

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

vol. 5 Out. dez/2023



ISSN: 2965-2588

ISBN: 978-85-7872-661-4

DOI: 10.56089/978-85-7872-661-4



AUTORES:

Caio de Faria Nascimento Rezende
Fábio do Espírito Santo
Geovana Pereira de Souza Melo
Machidovel Trigueiro Filho
Raimundo Nonato Cunha
Roberta Araújo Jacob
Simone Cruvinel Valadão

COORDENADORES:

Prof.º Valdeci Cunha
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.^a Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Jacob
Prof.º Machidovel Trigueiro Filho

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 5

Ano II. Nº 5. Out. / Dez. 2023



**Fortaleza-CE
2023**

Esta obra está licenciada com uma Licença
[Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. E Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Jacob
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 5. Out. / Dez. 2023. Trimestral
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2023 – 173p. Digital

DOI: [10.56089/978-85-7872-661-4](https://doi.org/10.56089/978-85-7872-661-4)

ISBN: [978-85-7872-661-4](https://www.isbn.org/978-85-7872-661-4)

ISSN: [2965-2588](https://portal.issn.org/2965-2588)

Consulta ISSN: <https://portal.issn.org/>

Consulta DOI: <https://dx.doi.org/>

Consulta ISBN: <https://www.cbiservicos.org.br/isbn/pesquisa/>

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Coordenadores

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-São Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do

Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandato em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos 15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduiu-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cum Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional

das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

Karine Moreira Gomes Sales

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

Apresentação

A REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ

– nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área reservada sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Portanto, tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral mais uma edição desta oportuna e enriquecedora *REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS* que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia, das ciências jurídicas e do exercício prático do Direito, promovem reflexões significativas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma REVISTA no formato digital, publicada trimestralmente, cuja publicação será disponibilizada ao público interessado por meio das plataformas <https://dince2editora.com/revistas/> e <http://www.revistadigitaldeciencias.com.br/> cujo conteúdo aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação dos profissionais do Direito e da Educação, **Prof.º Valdeci Cunha, Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Jacob**, entre outros renomados autores, a REVISTA busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, candidatos que se preparam para concursos públicos os quais exijam apresentação de trabalhos jurídicos de provas e títulos; magistrados, membros do Ministério Público e demais profissionais do Direito, diante do qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada RDCJ -*REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS*.

Editorial

Vol. 5 – 2023

A Revista Digital de Ciências Jurídicas anuncia o lançamento do 5º Volume, Edição 2023, em consonância com seu compromisso de difundir a educação e o ensino, reiterando sua adesão aos valores do conhecimento. Esta edição apresenta artigos embasados nos princípios jurídicos, os quais exploram cuidadosamente temas contemporâneos por profissionais respeitados. Desde sua primeira publicação, a Revista tem se mantido fiel ao seu público, atenta às diversas nuances que impulsionam a sociedade, fortalecendo o debate acadêmico e cumprindo seu objetivo institucional.

O Corpo Editorial, composto por juristas de destaque, na busca pelo saber e ensino, reafirma o compromisso de priorizar os valores fundamentais nesta publicação, dada sua importância na condução do conhecimento. Destaca-se ainda a contribuição significativa dos autores e coordenadores, sob orientação dos mestres, enriquecendo esta coletânea acadêmica para o leitor, o verdadeiro protagonista desta jornada.

A Revista Digital de Ciências Jurídicas, distribuída de forma eletrônica semestralmente, visa promover a produção e publicação de artigos científicos de grande importância na seara jurídica, expandindo o alcance do conhecimento para um público cada vez mais amplo.

Desde já, convido você a participar não apenas como leitor, mas como protagonista ativo neste processo.

Vanques de Melo
Editor-chefe

Geovana Pereira de Souza Melo

A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	15
--	----

Raimundo Nonato Cunha

ATIVISMO POLÍTICO JUDICIAL E “LAWFARE” - EM QUE CONSISTE JOGAR DENTRO DAS QUATRO LINHAS DA CONSTITUIÇÃO	31
---	----

Simone Cruvinel Valadão

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO FUNDAMENTADA EM DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	53
---	----

Fábio do Espírito Santo

ANÁLISE DA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA, NO PROCESSO PENAL, DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, EFETIVA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E RESGUARDO DAS GARANTIAS DO ACUSADO	73
---	----

Raimundo Nonato Cunha

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO EM FACE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	95
--	----

Roberta Araújo Jacob

A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO PROTETIVA DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS BRASILEIROS.....	115
--	-----

Caio de Faria Nascimento Rezende

O EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	139
--	-----

Machidovel Trigueiro Filho

DESAFIOS LEGAIS E ÉTICOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO DIGITAL: CASOS PRÁTICOS DE UTILIZAÇÃO DE IA NA GESTÃO PÚBLICA	167
--	-----

A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

THE INFLUENCE OF THE MEDIA ON CRIME INVESTIGATION

Geovana Pereira de Souza Melo¹

RESUMO – O artigo tem como primordial escopo analisar o aprimoramento dos meios de comunicação e a influência desse fenômeno na persecução penal, sobretudo na fase pré-processual. O trabalho utiliza o método descritivo e fenomenológico e apresenta o aparente conflito entre a liberdade de expressão e a presunção de inocência, ambos direitos fundamentais. Ademais, traz à tona o especial interesse do público em programações envolvendo infrações penais e a influência da atividade jornalísticas na investigação formal, com destaque para os casos Eloá Pimentel e Evandro Ramos Caetano, cujos desfechos são diversos. Por fim, destaca o poder da mídia na construção de valores, na provocação de reflexões sociais e na criminalização ou descriminalização de condutas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Investigação criminal. Meios de Comunicação.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal em Goiás. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Público e Segurança Pública.

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia, notadamente com o surgimento da internet, possibilitou o protagonismo dos meios de comunicação na sociedade, que não somente refletem o interesse da população, mas também o molda e influencia diretamente.

Sobretudo na última década, cresceu significativamente o interesse da população por casos criminais. Percebendo essa tendência, os meios de comunicação passaram a explorar, até mesmo com sensacionalismo, as notícias dessa natureza.

Nesse contexto também surgiu o jornalismo investigativo, especializado em crimes reais. Com o aumento da audiência dos programas do gênero, passou-se a observar verdadeiros julgamentos antecipados pela mídia, mas também uma tentativa de manipulação da percepção social sobre o delito, até mesmo para retirar do suspeito a pecha de criminoso.

Logo, o trabalho apresentará o aparente conflito entre a liberdade de expressão, manifestada pela liberdade dos próprios meios de comunicação de tudo noticiar e explorar, e o princípio da presunção de inocência, à vista dos verdadeiros veredictos informais decorrentes de programas transmitidos pela mídia.

Ademais, não menos relevante a influência direta da mídia no curso da investigação, revelando estratégias dos órgãos formais ou até mesmo atrapalhando negociações e ações, como supostamente ocorreu no “Caso Eloá Pimentel” e o programa “A tarde é sua”, da Rede TV, apresentado por Sonia Abrão.

Paralelamente a isso, o jornalismo investigativo também pode apresentar uma outra face: cooperadora da Polícia Civil. Destaca-se nesse ponto o trabalho do jornalista Ivan Mizanzuk, na quarta temporada do podcast “Projeto Humanos”, sobre o “Caso Evandro”, que conseguiu provar ao final a inocência de sete pessoas

injustamente acusadas de terem ceifado a vida da criança que dá nome ao caso em um ritual de magia negra.

Por fim, os meios de comunicação se relevam poderosos mecanismos de reflexão social e de manifestação do Direito Penal Simbólico e de Emergência. A exemplo disso, a edição da lei dos crimes hediondos após a notoriedade do caso envolvendo o homicídio de Daniela Perez e o debate sobre os crimes de preconceito fortalecidos após os atos racistas contra o jogador de futebol brasileiro Vinícius Junior, na Espanha.

1 OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A comunicação sempre possui papel de destaque na história do homem, podendo ser definida como instrumento de interação entre duas ou mais pessoas. Para que se configure, exige a presença de um emissor, um receptor e uma mensagem.

No início da humanidade, a comunicação ocorreu principalmente de forma oral. Por tal meio, as informações e valores eram transmitidas pelo homem ao seu congênere contemporâneo. Mesmo assim, cumpria sua função de aproximar pessoas e, não raras vezes, garantir a sobrevivência individual e coletiva, tanto que não exclusiva da espécie humana, pois presente no reino animal *lato sensu*.

Contudo, posteriormente, com a escrita, a interação ganhou contornos próprios, já que se tornou possível registrar fatos, pensamentos e ideias. Sem dúvidas, o surgimento da escrita foi fundamental para que o ser humano pudesse armazenar conhecimento, transmiti-lo de geração em geração e aprimorá-lo.

Com a criação da imprensa por Gutemberg, foi possível a reprodução em massa de ideias. E a partir de então, os

meios de comunicação se tornaram cada vez mais específicos e completos. Nesse contexto, hoje temos a imprensa escrita, o rádio, a televisão e a internet como os maiores meios de comunicação disponíveis.

Fato é que a possibilidade de dissipação de massa de ideias permitiu o controle social. Tanto é assim que a mídia é o principal meio de marketing. Tal característica e especial poder não passou despercebida pelo Estado, que não raras vezes passou a controlar os meios de comunicação, a exemplo do que ocorreu na ditadura militar no Brasil.

A Constituição da República de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, promulgada em um cenário de redemocratização do país, dispõe em seu art. 5º, incisos IV e XI, que é livre a manifestação do pensamento e a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Na sequência, a Carta Política de 1988 estabelece no art. 220, § 1º, que não poderá haver embaraço à liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Ainda, o § 2º reforça que é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

Fixadas tais premissas, é preciso ter em mente que o mesmo legislador constituinte originário garantiu o direito à honra e à imagem e presunção de inocência (art. 5º, incisos X e LVII).

Comumente, ambos os direitos entram em severo conflito, notadamente quando o assunto é persecução penal. É certo que jornais impressos e televisivos sempre noticiaram crimes, mas, atualmente, o que vemos é uma popularização sem precedentes. Programas transmitidos em horários nobres, como “Fantástico”, da Rede Globo”, e “Domingo Espetacular”, da Record TV, sem exceção, apresentam todos os domingos casos criminais.

Outrossim, ilustram o fenômeno produções como “Linha Direta” e “Cidade Alerta”. E o jornalismo pautado em

assuntos relativos à segurança pública não se restringe à TV, acompanhando a evolução tecnológica dos meios de comunicação, a exemplo dos podcasts “Projeto Humanos”, “Modus Operandi”, “Café com Crime”, entre outros, que somam juntos bilhões de ouvintes.

O gênero “True Crime”, que versa especificamente sobre crimes reais, evidencia uma especial curiosidade humana pela ruptura do estado de normalidade. Tal interesse se mostrou bastante rentável, ainda que às custas da dramatização da dor humana e sensacionalismo. O sucesso do formato pode decorrer do elevado estímulo de busca por justiça, ira e empatia no público. As emoções se afloram de forma incomum, sobretudo em casos envolvendo crimes contra a vida, bem jurídico tutelado por toda a humanidade desde sua gênese.

