de outras procedências. Vejam-se uns poucos exemplos:

Art. 3º – “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, **na forma da lei.**”

Art. 170 – “Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º. Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 472 e 474, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução.”

Art. 179 – “Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das seis às vinte horas.

§ 2º - Independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se em domingos e feriados ou nos dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição da República.”

Neste dispositivo aparece a própria Constituição da República como norma de integração da lei de processo.

Art. 500 – “O cumprimento da sentença condenatória será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro III deste Código.”

Como se disse, as remissões entrecortam o entendimento do comando posto na norma.

4. Cacofonias e malsonâncias.

A repetição de cacófatos, no Projeto, é impressionante:

1) "... **for ré...**", "...**for réu**".

Estes podem ser encontrados nos artigos 49; 50; 53, inciso III, alíneas "a" e "c"; 53, inciso IV, alínea "b"; 319, inciso I, e talvez em outros.

Dir-se-á, quanto a este "for réu", que está assim também no Código vigente (arts. 77, I; 96; 97; 98, por exemplo). Mas esclareça-se que não estava assim no anteprojeto escrito pelo Prof. Buzaid. De qualquer forma, tal fato não justificaria, jamais, a grave reincidência.

2) "Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído **por razões** finais escritas, que serão apresentadas...etc."

Este cacófato está no art. 348, § 2º.

3) Art. 87, § 11 – "...aplicando-se também a essa hipótese o disposto no **§ 10.**"

Se estamos no parágrafo 11, por que não dizer "...o disposto no parágrafo anterior"?

4) Art. 97, § 3º – "...ou a prova pericial **for** requerida por beneficiário..."

Degrada-se o valor da idéia pela sua exposição defeituosa.

5. Estrangeirismos.

O Projeto estatui, no artigo 165: "Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa." Vejamos a incoerência do ilustre redator do Projeto:

O vocábulo latino **caput** abunda: está presente nos artigos 10; 12, § 2º; 33, § único; 40, § único; 55, §§ 1º e 2º; 99, § 1º, 161, § 4º; 478, § 2º, e em tantos e inúmeros outros.

No artigo 863, § 1º, aparece outra expressão latina: *propter rem*.

Quanto ao *amicus curiae*, previsto no art. 322, parece-nos irremediável o latinismo por tratar-se do nome próprio de uma intervenção de terceiro; é a designação específica de um instituto processual. Ainda assim, caberia o estudo da possibilidade de verter-se tal título para o vernáculo.

Quando se considera que o latim foi proscrito da formação elementar, nos cursos fundamental e médio, e o direito romano de quase todos os cursos jurídicos desta República, não se entende o recurso do pretense legislador a institutos que remontam àquela língua e àquela ciência.

Conclusão:

Ruim na essência, péssimo na forma. Esse o Projeto de Código de Processo Civil, em curso na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010).

São Paulo, 10 de abril de 2011.

Advogado. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo

Doutrina

Advocacia criminal e advocacia criminosa

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

A advocacia criminal é, certamente, o ramo da profissão que mais glórias confere ao advogado e que de mais riscos cerca-lhe a conduta. O criminalista que estende a mão ao cliente após a sentença absolutória dele pode receber o beijo reconhecido, como se fora um sacerdote. Mas, em determinadas circunstâncias, nos crimes de maior repercussão, sujeita-se a ser apontado à execração pública, como se fosse co-responsável pela sua prática.

Trata-se, na verdade, de um campo erigido de dificuldades, que representa constante desafio para o profissional, além de torná-lo alvo de incompreensões e malquerenças. O comportamento do advogado, nessa área de atuação, é, por isso, mais sensível do que em qualquer outra. E ele há de ser o primeiro a compreendê-lo, para prevenir-se das críticas e acusações. Deve estar, assim, atento aos princípios éticos que norteiam a conduta profissional, fazendo deles uma espécie de escudo protetor contra as mazelas do meio em que, inevitavelmente, tem de conviver. Sem alimentar preconceitos ou criar tabus, o advogado criminal há de ter consciência de que o ambiente em que atua não é composto de pessoas ingênuas e cândidas, mas de seres humanos que incorreram na prática de fatos que a sociedade e a lei condenam, e neles, às vezes, reincidem. O patrocínio que lhes cumpre proporcionar, como decorrência do sagrado direito de defesa, fará sobressair, naturalmente, as qualidades daqueles que agiram com justa causa no cometimento de tais fatos, não tendo por fito, porém, atribuir qualidades a quem não as possuía ou delas não seja digno. O fanal que deve guiar a atuação do advogado permitindo-lhe distinguir determinados clientes de outros, no que diz respeito às suas virtudes e defeitos, há de ser o da verdade. Não pode o profissional da advocacia falsear fatos ou promover reputações indevidamente perante a sociedade. Soa, freqüentemente, como afronta à opinião pública a atitude de criminalistas que se empenham em passar à imprensa uma imagem maquiada de clientes, cuja defesa deveria primar pela descrição e limitar-se ao resguardo de seus direitos, sem que, para isso, estivesse a requerer a exaltação dos personagens. Rui Barbosa ponderava a esse respeito:

*"A defesa não quer o panegírico da culpa ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente ou criminoso, a voz dos seus direitos legais."*¹.

Repugna, do mesmo modo, ao senso comum a veiculação de argumentos empenhados, a todo o transe, em negar a evidência de fatos comprovados ou sustentar teses absolutamente inverossímeis. O esforço de argumentação tem limites e a transposição de teses dos autos para a mídia encontra barreiras mais rígidas, ainda.

Mas, esses são alguns pontos que envolvem, apenas, a atitude pessoal do advogado, sem comprometer-lhe a conduta ética. Afetam, no máximo, a credibilidade do profissional, que, assim agindo, expõe-se, desnecessariamente, perante a opinião pública ou corre o risco de cair no ridículo. O que, de fato, preocupa em relação à advocacia criminal é a promiscuidade que, muitas vezes, passa a existir no relacionamento entre advogado e cliente.

Quando o profissional extrapola os limites do mandato. para envolver-se com a vida ou os negócios do cliente ou servi-lo em providências que nada têm a ver com a defesa, propriamente, ele resvala para um campo perigoso. No mínimo, assumirá, aí, papel nada condizente com a dignidade do seu grau e com a independência profissional de que deve ser cioso. O mais grave, porém, ocorre a partir do instante em que o advogado permite que se criem vínculos mais estreitos entre ele e o cliente, à medida que se tornam habituais os serviços extras que lhe preste. Essa é uma situação que sói acontecer, sobretudo, em face do crime organizado. Embora represente uma exceção no plano da advocacia criminal – e uma exceção por todos censurada -, há, sabidamente, advogados que se prestam ao papel de *pombo correio* de narcotraficantes ou banqueiros de jogo de bicho, visitando-os nos presídios, às vezes com freqüência inusitada, para intermediar contatos com os comparsas que continuam a atuar do lado de fora. Alguns deles são acusados, até, de transportar, à sorrelfa, armas e drogas para seus clientes presos. Esse comportamento tem determinado a instalação, nos presídios, de detectores de metais, pelos quais os advogados, em geral, se vêm constrangidos a passar. E não faltam os que, em evidente abuso, pretendam, a pretexto de tais ocorrências, submeter os profissionais ao vexame de revistas pessoais.

¹ *Dever do Advogado*, carta ao Dr. Evaristo de Moraes, datada de 26 de outubro de 1911, in *Coletânea Forense para os Estudantes de Direito*, organizada por Sylvino Gonçalves, edição do Ministério da Educação e da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1959, p. 88. O texto acha-se igualmente transcrito por Roberto Lyra, in *A Obra de Rui Barbosa em Criminologia e Direito Criminal*, com a reprodução também da carta-consulta de Evaristo de Moraes; Editora Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1952, pp.191/201.

A promiscuidade no relacionamento entre advogados e integrantes do crime organizado leva alguns profissionais ao extremo de atuar em seu favor de forma a caracterizar, aparentemente, o exercício de uma *advocacia de partido*. Estão esses advogados sempre prontos a atender ao chamado das quadrilhas a que servem; setorizam, assim, a atividade profissional, fazendo da nobre especialidade um campo de atuação voltado predominantemente para o atendimento do crime organizado, como se estivessem, desse modo, a tornar-se protagonistas de uma sub-especialização, a da advocacia criminal de narcotraficantes e banqueiros de bicho. É evidente que essa não pode ser uma atuação profissional regular ou consentânea com a ética. É, ao revés, um meio escuso de exercício da advocacia, para o qual não há limites entre a defesa e o crime. Tais advogados estão a fazer, desse modo, não propriamente advocacia criminal, mas, sim, o que cabe qualificar de *advocacia criminosa*.

Algumas questões têm despertado a atenção das autoridades e da Ordem dos Advogados do Brasil no que concerne a esse tipo de comportamento. Impressiona, antes de tudo, o número de advogados com que contam certas quadrilhas. O noticiário da imprensa, a esse respeito, dá a impressão de que determinadas áreas do crime organizado possuam os seus *departamentos jurídicos*. De outra parte, o número de advogados que certos presidiários recebem, às vezes, num só dia, é algo insólito. Em alguns casos, aliás, é o mesmo advogado que volta, repetidas vezes, ao encontro de seu cliente. Claro que a possibilidade de o preso receber a visita de advogado, no presídio, é um direito impostergável, que não pode ser negado ao detento mais perigoso. Trata-se de um direito constitucionalmente assegurado (Constituição, art. 5º, LXIII), assim como constitui, da parte do advogado, uma prerrogativa que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil lhe outorga (Lei nº 8.904/1994, art. 7º, III). Mas, quando esse direito ou essa prerrogativa passam a ser exercidos nas condições aqui analisadas, o que se tem é uma situação de *abuso*, que como toda forma de abuso de direito deve ser coibida. Pedro Baptista Martins, referindo-se aos direitos e garantias individuais que a Constituição define, já advertia para a circunstância de que "*o uso desses direitos e garantias terá por limite ... as necessidades da defesa*" ¹.

Outro ponto que tem suscitado discussões e provocado perplexidade é o que diz respeito aos honorários recebidos pelo advogado para a defesa de integrantes do crime organizado. A suposta origem espúria dos recursos com que o cliente fará face às despesas com a causa está na raiz das preocupações a esse respeito. E, em vista disso, já existe

¹ O *Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 3ª. edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 116, nº 95.

mesmo projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional dispendo que a defesa de integrantes do crime organizado só poderia ser feita por defensores públicos. É evidente a distorção que há nesse entendimento. Antes de tudo, a suposição em que se baseia não é, em si mesma legítima, porque equivaleria a aceitar a presunção de culpa. Ademais, não está o advogado, em princípio, na contingência de averiguar, previamente, quem e como lhe pagará os honorários. Desde, porém, que haja fundadas suspeitas de que o dinheiro do crime lhe esteja sendo repassado, em forma de honorários, o advogado terá o dever de informar-se precisamente sobre a origem de tais recursos e, parecendo-lhe, pelas circunstâncias, que esses provêm da atividade criminosa, o melhor comportamento será o de recusar a defesa. Não é crível que o advogado, tendo ciência de que está sendo pago com o produto do crime, faça *tabula rasa* dessa circunstância, ao argumento simplista de que ao profissional não cabe indagar sobre as fontes de recurso do cliente. É preciso considerar que honorário, derivando do étimo latino *honorarius*, significa o "que é feito ou dado por honra" ¹. Receber em pagamento pelos seus serviços importância sabidamente resultante do crime é agir em desacordo com os princípios éticos, no momento mesmo do ajuste da causa ou no instante da execução do contrato feito para assumi-la. Ora, o Código de Ética e Disciplina preceitua logo no seu art. 1º que "O exercício da advocacia exige conduta compatível ... com os ... princípios da moral individual, social e profissional.". Não se pode considerar compatível com esses princípios o fato de o advogado fazer vistas grossas quanto à origem dos honorários que recebe, como se estivesse a vender mercadorias em vez de patrocinar uma defesa.

Não é apenas em relação ao crime organizado que o exercício da advocacia criminal suscita questões peculiares, do ponto de vista ético. Na defesa de criminosos eventuais, observa-se que o advogado é, às vezes, tentado a usar recursos ilícitos para forjar situações mais favoráveis ao cliente. Notadamente na produção de provas, verificam-se comportamentos anômalos que não passam pelo crivo da ética. Não faltam os que sustentem que não há limites para a defesa criminal, assim como ao médico seria possível tentar todos os recursos para salvar o paciente. O argumento é falacioso. Antes de tudo, o símile que se busca baseia-se em meia-verdade. Ao médico é dado, sim, empregar os meios adequados ao tratamento, mas, se arrisca a experimentar técnicas ou medicamentos ainda não aprovados pela ciência, sujeitar-se-á, na hipótese de fracasso, à responsabilidade civil e, conforme o caso, até, à responsabilidade criminal, sem falar na responsabilidade disciplinar perante os órgãos de sua classe ². Demais disso, o advogado criminal, exercendo uma

¹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, verbete *honorários*.