Abusos jornalísticos envolvendo a exposição de crimes são corriqueiros. No entanto, como mencionado alhures, a censura no Brasil não é admitida. Violados os direitos à honra e à imagem, a análise é posteriori e a reparação proporcional ao agravo, segundo a jurisprudência.

Firmando tal posicionamento, no julgamento do Resp 17703191/SP, o Superior Tribunal de Justiça condenou a Rede Globo de Televisão por excessos na exibição do programa “Linha Direta”. Destacam-se as palavras do Ministro Relator do acórdão:

“A liberdade de imprensa precisa ser exercida com responsabilidade social e individual, dentro de limites éticos e legais, especialmente nos tempos atuais, em que se vive um contexto de dualidades, tumultuado por discursos de ódio. Isso é imperativo para a construção de um país livre e democrático. (...) Ao contrário, trata-se de um programa de televisão de grande repercussão,

exibido em horário nobre em rede nacional, da emissora mais vista pelo país naquela época, em que, mais que a mera narrativa dos fatos da denúncia feita pelo Ministério Público, houve dramatização com cores muito mais vivas que as da própria realidade, uma simulação do ocorrido por atores profissionais, vez por outra, interrompida para exibição do testemunho de funcionários da igreja, pais de vítimas, psicólogos, autoridades policiais etc. Os prejudicados foram mostrados claramente como criminosos, pessoas sem caráter, sujeitos que usaram da figura do palhaço (tão rica para a infância) para atrair a atenção de crianças com a exclusiva intenção de abusar sexualmente delas. Tais elementos, por si sós, já induzem ao repúdio popular. No caso concreto, pela forma e meios, a exibição do programa foi suficiente para deflagrar verdadeira perseguição aos acusados, que ficaram presos, vivenciando todas as agruras dessa lamentável fama. A absolvição dos acusados em sentença confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça que, inclusive, já transitou em julgado, só reforça a fragilidade de todo o conjunto probatório produzido à época da exibição do programa e, portanto, reforça a inconsequência do programa da forma como foi feita e as desastrosas consequências para a vida daquelas pessoas.”. (STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.770.391/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/11/2022).

Contudo, aparentemente em um sentido contrário ao posicionamento dominante das Cortes Superiores, recentemente, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo determinou que o humorista Léo Lins deletasse de suas redes sociais conteúdo com piadas preconceituosas e o proibiu de transmitir e publicar novos materiais de semelhante teor.

2 A ABORDAGEM DE CASOS CRIMINAIS PELA MÍDIA: DO CANCELAMENTO E CONDENAÇÃO PRÉVIA À BEATIFICAÇÃO

Normalmente, a jurisprudência das Cortes Superiores aprecia casos de excesso promovidos pelo jornalismo investigativo ou simplesmente pelos programas no formato “True Crime”, sejam eles podcasts, séries ou documentários.

Os programas expõem um ou mais suspeitos, que, apesar de assim denominados, não raras vezes já são apresentados como verdadeiros culpados. Essa prévia condenação pelos meios de comunicação pode ser irreversível e não encontra amparo no direito à liberdade de expressão, já que os próprios direitos fundamentais encontram limites quando aniquilam outro.

Exemplo contemporâneo da atuação do “tribunal da internet” é o “Caso Dani Calabresa X Marcius Melhem”. O humorista foi acusado pela atriz e também humorista e outras funcionárias da Rede Globo de praticar assédio sexual e moral contra elas. O caso teve grande repercussão, tendo sido o denunciado demitido e afastado de trabalhos artísticos. Uma onda de manifestações nas redes sociais promoveu o “cancelamento” do ator, que sempre negou as acusações.

Não se sabe se o caso ganhará final semelhante ao de “Amber Heard x Johnny Depp”. O ator foi acusado pela ex-esposa praticar crimes, entre eles violência doméstica. O julgamento na Corte norte-americana foi televisionado e comentado em tempo real nas redes sociais. Após ter sido “cancelado” e afastado dos trabalhos no cinema, o caso sofreu uma reviravolta após indícios de falsa denúncia.

A despeito de a mídia viabilizar uma condenação antecipada dos suspeitos, estes, sabendo do poder dela, também buscam vantagem e apoio do público. A título de exemplo, após ter participado do homicídio dos pais, Suzane Von Richthofen concedeu entrevista ao programa dominical “Fantástico”, em que buscou transmitir uma imagem meiga, usando roupas infantilizadas, apelando ao compadecimento do público.

De modo semelhante, diversos investigados, especialmente à véspera de seus julgamentos, procuram entrevistar-se com o jornalista Roberto Cabrini. Alguns, até mesmo já julgados, tentam insistir na ocorrência de condenação injusta, clamando a atenção popular e até mesmo de autoridades.

Finalmente, imperioso destacar que a forma de abordagem de alguns meios de comunicação a determinados casos criminais seria responsável por transformar criminosos em heróis ou, até mesmo, em objetos de desejo. Ilustram essa vertente as notícias de que inúmeras cartas escritas por mulheres são enviadas a determinados delinquentes na cadeia, como Ted Bundy, o serial killer de Goiânia/GO e o Francisco Assis, o maníaco do parque.

2.1 O CASO ELOÁ PIMENTEL E O PROGRAMA SÔNIA ABRÃO

O programa “Linha Direta”, da Rede Globo, reestreou, no dia 4 de maio de 2023, apresentando o “Caso Eloá Pimentel.”

No mês de outubro de 2008, em Santo André/SP, Eloá Pimental, uma jovem de 15 anos, foi sequestrada pelo ex-namorado, Lindemberg Alves, que invadiu o apartamento da adolescente, mantendo ela e outras pessoas como reféns.

O crime e as negociações entre Lindemberg Alves foram televisionados ao vivo, de modo semelhante a um reality show. A espetacularização do sequestro foi latente e a intervenção da mídia foi inegável.

O programa global destacou a especial influência do programa “A tarde é sua”, da Rede TV, no desfecho do caso. A apresentadora Sônia Abrão chegou a entrevistar ao vivo o sequestrador, elaborando perguntas sensacionalistas.

Segundo o sociólogo e ex-comandante do Batalhão de Operações Especiais (BOPE), Rodrigo Pimentel, a apresentadora e a Rede TV foram irresponsáveis, deixaram o criminoso ainda mais nervoso, uma vez que surpreendido com a ligação de Sônia e atrapalhou as negociações que estavam sendo dirigidas pelo Capitão da Polícia Militar Adriano Giovaninni.

O sequestro se estendeu e, dois dias depois, após policiais invadirem o cativeiro, Lindemberg Alves efetuou disparos de arma de fogo contra Eloá, que foi a óbito.

Portanto, trata-se de exemplo de perniciosa influência dos meios de comunicação na investigação e atuação policial.

2.3 O CASO EVANDRO E O PODCAST PROJETO HUMANOS

A quarta temporada do podcast “Projeto Humanos”, de Ivan Mizanzuk, tratou do “Caso Evandro”, referente ao desaparecimento de Evandro Ramos Caetano, de 6 anos, em Guaratupa, litoral paranaense, no ano de 1992.

Em resumo, a criança, após desaparecer, foi encontrada morta, com corpo mutilado, em um matagal a aproximadamente 1.900 metros de sua residência. A partir de então, iniciou-se uma investigação de homicídio.

Houve atuação das polícias civil e militar, bem como interferência política no caso. Ao final, foram considerados responsáveis pela morte da criança Beatriz Abagge e Celina Abagge, respectivamente filha e esposa do prefeito de Guaratuba/PR, e outras cinco pessoas. A acusação pautou-se na tese de que eles sacrificaram a criança em um ritual de “magia negra”.

O trabalho de Ivan Mizanzuk no podcast foi bastante profundo e detalhado. Mesmo anos após o crime, fitas de VHS foram encontradas e comprovaram que os suspeitos confessaram o crime mediante tortura.

Diante do sucesso programa, a plataforma de streaming Globoplay lançou o documentário “O Caso Evandro”. A estreia do documentário sobre as Bruxas de Guaratuba foi bem recebida pelo público.

O caso ilustra bem como a mídia pode representar, perante um mesmo fato, em épocas distintas, duas faces da mesma moeda. Contemporaneamente ao sumiço da criança, de maneira prévia e sensacionalista, as rádios e jornais condenaram previamente sete pessoas inocentes, a partir da criação de uma narrativa de preconceito religioso.

Na ânsia, inclusive política, de dar uma resposta à sociedade, as investigações trilharam um único caminho, em reforço aos boatos e teses despidas de provas. Inocentes pagaram com integridade física e mental e com a própria liberdade.

Tempos depois, no entanto, a mesma mídia, sob influências diversas, investigou o caso de forma imparcial e

conseguiu provas da inocência dos então acusados e formalmente condenados.

3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA MÍDIA E OS CASOS “DANIELLA PEREZ” e “VINI JR”

O Direito Penal Simbólico consiste na utilização do Direito Penal como instrumento demagógico, por meio do qual são elaboradas leis mais severas – normalmente após fatos que causam comoção geral, não só em razão de sua gravidade intrínseca, mas também da massiva divulgação pela imprensa-, mas que, na prática, acabam sendo inócuas porque o sistema penal como um todo é incapaz de lidar de forma eficaz com a crescente criminalidades.

O fenômeno ficou evidente após o homicídio de Daniella Perez. Em resumo, no dia 28 de dezembro de 1992, a atriz, filha da escritora Glória Perez, protagonista da novela “Corpo e Alma”, da Rede Globo, foi morta pelo seu colega de trabalho e par romântico na ficção, Guilherme de Pádua, e a sua esposa, Paula Thomaz.

Segundo as investigações, após o término das gravações, a vítima e Guilherme de Pádua saíram em veículos diferentes. Contudo, o ator seguiu Daniella e, em um posto de gasolina, agrediu-a e a trancou, desmaiada, em seu veículo. Em seguida, Guilherme e Paula, que estava escondida no veículo dele, levaram a atriz para um matagal, local em que a filha de Glória Perez foi morta a golpes de objeto perfurocortante.

O crime teve repercussão nacional, não somente pela brutalidade, mas por se tratar de vítima famosa, que protagonizava novela na Rede Globo. A escritora Glória Perez não guardou para si o sofrimento com a morte da filha, mas buscou, não somente

por justiça no caso concreto, como também o recrudescimento da legislação penal no Brasil.

Nesse contexto, Glória liderou um movimento popular que defendia a inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos, conseguindo, em 1994, 1,3 milhão de assinaturas e aprovação do projeto de lei, sancionado pelo Presidente da República Itamar Franco.

Recentemente, veio à tona as práticas de racismo contra o jogador de futebol Vinícius Junior, na Espanha. Durante a “La Liga”, campeonato espanhol, o brasileiro, atacante do Real Madrid, recebeu ataques de torcedores, que o xingaram de “macaco”. Vini Jr, como é conhecido, não se intimidou, manifestando em campo e nas redes sociais indignação em relação aos episódios criminosos.

Em pleno século XXI, ano 2023, subsiste enraizado na população o preconceito envolvendo a cor da pele. Há ainda uma tendência preocupante: o crescimento de grupos radicais antissemitas, racistas e que pregam a hegemonia ariana, com devoção à Hitler e à eugenia.