² Segundo JOSÉ DE AGUIAR DIAS, "Tem ele [o médico] o direito de inovar e até de empregar tratamento por analogia, mas é preciso que suas tentativas sejam conscienciosas e escrupulosamente orientadas pelos princípios da ciência, não meros ensaios puramente aleatórios, pois "o corpo humano não é matéria bruta, destinada a experiências, nem

atividade que a Constituição considera como *função essencial à administração da Justiça* (Constituição, art. 133), tem inelutável compromisso com a *verdade*. O preâmbulo do Código de Ética e Disciplina exorta os advogados, em geral, a "*ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais*". Desse dever não está isento o criminalista. Não quer isso significar, evidentemente, que ao advogado caiba tomar a iniciativa de revelar a autoria de um crime não confessado e não atribuído a outrem. Nem se pretende com isso afirmar que o advogado deva produzir prova contra o seu constituinte, a pretexto de descobrir a verdade. Se assim procedesse, estaria descumprindo o mandato recebido e incorrendo em patrocínio infiel. O que o dever da verdade impõe é que o advogado não a renegue ou falseie, sobretudo, que não produza provas por meios ilícitos. Santo Tomás de Aquino já admitia, aliás, que

*"Ao advogado que defende uma causa justa, é lícito ocultar prudentemente o que poderia prejudicar o seu processo."*¹.

O que significa dizer que ao advogado cumpre expor *a sua verdade* e respeitar a *verdade judicial*, quando evidente ou incontestável, sem tentar dissimulá-la.

Casos de advogados que levam o cliente a produzir, em si mesmo, lesões artificiais para criar a aparência de uma situação de legítima defesa; que o induzem a praticar atos de falsidade ideológica ou o orientam no sentido de falsificar assinatura para eximir-se de uma responsabilidade; que simulam álibis; que subornam funcionários policiais; que se valem de testemunhas reconhecidamente falsas, ensinando-lhes a mentir em juízo ou, então, recorrem aos chamados *viveiros de testemunhas*, prontas a servi-lo em qualquer causa – são, evidentemente, condutas incompatíveis com a ética profissional. A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) define como infração disciplinar o ato de "*prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la*" (art. 34, XVII), cominando-lhe pena de suspensão (art. 37, I). Por outro lado, alguns dos comportamentos aludidos podem constituir crime. O Código Penal brasileiro tipifica a *fraude processual* (art. 347), cominando pena mais grave ou em dobro para a hipótese em que a sua prática visa a produzir efeito no processo penal. E

mesmo no campo puramente científico" " (Da Responsabilidade Civil, 5ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1973, vol. I, p. 300, nº 116).

¹ *Apud Julgados do Tribunal de Ética Profissional*, OAB/SP, Departamento Editorial, 1997, vol. IV, p. 220, voto do relator Daniel Schwenck.

Nélson Hungria, o mais autorizado intérprete daquele Código, comentando o referido artigo, observa:

*"O sujeito ativo, na espécie, é, notadamente, o improbus litigator (muitas vezes, com a co-participação de inescrupuloso advogado). No processo penal, nem mesmo o interesse da defesa justificará a inovação artificiosa por parte do acusado, e não se eximirá à pena o ofendido que, fraudulentamente, procurar agravar a situação do réu."*¹.

Vê-se, assim, que há limites à defesa, no processo penal, tanto quanto se impõe, no seu âmbito, o compromisso com a verdade. Por isso, repugna à ética e à lei o emprego de meios artificiosos tendentes a inovar *"o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito"* – conforme preceitua o citado art. 347 do Código Penal.

Em suma, é preciso que o advogado criminal esteja atento a um imperativo indeclinável: o de jamais deixar-se confundir com o criminoso.

Evaristo de Moraes, nas *Reminiscências de um Rábula Criminalista*, recordando *"o profundo Picard"*, advertia para *"o paradoxo do advogado"*: o *"suposto absurdo de poder um homem se conservar honesto e digno, embora defendendo causas más e grandes criminosos"*². Esse tipo de comportamento, entretanto, é a regra, entre os grandes advogados.

Debalde, a opinião pública, em arroubos passionais, verbera, de quando em vez, a atuação desse ou daquele criminalista, na defesa de acusado por crime de repercussão, que apresente as características dos chamados *crimes hediondos*. O cidadão identificado com o senso comum, que prime pela serenidade nos julgamentos, não pode deixar de compreender o relevante papel do advogado criminal. É ele, quase sempre, o paladino dos direitos humanos, a que recorre nos momentos de aflição o indivíduo que se vê diante das barras dos tribunais.

¹ *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª. edição, 1959, vol. IX, pp. 500/501, nº191.

² Ob. cit., Editora Briguiet, Rio de Janeiro-Belo Horizonte, 1989, pp. 224.

De resto, há, para o advogado, mais do que um direito, um dever de não recusar, sem motivo relevante, o patrocínio ao acusado de um crime. O Código de Ética e Disciplina é taxativo:

"Art. 21. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado."

Esse dispositivo é, aliás, um consectário da *ampla defesa*, que a Constituição assegura, como uma das garantias fundamentais (Constituição, art. 5º, LV). Bastaria invocá-lo para afastar qualquer dúvida quanto à posição do advogado criminal, em face do constituinte e do crime por que seja acusado.

Em texto que se fez clássico, entre nós – e do qual já se extraiu, acima, pequena citação –, Rui Barbosa colocou a atuação do advogado nos processos criminais de forma irretocável, esboçando assim o seu papel:

*"Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova: e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liquidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente."*¹.

Não há por que recorrer a expedientes escusos para alcançar êxito na nobre missão de advogado criminal. Não há por que ceder a tentações e violar deveres éticos, a pretexto de dar ao constituinte a melhor defesa. Não há por que se expor, perante a opinião pública, em situações delicadas, levando as pessoas a fazer do defensor o mesmo juízo que fazem do acusado. O caminho aberto ao advogado para o exercício do patrocínio criminal é, em qualquer circunstância, bastante amplo e, sabendo palmilhá-lo, o criminalista alcançará o seu desiderato, em paz com a consciência e em harmonia com os princípios éticos que lhe regem a conduta.

¹ Ob. cit., p. 91.

Outro ponto sobre que se deve refletir quanto ao exercício da advocacia criminal diz respeito ao segredo profissional. Este, como se sabe, é inviolável. Mas o segredo justifica-se em função da defesa e nos limites dessa. Não deve, por isso, o criminalista envolver-se com o cliente de tal forma que passe a dominar informações concernentes aos seus negócios, muito além do que possa interessar ao preparo da defesa. Transformar-se numa espécie de arquivo humano, em favor do cliente, sobretudo quando o advogado atua na defesa de integrantes do crime organizado, é não só indesejável como também bastante arriscado. E, como o segredo é para o advogado algo sagrado, a primeira regra que ele deve ter em vista ao recebê-lo é a da moderação. Não lhe cumpre imiscuir-se nos assuntos privados do cliente nem freqüentar-lhe a intimidade; ao revés, suas relações com o cliente devem situar-se no plano estritamente profissional e os dados de que necessitar por ele mesmo solicitados, quando necessário.

As considerações aqui feitas têm a motivá-las o panorama extremamente grave da criminalidade, no país. À medida que cresce a atuação do crime organizado ou mais sofisticada se torna a prática de determinados delitos, mais difícil e penoso se torna o papel do advogado criminal. É mister que o profissional atente para isso e não veja nas recomendações de natureza ética que a Ordem dos Advogados do Brasil preocupa-se em fazer, a esse respeito, nenhum sinal de desconfiança em seu trabalho. O que a Ordem, na verdade, deseja é preservá-lo de conseqüências desfavoráveis, seja no que diz respeito à reputação profissional, seja no que concerne a eventuais processos disciplinares que se veja na contingência de instaurar. O campo em que atua o criminalista, nos dias de hoje - pode-se dizer, sem hipérbole - é um campo minado, que dele requer, por isso, toda a atenção.

Não se deseja, obviamente, que o advogado criminal sinta, de alguma forma, cerceados os meios de atuação ou se veja dominado por preocupações excessivas quanto aos riscos que enfrente, no dia-a-dia. O que se pretende é alertar os mais novos quanto a esses riscos e mostrar àqueles que têm incidido em atitudes ou condutas reprováveis que esse não é o melhor caminho. A especialidade que abraçaram é das mais empolgantes e sedutoras. E também a que mais atrai o foco das atenções. O advogado criminal exerce o seu trabalho, quase sempre, *coram populo*. O público o admira nos grandes julgamentos do júri, acompanha-lhe a luta pelo noticiário da imprensa, analisa-lhe os atos e discute suas declarações. Ele está, quase sempre, pois, sob as luzes da ribalta. É o personagem da cena judiciária de maior evidência. Aos olhos de muitos, encarna e representa o papel do advogado, como uma espécie de ícone da profissão. É compreensível, portanto, que dele se exija comportamento irreprochável.

A memória dos cidadãos costuma conservar a lembrança de algumas figuras que pontificaram na advocacia criminal e dela ficaram como personagens emblemáticos. São padrões de advogados, numes tutelares de muitas gerações de colegas. Enunciar-lhes os nomes é desfiar toda uma legenda de grandes feitos. Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, no passado ou, em tempos mais recentes, Sobral Pinto, Evandro Lins e Silva, Romeiro Neto, Serrano Neves, Waldir Troncoso Peres, Pedro Aleixo, Pimenta da Veiga, e tantos e tantos outros, enchem as páginas da história da profissão, no Brasil, como referências de advogados que alcançaram posições preeminentes, pela sua competência, pelo seu espírito combativo, pela sua dignidade. Segui-los, é a recomendação que se pode dar. Honrá-los, na continuidade de seu exemplo, é o desejo que se pode ter. Compreender que a especialidade, de que se tornaram figuras oraculares, precisa ter o prestígio preservado, é uma necessidade atual.

Membro da Comissão de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. Conselheiro Federal da OAB

HISTÓRICO EVOLUÇÃO E DESFECHO DA SUCESSÃO

Por Bernardo Anastasia Cardoso de Oliveira*

Sumário: Introdução – Artigo.

A idéia de “modernização da gestão do Estado” está relacionada de forma intrínseca à necessidade de maior eficiência, atendendo-se com isso, às expectativas da sociedade. Não há menor dúvida de que um Estado hipertrofiado gera custos de alta monta, mantidos por tributos sacrificadores da poupança popular e o investimento empresarial sem o correspondente retorno em qualidade dos bens e serviços prestados.

Na medida em que se tem a livre iniciativa como fundamento da República, assegurado pela Constituição, como direito do indivíduo e como princípio da ordem econômica, o Estado, por seu turno, deve concentrar-se na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada. Somente por meio desse direcionamento: objetivo de esforços e recursos públicos obter-se-á satisfação da sociedade em áreas essenciais – hoje carentes – como segurança, saúde e educação.

Tal como aludido acima, caberia ao Estado garantir o mínimo essencial e à iniciativa privada a produção de riqueza, mediante a desestatização, privatização e concessões de serviços públicos, os quais contemplam modelos de coadjuvação do estado, previstos na Carta Magna.

Nesse contexto, depreende-se dessa visão constitucional, em primeiro lugar, o fato da concessionária de serviços públicos prestar serviço estatal, mas em nome próprio e por sua conta e risco. O Estado deixa de prestar o referido serviço, cabendo a uma determinada entidade prestar um serviço público. As condições são estabelecidas unilateralmente pelo Poder Público, que exerce a supremacia. Sem qualquer dúvida, ninguém prestaria o citado serviço se não houver contrapartida, o que se traduz no equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Feito o necessário intróito, cabe-nos apreciar a origem, as consequências, acompanhar a evolução da jurisprudência e desenhar um início de desfecho para o antigo problema da alegada sucessão vivenciado pelas concessionárias de Serviço Público.

Em 1998, uma concessionária venceu a concorrência pública para gerir o transporte ferroviário de passageiros do Rio de Janeiro, recebendo na ocasião um sistema caótico, inoperante e desacreditado. Constatou-se, ainda no Edital de Licitação e, após,, no contrato de concessão, cláusula 24ª, parágrafo 1º^[1], recentemente ratificado no 8º aditamento, que culminou na renovação antecipada da concessão, previsão segundo a qual o passivo anterior a tomada de posse, não seria de responsabilidade da concessionária.