Ocorre que, em vértice oposto, a população vítima de racismo e outros preconceitos tem ganhado voz e conseguido atingir espaços de diálogo em busca da concretização de direitos fundamentais.

A título de exemplo, a Espanha, após o episódio de repercussão internacional, passou a sofrer forte pressão para criar um marco regulatório em combate ao racismo e xenofobia, segundo o El País. Isso porque o conjunto de normas da Espanha não cita diretamente o racismo. Além disso, a pena do crime ao qual as condutas dos torcedores contra o jogador poderiam configurar possui pena significativamente baixa, não suplantando doze meses de prisão.

De fato, há muito a evoluir quando o assunto é a pauta social, mas, sem dúvidas, os meios de comunicação têm

representado importantes aliados em prol da divulgação de assuntos até então colocados debaixo do tapete e bastante sensíveis, repercutindo na investigação e mobilização estatal.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos à liberdade de expressão e de imprensa, vedando a censura. Paralelamente, com os avanços a tecnologia, os meios de comunicação se aperfeiçoaram e se multiplicaram, reduzindo a distância entre as pessoas e possibilitando a troca de informações em tempo real.

Com a ampliação dos meios de comunicação, tornou-se evidente o peculiar interesse do público em geral por crimes reais. A mídia, de modo geral, ciente disso, não hesitou em inaugurar uma série de programas, muitos informativos, outros extremamente sensacionalistas.

Ocorre que tal fenômeno passou a influenciar diretamente nas investigações criminais. Por vezes, a influência se relevou positiva, tendo em vista a possibilidade, por exemplo, de divulgação de retratos, localização de foragidos, entre outros aspectos. No entanto, não raras as vezes os meios de comunicação abusaram de suas prerrogativas, seja condenando previamente um suspeito, sem garanti-lo o contraditório e ampla defesa, seja quando verdadeiramente atrapalharam o trabalho do Estado por meio dos órgãos de segurança pública.

No último caso, o clássico exemplo nacional é a interferência da apresentadora Sônia Abrão no desfecho do sequestro de Eloá Pimentel. Além disso, como seu importante poder de manipulação de massa, tem sido veículo utilizado por investigados para ganhar apoio popular, tentativa clara por Suzane Von Richthofen, em entrevista ao Fantástico. Igualmente, aconteceu na entrevista de

Doutor Jairinho e Monique Medeiros, acusados de matarem Henry Borel.

Apesar de tais papéis, os meios de comunicação também representam importante forma de manifestação do espírito popular, divulgando demandas e até mesmo possibilitando discussões que, ao final, resultam em novidades ou alterações no âmbito normativo penal.

Destarte, os meios midiáticos influenciam a segurança público e o Direito Penal de diversas maneiras, pois presentes na vida da maioria das pessoas e de variadas formas, de modo que dificilmente é possível deles se esquivar. A interferência pode ser positiva ou negativa e, em todo caso, é preciso ponderação e avaliação da real intenção do agente midiático a fim de se evitar injustiças e, principalmente, impedir a atuação dos órgãos de segurança pública.

REFERÊNCIAS

Batista Junior, João. O que você quer, filha, para calar a boca? Revista Piauí, Edição 171, Dezembro 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-que-mais-voce-quer-filha-para-calar-boca/>. Acesso em: 31 de maio de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 31 de maio de 2023.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Ebook. ISBN 9788502224308. Disponível em: . Acesso em: 6 de junho de 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

Entenda a decisão judicial contra o humorista Léo Lins por piadas sobre escravidão. Carta Capital, 17 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/entenda-a-decisao-judicial-contra-o-humorista-leo-lins-por-piadas-sobre-escravidao/>. Acesso em: 31 de maio de 2023.

Entrevista de Suzane Von Richthofen ao Fantástico. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8Mj4qVm5teU>. Acesso em: 31 de maio de 2023.

Fã clube de matador. Uol, Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/serial-killers/>. Acesso em: 4 de junho de 2023.

FERNANDES, Amanda Pontes Soares; ROCHA, Rebeca Gomes da. A vitimização e a condenação prévia no plano midiático. Revista Transgressões, ciências criminais em debate. Natal, 2015, p. 119130.

Ex-comandante do BOPE critica cobertura “irresponsável e criminosa” da mídia no caso Eloá. Portal Imprensa, 20 de outubro de 2008. Disponível em: https://portalimprensa.com.br/noticias/ultimas_noticias/21374/ex-comandante+do+bope+critica+cobertura+irreponsavel+e+criminosa+da+mídia+no+caso+eloá. Acesso em: 4 de junho de 2023.

MIZANZUK, Ivan. Projeto Humanos: O Caso Evandro. Anticast, 2018. Podcast. Disponível em: <http://www.projetohumanos.com.br/temporada/o-caso-evandro/>. Acesso: 31 de maio de 2023.

Reportagem da revista Piauí descreve assédio de Marcius Melhem a Dani Calabresa. Correio Brasiliense, 4 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/diversao-e-arte/2020/12/4893109-reportagem-da-revista-piaui-descreve->

[assedio-de-marcius-melhem-a-dani-calabresa.htm](#). Acesso em: 4 de junho de 2023.

RITTER, Lídia de Paola. A influência dos meios de comunicação de massa e redes sociais na formação da opinião dos jurados que compõem o conselho de sentença no Tribunal do Júri. Três Passos, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4902>. Acesso: 4 de junho de 2023.

STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.770.391/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/11/2022.

PRADO, Antônio Carlos. As bruxas de Guaratuba. Isto É – Comportamento, 2011, disponível em: Acesso: de junho de 2023.

ATIVISMO POLÍTICO JUDICIAL E “LAWFARE” - EM QUE CONSISTE JOGAR DENTRO DAS QUATRO LINHAS DA CONSTITUIÇÃO

*JUDICIAL POLITICAL ACTIVISM AND
“LAWFARE” – WHAT IS CONSISTS OF
PLAYING WITHIN THE FOUR LINES
OF THE CONSTITUTIONAL*

Raimundo Nonato Cunha²

RESUMO

O presente trabalho pretende situar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública. Listar-se-ão as peculiaridades da atuação do Poder Judiciário e a possibilidade de sindicância em face dos atos administrativos, sem que isso caracterize necessariamente interferência indevida. O método utilizado foi o lógico-dedutivo, mediante consulta bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, com abordagem livre e exploratória sobre a temática. Foram apresentadas falhas na atuação dos Poderes Executivo e também do Poder Judiciário e elencadas críticas, com vistas à melhoria do atual sistema de freios e contrapesos, dotando as funções de maior independência e harmonia.

Palavras-chaves: Administrativo; Judicial; Conflitos; Controles; Recíprocos.

² Universidade de Fortaleza Email: nonatocunha@mpce.mp.br.

ABSTRACT

The present work intends to situate the jurisdictional control over the Public Administration. The peculiarities of the performance of the Judiciary and the possibility of investigation in the face of administrative acts will be listed, without this necessarily characterizing undue interference. The method used was the logical-deductive, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential consultation, with a free and exploratory approach on the subject. Failures were presented in the performance of the Executive Powers and also the Judiciary Powers and criticisms were listed, with a view to improving the current system of checks and balances, providing the functions with greater independence and harmony.

Keywords: Administrative, Judicial. Conflicts. Reciprocal; Controls.

INTRODUÇÃO

Todos os dias a resenha noticiosa e, principalmente, as redes sociais veiculam desajustes entre os poderes constituídos, envolvendo agentes públicos da crista do Executivo e Judiciário. Há razão para tanto conflito? As funções estatais se desajustaram repentinamente ou o caos é a estratégia adrede preparada para colapsar a nova onda democrática brasileira, inaugurada e desenvolvida a partir dos alicerces fincados com a Constituição de 1988?

A sociedade sempre esteve e estará em crise, porquanto seus atores estão vivos e o dinamismo é um processo natural e dialético, de autoconstrução, ao sabor das ondas das ideologias políticas e sociais que a história vai assentando, em diferentes momentos e lugares, estabelecendo direitos reivindicados e conquistados pelos cidadãos e firmando também deveres dos mesmos em face da sociedade.

Ocorre que o diálogo institucional é necessário e fundamental, sem espaço para retrocesso, com a mútua compreensão de que o poder é uno, eis que emana do povo, sendo que em um Estado democrático de direito está fracionado em diferentes funções e tarefas.

A democracia, compreendida como governo do povo, para o povo e pelo povo, é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram, conforme expressão de Churchill.³

Assim é que, considerando que a sociedade atual também é herdeira, por afinidade, do contratualismo, nossa democracia, como todas as outras do mundo moderno, é incompatível com uma figura única e central de poder, senão com instituições fortes, poderes estabilizados e ajustados, cada uma compreendendo sua fatia de atuação.

Como sublinha Belloso Martín⁴, a democracia como modernamente a concebemos assenta-se nas teorias do contratualismo clássico, a partir dos jusfilósofos Hobbes, Locke e Rousseau, estando o acordo fundamental entre as diversas forças coetâneas compilado em um documento chamado Constituição.

1. PODER JUDICIÁRIO: CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E LEGITIMAÇÃO, BEM COMO SEU HISTÓRICO E FORMAS DE ATUAÇÃO

É o poder jurídico por excelência, sempre aconselhável que esteja distanciado dos interesses políticos que figuram

³ BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 4ª. Ed.1978, p.320.

⁴ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: En busca de unos ciudadanos deliberantes”, en *El retorno a la sociedad civil: democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*. (Coordenadores: N. Belloso Martín y A. de Julios Campuzano). Madrid, Dykinson-IISJ, 2011, pp. 207-237.

frequentemente no Executivo e Legislativo. É o poder exercível sobre atos do executivo, legislativo e do próprio judiciário, nos aspectos da legalidade e constitucionalidade, em caráter definitivo.

A independência e o distanciamento dos outros Poderes é salutar e tem correlação com as formas de investidura, podendo-se asseverar que é tanto menor, quando depende que indicações e nomeações a tribunais superiores sejam feitas em parte pelo Chefe do Poder Executivo.

Quanto aos controles existentes, há dois sistemas, a saber:

Contencioso Administrativo (adotado principalmente na França e Itália), onde a Justiça Administrativa está ao lado da Justiça própria do Poder Judiciário; e

Unidade de Jurisdição (modelo presente na Inglaterra e Brasil). Aqui, há monopólio de jurisdição, de sorte que corresponde exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida.

Na constituição brasileira, no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, Art. 5º, precisamente no inciso XXXV, consta que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, o que vem a consagrar o prefalado sistema de unidade jurisdicional, podendo, desde que provocado, anular as condutas ilegítimas da Administração Pública, compelindo àquelas que seriam obrigatórias e condenando o Estado a indenizar os lesados, quando couber.

A doutrina considera o sistema de unidade de jurisdição mais eficaz que o outro, pois o Estado-administração e o administrado se colocam, em tese, em plano jurídico de igualdade quando seus conflitos de interesses são deduzidos nas ações judiciais.

Constata-se, contudo, que há muitas vezes uma espécie de reverência do julgador ao administrador, mormente se este está na rota de indicação para cargo cuja escolha dependa daquela autoridade ou ainda em que haja possibilidade de troca de favores.

De toda sorte, o controle jurisdicional é exclusivamente de legalidade e constitucionalidade. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o judiciário declarará sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos.

No Brasil, com a implementação das chamadas súmulas vinculantes⁵, cabe reclamação diretamente ao STF contra ato administrativo ou decisão judicial que a contrarie ou aplique-a indevidamente e, em caso procedente, será anulado o ato.

Convém advertir de pronto que, em virtude do sistema de tripartição dos poderes adotados pela Constituição, é vedado ao Judiciário apreciar o chamado mérito administrativo, ou seja, os critérios de conveniência e oportunidade.

Além disso, o controle judicial pode ser *a priori* ou *a posteriori*, sendo este a regra.

O controle *a priori* é fundamentado no princípio da inafastabilidade da tutela judicial conforme Art. 5º XXXV, da Constituição Federal Brasileira, pelo qual é garantido ao indivíduo proteção contra lesão ou ameaça de lesão a direito.

O Código de Processo Civil brasileiro e as leis especiais do Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública contemplam essa possibilidade quando presentes os pressupostos da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o risco de haver lesão irreparável pelo decurso do tempo (*periculum in mora*).

⁵ Diz-se súmula vinculante a jurisprudência que, quando votada e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, por pelo menos 2/3 do plenário, torna-se um entendimento obrigatório ao qual todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir. Na prática, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico e possuindo efeito erga omnes.

2. INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina divide os controles em dois tipos, específicos e inespecíficos.

Específicos: São a ação de Mandado de Segurança, Ação Popular, Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de injunção e Ação Civil Pública.

O objetivo estreito deste artigo não é embrenhar-se nessas espécies de instrumentos e em que consiste cada uma destas ações, mas tão somente apresentar um rol.

Os controles inespecíficos, por sua vez, aplicam-se para correção das condutas administrativas em geral. São as medidas judiciais comuns do direito privado como, ações ordinárias de indenização, cautelares em geral, interditos proibitórios (defesa ou reintegração de posse), nunciação de obra nova, consignação em pagamento e ações penais.

Com relação à parte penal, convém observar que as leis tipificam e cominam penas, no caso da corrupção pública, tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo, embora o conceito de corrupção adotado pelo Banco Mundial tenha como sujeito ativo apenas o servidor público que se vale de tal circunstância para obter proveito pessoal ilegítimo.

Para os crimes contra a administração pública no Brasil, o gênero corrupção abrange a gama de crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, a saber: Peculato, inserção de dados falsos em banco de dados da administração pública, extravio de documento público, emprego irregular de verbas públicas, concussão, corrupção passiva propriamente dita, facilitação de contrabando ou descaminho, prevaricação, condescendência criminoso, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional entre outros próprios de servidor público.

É conveniente sublinhar que se observa que o arcabouço legal não é suficiente para regular as condutas da sociedade, já que os tipos criminais e administrativos são praticamente iguais nos diversos países civilizados.

Ademais, em alguns poucos países as leis têm efetividade e noutros, nem tanto. Nesse terreno, o Brasil tem uma legislação deveras avançada na matéria de prevenção e combate à corrupção (talvez até superior a outros países menos corruptos) e uma complexa rede de controle, envolvendo instituições de controle interno e correições (Corregedorias, Controladorias e Ouvidorias), de controle externo (Tribunais de Contas, Polícia, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Secretarias de Receita federal e estadual, Conselhos de Justiça e do Ministério Público, conselhos sociais e associações profissionais, terceiro setor e outras instituições e siglas), além de ambiente com ampla liberdade de expressão e relativa transparência na gestão fiscal e atos governamentais e, mesmo assim, os indicadores de corrupção estão em níveis indesejáveis.

3. LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA CONTROLAR ATOS DOS OUTROS PODERES

Com efeito, no regime democrático, onde desponta a proteção dos direitos e garantias fundamentais, não se pode conceber atos insusceptíveis a controle, daí porque nenhum Poder ou função é tão absoluto que possa estar infenso ao controle judicial.

É importante reconhecer, de logo, que os parlamentares não representam necessariamente os interesses dos representados e que, apesar de suas deliberações deverem ser respeitadas, isto decorre da legitimidade da investidura no cargo e do exercício de competências constitucionalmente determinadas. O mesmo se pode dizer dos magistrados que exercem o controle dos atos do legislativo. Ambos, tanto Legislativo quanto Judiciário, são dotados de

competência constitucional. A diferença diz respeito apenas à forma de investidura. Os membros do STF, como sabido, são indicados pelo chefe do Executivo e sabatinados e aprovados pela representação do Congresso.

Merece sublinhar que a maioria continua sendo a característica fundamental da decisão democrática, mas há que se observarem as competências destinadas aos processos de decisão e os limites impostos pela Constituição, que estabelece as próprias regras do jogo democrático.

Os poderes devem fiscalizarem-se e controlarem-se, segundo as regras da Carta Magna, efetivando o sistema de freios e contrapesos, sem macular a necessária proporcionalidade da independência e harmonia que devem nortear suas missões.

Nesse sentido, até mesmo os atos políticos (de governo), ou seja, aqueles produzidos por certos agentes da cúpula diretiva do país, no uso de sua competência constitucional, podem e devem ser questionados quando ofenderem direitos individuais, sociais ou coletivos e políticos, núcleo duro da Constituição, quando estiverem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade.

Também os atos legislativos típicos, como leis e medidas provisórias, podem ser objeto de controle por parte do Judiciário, controle este difuso ou concentrado.

No controle difuso ou incidental, a lei é discutida como prejudicial numa ação judicial comum.

No controle concentrado, o ato normativo é impugnado diretamente, como ocorre com a Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação direta de constitucionalidade (ADC) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A decisão proferida pela suprema corte (STF, no Brasil) no caso da ADI e ADC produzirá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Nestes casos, o Judiciário exerce função verdadeiramente legislativa e política.

É digno de nota, também, que, mesmo sendo característica do controle difuso os efeitos apenas interpartes da declaração incidental de inconstitucionalidade, ou seja, limitados aos casos concretos, o sistema jurídico fornece formas de levar esta decisão a ter eficácia geral, da mesma maneira como ocorre nos Estados Unidos da América em razão do princípio da vinculação aos precedentes da Suprema Corte e, no Brasil, com a possibilidade de suspensão pelo Senado Federal da execução da lei, conforme previsto no art. 52, X, da Constituição Brasileira.

Quanto aos atos chamados “*interna corporis*”, que são praticados dentro da competência interna e exclusiva dos órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciário, cuja competência está demarcada na própria Constituição (como ocorre com os Regimentos internos), admite-se o controle judicial apenas quando contiverem vícios de legalidade e de constitucionalidade que vulnerarem direitos individuais, de parlamentares ou juízes.

Questão de alta indagação é saber se os atos decorrentes do poder discricionário da autoridade e se as políticas públicas implementadas ou não pelo poder político também se submetem a controle por parte do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, logo nos aflora o princípio da separação dos poderes e a consequente proibição de um imiscuir-se nas atribuições de outro, além do princípio democrático da representação política. Em contraponto, coloca-se o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que consta do rol dos direitos e garantias fundamentais, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída de apreciação judicial.

A discussão se torna mais nítida quando se lhe é colocada a apreciação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de controle concentrado ou difuso. Como assinalado, no controle concentrado o órgão judicial aprecia, em tese, a lei elaborada pelos representantes do povo e tem o poder de determinar a sua

invalidação. No controle difuso, qualquer juiz, do mais distante rincão do Judiciário, tem o poder de, no caso concreto, negar vigência a uma lei nacional aprovada pelo parlamento e promulgada pela maior autoridade administrativa da nação.

E mais: como explicar para o comum dos homens que a vontade de seus representantes, escolhidos democraticamente, não irá prevalecer porque um Juiz, que não foi eleito por ninguém (portanto sem aparente legitimidade), embora tenha sido legalmente investido no cargo após concurso público, entendeu de forma diferente, principalmente em decisões fundamentadas por contraste a princípios constitucionais muitas vezes implícitos?

A questão foi alvo de análise de MELO JORGE NETO⁶, que assim propôs:

A partir do instante em que visualizamos as decisões do Poder Judiciário como fruto de um discurso racional democrático, dos quais participam, em menor ou maior medida, o próprio povo na função de partes, cai por terra a idéia de poder contramajoritário. Em verdade, o Poder Judiciário serve como um canal de comunicação com o poder estatal diferente daquele que é utilizado quando o povo vota e elege seus representantes.

A tese esposada na citada obra é que a legitimidade das decisões do Judiciário se afirma muito mais pelo seu conteúdo, maiormente se está em sintonia com o sentimento de justiça da coletividade e respeitado o processo dialógico (com as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, do devido processo, inclusive com duração razoável e motivação consistente), e não pelo

⁶ MELO JORGE NETO, Nagibe de, *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador, JUS PODIVM. 2008. p.137.

fato da patente autoridade de seu prolator. Nesse tocante, a argumentação racional deve prevalecer ao argumento de autoridade.

É certo que as políticas públicas significam a busca pela realização prática ou materialização dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda e terceira gerações, os direitos de igualdade e fraternidade. É igualmente correto afirmar-se que a concretização dos direitos fundamentais é tarefa do Estado como um todo e, assim, dos poderes constituídos para a consecução dos objetivos da nação (Executivo, Legislativo e Judiciário), observados os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os princípios adotados.

Ocorre que os direitos fundamentais, pela sua importância e por serem de natureza inadiável, estão positivados para ter aplicação imediata, não se constituindo mero protocolo de intenções.

Assim, sempre que a atuação estatal dos Poderes Executivo e/ou Legislativo violar a Constituição e, sobretudo, ofender os direitos fundamentais, quer individuais, quer difusos e coletivos, caberá a atuação do Poder Judiciário.

Por todas estas razões, creio que tanto as políticas públicas quanto os atos administrativos em geral são sindicáveis pelo Poder Judiciário, notadamente quando violarem direitos fundamentais, individuais ou coletivos, mesmo porque a finalidade da lei nunca poderá avalizar conduta que contrarie o plexo de direitos e garantias de tamanha envergadura.

4. CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE

Diz-se controle judicial de constitucionalidade aquele exercido por Corte Constitucional ou órgão do Poder Judiciário, daí porque são conhecidos três modelos, a saber: controle concentrado

(austríaco ou europeu), controle difuso (americano) e controle misto (Portugal, Brasil).

A introdução do controle de constitucionalidade das leis foi muito precoce nos Estados Unidos. Na Europa, pelo contrário, o desenvolvimento da justiça constitucional foi mais tardio. Não se compreendia que a lei, expressão da vontade geral, fosse submetida a qualquer controle. Houve que esperar até o século XX para assistir à introdução de um controle de constitucionalidade das leis, com a criação, em 1920, do Tribunal Constitucional austríaco. No mesmo período, também a República de Weimar estabelece um controle de conformidade dos atos normativos com a Lei Fundamental. Porém, somente depois da II Guerra Mundial foi quando a justiça constitucional começa sua expansão pelo continente. Primeiro Alemanha, com o *Bundesverfassungsgericht*, estabelecido em 1951, seguida pela Itália, cujo Tribunal Constitucional se instaura em 1956. Dois anos depois, a transição para a V República desemboca também na França na instituição do Conseil Constitutionnel. Na Espanha, o Tribunal Constitucional nasce a partir da aprovação da Constituição de 1978. E, em Portugal, em 1983 se põe em funcionamento seu Tribunal Constitucional⁷.