Em estrito rigor às suas obrigações, investimentos vultosos foram realizados, nos últimos 12 anos, na ordem de 700 milhões de reais na modernização do sistema, aumentando 300% o número de trens em funcionamento, atingindo uma regularidade na prestação de serviços de 99.55%.

Não obstante o nível de excelência na prestação de serviço, o quadro evolutivo sofre todos os dias com os impactos decorrentes de centenas de penhoras autorizadas pela Justiça Fluminense, ao argumento de ocorrência de sucessão entre esta concessionária e a Flumitrens.

A situação é inusitada, pois ações indenizatórias ajuizadas apenas contra a Flumitrens, quando alcançada a fase de cumprimento de sentença, simplesmente são direcionadas para a referida concessionária, que se vê obrigada a pagar a conta, ou arcar com as consequências das penhoras, arrestos e medidas assecuratórias do débito, que jamais foi de sua responsabilidade, segundo os termos da concessão.

O passivo é gigantesco e alcança a inacreditável cifra aproximada de R\$300 milhões de reais, com volume de 600 execuções, originalmente ajuizadas contra a Flumitrens, por fim, direcionadas contra a concessionária sucessora.

Sem embargo, transporte é infraestrutura, e é disso que os passageiros do estado do Rio de Janeiro precisam. Sessenta por cento da população da Região Metropolitana, onde a concessionária passa, são pessoas com mais de 10 anos e que ganham até um salário-mínimo. Essas pessoas não podem mais suportar aquele transporte deteriorado de 1998. Essa é a pior

consequência, se não formos capazes de permitir que a concessionária faça os investimentos. O Estado, por mais vontade que tenha, não é capaz de suportar os expressivos investimentos realizados, sem prejuízo dos futuros, previstos também no contrato de concessão.

Segundo o modelo constitucional, em que caberia a iniciativa privada e a exploração de riqueza, por meio da prestação de serviços essenciais, também seria de sua responsabilidade seguir com os investimentos, que trarão benefícios imensos à população do estado do Rio de Janeiro, já que o número de passageiros transportados faz enorme diferença!

Nessa toada, estaríamos trabalhando um dos maiores gargalos ao desenvolvimento do país, conhecido como infraestrutura. Para tanto, os investidores precisam apenas seguir o contrato, nada mais, nada menos. Pretendem, portanto, seguir fielmente os termos da concessão, não respondendo, por conseguinte, ao passivo da Flumitrens anterior à tomada de posse.

Compreendida a origem e o cenário fático, passemos a análise da resposta dada pelo Judiciário, dividida em dois momentos: um primeiro de 1998, até meados de 2008, denominado período caótico; um segundo de meados de 2008 até o presente momento, denominado de volta aos trilhos constitucionais.

Pode-se dizer, que o regime constitucional de privatização, desestatização e concessão de Serviço Público é novo, pois as nossas primeiras experiências remontam a década de 90, motivo pelo qual despertou confusão, típica de um regime carente de amadurecimento, quanto as consequências, mormente quanto aos efeitos práticos, especificamente naquilo que se relaciona com o passivo.

Na Justiça Fluminense, a primeira experiência a causar verdadeira enxurrada de demandas, em razão da grave inadimplência, foi exatamente o caso Banerj. O que se via na prática eram milhares de ações em fase de execução, sem qualquer eficácia, pois não se conseguia satisfazer a execução. Nesse contexto, surgiu, portanto, a tese da sucessão, atribuindo-se ao Banco Itaú a responsabilidade pelo passivo do Banerj.

Todavia, o instituto aplicado ao caso Banerj é diverso, daquele aplicado à concessionária, pois o primeiro se deu por privatização, e o segundo por concessão de serviço público.

A grande diferença entre os instrumentos, é que na privatização sucede verdadeiro processo de venda de uma empresa ou instituição do setor público, que integra o patrimônio do Estado, para o setor privado.

Já a concessão de serviço público, caracteriza-se por ser outorga à entidade privada para explorar serviço público, por tempo determinado, mediante remuneração e cláusulas unilateralmente estabelecidas pelo Estado. Registre-se, ainda, que na privatização a entidade privada ostenta condição de proprietária daquele negócio, enquanto na concessão a entidade privada detém apenas o direito de explorar o serviço, por determinado período, mediante a utilização de bens reversíveis, os quais retornarão ao Estado ao final da concessão.

As primeiras decisões sobre sucessão surgiram a partir do caso Bamerj, pois a privatização se deu anteriormente à outorga da concessão. Um dos primeiros precedentes de que se tem notícia é exatamente o Recurso Especial distribuído sob o n. 310.804/RJ, 4ª Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 27.05.2002, Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“...disse bem o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

“Ora, ninguém desconhece que o antigo Banerj transferiu para o novo Banerj todos os seus ativos bancários e estabelecimentos comerciais produtivos e que, em razão disso, tornou-se insolvente, tanto assim que teve sua liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central.

Chamem-no como quiserem, mas à luz do art. 229, da Lei das AS (Lei 6.404/76) tal negócio importou, na realidade em cisão do antigo Banerj, porquanto, como já assinalado, transferiu “parcelas do seu patrimônio” para o novo Banerj, sociedade constituída especificamente para o fim de prosseguir explorando as suas atividades comerciais. Em havendo cisão, não há como negar a sucessão da sociedade que absorveu o patrimônio da empresa cindida.”

Esse entendimento foi referendado nesta 4ª turma no Ag. 214.411/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha.”

A jurisprudência traduzida no julgado em comento estabeleceu como principal premissa a transferência de patrimônio, e continuidade de exploração na mesma atividade.

Todavia, partindo dessa proporção infundada, o Superior Tribunal de Justiça, novamente, pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, estabeleceu num julgamento realizado pouco tempo depois do supracitado, que a concessionária seria sucessora da Flumitrens, Recurso Especial n. 399.569/RJ, 4ª turma, DJ 10.02.2003, *in verbis*:

"A empresa a que recebe o patrimônio da anterior concessionária e continua na exploração da mesma atividade responde pela dívida judicial já constituída antes da alienação."

Tanto num caso, quanto noutro, o Min. Ruy Rosado partiu dessa enunciação segundo a qual teria ocorrido a transferência de patrimônio, com *animus domini* e quer teria seguido na exploração da mesma atividade.

Nas palavras do Desembargador Marcus Faver, no evento: "Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de passageiros", realizado pela Amaerj, no dia 5 de novembro de 2007, pode-se compreender os motivos metajurídicos para decisões reconhecedoras da sucessão, *in verbis*:

"Por terem os juízes acendrado os sentimentos cívicos e de cidadania, e verificando que, em muitos casos, o Poder Público não vem funcionando adequadamente, o juiz tem a vontade de cidadão de se substituir às decisões administrativas e impor ao Estado aquilo que ele, como cidadão, acha que tem que funcionar. E assim ocorre na questão da saúde, na questão de urbanismo, na questão de transporte, na questão ambiental. Em sucessivas questões, os juízes se colocam ali como cidadãos. E verificando que o Estado não está funcionando adequadamente, impõe, às vezes, decisões e condenações que não correspondem à estrutura jurídica prestada pelo país, levando muitas vezes a este estado de insegurança jurídica, que é um obstáculo grandioso ao desenvolvimento do Brasil e dos estados brasileiros como nação e como estados Federados."

Imbuído de tal sentimento, e na tentativa de igualar as partes no processo que são visivelmente desiguais, atropelando-se o direito, o referido precedente da 4ª turma, Superior Tribunal de Justiça, extraído do caso da concessionária, consolidou entendimento segundo o qual haveria sucessão.

Tal entendimento ecoou pelos Tribunais com centenas de decisões no aludido sentido, contando ainda com penhoras vultosas, que consolidaram a tese, no sentido de que o contrato firmado entre as partes, concessionária, Agência Reguladora e Estado, vinculariam apenas as partes, de modo que o credor não poderia “*ficar a ver navios*”. Afastou-se, com isso, a aplicação do contrato de concessão. Por outro lado, a responsabilidade haveria de ser atribuída por lei, ocasião em que se sustentou a engendrada tese no artigo 42, do Código de Processo Civil, que estabelece que a alienação de coisa ou direito litigiosa, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

Numa segunda análise da sucessão, o Superior Tribunal de Justiça julgando o Recurso Especial nº 738.026/RJ, DJ 22.08.2007, ainda que por maioria, pois vencida a Min. Eliana Calmon, e designado como relator para acórdão o Min. João Otávio Noronha, pela primeira vez, afastou a responsabilidade pelos débitos anteriores à tomada de posse, merecendo destaque o trecho do voto vencedor:

“...a ora recorrente se investiu na categoria de concessionária de serviços públicos por meio de licitação, sendo que sua investidura foi originária, e não por efeito de cessão, de forma que, exceto se previsto contratualmente, não cabe a ela responder por danos ocasionados pela antiga exploradora.

Deve-se considerar, por outro lado, que as regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem objetivamente e, na hipótese da sua impossibilidade patrimonial ou financeira, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal).”

A partir do *leading case* em questão, os Tribunais locais, ainda que timidamente, passaram a rever as suas orientações.

Caberia, ainda, realização de evento acadêmico para cobrir todos os ângulos relativos à sucessão. Portanto, com o objetivo de consolidar, e por fim ao denominado período caótico, mencionado alhures, surgiu o Projeto Editorial “Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de passageiros”, que teve como marco a palestra do ministro Luiz Fux, seguida dos debates desenvolvidos pelo ministro Luis Felipe Salomão e pelos desembargadores Marcus Faver e Benedicto Abicair, seminário promovido pela Amaerj, em 5 de novembro de 2007.

Merece destaque alguns trechos do referido seminário, a começar pela intervenção do ministro Luiz Fux:

“(…)

Cremos que uma empresa, se soubesse, por exemplo, que ela, sem que isso estivesse declarado textualmente, fosse obrigada a assumir um grande passivo, ela de certo poderia escolher se assumiria ou não o serviço público delegado, na medida em que há casos que vale a pena. (…)

(…) A concessionária não fez nada. O fato danoso não foi praticado por ela. Então, ela não tem como ter imputada essa responsabilidade.

(…)”

Na sequência o Ministro Luis Felipe Salomão consignou:

“(…)

A primeira impressão que tive foi a de que o contrato não vincula. Portanto, vamos seguir na sucessão. Depois, analisando melhor os fatos e os documentos, começo a enxergar que não se trata de sucessão. Não estamos tratando esse impacto das decisões. Um instituto da sucessão seria até equivocado, tanto no plano obrigacional como obrigacional.

(…)”

Tamanha a repercussão do evento, que se fez necessário a elaboração de livro denominado de “Ausência de Sucessão no Transporte Ferroviário Licitado”, onde se apresentou ao leitor a recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, e, sobretudo as palestras realizadas pelos Ministros Luiz Fux e Luis Felipe Salomão.

O livro foi distribuído a todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e aos magistrados estaduais.

Pode-se afirmar que a partir de tais eventos e com a sua ampla divulgação, os resultados não demoraram a aparecer, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro começou a se dividir, algumas Câmaras Cíveis, então desfavoráveis, reformularam os seus entendimentos, v.g. 3ª CC, 6ª CC, 12ª CC e 16ª CC.

Entretanto, a maioria ainda resistia, e não eventualmente a agência se deparava com execuções de alta monta, como por exemplo, uma demanda em andamento na Comarca de Magé de valores aproximados de R\$25 milhões de reais, aonde se chegou a determinar penhora de 5% sobre a renda bruta!

Em prosseguimento aos trabalhos, e, uma vez, consolidada a tese academicamente, e diminuída a resistência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, era tempo de se voltar abordar a questão à luz do Direito Privado, perante a 3ª e a 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Afinal, eram essas as turmas, que julgavam diariamente os recursos da agência, e geralmente se esbarrava em questões formais, para afastar a análise da questão, destacando-se, ainda, que nas referidas decisões que o Superior Tribunal de Justiça tinha orientação, e a referência era aquele julgado da 4ª Turma, relatoria do Min. Ruy Rosado.

Até que a 4ª turma do STJ, na relatoria do Min. João Otávio Noronha, julgando *leading case* na turma de Direito Privado, Recurso Especial 1.095.447/RJ, DJ 10.02.11, afastou a sucessão, fazendo uso dos argumentos já conhecidos, *in verbis*:

"A concessionária não é sucessora da Flumitrens e não responde por ilícitos por esta praticados. É defeso atribuir a responsabilidade por ato ilícito à empresa prestadora de serviços públicos se o evento danoso foi praticado por empresa diversa e não existe relação de sucessão entre uma e outra."