A criação de Tribunais ou Cortes constitucionais foi convertida em um elemento indispensável para que fosse possível falar de Estado de Direito. Contudo, ele não significa que o controle de constitucionalidade não se possa exercer por outros meios, como efetivamente ocorre naqueles países que, seguindo o exemplo dos Estados Unidos, é atribuído às suas Cortes Supremas ou, como é o caso da França, a um Conselho Constitucional.

No controle concentrado de constitucionalidade, há um órgão central competente para declarar, a validade ou não de uma lei, em confronto com a Constituição. Nesse modelo, cabe ao juiz ou tribunal, por lhe faltar poderes para decretar a inconstitucionalidade, provocar a manifestação do tribunal constitucional. No controle difuso,

⁷ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”. En: Revista do Direito nº 34, Programa de Pósgraduação em Direito –Mestrado- PPGD, Santa Cruz do Sul, UNISC, Junho/Diciembre 2010, pp.135-155.

qualquer órgão jurisdicional, juiz ou tribunal, no caso concreto, pode recusar a aplicação de lei que reputar incompatível com a Constituição, ou seja, afastar sua incidência à lide em estimação subjetiva de um direito.

No controle misto, adotam-se os dois modelos. Assim, cabe ao Tribunal Constitucional ou órgão de cúpula do Judiciário o controle concentrado, nas ações que discutem a constitucionalidade em tese (não em caso concreto), cujos efeitos das decisões são *erga omnes*. Tal possibilidade convive em harmonia com o modelo difuso, pelo qual mantém a possibilidade de órgão monocrático ou colegiado do Poder judiciário, no caso concreto, declarar incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei e afastar sua aplicação ao caso *sub judice*, pelo que tal decisão produz efeito apenas para as partes figurantes do processo.

Este modelo é adotado em Portugal e Brasil. Aqui, o Supremo Tribunal Federal, que acumula as funções de Corte Constitucional e instância revisora das demais no âmbito da interpretação constitucional, além de instância originária em certos casos, é composto por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 75 (setenta e cinco) anos, sendo todos indicados pelo Presidente da República e submetidos ao Senado Federal, onde o quórum para aprovação é metade mais um (maioria absoluta), conforme art. 101 da Constituição brasileira. Assim mesmo, verifica-se aqui a ali o requisito da reconhecida competência, mas o requisito objetivo do tempo mínimo de exercício profissional só é exigência em alguns países.

Diferentemente do Brasil, os membros da Corte constitucional em outros países têm mandato de nove anos.

Em matéria “garantias constitucionais”, o maior intérprete espanhol (p.ex.) é o Tribunal Constitucional (artigos 159 a 165 da Constituição espanhola), que não forma parte propriamente do Poder Judicial. Através do “recurso de amparo”, segundo o artigo 162.1.”b”, da Constituição espanhola, qualquer pessoa natural ou jurídica, o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal estão legitimados para provocar o Tribunal Constitucional.

O art. 161 da referida Constituição prevê o recurso de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei e “A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou as sentenças por ela efetivadas não percam o valor de coisa julgada”.

Do acima exposto, constata-se que no Brasil, o controle é misto, isto é, o Supremo Tribunal Federal tanto exerce o controle concentrado, abstrato, com efeito *erga omnes*, mediante conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, da Ação Direta de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, I e § 1º, Constituição brasileira), quanto o controle difuso, concreto, incidental, com efeito *inter pars*, através de recurso extraordinário nas causas provenientes de instâncias inferiores quando contrariam dispositivo constitucional ou lei federal (art. 101, II e III).

Uma característica relevante é a que se refere aos legitimados para o recurso de inconstitucionalidade. Na Espanha (v.g.) observa-se que a quantidade é bem menor que no Brasil. Ali, diferentemente do Brasil, não são legitimados: O Fiscal Geral do Estado (Procurador Geral da República), o Conselho dos advogados (OAB), partido político e colégio profissional.

N. Belloso Martín⁸ se inclina pela posição adotada por A. Nieto, que se mostra crítico ao Tribunal Constitucional espanhol. Reconhece que ocupa posto chave no sistema de controles, posto que sua competência se estende, direta ou indiretamente, a todos os demais poderes, *verbis*:

“Un Tribunal Constitucional celoso y vigilante puede enderezar, por tanto, la actuación de todo el Estado, de la misma

⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”, cit.

forma que si es hostil y parcial puede bloquear gravemente la acción de un gobierno. Así las cosas, la fórmula deseable es la de su neutralidad política e independencia funcional (...)”⁹.

Apesar disso, anota que os governos têm-no considerado muito perigoso “y no han parado hasta desactivarlo y lograr que no sólo no entorpezca la acción política sino que avale positivamente las mayores tropelías del ejecutivo y del legislativo”. O caminho seguido tem sido o de controlar a maioria de seus componentes mediante “designaciones sectarias y promesas de premios a posteriori”. Tudo isso tem provocado um desprestígio às Cortes constitucionais pois, um órgão que em seus primeiros anos ganhou meritoriamente uma autoridade superior, inclusive poderes institucionais e que hoje está degradado até perder aquela autoridade por completo e não ter suas decisões outro valor, exceto pelo fato de ser autorizado pela Constituição, mesmo padecendo de razoabilidade.

Vive-se uma crise de legitimidade, por carência de aceitabilidade social de suas decisões.

Assim, faz-se necessário reconstruir a legitimidade da Justiça Constitucional a partir do distanciamento das influências partidárias que, ao sabor de seus interesses, pugnam para que determinadas leis, atos normativos e até atos administrativos em geral sejam declarados de acordo ou conforme a Constituição, a qualquer preço.

Não se confunda, todavia, atividade judicial com judicialização da política ou ativismo político e *lawfare* perpetrados por alguns magistrados, sem a neutralidade necessária e inerente à função julgadora.

O *Lawfare*, anote-se, chega a flertar com o ato criminoso, eis que consiste no **uso ou manipulação das leis como um**

⁹ NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y de la ley*. Madrid, Ariel, 1999, p.393.

instrumento de combate a um oponente, desrespeitando os procedimentos legais e os direitos fundamentais que se pretende eliminar, assim definido:

Lawfare (formada do inglês law, "direito", e warfare, "guerra"; em português: guerra jurídica) é uma palavra-valise introduzida nos anos 1970 e que originalmente se refere a uma forma de guerra na qual o direito é usado como arma. Basicamente, seria o emprego de manobras jurídico-legais como substituto de força armada, visando alcançar determinados objetivos de política externa ou de segurança nacional. Enquanto alguns estudiosos consideram haver tanto aspectos negativos quanto positivos no uso da lei como instrumento de guerra (sobretudo no contexto das discussões sobre segurança internacional e contraterrorismo), outros entendem *lawfare* como um uso ilegítimo da legislação (nacional ou internacional) em manobras jurídicas com a finalidade de causar danos a um adversário político (estrangulando-o financeiramente, encurtando seus prazos etc.) de modo que este não possa perseguir objetivos, tais como concorrer a uma função pública. Nesse sentido, a *lawfare* seria comparável ao uso estratégico de processos judiciais visando criar impedimentos a adversários políticos - uma prática conhecida, nos países anglo-saxões, como SLAPP, acrônimo de strategic lawsuit against public participation (ação judicial estratégica contra a participação pública)¹⁰.

¹⁰ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lawfare>, Acesso em 10 ago 2022.

Por seu turno, a legitimidade da Justiça constitucional e consequente aceitação de suas decisões, não pode limitar-se exclusivamente a avaliar a maior ou menor concordância das leis que o Congresso aprova, com o texto constitucional. Como afirma P. Calamandrei, as decisões da Corte constitucional não terão só o efeito aparentemente negativo, expresso em sua parte dispositiva, de anular a lei contrária à Constituição. Ao lado das decisões haverá sempre um significado positivo de cooperação ativa ao *indirizzo politico* pelas considerações que o Tribunal efetua nos fundamentos jurídicos de suas sentenças¹¹.

A questão do ativismo judicial em face da judicialização da política decorre quase sempre do “in-ativismo” político, isto é, da falta de iniciativa, discussão e solução de direitos represados por falta de regulamentação ou, também, de atos viciados e desconformes com os princípios e normas da Lei Maior.

Streck¹² anota que, *verbis*:

Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de

¹¹ CALAMANDREI, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, nota 83, 1956, p.258.

¹² STRECK, Lênio Luiz. ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A Dificil Concretização do Direito Fundamental a uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada. Disponível em: <https://www.portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206> Acesso em 10 ago 2022.

direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Oliveira (2015), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.

Sucedo que há opções (e erros) judiciais que não decorrem de uma discricionariadade, que seria menos grave, senão de equívocos de interpretação, que podem e devem ser evitados. O Judiciário (como instituição), uma vez demandado, tem o dever de exarar uma resposta e que sempre há de desagradar alguém, razão pela qual também deve externar os fundamentos jurídicos (e não, políticos, religiosos ou morais) de sua decisão, apesar de seu prolator internalizar suas convicções como todo e qualquer ser humano.

Portanto, admoesta Streck que:

“...há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer¹³.

Digno de alertar, entretanto, que respostas inadequadas do Poder Judiciário, desalinhadas da Constituição, dos princípios e

¹³ *Idem, ibidem.*

regras nela contidos ou das leis conformadas a ela, proferidas por autoridades isentas de neutralidade ou parcialidade ou decisões subjetivas fragilizam, por assim dizer, a justiça e a segurança jurídica, pilares da Constituição, além de abalarem a democracia e os direitos fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, procurou-se demonstrar a problemática dos conflitos e tensões ocorrentes entre os Poderes constituídos, que devem conviver com o respeito aos primados da independência e harmonia que informam a atuação de cada detentor de setor da soberania do Estado Democrático de Direito.

Revisitou-se as peculiaridades do Poder Judiciário, adentrando em suas tarefas, funções e, por que não dizer, missão, que consiste em realizar justiça e segurança jurídica, democracia e direitos fundamentais.

A questão do mérito administrativo, dos atos *interna corporis*, do ato discricionário e do princípio da separação dos poderes foi também analisada e considerados os limites de atuação da atividade jurisdicional.

Questão trazida à baila foi a atuação do Judiciário em face da inércia dos outros Poderes, mediante a judicialização da política, mormente em face da impossibilidade e inafastabilidade da tutela judicial para cimentação dos direitos fundamentais positivados na Constituição da República.

Verifica-se, desta forma, que os controles exercidos pelo Judiciário sobre os atos legislativos e atos administrativos em geral são um imperativo da Lei Maior que confiou a um dos órgãos, mediante critérios científicos, políticos e jurídicos, respeitada a

neutralidade e o devido processo legal, o poder-dever de dizer o direito em última instância.