Em todos os precedentes até aqui, referimo-nos aos favoráveis, partia-se sempre do princípio segundo o qual a agência não era parte na ação de conhecimento, e o direcionamento contra ela se dava apenas na fase de cumprimento de sentença, mediante penhora *on-line*, sem qualquer direito de defesa.

De forma paralela ao julgado suso mencionado, a própria 4ª turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgou outro Recurso Especial 1.187.108/RJ, relatoria também do Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.02.11, onde se afastava a sucessão, apesar da agência ter figurado no processo de conhecimento desde o início, *in verbis*:

“(...)

O que penso ser defeso é atribuir-se cumprimento de obrigação à empresa que efetivamente não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora de serviços públicos, mesmo que sejam os mesmos serviços antes executados pela pretensa responsável.

(...)”

O Ministro Luiz Felipe Salomão referendou tal entendimento logo depois, na ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.172.283/RJ, v.u., DJ 15.02.11, *in verbis*:

“Não há relação sucessória entre a concessionária e a Flumitrens, tendo aquela assumido a concessão do serviço público mediante contrato administrativo precedido de licitação, originariamente, razão pela qual descabe imputar à agência o cumprimento de obrigação da Flumitrens....”

Considera-se, destarte, consolidada a tese no âmbito da 4ª turma, pois na sequência, julgamentos monocráticos passaram a ser proferidos pelos Ministros, v.g., Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1.328.352/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão.

A grande novidade, que se traz a lume, é que a 3ª Turma recentemente proferiu julgamento, também sobre sucessão, afastando-a monocraticamente para fins de reconhecer a ilegitimidade da concessionária, Agravo de Instrumento 1.174.415/RJ, Ministro Vasco Della Giustina, ainda não submetido ao colegiado.

Percebe-se de plano a existência de multiplicidade de recursos idênticos, com a mesma tese, envolvendo não apenas a agência, mas também as demais Concessionárias de Serviço Público espalhadas pelo Brasil afora, motivo pelo qual o Ministro Raul Araújo, no Recurso Especial

1.120.620/RJ, 4ª turma, afetou a questão à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, submetendo-o a Lei de Recurso Repetitivo, previsto no artigo 543-C, do CPC e à Resolução 8/2008, sobrestando os demais casos, *in verbis*:

“...dissídio pretoriano e apontada ofensa aos artigos 233 da Lei 6.404/76, 472 e 568, I, do CPC. Cumprimento de sentença proferida em ação indenizatória ajuizada em face da Flumitrens. Alegada ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária sucessora. Recurso Submetido ao Rito Previsto no artigo 543-C, do CPC e à Resolução 8/2008.”

Tais precedentes evidenciam, e os resultados demonstram que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda mais agora a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, sobretudo os Juízes de 1º grau, têm encaminhado a tese no sentido de afastar a Sucessão, respeitando-se com isso o Contrato de Concessão.

A par de histórico, com a demonstração do seu quadro evolutivo, o elemento de maior destaque, é a compreensão do instituto da privatização, com a diferenciação do caso Banerj em relação ao caso da concessionária.

A distinção apresentada permitiu a evolução da jurisprudência, reforçando o instituto das Concessões, e, sobretudo a segurança jurídica, pois o investidor, assim como o Estado, deve seguir regras. Refiro-me aos direitos e deveres, estabelecidas previamente, as quais não podem deixar de ser observadas, sob nenhum pretexto!

Dessa forma, pode-se afirmar que o período acima denominado de volta aos trilhos constitucionais está em franco desenvolvimento, e muito próximo de uma definição, ao que parece favorável, pois a 2ª Seção do STJ, competente para julgar o Recurso Repetitivo é formada pela reunião dos Ministros da 3ª e 4ª Turmas, e na medida em que existem manifestações favoráveis à agência, ainda de modo isolado.

Todavia, é bom que se diga: o trabalho deve continuar, pois a consolidação em definitivo dar-se-á com o julgamento do Recurso Especial, submetido à Lei de Recurso Repetitivo.

Assim, parafraseando o Ministro Luiz Fux, neste momento, no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está mais próxima do porto do que no naufrágio.

Pós-graduado em Direito Civil e em Direito Empresarial, pela FGV, co-autor do Curso de Direito Tributário Brasileiro, 3ª edição (volume II) – Editora Quartier Latin do Brasil – São Paulo – 2010. Membro do IAB. E-mail: bernardo@antonelliadv.com.br.

Estado de Derecho, Democracia y el Fortalecimiento de las Instituciones Relectura necesaria para el Siglo XXI

Cláudio A. Pinho

Introducción

El período de tiempo que comprende una generación equivale a aproximadamente treinta años. Ello nos permite decir que un siglo abarca algo en torno a tres generaciones. Con el paso del tiempo los institutos jurídicos se perfeccionan, como también las cosas de la vida, de la tecnología, cultura y relaciones interpersonales. Asimismo sucede con los institutos de derecho internacional: nociones de Estado, soberanía y territorio han sufrido sensibles modificaciones. Basta observar el concepto de Estado de la primera mitad del Siglo XX, para identificar que tendríamos dificultad en captarlo en toda su plenitud en los bloques de países tales como el Mercosur o la Comunidad Económica Europea¹. De la misma manera, bajo la óptica del derecho internacional, sería inconcebible la existencia de una Organización Mundial del Comercio frente al concepto de Estado en el Siglo XIX.

La visión de sentido común nos puede dejar la falsa percepción de que nada más es necesario decir sobre el Estado de Derecho² y sobre la Democracia. O peor, que discutir sobre estos temas sería revolver algo que ya se sabe, tan sólo hablar más sobre lo mismo. Nada más falso, puesto que la interpretación y análisis de institutos jurídicos siempre se deben hacer en conjunto con el momento histórico que se vive. La evolución de los institutos de derecho

¹ La independencia para la adopción de la moneda era una de las características de Estado soberano. A partir del momento en que se adopta una moneda común, hay un acuerdo tácito de pérdida de autonomía, pues la conducción de la política monetaria pasa a ser dirigida por el conjunto de los países.

² DUGUIT afirma que "si se considera el Estado como una persona, como un sujeto de derecho, tiene que admitirse necesariamente que cae bajo el imperio del derecho, y que no solamente es titular de derechos subjetivos, sino que está ligado por el derecho objetivo, por la regla de derecho; en una palabra, que el Estado es, según la expresión alemana, un Estado de derecho, un *Rechtsstaat*". DUGUIT, León. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Comares. Granada: 2005. p. 27.

internacional sigue su curso independientemente del proceso histórico de democratización, sin embargo, únicamente inserto en el proceso histórico se podrá entender toda su dimensión. Cuanto al momento histórico en el que vivimos hoy, nítidamente se vislumbra un proceso cíclico, donde algunos países consolidan sus instituciones democráticas y del Estado de Derecho y otras, infelizmente, marcan el paso o retroceden en algún punto. En este sentido el derecho internacional, el derecho constitucional, los derechos humanos y la teoría de los derechos fundamentales, caminan dentro de una autonomía interpretativa, comprensible en momentos de paz, pero que no se puede examinar de manera compartimentada, sin el condimento histórico, so pena de no identificar las distorsiones que puedan ocurrir eventualmente. Esta preocupación se ha materializado en la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos, de 2001¹. Ésta también ha sido la preocupación de la Federación Interamericana de Abogados, organismo consultivo de la OEA, cuando en su reunión de Consejo, en noviembre de 2010, en Costa Rica, se discutió y constató la necesidad urgente de que se elaboraran nuevos estudios sobre el Estado de Derecho, bajo la perspectiva actual, frente a los actuales ataques que pueden ser sutil u ostensivamente perpetrados contra éste.

El objetivo de este ensayo es identificar los institutos del Estado de Derecho y de la Democracia, para que podamos delimitar no sólo los casos en que ellos están presentes, sino, principalmente, los casos de ausencia, ruptura o falla de continuidad, que necesiten la atención de la comunidad internacional².

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

El Estado de Derecho, en una primera perspectiva histórica, es la contraposición al Estado absolutista, materializado en una Constitución. Según dice VALADÉS *"el Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los*

¹ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la reunión de la OEA del 11 de setiembre de 2001, el mismo día en que los Estados Unidos de América, donde está la sede de la OEA, sufrió el peor de los atentados terroristas en suelo americano.

² Éste también ha sido uno de los objetivos de Brasil al elaborar la Carta Democrática Interamericana al destacar la necesidad de "defender los criterios de gradualismo en la identificación de situaciones de inestabilidad de los regímenes democráticos, hasta la ruptura, y de flexibilidad que contemplase y favoreciese la negociación y las gestiones diplomáticas durante todo el proceso". en Carta Democrática Interamericana: *Documentos e Interpretaciones*. OAS Official Records. Washington: 2001. p. 257.

*procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder*¹. El primer elemento es, entonces, la existencia de una Constitución² y, tratándose de vislumbrar el tema con la mirada sobre el Hemisferio Americano³, estamos hablando de Constitución escrita⁴. Entramos así en la importancia del derecho constitucional para la correcta comprensión del Estado de Derecho. Sin embargo, no basta que la Constitución de determinado Estado esté vigente, se requiere que haya una *legitimidad⁵ constitucional⁶*, o sea, tanto el origen de la Constitución de determinado país como su texto deben reflejar las aspiraciones de su población⁷.

Como segundo elemento del Estado de Derecho, indisociable del primero, tenemos la existencia del límite de la ley o *rule of law*⁸. Este principio se puede materializar en tres reglas: (a) la existencia del proceso legal para pérdida de

¹ VALADÉS, Diego. Problemas Constitucionales del Estado de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002. P. 7-8.

² CANOTILHO dice que "el Estado de derecho es un Estado constitucional. Presupone la existencia de una constitución que sirva – valiendo e vigorando – de orden jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. La constitución confiere al orden estatal y a los actos de los poderes públicos medida y forma". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina. 3ª. Ed. Coimbra: 1999. p. 241.

³ La segunda parte del artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana dice: "La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia."

⁴ AFONSO ARINOS dice que "la doctrina constitucional, principalmente después de BRYCE, solía equiparar el concepto de Constitución escrita al de Constitución rígida, entendida como tal la ley constitucional cuya modificación fuera deliberadamente dificultada... Hoy se acepta con reservas la distinción propuesta por BRYCE. En primer lugar, los juristas han observado que el carácter escrito de las Constituciones no limita al texto en ella contenido toda la materia constitucional". FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol.1 - Teoria Geral. Forense. Rio de Janeiro: 1958. p.54-55.

⁵ PAULO LOPO SARAIVA concluye que "Derecho sin legitimidad es arbitrio disfrazado". SARAIVA, Paulo Lopo. A Constituição da Casa-Grande e da Senzala (O Direito Consuetudinário Brasileiro) in Caderno de Soluções Constitucionais, V. 3. São Paulo: 2008. p. 374.

⁶ MÜLLER afirma que "en el diploma fundador de una democracia constituida en Estado de Derecho como el de la Ley Fundamental, el discurso sobre el poder constituyente es legítimo cuando no aparece o es tratado como texto ideológico, sino como parte del 'derecho vigente', o sea, como parte del conjunto así caracterizado de textos de normas, como texto (individual) de norma". MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Traducción de Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. p. 19.

⁷ Sobre las modificaciones constitucionales recientes en Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia, ver BELAUNDE, Domingo García. Poder Constituyente: Orígenes, Desarrollo y Modalidades in Caderno de Soluções Constitucionais, V. 3. São Paulo: 2008. p. 57-61.

⁸ VALADÉS complementa diciendo que "la convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario a la autoridad. Se sabe que, cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el yerro, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en la acción de los órganos del poder. Esto permite, incluso, resolver uno de los problemas más serios con que se enfrenta el Estado: el de los límites de La ley". Op. cit. p. 47.

bienes, derechos y libertad; (b) la universalidad de la aplicación de la Justicia¹ y (c) la sujeción de los actos de poder a las decisiones de los jueces². CANOTILHO trata esta materia cuando se refiere al principio de la seguridad jurídica, afirmando que *"las refracciones más importantes del principio de la seguridad jurídica son las siguientes: (1) con respecto a actos normativos – prohibición de normas retroactivas restrictivas de derechos o intereses jurídicamente protegidos; (2) con respecto a actos jurisdiccionales – inalterabilidad de la cosa juzgada; (3) con respecto a actos de administración – tendencial estabilidad de los casos juzgados a través de actos administrativos constitutivos de derechos"*³. La Democracia, como cualitativo del Estado de Derecho, adiciona como característica esencial el pluralismo partidario⁴, con elecciones periódicas, libres y con sufragio universal y secreto⁵ y la participación de minorías en el ejercicio del poder. JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca que *"Democracia es concepto histórico. No siendo por sí un valor-fin, sino medio e instrumento de realización de valores esenciales de convivencia humana que se traducen básicamente en los derechos fundamentales del hombre"*⁶. En este punto, ya podemos identificar la Carta Democrática Interamericana, elaborada por la Organización de los Estados Americanos, en el año 2001, como fruto del momento histórico del comienzo de este Siglo. Su artículo 1º prescribe que *"los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas"*.