A questão de quem controla o controlador é equacionada pelo sistema de freios e contrapesos (*Checks and balances*), já que em Estado democrático não se permite Poder ou órgão absoluto, mas preconiza que o próprio Poder venha a conter seus excessos e que, também, haja controles recíprocos entre as diferentes funções estatais, para que seja cada vez maior a possibilidade de contenção dos desvios comportamentais dos mandatários públicos. O Estado moderno fomenta e cria uma cadeia de agentes e órgãos, ora controladores, ora controlados, ao lado do controle social mediante o exercício da cidadania pelo voto popular e mesmo por manejo de instrumentos jurídicos como ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

REFERÊNCIAS

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”. En: *Revista do Direito* nº 34, Programa de Pósgraduação em Direito –Mestrado- PPGD, Santa Cruz do Sul, UNISC, Junho/Diciembre 2010, pp.135-155.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 4ª.ed..São Paulo, Malheiros, 1978.

CALAMANDREI, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, nota 83, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o Direito Fundamental À Boa Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson Alves; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*, 4ª., ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO JORGE NETO, Nagibe de, *O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador, JUS PODIVM. 2008.

NIETO, Alejandro, *La ‘nueva’ organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO FUNDAMENTADA EM DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

*PRESCRIPTION OF THE CLAIM FOR
REFUND BASED ON A DECISION OF
THE COURT OF ACCOUNTS OF THE
UNION: INTERPRETATION OF ART.
37, §5, OF THE FEDERAL
CONSTITUTION.*

Simone Cruvinel Valadão

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral abordar a prescrição das pretensões de ressarcimento, tomando-se como parâmetro a interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal, à luz da doutrina, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Tribunal de Contas da União – TCU. Os objetivos específicos consistem no estudo acerca do impacto das decisões do STF acerca da prescritibilidade das ações de ressarcimento nos processos que tramitam no TCU, especialmente quanto ao impacto da decisão prolatada no Tema nº 899, com repercussão geral reconhecida pelo STF, nos processos de Tomada de Contas Especial. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, porquanto analisou-se os fundamentos das decisões preferidas pelo STF quanto à prescrição das pretensões de ressarcimento ao erário, a fim de aferir a extensão da aplicabilidade destas em relação aos processos de tomada de contas no âmbito do TCU. A metodologia utilizada consistiu em pesquisa bibliográfica baseada no levantamento de publicações

pertinentes ao tema, assim como na pesquisa documental da jurisprudência formada a partir de julgados proferidos pelo STF e pelo TCU. O problema jurídico que se apresenta consiste em saber em que medida a decisão proferida pelo STF no Tema nº 899 impacta na análise da prescrição das pretensões de ressarcimento que tramitem no Tribunal de Contas da União. Constatou-se, a princípio, a permanência, no âmbito da Corte de Contas, do entendimento pela imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento em sede de processo de Tomada de Contas. Contudo, verificou-se que mais recentemente o Tribunal de Contas da União editou a Resolução nº 344/2022, por meio da qual alinhou o seu entendimento à decisão proferida pelo STF no Tema nº 899 e passou-se, portanto, a adotar o entendimento pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento nos processos de Tomada de Contas Especial.

Palavras-chave: Prescrição; Ressarcimento; Doutrina; Supremo Tribunal Federal; Tribunal de Contas da União.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral tratar sobre a prescrição das pretensões de ressarcimento, tomando-se como parâmetro a interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal, à luz da doutrina, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

A análise acerca da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, com fundamento na interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal, é questão enfrentada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal, assim como se trata de tema recorrente no âmbito do Tribunal de Contas da União, no que se refere aos processos de Tomada de Contas atinentes à apuração e quantificação de prejuízos ao erário.

Os objetivos específicos consistem no estudo quanto ao impacto das decisões do STF acerca da prescritibilidade das ações de ressarcimento nos processos que tramitem perante o TCU, especialmente no que concerne ao impacto da decisão prolatada no Tema nº 899, com repercussão geral reconhecida pelo STF, nos processos de Tomada de Contas Especial.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, porquanto apurou-se as decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal,

quanto à prescrição das pretensões de ressarcimento ao erário, são extensíveis, especificamente, aos processos de tomada de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União.

A metodologia utilizada consistiu em pesquisa bibliográfica baseada no levantamento de publicações doutrinárias pertinentes ao tema, tais como livros de doutrinadores renomados e artigos publicados em revistas especializadas do ramo do Direito Público, assim como na pesquisa documental consistente na abordagem da jurisprudência formada a partir de julgados proferidos pelo STF e pelo TCU, divulgados por meio de seus veículos oficiais de publicação.

O problema jurídico que se apresenta consiste em saber em que medida a decisão proferida pelo STF no Tema nº 899, com repercussão geral reconhecida, impacta na análise da prescrição das pretensões de ressarcimento que tramitam no Tribunal de Contas da União por meio de processos de Tomada de Contas.

O instituto da prescrição é conceitualmente associado à segurança jurídica advinda do decurso do tempo, como instrumento condutor de pacificação social, evitando-se, com isso, que as questões possam ser eternamente questionadas perante o Poder Judiciário.

A redação do art. 37, §5º, da Constituição Federal suscitou divergências doutrinárias, haja vista que parte da doutrina entende pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, ao passo que outra parcela da doutrina sustenta atese de que a redação do referido artigo não teve o condão de autorizar a imprescritibilidade, pois quando o legislador constituinte quis afastar a prescrição, assim o fez em termos expressos.

A princípio, a redação do art. 37, §5º, da Constituição Federal ensejou julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a teor das conclusões expendidas no Mandado de Segurança nº 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

O entendimento até então adotado pelo citado Mandado de Segurança foi ulteriormente alterado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos seguintes temas, com Repercussão Geral reconhecida, a saber:

- a) Tema nº 666: é prescritível a pretensão de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil;

b) Tema nº 897: são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso;

c) Tema nº 899: é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas.

Acerca do Tema nº 899, ainda remanesceu, por um tempo, a discussão referente ao seu alcance em relação ao transcurso do lapso temporal para que o Tribunal de Contas da União atuasse na fase constitutiva do título, no processo de Tomada de Contas Especial.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, houve, inicialmente, manifestação pela aplicação da tese da prescrição decenal, conforme restou consignado nos Acórdãos de nºs 11/1998 – Segunda Câmara e 71/2000-Plenário.

Posteriormente, prevaleceu no TCU, com fundamento na decisão proferida pelo STF no Mandado de Segurança nº 26.210/DF, o entendimento de que tais ações seriam imprescritíveis, sendo este o posicionamento que perdurou no TCU por certo tempo, mesmo diante das decisões firmadas, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto aos sobreditos temas nºs 666, 897 e 899.

No entanto, mais recentemente ao enfrentar novamente a questão, o Tribunal de Contas da União editou a Resolução nº 344/2022, por meio da qual se alinhou ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da tese de Repercussão Geral nº 899, de forma que passou-se a interpretar o art. 37, §5º, da Constituição Federal no sentido da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento em sede de Tomada de Contas Especial.

2. BREVE ABORDAGEM DA DOUTRINA ACERCA DA PRESCRIÇÃO

Conforme ensina a lição do doutrinador Leonardo Carneiro da Silva, a prescrição é instituto do ordenamento jurídico que tem por objetivo garantir a estabilidade das relações e, por

consequência, a pacificação social, na medida em que o decurso do tempo atua desfavorável ao sujeito que não exerce tempestivamente a sua pretensão. (DA CUNHA, 2021, p. 55).

Da doutrina do civilista Flávio Tartuce também se extrai essa mesma diretriz conceitual acerca da prescrição:

Se o titular do direito permanecer inerte, tem como pena a perda da pretensão que teria por via judicial. Repise-se que a prescrição constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que o direito não socorre aqueles que dormem, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais. (TARTUCE, 2010, p. 432.)

A análise do presente artigo cinge-se ao estudo da prescrição das pretensões de ressarcimento lastreadas em decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União. Para tanto, se faz necessária a abordagem do instituto da prescrição com fulcro no texto do art. 37, §5º, da Constituição Federal, segundo o qual “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Com fundamento no sobredito artigo, surgiu na doutrina o entendimento de que a expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” instituiu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. De outro ângulo, parte da doutrina sustentou que os casos de imprescritibilidade foram expressamente elencados pelo texto constitucional, o que não se incluiria no texto sob comento.

A respeito da questão, Benjamin Zymler e Daniel Miranda Barros apresentaram explicação elucidativa quanto à origem da divergência doutrinária referente à interpretação do citado artigo, conforme demonstra o seguinte fragmento:

A bem da verdade, desde o advento da Constituição de 1988, existe divergência doutrinária consistente em saber se, a partir dessa redação, as ações de ressarcimento foram gravadas com a cláusula da imprescritibilidade. A análise histórica guarda sua importância no caso concreto, pois tanto o projeto sugerido pela Comissão de Sistematização do Congresso Nacional quanto aquele que foi efetivamente examinado pelo Plenário no início do primeiro turno de votação continham a expressa ressalva da imprescritibilidade.

Substitutivo 2 (18.09.1987) da Comissão de Sistematização:

[art. 43] §4º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que são imprescritíveis.

Projeto A (24.11.1987) – Plenário (início do primeiro turno):

[Art. 44] §4º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.

A mudança para a redação atual só ocorreu após o debate que antecedeu a votação no primeiro turno.

A partir dessa mudança redacional, a doutrina passou a divergir quanto à melhor interpretação a ser dada. De um lado estão aqueles que advogam a tese de que, se a intenção fosse manter a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não haveria razão para modificar o texto constitucional. De outro, estão os defensores de que haveria uma redundância na redação original, sendo o ajuste mera incorreção dessa imprecisão. (ZYMLER *et. al.*, 2020, p. 204/205)

Em favor da tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, tem-se como exemplo a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual o art. 37, §5º, da Constituição Federal fixou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados por agentes públicos, de modo que, ainda que venha a se reconhecer a prescrição da ação de improbidade, não restará prescrita a pretensão de ressarcimento dos danos. (DI PIETRO, 2007, p. 768).

Já em defesa da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento, cita-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que revela a alteração do seu entendimento inicial acerca do tema, de modo que passou a defender o reconhecimento da prescrição mesmo para as ações de ressarcimento ao erário, sob o fundamento de que quando o Constituinte teve o objetivo de fixar a imprescritibilidade, o fez expressamente, a exemplo dos crimes de racismo e de ação armada contra a ordem constitucional. (DE MELLO, 2010, p. 1065).

Em reforço ao seu entendimento, o sobredito doutrinador acrescenta que a redação conferida pelo constituinte ao art. 37, §5º, da Constituição Federal teve a finalidade de esclarecer acerca da possibilidade de fixação de prazos prescricionais distintos quanto aos ilícitos de natureza administrativa ou penal, não se mostrando imperativa a coincidência entre ambos. (DE MELLO, 2010, p. 1065).

Diante da divergência na interpretação do texto do art. 37, §5º, da Constituição Federal, o tema se tornou alvo de recorrentes debates nos tribunais pátrios, tanto no Poder Judiciário quanto no

âmbito do controle externo, conforme se expõe nos tópicos a seguir, relacionados à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de processos de Tomada de Contas Especial foi, a princípio, adotada em um julgado proferido em um processo de Mandado de Segurança, no qual se analisava o caso de um bolsista do CNPq que não retornou ao país após a conclusão do doutorado. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ficou assim ementada:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS O TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I – O beneficiário da bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento da obrigação contante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II – Precedente: MS 24519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, §5º, da

Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 26210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008, publicado no DJE nº 119 em 26/06/2009.