¹ El término "Justicia" que se emplea es el de Justicia como valor e no como Poder Judicial, como plantea PAULO LOPO SARAIVA en su "Teoria Tetradimensional do Directo" – SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade*. Edicamp. Campinas: 2002. p. 221 –, teoría ésta reverenciada por Paulo Bonavides cuando dice que "sin justicia, no hay democracia ni libertad. Tampoco hay jurisdicción constitucional, ni Estado de Derecho". BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros. São Paulo: 2001. p. 375

² VALADÉS, Diego. Op. Cit. p. 10.

³ CANOTILHO. Op. cit. p. 252.

⁴ En las palabras de VALADÉS "las características del constitucionalismo democrático han consistido en el reconocimiento de los partidos políticos; en la garantía de procesos electorales libres e imparciales; en la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; en el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; en la adopción de formas de democracia semidirecta, a veces incluso en perjuicio de los sistemas representativos, como el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular y, aunque mucho más raro, en la revocación de los representantes". Op. Cit., p. 21.

⁵ El artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana dice: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos."

⁶ SILVA, José Afonso. Poder Constituyente e Poder Popular. Malheiros. 1ª. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: 2002. p. 43.

Surge entonces la necesidad de examinar si es posible disociar el concepto de Estado de Derecho del concepto de Democracia o de Estado Democrático de Derecho. Para esta distinción debemos ingresar en la óptica constitucional de la teoría de los derechos fundamentales como materialización, a nivel constitucional, de los derechos humanos¹. Los estudios sobre los derechos fundamentales, según BONAVIDES, han granjeado especial atención por la importancia que asumen en el estudio de la hermenéutica constitucional². Los derechos fundamentales se dividen en generaciones, que demuestran un sistema progresivo, de manera que solo se puede llegar a una generación si la anterior ha sido vivenciada. Su identificación, no sólo en el texto, sino también en la práctica constitucional de cada país, nos da la medida segura de la evolución de este mismo país. Ellos siguen los idearios de la revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad. Los derechos fundamentales de primera generación son los derechos que materializan la libertad de asociación (para fines pacíficos), libertad de religión y culto, libertad de manifestación de pensamiento. BONAVIDES recuerda que los derechos fundamentales de segunda generación han dominado el Siglo XX, así como los derechos de primera generación afloraron en el Siglo XIX³. Los derechos fundamentales de segunda generación reflejan el derecho de igualdad y son *"los derechos sociales, culturales y económicos así como los derechos colectivos o de colectividades, introducidos en el constitucionalismo en las diferentes formas del Estado social"*⁴. Los derechos fundamentales de tercera generación, asociados al ideario de fraternidad de la Revolución Francesa, se cristalizaron hacia el final del Siglo XX. Son, según BONAVIDES, *"dotados de altísimo tenor de humanismo e universalidad"*⁵. Son ellos el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho a la comunicación⁶. Los derechos fundamentales de

¹ El artículo 7º de la Carta Democrática Interamericana dice: "La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos."

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros. 18ª. ed. São Paulo: 2006. p. 608.

³ BONAVIDES. Op. cit. p. 564.

⁴ BONAVIDES. Op. cit. p. 564.

⁵ BONAVIDES. Op. cit. p. 569.

⁶ La primera parte del artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana dice: "Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa."

cuarta generación son el derecho a la democracia, el derecho a la información¹ y el derecho al pluralismo. BONAVIDES nos aclara que *"la democracia positivada como derecho de cuarta generación ha de ser, por necesidad, una democracia directa"*². En derivación de la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones, vemos que no basta que ellos estén expresados en el texto constitucional; es necesario que existan garantías que aseguren tales derechos y que de hecho haya un ejercicio pleno de las garantías³, o sea, debe haber una búsqueda material del ejercicio de los derechos fundamentales y no apenas que él esté formalmente descrito en la constitución, y ello porque los derechos fundamentales no se interpretan, se concretizan⁴. CANOTILHO afirma que la garantía de los derechos fundamentales *"es el reducto antropológico del Estado de Derecho"*⁵. A pesar de no haber sido expresamente movida por esta teoría, la Carta Democrática Interamericana consolida todas las directrices de los derechos fundamentales, trazando un rumbo seguro hacia el Estado de Derecho y la Democracia en el Siglo XXI.

Para que la Democracia esté presente es importante también que se observe el principio de la tolerancia que consiste en la aceptación de las diferencias, sean éstas de índole étnica, religiosa, de opinión o de orientación política⁶. Según VALADÉS, en el sistema democrático el principio de la tolerancia es su mayor virtud y también su vulnerabilidad. Y casi vaticinando la realidad actual, el profesor mexicano dice que *"las dictaduras se derriban cuando los excesos de la intolerancia no dejan otra salida que la violencia; en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión"*⁷. En las Américas hay una identidad entre el Estado de Derecho y el Estado

¹ Se puede observar que en las insurrecciones revolucionarias y populares actuales, el primer intento de los gobiernos es tratar de filtrar o impedir la divulgación de imágenes y hechos contra el régimen vigente en Internet, o su difusión a la comunidad internacional.

² BONAVIDES. Op. cit. p. 571.

³ JOSÉ AFONSO DA SILVA dice sobre la constitución que "no basta ser democrática cuanto a la forma de su elaboración; se quiere que lo sea también cuanto a su contenido, o sea, que además de los derechos tradicionales del Hombre (libertades e igualdades formales), consagre, en su texto, las garantías de eficacia de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural". Op.cit. p. 43.

⁴ BONAVIDES. Op. cit. p. 572.

⁵ CANOTILHO. Op. cit. p. 245.

⁶ El artículo 9º da Carta Democrática Americana dice: "La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y La participación ciudadana."

⁷ VALADÉS. Op. cit. p. 36.

Democrático de Derecho, puesto que no podemos concebir un Estado de Derecho que no sea Democrático en el actual momento histórico, siendo este el corolario de la Carta Democrática Interamericana.

LÍMITES Y DISTORSIONES

Establecido el núcleo que nos permite identificar los elementos del Estado de Derecho y de la Democracia, debemos observar donde están los límites y distorsiones. Las rupturas ocurren o con reformas constitucionales, desde la simple enmienda constitucional hasta la creación de una nueva Constitución o en el campo de la discrecionalidad y del ejercicio de determinado acto legal. Todavía, iniciaremos nuestro análisis abordando la cuestión de los límites de los actos de la democracia participativa. El artículo 6º de la Carta Democrática Interamericana dice que *"la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia"*. Los principales institutos que pueden estar en mayor o menor grado insertados en determinado texto constitucional son el plebiscito, el referéndum y la revocación también denominada *recall*¹. El referéndum popular según JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"se caracteriza por el hecho de que proyectos de ley o propuestas de enmiendas constitucionales aprobados por el Legislativo deban ser sometidos a votación popular, atendidas ciertas exigencias, tales como la solicitud de cierto número de electores, de cierto número de parlamentares o del propio Poder Ejecutivo, de modo que el proyecto o propuesta se considerará aprobado siempre que cuente con la aprobación popular, de lo contrario, se reputará rechazado"*². El plebiscito según CANOTILHO *"es, en su expresión más neutra, el pronunciamiento popular incidente sobre elecciones o decisiones políticas, como por ejemplo, la confianza en un jefe político, la opción por una u otra forma de gobierno. Cuando el pronunciamiento popular incide sobre un texto normativo (una ley, una*

¹ Otros institutos de la democracia participativa como las leyes y enmiendas constitucionales de iniciativa popular y también el veto de iniciativa popular no serán abordados, pues el objetivo de este trabajo es identificar los casos donde la ruptura del Estado de Derecho ocurre, siendo éstos más frecuentes en los institutos del plebiscito, referendo y en el *recall*.

² SILVA. Op.cit. p. 51.

constitución) el plebiscito se aproxima al referéndum"¹. El *recall*, a su vez, es la revocación o ratificación de un mandato parlamentario o confirmación en el cargo de cualquier persona que detenta un cargo electivo. El objetivo se someter al electorado a nueva reapreciación. Empecemos por este último.

En el *recall*, una cuestión doctrinaria importante es saber si se trata de un acto positivo (confirmación) o negativo (revocación)². Pues ello influenciará la pregunta que será formulada al electorado. Otro problema importante en el instituto del *recall* es que cuando se somete determinada persona pública a una nueva votación de ratificación o revocación – siendo voto universal y secreto – en la práctica no se la somete solamente a los electores que eligieron a la persona, objeto del *recall*, sino a todo el electorado, colocando inclusive a los electores que no votaron originariamente por dicha persona o los que antipatizan con ella, y hay una desproporción entre el momento político electoral que la ha hecho ascender a la función pública, donde existían dos o más candidatos, y el momento del *recall*, donde solamente una persona es el foco de la votación. Para nuestro estudio, considerando las cuestiones que el observador debe tener en mente, la institución del *recall* debe obedecer las reglas del derecho positivo para que el elemento primario de la democracia participativa no sea el primer elemento a usurpar el Estado de Derecho y en suma, la propia Democracia. Ya no importa que el hecho gravoso que coloca bajo sospecha el mandato de la persona foco del *recall* haya sido debidamente averiguado y que se hayan agotado las oportunidades de amplia defensa. El *recall* no es un instrumento de execración pública, o de respuesta a la especulación mediática, so pena de que estemos, aquí también, excediendo peligrosamente los límites del Estado de Derecho.

Relativamente al plebiscito y al referéndum, la cuestión crucial del Estado de Derecho dice respecto al contenido material del propio acto u opción que se quiere validar con la participación popular. No puede ser este un acto que revoca o afronta derechos fundamentales, que restringe libertades públicas ni al menos ser un acto que reduzca o sofoque la tolerancia democrática con cualesquiera minorías, sea de naturaleza étnica, religiosa o de ideología política. En este sentido, los límites de la aplicación de los institutos de la Democracia participativa son justamente los principios del propio Estado de

¹ CANOTILHO. Op. cit. p. 289.

² JOSÉ AFONSO DA SILVA trata como votación para confirmar, siendo, por tanto, un acto positivo. Op.cit. p. 51.

Derecho, de la Democracia y de los derechos fundamentales, so pena de privilegiarse a la dictadura de la mayoría.

Otra cuestión mucho más delicada y de difícil identificación, cuanto a su aporte para la ruptura del Estado de Derecho y de la Democracia son las hipótesis de ejercicio del poder discrecional por el agente público o de la no aplicación del derecho. Quien diserta sobre la materia con profundidad, tratando con clareza esta incómoda cuestión es DIEGO VALADÉS. Él dice que *"el estado de derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación expresa. No se trata de una contradicción, supuesto que se admite la posibilidad de que se presenten situaciones tendrán que encontrarse en los principios del derecho"*. No son raros temas de esta índole donde, algunas veces, el derecho interno no es aplicado en pro de la protección de un bien mayor, o incluso que se otorgan privilegios más allá de los límites legales en situaciones extremas. Un buen ejemplo son los aparatos de seguridad que se montan para que se pueda desarrollar un proceso judicial contra un narcotraficante de peso o un terrorista internacional, muy arriba del regular proceso contra el delincuente común y a veces fuera del límite del derecho positivo. Las situaciones de distorsiones y rupturas existen. No obstante, el análisis siempre se debe realizar frente al caso concreto o la situación particular. para poder constatar si aquella no aplicación de la ley menosprecia o ayuda a preservar el Estado de Derecho y la Democracia.

CONCLUSIÓN

La línea que descaracteriza el Estado de Derecho o la Democracia no siempre es plenamente visible y plenamente identificable como buscamos demostrar. Aun así, vemos, con los más plausibles motivos, tentativas, concientes o no, de fracturar o debilitar, ya sea la Democracia, ya sea el Estado de Derecho. El papel del jurista y del observador internacional es alertar cuando ello tiende a suceder. Estas fracturas empiezan con un proceso legiferante distorsionado o con una situación de clamor popular que dan marco a la modificación legislativa, pueden objetivar sustraerle independencia al Poder Judicial o transformarlo en un poder inoperante, de manera que el control de la ley, del legislativo y del ejecutivo no ocurra. En el caso de las Américas, la Organización de los Estados Americanos es el foro competente al que se deben

encaminar los pleitos de esta índole, sea por el propio Estado miembro¹, sea por el Secretario General, con el consentimiento del Estado afectado², o sea por la alteración del orden constitucional a pedido de cualquier Estado miembro³. Hemos procurado aportar elementos que permitan identificar, con cierto grado de objetividad, las situaciones donde la participación de la comunidad internacional se hace necesaria, haciendo con que el fortalecimiento de las instituciones del Estado de Derecho y de la Democracia constituya la línea de frente de la evolución de los derechos, y por consiguiente, de la Humanidad, en el Siglo XXI.