Posteriormente, ao julgar o RE nº 669.069/MG, por meio do qual a União pleiteava indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, provocados por uma empresa de transporte rodoviário a um veículo da Marinha do Brasil, o Supremo Tribunal Federal fixou, no enfrentamento do Tema 666, a tese segundo a qual “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”

Oportuno consignar que, por ocasião dos debates que conduziram à tese supracitada, o Min. Ricardo Lewandowski registrou a sua mudança de entendimento em relação à tese adotada anteriormente no já citado MS 26.210/DF.

A interpretação acerca da prescrição da pretensão de ressarcimento, à luz do art. 37, §5º, da Constituição Federal, retornou ao Supremo Tribunal Federal por meio do RE 852.475/SP, interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se reconheceu a prescrição da pretensão de ressarcimento em face de servidores públicos, em razão da prática de ato de improbidade consubstanciado na alienação de bens móveis públicos com preço de avaliação abaixo do preço de mercado. No citado recurso, a Corte Suprema enfrentou o Tema 897 e fixou a tese de que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Em 20/04/2020, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 636.886 – AL, o Supremo Tribunal Federal novamente se debruçou sobre a interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal, desta feita em sede de recurso interposto pela União em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que julgou pela prescrição na fase de execução de acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União. Ao julgar o referido recurso, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema 899 e fixou a seguinte tese: “É prescritível a pretensão de

ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas.”
Da ementa do citado Recurso Extraordinário, constou o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

[...]

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso sob análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objetos da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a

extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899 “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 636.886-AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2020.

O tema voltou a ser enfrentado em sede de embargos de declaração opostos pela União em face do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 636.886 – AL, os quais suscitaram, em síntese, a existência das seguintes obscuridades, contradições e omissões, a saber: a) falta de esclarecimento acerca de qual rito procedimental deve ser adotado para a execução dos acórdãos do TCU;

b) os julgados do TCU não dependem de inscrição em dívida ativa, porquanto ostentam natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 71, §3º, da CF; c) a decisão embargada não esclarece se a prescrição incidirá apenas na fase de execução do título ou se se também deve ser aplicada na fase constitutiva deste.

Os embargos de declaração supracitados foram rejeitados pelo Supremo Tribunal Federal, mediante julgado que restou assim ementado:

EMENTA: TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS (CF, ART. 71, §3º). PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não apresenta omissões, contradições ou obscuridades. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando quaisquer reparos.

2. A questão controvertida decidida no Tema 899 da repercussão geral definiu a prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, §3º, da CF, que estabelece: *“as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”*.

3. Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, conforme definido pelo STF, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

4. Inexistência de hipótese de imprescribibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional, c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em 5 (cinco) anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente, conforme consta no acórdão embargado.

5. Ausência dos pressupostos

necessários à modulação dos efeitos do julgado.

6. Embargos de Declaração rejeitados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 636.886/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/08/2021, publicado no DJE nº 177, em 08/09/2021.

Diante do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 636.886/AL, a discussão acerca da prescrição no que se refere ao curso dos processos de Tomada de Contas Especial foi apresentada por André Luís de Matos Gonçalves, no sentido de que, embora o referido julgado não tenha consignado expressamente, os argumentos empregados pelos ministros indicam que a persecução do dano em sede de Tomadas de Contas Especiais não se encontra blindado ao decurso do tempo. (DE MATOS, 2020, p. 17).

Do mesmo modo, Benjamin Zymler e Daniel Miranda Barros Moreira apontam que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 636.886-AL, pode ser interpretada no sentido de que o julgado se limitou a estabelecer a prescrição quinquenal para as execuções em juízo, decorrentes de Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União. De outro lado, ressaltam que o referido julgado também delimitou o prazo para atuação do próprio Tribunal de Contas da União na constituição do título executivo. (ZYMLER *et. al.*, 2020, p. 213/214).

Como se observa, diante do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião dos embargos de declaração retrocitados, remanesce espaço para interpretação acerca do alcance do art. 37, §5º, da Constituição Federal no que concerne à fase constitutiva do título executivo extrajudicial no âmbito do Tribunal de Contas da União, questão que já vem sendo enfrentada pela Corte de Contas, conforme se expõe no tópico seguinte.

4. A APLICAÇÃO DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ÀS AÇÕES DE RESSARCIMENTO, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

De acordo com a doutrina de Benjamin Zymler e Daniel Miranda Barros, inicialmente a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sedimentou-se no sentido de aplicação da prescrição vintenária às ações de ressarcimento ao erário, ateor do quanto decidido pelos Acórdãos de nºs 11/1998 – Segunda Câmara e 71/2000-Plenário. (ZYMLER *et. al.*, 2020, p. 206).

Posteriormente, conforme observaram os citados autores, prevaleceu no Tribunal de Contas da União, com fundamento na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 26.210/DF, o entendimento de que tais ações seriam imprescritíveis. (ZYMLER *et. al.*, 2020, p. 213-214).

A partir de então, o Tribunal de Contas da União passou a se posicionar pela imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento, conforme o verbete sumular nº 282, segundo o qual “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis.”

Seguindo essa mesma diretriz, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão pela inaplicabilidade da tese firmada no tema de Repercussão Geral nº 666, do Supremo Tribunal Federal, por entender que a tese que reconhece a prescrição para os ilícitos civis não seria aplicável para os ilícitos de natureza administrativa, a exemplo dos casos de não comprovação da regular aplicação de recursos públicos, julgados pelo Tribunal de Contas da União. (ZYMLER *et. al.*, 2020, p. 209).

Já no que se refere à aplicabilidade do entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 636.886/AL, condutor da tese de Repercussão Geral nº 899, como já se observou no tópico anterior, resta espaço para interpretação acerca da extensão do reconhecimento da prescritibilidade também para a fase constitutiva do título em sede de processo de Tomada de Contas Especial, no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Após o julgamento dos embargos proferidos no Recurso Extraordinário nº 636.886/AL, o Tribunal de Contas da União enfrentou novamente a questão, tendo reiterado o seu posicionamento jurisprudencial pela imprescritibilidade das

pretensões de ressarcimento apuradas no processo de Tomada de Contas Especial. Nesse sentido, cita-se o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão nº 18604/21 – 1ª Câmara, proferido pelo Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, julgado em 23/11/2021:

[...]

11. A decisão não atinge, portanto, a fase constitutiva do título executivo, a cargo dos Tribunais de Contas, mas sim a fase de sua execução, no âmbito do poder judiciário. Mantém-se, assim, a jurisprudência deste Tribunal, conforme a Súmula 282, estabelecendo que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores do dano ao erário são imprescritíveis, cabendo o prosseguimento deste feito.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 18604/2021 (Primeira Câmara). Rel. Ministro Augusto Sherman.

Do mesmo modo, ao decidir o Acórdão nº 19004/2021, julgado em 30/11/2021, no voto condutor do referido acórdão, o Rel. Min. André de Carvalho, nadiretriz da proposta de encaminhamento apresentada pela Unidade Técnica, consignou a insubsistência de eventual prescrição da pretensão de ressarcimento em sede de processo de Tomada de Contas Especial, instaurado pelo Tribunal de Contas da União. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 19004/2021 (2ª Câmara). Rel. Ministro André de Carvalho).

Mais adiante, a questão foi novamente enfrentada pelo Tribunal de Contas da União que, ao exarar o Acórdão nº 2.285/2022, entendeu pela possibilidade da ocorrência de prescrição

nos processos atinentes à pretensão de ressarcimento ao erário. O mencionado Acórdão resultou na Resolução nº 344/2022 que assim dispôs:

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

Considerando o poder regulamentar conferido pelo art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que autoriza a expedição de atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição e organização dos processos que lhe devam ser submetidos;

Considerando a necessidade de estabelecer critérios e procedimentos para exame da prescrição e de regulamentar seus efeitos no processo de controle externo;

Considerando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509;

Considerando a deliberação contida no item 9.8 do Acórdão nº 459/2022-TCU-Plenário; e

Considerando os estudos e pareceres que constam do processo TC 008.702/20225,

RESOLVE:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas da União, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de

Inconstitucionalidade 5509, e
 regulamentada por esta resolução.
CAPÍTULO II DA PRESCRIÇÃO
Seção I Do Prazo de Prescrição
 Art. 2º Prescrevem em cinco anos as
 pretensões punitiva e de ressarcimento,
 contados dos termos iniciais indicados
 no artigo 4º, conforme cada caso.
 (BRASIL. Tribunal de Contas da União.
 Resolução nº 344/2022)

Diante do exposto, considerando-se a recente edição da Resolução supracitada, conclui-se que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União se alinhou ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da tese de Repercussão Geral nº 899, de forma que passou-se a interpretar o art. 37, §5º, da Constituição Federal no sentido da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento em sede de Tomada de Contas Especial.

Diante do exposto, conclui-se, com base nos julgados retrocitados, proferidos recentemente pelo Tribunal de Contas da União, que o alcance da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 899, da Repercussão Geral, será interpretado para abarcar apenas a fase executiva do título executivo extrajudicial advindo de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, de modo a semanter preservada a jurisprudência sedimentada pela Corte de Contas no sentido de que o art. 37, §5º, da Constituição Federal torna imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário objeto de processo de Tomada de Contas Especial.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prescrição é instituto do ordenamento jurídico que tem por objetivo reconhecer estabilização às relações sociais, ante o não exercício da pretensão durante certo lapso temporal.

A doutrina se divide acerca da interpretação do art. 37, §5º, da Constituição Federal, com a manifestação do entendimento

de que o citado artigo implica na imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, enquanto outra diretriz doutrinária aponta que o referido texto legal não autorizou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, já que nos casos em que o legislador constituinte quis instituir a imprescritibilidade o fez expressamente.

No Supremo Tribunal Federal, a princípio, o entendimento adotado a partir do julgamento do MS 26.210/DF foi pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Entretanto, mais recentemente, a jurisprudência da Corte Suprema passou a adotar critérios limitadores à tese da imprescritibilidade, conforme indicam as teses firmadas nos Temas nºs 666, 897 e 899, todos com Repercussão Geral.

Para o Tribunal de Contas da União, embora inicialmente se tenha adotado a tese da prescrição vintenária para as ações de ressarcimento ao erário, restou sedimentado durante muito tempo o entendimento pela imprescritibilidade das referidas ações, a teor do verbete sumular nº 282, o qual foi reiterado nos Acórdãos nºs 18604/2021 (1ª Câmara) e 19004/2021 (2ª Câmara), proferidos pela Corte de Contas.

Assim, mesmo após a fixação da tese no Tema 899, pelo Supremo Tribunal Federal, verificou-se que houve uma tendência de que a Corte de Contas preservasse o entendimento já consolidado pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento, sob o fundamento de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na referida tese, se restringia às execuções lastreadas em título executivo oriundo de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inaplicável em relação à fase constitutiva do título em sede de processo de Tomada de Contas Especial.