BIBLIOGRAFIA

- BELAUNDE, DOMINGO GARCIA. **PODER CONSTITUYENTE: ORÍGENES, DESARROLLO Y MODALIDADES** IN CADERNO DE SOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS, V. 3. SÃO PAULO: 2008.
- BONAVIDES, PAULO. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. MALHEIROS. 18ª. ED. SÃO PAULO: 2006.
- BONAVIDES, PAULO. **TEORIA CONSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. POR UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE LUTA E RESISTÊNCIA. POR UNA NOVA HERMENÊUTICA. POR UNA REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE**. MALHEIROS. SÃO PAULO: 2001.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. ALMEDINA. 3ª. ED. COIMBRA: 1999.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: DOCUMENTOS E INTERPRETACIONES. OAS OFFICIAL RECORDS. WASHINGTON: 2001.
- DUGUIT, LEÓN. **MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL**. EDITORIAL COMARES. GRANADA: 2005.
- FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**. VOL.1 - TEORIA GERAL. FORENSE. RIO DE JANEIRO: 1958.

¹ *Artículo 17 de la Carta Democrática Interamericana:* "Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática."

² *Artículo 18 de la Carta Democrática Interamericana:* "Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y este realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento."

³ *Artículo 20 da Carta Democrática Interamericana:* "En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente."

MULLER, FRIEDRICH. **FRAGMENTO (SOBRE) O PODER CONSTITUINTE DO POVO.** TRADUÇÃO DE VERFASSUNGGEBENDE GEWALT DES VOLKES. EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS. SÃO PAULO: 2004.

SARAIVA, PAULO LOPO. **A CONSTITUIÇÃO DA CASA-GRANDE E DA SENZALA (O DIREITO CONSUETUDINÁRIO BRASILEIRO)** IN CADERNO DE SOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS, SÃO PAULO: 2008. V. 3

SARAIVA, PAULO LOPO. **DIREITO, POLÍTICA E JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE.** EDICAMP. CAMPINAS: 2002.

SILVA, JOSÉ AFONSO. **PODER CONSTITUINTE E PODER POPULAR.** MALHEIROS. 1ª. ED. 2ª. TIRADA. SÃO PAULO: 2002.

VALADÉS, DIEGO. **PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO.** UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. MÉXICO: 2002.

***Abogado. Profesor. Master en Derecho Económico por la Universidad Federal de Minas Gerais. Presidente de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2006-2008, 2008-2009). Miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil (2002-2004 e 2004-2006 e 2007-2009). Miembro de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2000-2002, 2002-2004, 2010-2011). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (2001-). Consejero y Vice-Presidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (2009-2010, 2010-2011). Miembro del Núcleo Docente Estructurante - NDE del Instituto Belo Horizonte de Ensino Superior - IBHES (2009-2011). Miembro del Consejo Editorial de la Revista Electrónica del Instituto de los Abogados Brasileños (2010-2011).**

O Princípio da Presunção de Inocência

Simone Schreiber

Dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". O presente estudo objetiva, em primeiro lugar, fixar o significado de tal enunciado normativo e, em segundo lugar, examinar como se dá sua aplicação na prática judiciária brasileira.

Trata-se do princípio da presunção da inocência, agora positivado, muito embora já fosse arrolado pela doutrina pátria dentre os princípios gerais que regiam o direito processual penal [01]. A forma como está enunciado na constituição, entretanto, ensejou por si mesma alguns debates a respeito do seu alcance. Isso porque não se repetiu a fórmula consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, bem como pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita.

De fato, a Constituição Federal Brasileira adotou a redação do art. 27.2 da constituição italiana de 1948, a qual por sua vez resultou de um movimento protagonizado por parte da doutrina italiana que defendia a restrição do alcance do princípio da inocência, com vistas a garantir a eficácia do processo penal [02]. Enrico Ferri sustentava que só se poderia admitir a presunção de inocência do delinqüente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim somente enquanto não se reunisse prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência [03].

Vicenzo Manzini refuta com veemência o princípio, qualificando-o como absurdo, "una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales" [04]. Para Manzini, considerando que as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, com base na experiência comum, é impróprio falar em presunção de inocência. Isso porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Ademais, a própria imputação se apóia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que por si impede que seja presumido inocente. Sustenta ainda que a presunção de inocência, tomada em todas as suas conseqüências, teria que levar, por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal [05].

Importante registrar que não se trata apenas de uma discussão semântica a respeito da propriedade de se utilizar o termo presunção em seu sentido técnico. O embate que se trava traduz, em verdade, duas diferentes concepções político-ideológicas da finalidade do processo penal e das garantias que devem cercar a persecução penal.

Para Manzini, a finalidade do processo penal é comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Ainda que seja relevante a tutela do interesse relativo à liberdade individual, devendo ser assegurado o direito de defesa a fim de evitar erros e arbitrariedades, não se pode confundir esse aspecto do processo com sua finalidade prevalente de realizar a pretensão punitiva do Estado.

Manzini opunha-se assim a Francesco Carrara, o qual partia da premissa de que o processo penal tinha como finalidade própria e específica a proteção dos inocentes frente à atuação punitiva estatal. Sua concepção de processo penal era construída em torno da idéia da presunção de inocência. Nas palavras de Jaime Vegas Torres, Carrara vê tal presunção como *"un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia"*[06]

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a

confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência.

A partir dessa premissa, tornam-se irrelevantes as críticas calcadas unicamente na impropriedade terminológica de se presumir inocente aquele que está sendo processado criminalmente. E, como se verá a seguir, acaba por ser irrelevante a diferença que se pretende acentuar entre o texto contido na Declaração de 1789 e o dispositivo constitucional brasileiro [07].

De fato, ainda que a fórmula adotada pela Constituição de 1988 tenha sido engendrada na Itália pós-fascista, a partir das críticas capitaneadas pelas escolas positiva e técnico jurídica à presunção de inocência, o certo é que na prática judiciária brasileira não se estabeleceu diferença entre os princípios da presunção de inocência e da desconsideração prévia de culpabilidade. O exame da jurisprudência de nossos tribunais superiores demonstra que nunca se pôs tal diferença como fundamento para restringir o campo de aplicação do princípio da presunção de inocência. Mais do que isso: as expressões presunção de inocência e presunção de não culpabilidade são utilizadas como se fossem sinônimos [08].

Aplicações do princípio da presunção de inocência.

A aplicação mais comumente defendida pela doutrina da norma sob exame dá-se no campo probatório. Nessa primeira formulação, o réu ser presumido inocente significa, por um lado, que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhe são imputados é da parte autora na ação penal (em regra, o Ministério Público) e, por outro lado, que se permanecer no espírito do juiz alguma dúvida, após a apreciação das provas produzidas, deve a querela ser decidida a favor do réu.

Luiz Flávio Gomes registra que a acusação tem o ônus de provar cada um dos fatos que integram o tipo penal e a participação nos mesmos do acusado. Provados "os fatos e a atribuição culpável deles ao acusado", presumem-se contra o réu a ilicitude e a culpabilidade. Caberá então à defesa provar eventuais causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade [09]. Vê-se, pois, que há no processo penal, assim como no processo civil, regras de distribuição dos ônus da prova, sendo incorreto afirmar que toda a prova a ser produzida cabe ao Ministério Público.

Qual é então a nota distintiva em matéria probatória que norteia a atuação do juiz criminal, em decorrência da aplicação do princípio da presunção de inocência? Enquanto no direito processual civil, o juiz, ao decidir, se limita a distribuir as regras de ônus da prova, julgando a lide contra a parte que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos por ela alegados; no direito processual penal, se ao final o juiz tiver dúvidas a respeito da procedência das alegações do réu, ele deve absolvê-lo ainda que não esteja plenamente convencido daquelas alegações. Em uma palavra, a dúvida não resolvível quanto à matéria de fato é sempre dirimida a favor do réu, independentemente das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova.

A mera alegação do réu de que agiu, por exemplo, sob uma excludente de antijuridicidade, não o exime de produzir prova de sua alegação. A solução *pro reo* só existe se o juiz não chegar a um juízo de certeza contra o réu, ou seja, se ele ficar realmente em dúvida quanto à ocorrência ou não da situação que justificaria sua conduta, em vista da prova produzida.

Alguns autores, entretanto, afirmam que o ônus da prova no processo recai integralmente sobre o Ministério Público. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró sustenta que o Ministério Público tem o ônus de provar não só a tipicidade, mas também a antijuridicidade e a culpabilidade, pois estas são partes integrantes do fato constitutivo do direito de punir e não, como normalmente se alega, fato impeditivo do direito de punir a ser provado pelo réu. Para o autor, se o réu alega que agiu em legítima defesa está na verdade negando o cometimento do delito, cabendo ao Ministério Público produzir a prova de que a legítima defesa não ocorreu. Parece-me, contudo, que o debate a respeito do ônus da prova subjetivo – se compete ao autor ou ao réu provar a ocorrência da dirimente – deixa de ser relevante diante da afirmação de que no direito processo penal não importa a quem competia produzir a prova de determinado fato, a dúvida será sempre dirimida a favor do réu. Em outras palavras, não importa qual das partes tinha originariamente o ônus de provar. A questão é saber se o juiz decidirá, em caso de dúvida, distribuindo o ônus da prova (julgando a lide contra a parte que não se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus) ou adotando o *in dubio pro reo*, regra de julgamento que se extrai da presunção de inocência [10].

Mas o princípio da presunção de inocência não se aplica exclusivamente no campo probatório, o *in dubio pro reo* é apenas uma de suas repercussões. Deve ser dispensado tanto ao investigado quanto ao réu tratamento compatível com seu estado de inocente. A condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento. Em vista disso, todas as medidas restritivas ou coercitivas que se façam necessárias no curso do

processo só podem ser aplicadas ao acusado na exata medida de tal necessidade. Se houver várias formas de conduzir a investigação, deve-se adotar a que traga menor constrangimento ao imputado e que enseje a menor restrição possível a seus direitos. Eventual prisão anterior à condenação definitiva, por exemplo, deverá estar pautada em decisão judicial que indique quais circunstâncias presentes no caso concreto autorizam e recomendam a excepcional privação da liberdade do réu. O mesmo ocorre com outras medidas que impliquem em restrição de direitos fundamentais, como se observa da necessidade de que a quebra de sigilo bancário e de comunicação telefônica, ou ainda a busca e apreensão no domicílio do acusado, sejam precedidas de decisão judicial devidamente fundamentada [11].

O impacto da adoção do princípio da presunção da inocência pela Constituição Federal sobre o instituto da prisão cautelar ensejou alguns debates doutrinários que vale a pena registrar. De início sustentou-se que o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, revogara o instituto da prisão cautelar. No entanto tal tese foi logo rechaçada pelo Poder Judiciário, inclusive sob o fundamento de que a própria Constituição Federal referiu-se à prisão em flagrante (modalidade de prisão processual), à liberdade provisória e à fiança (institutos correlatos), respectivamente nos incisos LXI, LXVI, XLIII, XLIV, de seu artigo 5º [12]. Ademais a compatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão processual decorre da própria enunciação original do princípio na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se refere à possibilidade, ainda que excepcional, de detenção do imputado, o que inclusive ensejou a crítica de Manzini, já exposta acima.

Firmou-se então o entendimento de que a presunção de inocência não impede a decretação das chamadas prisões processuais (prisão em flagrante, temporária, preventiva, e prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, todas previstas em lei). Não obstante, o princípio incide para exigir que o juiz demonstre a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) a autorizar a decretação da custódia cautelar, significando que não são compatíveis com a norma constitucional as prisões processuais obrigatórias, quais sejam, as que decorrem de forma automática de determinado evento processual, ou ainda do cometimento de crimes graves.

Não por acaso houve intenso debate a respeito da constitucionalidade das prisões decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível (artigos 408, § 1º, e 594, do Código de Processo Penal). Enquanto as demais prisões processuais (flagrante, preventiva e mesmo a temporária) estão condicionadas à verificação do *periculum libertatis* (art. 310, parágrafo único e art. 312, ambos do Código de Processo Penal e art. 2º da 7960/89), essas modalidades – correntemente denominadas de prisões provisórias – prescindiriam de tal requisito. Bastaria

que o juiz proferisse a decisão de pronúncia ou a sentença condenatória para que o réu fosse recolhido automaticamente à prisão. A lei só dispensaria a decretação da custódia no caso de o pronunciado/sentenciado ser primário ou possuir bons antecedentes.

Como fruto do questionamento a respeito da constitucionalidade das prisões provisórias foi editada a súmula 09 pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: *"a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"*. O exame dos julgados que deram origem à súmula demonstra que o debate que se travou naquele momento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça referiu-se apenas à compatibilidade do princípio da presunção de inocência com as prisões processuais. Não se chegou a discutir a necessidade de se demonstrar em cada caso a presença do *periculum libertatis* [13]. O fato é que o próprio STJ temperou posteriormente o entendimento expressado na súmula 9, passando a exigir fundamentação específica sobre a necessidade da decretação da prisão do réu condenado em primeira instância ou pronunciado, especialmente se até ali respondera ao processo em liberdade [14].

Já no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, apesar do longo tempo decorrido desde a promulgação da Carta de 1988, seus julgados a respeito da presunção de inocência *versus* prisões cautelares ainda se apresentam oscilantes. Há acórdãos que procuram dar aos dispositivos legais que prevêem a prisão em decorrência da sentença de 1º grau e da pronúncia interpretação conforme a Constituição Federal, afirmando que a necessidade da custódia cautelar deve estar demonstrada em cada caso [15]. Outros precedentes dispensam tal motivação, partindo da compatibilidade em tese dos dispositivos estudados com o princípio da inocência [16]. Admite-se também a prisão independentemente de fundamentação específica quanto à sua necessidade quando decorre de acórdão condenatório proferido por Tribunal de 2º grau (em vista do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário) [17] ou ainda no caso em que o réu está sendo acusado de crime hediondo ou assemelhado (incidência da lei 8072/90) [18]. A impressão que se colhe é a de que, apesar de alguns julgados de Turmas do STF afirmarem a necessidade de fundamentação específica para a decretação de prisão processual, dado o princípio da presunção de inocência, prepondera a tendência de temperar o princípio, prestigiando-se a prisão diante da gravidade do crime imputado e quando há grande repercussão do caso na imprensa. [19]

Decorre ainda da aplicação do princípio a vedação de que o investigado ou acusado seja submetido a tratamento humilhante ou exposição indevida, especialmente pelos meios de comunicação. A cobertura jornalística de casos sob julgamento pode produzir efeitos danosos para o réu, especialmente se este já é apresentado inapelavelmente como culpado. A atuação da mídia pode inclusive influenciar de forma decisiva o resultado do julgamento, tema que não

é objeto deste estudo [20]. O que ora se sustenta é que, dependendo da forma como são veiculados os fatos pela imprensa, pode estar sendo dispensado ao réu tratamento incompatível com seu estado de inocente.

A hipótese é de colisão de princípios constitucionais. De um lado, o princípio da presunção de inocência; de outro, os princípios da publicidade dos atos processuais [21] e da liberdade de expressão e de informação [22]. A questão proposta se insere em um debate mais amplo a respeito dos mecanismos de controle democrático sobre os veículos de comunicação e proteção a direitos individuais eventualmente lesados pela atividade jornalística, debate ainda incipiente no Brasil, mas que evidentemente ultrapassa o objeto deste estudo [23]. Fica apenas o registro de mais uma repercussão prática do princípio estudado.

Conclusão:

Os objetivos colocados no início (fixar o significado do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e examinar sua aplicação na prática judiciária brasileira) podem ser assim resumidos: no que tange à oposição (ou diferenciação) entre o princípio da presunção de inocência e o princípio não-culpabilidade, trata-se de discussão que não se resolve mediante interpretação literal ou recurso ao direito comparado. O significado do enunciado constitucional liga-se, com efeito, ao conceito de sistema punitivo construído a partir de sua compatibilidade com um Estado democrático de direito como é (ou pretende ser) o da República Federativa do Brasil [24].

Nesse diapasão, foi possível demonstrar que o referido enunciado constitucional tem múltiplas repercussões na prática jurídica, das quais são exemplos: o ônus da prova durante o processo penal e seu consectário lógico traduzido na máxima *in dubio pro reo*; a obrigação de que o Estado trate o acusado, no curso do processo (ou mesmo antes, durante a investigação), com a menor restrição possível a seus direitos fundamentais, preservando-lhe a dignidade e intimidade; a exigência de que a restrição da liberdade do réu seja fundamentada, em cada caso concreto, a partir da demonstração de dados fáticos que comprovem a necessidade da segregação cautelar; e, ainda, cria para os demais particulares a obrigação de dispensar tratamento compatível com o *status* de inocente presumido (ou seja, de acusado, mas não de condenado; de suspeito, mas não de culpado), sob pena de indevida agressão à privacidade, à imagem e à honra do indivíduo que está submetido a inquérito ou processo penal.

Contudo, essas aplicações não pretendem esgotar as possíveis repercussões do princípio da presunção de inocência no direito pátrio. Ao contrário, assim como o princípio do devido

processo legal apresenta inúmeras e diferenciadas repercussões na prática judicial brasileira, exigindo constante atividade hermenêutica pelos operadores do direito para seu o delineamento, é possível que outras aplicações ainda sejam extraídas do enunciado normativo do inc. LVI do art. 5º da Constituição, a partir de novas interpretações orientadas para a perspectiva na qual o acusado seja considerado um cidadão e, portanto, um sujeito de direitos face ao Estado, ao contrário de um mero objeto de investigação, ou pior, um inimigo desse Estado.

Afinal, como consignado no início deste trabalho, a fixação do conteúdo da norma que consagra a presunção de inocência reflete uma tomada de posição sobre os fins que devem pautar a atividade do Estado no âmbito da persecução penal. Portanto, partindo-se da concepção de um sistema punitivo em que a regra é a prevalência da liberdade sobre a atividade repressiva estatal, o princípio da presunção de inocência atuará como "*critério inspirador de todo el ordenamiento procesal penal, imponiendo el modelo procesal de corte liberal centrado en las garantías del inculcado frente a la actuación punitiva estatal*"[25].

Notas

⁰¹ Em interessante precedente (RE 86297-SP) o Supremo Tribunal Federal debateu a vigência e conteúdo do princípio da presunção de inocência sob a égide da Constituição Federal de 1969. Na ocasião, examinou-se a suposta inconstitucionalidade do art. 1º, item I, alínea *n*, da Lei Complementar 05/70, que considerava inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que respondessem a processo judicial pela prática de determinados crimes. Destaque para o voto vencido do Ministro Leitão de Abreu que discorreu longamente a respeito da necessária subordinação das normas ordinárias aos princípios fundamentais estabelecidos nas Declarações de Direitos, ainda que não consagrados expressamente na Constituição Federal. A tese que prevaleceu, todavia, explicitada no voto do Ministro Thompson Flores, apesar de admitir a vigência do princípio, dava-lhe aplicação mais restrita, em vista do que a norma sob exame foi declarada constitucional.

⁰² A respeito do debate travado pelas escolas penais italianas sobre o princípio da presunção da inocência, de um lado a escola clássica, cujo expoente máximo era Francesco Carrara, e de outro as escolas positivista e técnico jurídica, representadas por Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, ver: TORRES, Jaime Vegas: **Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal**. Madrid: La ley, 1993.

⁰³ *"El positivismo criminológico, tan adepto a razonamientos empíricos, con desprecio de las previsiones normativas, llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto período del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable".* In MAIER, Julio B. J.: **Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l, 2002, p. 492.

⁰⁴ MANZINI, Vincenzo: **Tratado de Derecho Procesal Penal. volume I**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 255.

⁰⁵ *"La degeneración de la máxima comenzó con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: 'IX: Debiéndose presumir inocente todo hombre mientras no se lo haya declarado culpable, si su arresto hubiere sido declarado indispensable, debe ser reprimido severamente por la ley todo rigor que no sea necesario, para seguridad de su persona'. Pero qué razón puede haber para considerar indispensable el arresto de quien se presume ser*

inocente? Aunque hubiese un interés, el acto sería igualmente muy inícuo. Y, por tanto, es lógico lo que decía Roberpierre, en la Convención nacional de 1792 cuando se discutía si proceder o no contra Luis XVI: 'Si, como se usa en los juicios, se lo debiera presumir inocente mientras no fuera condenado, todos nosotros seríamos reos'. MANZINI, ob. cit., p. 254.

06 "...el 'postulado fundamental del cual parte la ciencia penal' en sus estúdios acerca del procedimiento, el principio del que han de derivarse todos los límites que las formas procesales imponen a la actividad punitiva estatal, no es otro que la presunción de inocência. Esta presunción 'se toma de la ciencia penal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error, y, por consiguiente, de protección a aquel individuo' (...) Así, en Carrara, el contenido de la presunción de inocencia alcanza su máxima amplitud: todos y cada uno de los momentos del proceso penal, todas y cada una de las reglas que lo disciplinan, encuentran su fundamento en la protección de la inocencia, de tal forma que la infracción de cualquiera de esas reglas se convierte en un ataque dirigido, en último término, contra la propia presunción de inocencia". in Torres, Jaime Vegas, ob. cit., p. 22/23.

07 Respondendo ao questionamento sobre se a presunção de inocência se consubstancia tecnicamente em uma presunção, aduz Helena Magalhães Bolina: "A qualificação jurídica do princípio da presunção da inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal." in **Razão de ser, significado e conseqüências do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2, da CRP)**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. 70. 1994. p. 456. No mesmo sentido, Julio B. J. Maier: "'Presumir inocente', 'reputar inocente' o 'no considerar culpable' significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un 'juicio previo' para infligir una pena a una persona. (...) Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume – o debe asumir – la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde o extremo contrario". Ob. cit., p. 491/492.

08 Os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça referem-se ao princípio da inocência: RHC 11387/SP; HC 13725/RJ; RHC 9745/PR; RHC 8167/SP. Já estes outros: RESP 304521/SP; HC 32491/MS; HC 16541/SP; HC 28177/MS - remetem ao princípio da não culpabilidade; e estes últimos: HC 19711/SP; RHC 15139/SP; HC 30186/SP; HC 31662/RS; HC 33457/SP - citam ambos como sinônimos. Todos os julgados citados tratam contudo do mesmo princípio. A reforçar o ora sustentado, veja-se ainda o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"I. Prisão por pronúncia de réu já anteriormente preso: pressuposto de validade da prisão cautelar anterior. 1. Em princípio, se tem dispensado a motivação, na pronúncia, da manutenção da prisão preventiva anterior; com maior razão, se tem considerado suficiente que a pronúncia se remeta no ponto aos motivos da prisão cautelar que mantém. 2. Essa orientação pressupõe, contudo, a validade da prisão cautelar antes decretada (precedentes): se é nulo o decreto originário da preventiva, a nulidade contamina a prisão por pronúncia que só nela se fundar. II. Prisão preventiva: motivação inidônea. O apelo à preservação da "credibilidade da justiça e da segurança pública" não constitui motivação idônea para a prisão processual, que - dada **a presunção constitucional da inocência ou da não culpabilidade** - há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral". (HC 82797/PR - Relator SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 01/04/2003 - DJ 02-05-2003 - Primeira Turma - Unânime).

⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In GOMES, Luiz Flávio: **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 111/112.

¹⁰ Veja-se o seguinte trecho do próprio autor ora estudado: "*Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova. O ônus da prova não supõe que exista, necessariamente, uma repartição de tal ônus. Mesmo que não haja repartição do ônus da prova é necessário que haja regra de julgamento, determinando que em qualquer caso, a dúvida sobre fato relevante será decidida sempre contra o autor ou então contra o réu. No caso do processo penal o in dubio pro reo é uma regra de julgamento unidirecional. O ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva. Para usar a regra do processo civil, ao Ministério Público caberá não só o ônus da prova da existência do fato constitutivo do direito de punir, como também da inexistência dos fatos impeditivos de tal direito*". in **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 296/297.

¹¹ O art. 2º da lei de interceptação das comunicações telefônicas (lei 9296/96) é um bom exemplo da excepcionalidade que deve pautar o deferimento de prova que implique em restrição a direito fundamental do imputado.

¹² nesse sentido: HC 67.707, Relatado pelo Ministro Celso de Mello e julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 7.11.89, julgamento unânime.

¹³ Com efeito, os acórdãos que deram origem à sumula 09, quais sejam, HC 84-SP, RHC 303-MG, RHC 331-SO, RHC 202-SP, RHC 270-SP, HC 102-RJ, todos proferidos entre setembro de novembro de 1989, simplesmente não abordaram a questão da excepcionalidade da prisão

processual em decorrência do princípio da inocência. Veja-se a título ilustrativo os seguintes trechos dos votos condutores dos julgados referidos: "se é certo que o magistrado de primeiro grau pode decretar a prisão preventiva de acusados, com muito mais força se me afigura a prisão decorrente da própria sentença condenatória, confirmada em segundo grau, onde se procedeu a um juízo sobre a autoria do delito e da culpabilidade, após avaliar-se a prova, colhida sob a garantia do contraditório." (HC 84-SP); "A prisão de natureza processual não infirma a presunção de inocência do acusado. E, a contrario sensu do disposto no item LXVI, do mesmo art. 5º (...) verifica-se que a Constituição não se pôs a vedar a prisão de natureza processual" (HC 303-MG); "...a pessoa, nessa fase [durante a tramitação do processo], tem sua culpabilidade posta em dúvida, circunstância que não obsta a observância das regras que a lei impõe para a manutenção de sua liberdade. Sequer o conceito ínsito no art. 5º, LVII, da recém promulgada Constituição Federal, pode servir de pretexto para oposição a tal entendimento, porquanto a própria Lei Fundamental, no item LXI, do mesmo dispositivo permite a custódia quando ordenada pela autoridade judiciária." (HC 331-SP); "(...) o dispositivo constitucional invocado deve ser interpretado em consonância com os demais textos que disciplinam a prisão, não sendo correto sustentar somente ser possível, depois da vigência da nova Constituição a prisão de quem já tenha sido definitivamente condenado. (...) A ordem de recolher-se à prisão para possibilitar o processamento de recurso não significa considerar culpado. É regra procedimental condicionante de processamento do recurso; vale dizer: a apelação só é admissível se processada na forma da lei" (RHC 202-SP); "Quanto ao art. 5º, LVII, da Constituição, esta Turma por mais de uma vez já decidiu que não cuida da prisão provisória processual, regulada em outro inciso (LXI) que expressamente a permite dentro de certas condições (prisão em flagrante ou a decorrente de ordem judicial). Não há, pois, a alegada incompatibilidade entre a garantia constitucional da presunção de inocência e a prisão provisória, como providência cautelar, antes ou no curso do processo, nas hipóteses previstas no Código de Processo Penal. No caso, a prisão decorre de mandado judicial, apoiado no art. 393, I, do Código de Processo Penal. (RHC 270-SP); "(...) inexistente incompatibilidade entre os princípios constitucionais (art. 5º, incisos LVII e LXVI) e a disposição do art. 594 do CPP. O inciso LXVI expressa que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança'. Pode, a lei, assim, indicar os casos em que não será admitida a liberdade provisória, ou só admitir a liberdade provisória nas hipóteses que menciona, embora o réu não seja, ainda, considerado culpado, conceito só aplicável com o trânsito em julgado da sentença condenatória". (HC 102-RJ).

¹⁴ Nesse sentido: *Processual penal. Sentença condenatória. Apelação em liberdade. Negativa desmotivada. Princípio da inocência presumida. Constrangimento ilegal. Habeas corpus. - Sob o império da nova ordem constitucional, que proclamou o princípio da inocência presumida, a regra do art. 594, do CPP, deve ser concebida com cautela, sendo cabível tão-somente quando objetivamente indicado na sentença condenatória a necessidade da prisão provisória. - Se o réu permaneceu em liberdade durante o longo curso da instrução criminal e não se*

demonstrou no dispositivo da sentença, presença de alguma das circunstâncias inscritas no art. 312, do CPP, a exigência de recolhimento a prisão para apelar é descabida, passível de desconstituição por via de habeas-corpus, sendo irrelevante a circunstância de se tratar de crime hediondo e a referência à vileza da conduta criminosa. - Recurso ordinário provido. "Habeas corpus" concedido. (RHC 8167 / SP; DJ 05/04/1999; Relator Vicente Leal; Sexta Turma. Unânime). Processual penal. "Habeas corpus" substitutivo de recurso ordinário. Apelo em liberdade. Decisão não fundamentada. Ré que se defendeu solta. Arts. 35 da lei nº 6.368/76 e 2º, § 2º da lei nº 8.072/90. Embora o princípio da inocência não seja incompatível com a exigência da prisão provisória na fase de apelação (Súmula nº 09/STJ), é bem de ver que a segregação antecipada aí deve ser concretamente fundamentada quando se trata de sentenciada que respondeu o feito em liberdade. "Writ" concedido. (HC 8062/SP; DJ 22/02/1999; Relator Felix Fischer; Quinta Turma, Unânime)

¹⁵ E M E N T A: (...) A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (...) A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da

lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. (HC 80719/SP; Relator CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/06/2001, Segunda turma, DJ 28-09-01, Unânime).

¹⁶ EMENTA: - Recurso em "habeas corpus". - Aplicação, no caso, do artigo 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do S.T.F. Recurso a que se nega provimento. (RHC 81946/SP; Relator MOREIRA ALVES; Julgamento: 11/06/2002; Primeira Turma; DJ 16-08-02; Unânime).

¹⁷ EMENTA: Habeas corpus. 2. Decisão condenatória. Determinação de imediata prisão do condenado. 3. Princípio da presunção de inocência. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. 4. Não possuindo os recursos de natureza extraordinária efeito suspensivo do julgado condenatório, não fere o princípio de presunção de inocência a determinação de expedição do mandado de prisão do condenado. Precedentes. 5. Habeas corpus indeferido. (HC 81685/SP; Relator NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento: 26/03/2002; Segunda Turma; DJ 17-05-02; Unânime). "... O princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes. 5 - Habeas corpus indeferido". (HC 81964/SP; Relator GILMAR MENDES; Julgamento: 10/12/2002; Segunda Turma; DJ 28-02-2003; Unânime); EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. NÃO-CULPABILIDADE: PRESUNÇÃO. RECURSO ESPECIAL: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. I. - O benefício de recorrer em liberdade não tem aplicabilidade relativamente aos recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, o que não é ofensivo à presunção de não-culpabilidade inscrita no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. II. - Precedentes do STF: HC 72.366-SP, Néri, Plenário, "D.J." 26.11.1999; HHCC 72.061-RJ e 74.983-RS, Velloso, Plenário, "D.J." 09.6.1995 e 29.8.1997, respectivamente; HC 73.151-RJ, M. Alves, 1a. Turma, "D.J." 19.04.96; HC 69.263-SP, Velloso, 2a. Turma, RTJ 142/878; HC 71.443-RJ, Rezek, 2a. Turma, RTJ 159/234. III. - Improcedência da alegação de prejuízo irreparável decorrente da perda da função pública. IV. - Recurso improvido. (RHC 81786 / SC; Relator CARLOS VELLOSO; Julgamento: 02/04/2002; Segunda Turma; DJ26-04-2002; Unânime).

¹⁸ *EMENTA: Habeas corpus. 2. Superior Tribunal de Justiça. 3. Duplo homicídio qualificado. 4. Crime hediondo. 5. Apelação em liberdade. 6. Repugna-se a fundamentação de prisão cautelar assente simplesmente em clamor público. 7. Da leitura do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25.07.90, extrai-se que a regra é a proibição de se apelar em liberdade, que só pode ser afastada mediante decisão fundamentada do juiz. Precedentes. 8. Habeas corpus indeferido (HC 82770 / RJ; Relator CELSO DE MELLO; Rel. Acórdão GILMAR MENDES; Julgamento: 27/05/2003; Segunda Turma; DJ -05-09-2003; maioria)*

¹⁹ É ilustrativo de tal tendência o julgamento de habeas corpus impetrado em favor do juiz Nicolau dos Santos Neto (HC 80717-8-SP, julgado pelo Plenário do STF em 13.6.2001), ocasião em que se travou interessante debate sobre a significação de "garantia da ordem pública", uma das hipóteses legais em que se justifica a decretação da prisão preventiva e a manutenção da prisão em flagrante. A prisão preventiva do réu havia sido decretada para assegurar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas, tendo considerado ainda a magnitude da lesão causada. Tais fundamentos foram considerados insuficientes, em face do princípio da presunção da inocência, pelo Relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Prevaleceu no entanto entendimento diverso capitaneado pela Ministra Ellen Gracie, tendo sido denegada a ordem.

²⁰ A respeito, ver SCHREIBER, Simone: **Colisão de direitos fundamentais - Uma investigação sobre as conseqüências e formas de superação do confronto entre o direito a um julgamento justo e imparcial e a liberdade de expressão e informação.** Projeto de tese apresentado como requisito para ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito, para 2003, Curso de Doutorado, área de concentração Direito Público, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, sob a orientação do Professor Luís Roberto Barroso, Mimeo, Setembro de 2002.

²¹ O princípio da publicidade "*possibilita o controle social (público) da atividade jurisdicional, protege as partes de uma justiça subtraída ao controle público, incrementa a confiança da comunidade na Justiça especialmente porque tornam-se conhecidos os motivos e critérios das decisões, evita a prática de arbitrariedades, é freio e uma garantia contra a tirania judicial, otimiza o direito à informação (seja no aspecto de informar, seja no de ser informado), assegura a independência judicial contra as ingerências externas ou internas, etc*" GOMES, Luiz Flávio: As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: um estudo introdutório. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord.): **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: RT, 2000, p. 240. É no mesmo sentido a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho. Para o autor, a publicidade "*constitui uma garantia política de maior envergadura, sendo inseparável da própria idéia de democracia, expressando acima de tudo uma exigência de transparência nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles*

populares sobre o exercício do poder", in *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 48

²² "A relevância da liberdade de informação e expressão em um regime democrático reside no papel que desempenha na articulação do debate público e na formação da opinião pública pluralista. Afinal, o cidadão, em uma democracia, tem que estar informado da opinião dos outros e habilitado a formar suas próprias, qualificando-se assim para tomar as decisões políticas que lhe competem. E, além disso, tal liberdade é fundamental para a concretização da transparência no trato da coisa pública, a qual é por sua vez imprescindível ao controle pela população da atuação dos órgãos estatais". SCHREIBER, Simone: **Colisão de direitos fundamentais...** cit., p. 33.

²³ A respeito ver: CERVINI, Raúl: **Os processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 1995; FARIAS, Edilson Pereira de: **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996; TORON, Alberto Zacharias. **Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 36. São Paulo: RT, 2001, p. 257 e ss; Manuel da Costa Andrade. **Liberdade de Imprensa e Tutela Penal da Privacidade – a Experiência Portuguesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: RT. 1997. p. 27. BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 42. São Paulo: RT, 2003, p. 242 e ss.

²⁴ O modelo garantista de sistema punitivo é aquele que mais se compatibiliza do arcabouço filosófico, político e jurídico que estrutura o Estado democrático de direito, opondo-se a modelos totalitários e irracionais de persecução penal. "Ferrajoli destaca que se a hipótese acusatória não puder ser comprovada por meio da verdade processual, deverá prevalecer a presunção de falsidade dessa hipótese (presunção de inocência do acusado), tomando-se esse formalismo no direito penal e processual penal como uma garantia da liberdade individual contra a busca por 'verdades substanciais' de cunho evidentemente autoritário e totalitário. Isso decorre da premissa epistemológica de que não há 'uma' verdade a ser encontrada e que a única verdade que pode justificar uma condenação penal é verdade processual, a qual, justamente por isso, está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa.

Com efeito, no modelo de 'direito penal máximo' é inegável a aspiração totalitária e irracional, traduzida pela pretensão de que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido, ao passo que o 'direito penal mínimo' e a teoria garantista propugnam o objetivo exatamente oposto, ou seja, a construção de um sistema destinado a fazer com que nenhum inocente seja punido, à custa de que algum culpado não o seja.

O in dubio pro reu não é o único critério para solução de incertezas jurisdicionais, mas, antes de tudo, uma escolha política que traduz uma aproximação com a racionalidade do sistema punitivo e a constatação de que na decisão penal deve, necessariamente, estar presente a certeza subjetiva da cognição. O julgador deve estar convicto e expressar essa convicção mediante a demonstração de que os fatos empíricos imputados foram comprovados no decorrer de um procedimento impulsionado pelo cognitivismo processual, ou seja, excluindo da sua motivação qualquer espécie de valoração baseada em outra modalidade de conhecimento."

AMARAL, Thiago Bottino do: **Critérios para a Ponderação no Direito Penal e Processual Penal: O Aporte da Teoria Garantista ao Debate Brasileiro sobre Direitos Fundamentais**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Mimeo, Abril de 2004.

Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7198>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

Juíza federal da 5ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, professora de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), doutoranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).