No entanto, ao enfrentar novamente a questão, o Tribunal de Contas da União editou a Resolução nº 344/2022, razão pela qual conclui-se que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União se alinhou ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da tese de Repercussão Geral nº 899, de forma que passou-se a interpretar o art. 37, §5º, da Constituição Federal no sentido da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento em sede de Tomada de Contas Especial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Brasília, DF, ano CXXVI, nº 191-A, p. 8. 05 out. 1.988. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança 26210/DF**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04 de setembro de 2008, publicado no DJEnº 119, de 26 de junho de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852.475/SP**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08 de agosto de 2018, publicado no DJE nº 245, em 25 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20 de abril de 2020, publicado no DJE nº 157, em 24 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 636.886/AL**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23 de agosto de 2021, publicado no DJE nº 177, em 03 de setembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669069/MG**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 03 de fevereiro de 2016, publicado no DJE nº 136, em 29 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 6690069/MG**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 03 de fevereiro de 2016, publicado no DJEnº 136, em 29 de junho de 2016, p. 89, do inteiro teor do Acórdão.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 18604/2021 (Primeira Câmara)**. Rel. Augusto Sherman, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A18604%2520ANOACORDA O%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUM ACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 10/02/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 19004/2021 (Segunda Câmara)**. Rel. Ministro André de Carvalho. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A19004%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 11/02/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 282**. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2012]. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A282/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 16 fev. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DE MELLO, Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007. GONÇALVES, André L. M.. **A força extintiva da prescrição do dano ao erário e as decisões dos Tribunais de Contas: nem tudo é jogo de soma zero**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral**. São Paulo: Método, 2010.

ZYMLER, Benjamin; MOREIRA, Daniel M. B. **Ressarcimento baseado em decisão do TCU. Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, set/out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 344/2022. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EE/66/BC/12/F02F3810B4FE0FF7E18818A8/Resolucao-TCU-344-2022_prescricao_punitiva_e_ressarcimento.pdf. Acesso em: 05/11/2023.

ANÁLISE DA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA, NO PROCESSO PENAL, DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, EFETIVA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E RESGUARDO DAS GARANTIAS DO ACUSADO

ANALYSIS OF HARMONIC
COEXISTENCE, IN THE CRIMINAL
PROCESS, THE PRINCIPLE OF
REASONABLE DURATION OF THE
PROCESS, EFFECTIVE
APPLICATION OF THE CRIMINAL
LAW AND SAFEGUARDING THE
GUARANTEES OF THE ACCUSED

Fábio do Espirito Santo

RESUMO

O processo penal apresenta, como função precípua, a aplicação da lei penal, com resguardo dos direitos e garantias inerentes ao procedimento em questão. No particular, o desafio que se impõe é permitir que o processo penal seja célere – de modo a resguardar, de fato, a aplicação da lei penal – e, concomitantemente, cumpra seu papel de protetor do cidadão frente à atividade persecutória criminal do Estado – evitando-se, assim, a ocorrência de arbitrariedades. Neste contexto, há de se ressaltar a

necessidade, pelo Estado, de estabelecer um processo penal que permita a elucidação célere dos fatos, em tese, delituosos, postos à apreciação do Poder Judiciário, sem perder de vista a efetivação das garantias constitucionais protecionistas previstas na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação processual penal correlata. Portanto, mostra-se relevante a análise da coexistência harmônica entre os três vetores que norteiam o processo penal, a saber: a) celeridade e duração razoável do processo, que apresentam, como escopo, o julgamento definitivo da demanda no menor tempo possível; b) aplicação da lei penal, evitando-se a prescrição de delitos; c) respeito às garantias e direitos do indivíduo processado, não obstante a busca, pelo Estado, da celeridade e aplicação da lei penal.

Palavras-Chave: Coexistência, Processo, Razoabilidade e Garantias.

Abstract

The criminal procedure presents, as a primary function, the application of the criminal law, with protection of the rights and guarantees inherent to the procedure in question. In particular, the challenge is to allow the criminal process to be expedited - in order to protect the criminal law - and, at the same time, to fulfill its role as protector of the citizen in the face of the criminal prosecution of the State - avoiding, therefore, the occurrence of arbitrariness. In this context, it is important to emphasize the need, by the State, to establish a criminal procedure that allows for the rapid elucidation of the facts, in theory, of crimes, brought before the Judiciary, without losing sight of the effectiveness of the protectionist constitutional guarantees Federal Constitution of 1988, as well as in the corresponding criminal procedural legislation. Therefore, it is relevant to analyze the harmonic coexistence between the three vectors that guide the criminal process, namely: a) celerity and reasonable length of the process, which, as scope, presents the definitive judgment of the demand in the shortest possible time; b) application of the criminal law, avoiding the prescription of crimes; c) respect for the guarantees and rights of the individual processed, notwithstanding the State's search for speed and enforcement of criminal law.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta como tema a análise sobre a coexistência harmônica de importantes alicerces do processo penal pátrio, a saber: a) duração razoável do processo; b) efetivação da aplicação da lei penal; c) resguardo das garantias e direitos do acusado, de modo que o processo penal célere mostre-se, igualmente, garantidor do indivíduo frente à atividade persecutória criminal desempenhada pelo Estado.

No que tange à delimitação do tema, o estudo propõe-se a analisar se a busca pela duração razoável do processo – que é fortemente influenciada pelos princípios da celeridade e economia processuais –, no processo penal hodierno, revela-se como mitigador das garantias do investigado ou acusado, ou se, mesmo diante do novo desafio de finalizar o processo penal em tempo razoável, o Estado efetiva mecanismos que preservem os direitos processuais do indivíduo, sobretudo os da ampla defesa e contraditório, protegidos a nível constitucional.

Ademais, ressalte-se que o tema em apreço apresenta grande relevância para a sociedade, visto que o processo penal revela normas de ordem pública que possibilitam ao Estado conduzi-lo em desfavor de um indivíduo, de modo a exercer a imperatividade de suas prerrogativas a fim de elucidar fatos que, em tese, são típicos, antijurídicos e culpáveis.

2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO À SEARA PROCESSUAL PENAL

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 49), incumbe ao Estado a busca pelo desenvolvimento processual em

menor tempo possível, de modo que se dê resposta imediata à ação criminosa, e, também, para que se poupe tempo e recursos das partes.

O princípio em questão foi consagrado no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao ser incluído por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu, em linhas gerais, a reforma do Poder Judiciário (NUCCI, 2017, p. 49).

Além disso, há previsão legal expressa de aplicação do princípio à seara processual penal, consoante disposto no artigo 62 da Lei n. 9.099/95 (Lei que rege os Juizados Especiais Criminais), o qual costumeiramente fora empregado no processo penal comum (NUCCI, 2017, p. 49).

Sobre o tema, Aury Lopes Júnior (2017, p. 75) ensina que o tempo é fundante da estrutura do Direito Penal, na medida em que apresenta dois efeitos básicos: tanto cria, como mata o direito (prescrição).

Ademais, quando a duração do processo penal supera o limite do que se estabelece como razoável para sua finalização, o Estado apossa-se do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. Neste ponto, ressalte-se que sequer é preciso que haja prisão cautelar decretada, visto que o processo penal, em si mesmo, retrata uma pena imposta ao indivíduo (LOPES JR, 2017, p. 76).

Renato Marcão (2017, p. 75) enfatiza que, no processo penal, deve-se imprimir celeridade de modo a dar rápida prestação jurisdicional, sem perder de vista o processo legal e a busca da verdade real, pois, do contrário, o processo penal não atingiria sua finalidade imediata (pronta solução do litígio) e mediata (pacificação social).

Desse modo, a economia processual impõe ao magistrado o dever de evitar a prática de atos considerados inúteis à marcha processual, ou que tenham objetivo protelatório, o que,

igualmente, representa a atribuição de celeridade no processamento da demanda (MARCÃO, 2017, p. 76).

Na mesma esteira, a prisão cautelar (ou seja, sem condenação) também deve ter duração que não exceda limites do bom senso, decorrendo, daí, o chamado princípio da duração razoável da prisão cautelar (MARCÃO, 2017, p. 76).

Assim, tem-se que qualquer pessoa detida tem o direito de ser julgada dentro de prazo razoavelmente fixado, ou, então, ser posta em liberdade sem prejuízo da continuidade do processo (na forma do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada por meio do Decreto n. 678/92, e artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988) (MARCÃO, 2017, p. 77).

Ponto de destaque no assunto ora em estudo reside na ausência, tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, como na Constituição Federal de 1988, de prazos máximos para a duração do processo penal, não havendo, igualmente, a delegação para que a legislação ordinária regulamente a matéria (LOPES JR, 2017, p. 80).

O fato acima delineado denota a adoção, no sistema brasileiro, da chamada “doutrina do não prazo”. Ademais, não se quer dizer que o sistema processual penal pátrio destitui-se de qualquer prazo máximo para efetivação de atos. Com efeito, o Código de Processo Penal faz referência a diversos prazos – tais como previstos em seus artigos 400, 412 e 531 –, contudo, a ausência de sanção para extrapolação de aludidos prazos acarreta a ineficácia da previsão legal, visto que seu descumprimento não muda o cenário processual (LOPES JR, 2017, p. 80).

Aury Lopes Júnior (2017, p. 80-81) aponta que, historicamente, o nascedouro da formação de parâmetros de duração razoável do processo penal remonta ao julgamento do caso “Wemhoff” pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a saber:

Foi no caso “Wemhoff” (STEDH de 27/06/1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da “duração indevida”, através do que se convencionou chamar de “doutrina dos sete critérios”. Para valorar a situação, a Comissão sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e consequente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se: a) a duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais (LOPES JR, 2017, p. 80-81).

Ademais, anote-se que a doutrina dos sete critérios não foi expressamente adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – responsável pelo julgamento do caso “Wemhoff”, citado acima – como referencial decisivo, não sendo, contudo, descartada por inteiro.

Destaque-se que a Corte, em casos posteriores e servindo de inspiração para referencial mais conciso, estabeleceu a teoria dos três critérios básicos que estabelecem o alicerce para aferição da duração razoável do processo: a) a complexidade do

caso; b) a atividade processual do imputado; c) a conduta das autoridades judiciárias (LOPES JR, 2017, p. 81).

Os três critérios tem sido sistematicamente invocados, tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (LOPES JR, 2017, p. 81).

Sobre o ponto, Aury Lopes Júnior (2017, p. 81) afirma que o cenário ideal seria a fixação objetiva da duração máxima do processo e da prisão cautelar, que geraria espécie de sanção processual, caso descumprida. Nestes casos, o autor citado menciona, como exemplo de sanções processuais, a extinção do processo ou liberdade automática do imputado.

No campo do direito comparado, cite-se, como exemplo de limite normativo interno, o Código de Processo Penal do Paraguai (Lei n. 1.286/98 daquele país), que, inspirado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabeleceu, em seu artigo 136, o prazo máximo de duração do processo penal (de 4 anos), findo o qual, o juiz julgará extinto o feito – portanto, a solução é extintiva (LOPES JR, 2017, p. 85).

Retornando ao direito pátrio, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), insculpido no Decreto-lei n. 3.689/41, prevê prazos procedimentais, contudo não há – diferentemente da legislação paraguaia mencionada – sanção processual em decorrência de eventual descumprimento.

São os prazos previstos no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941): a) no rito comum ordinário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, na forma do artigo 399, § 2º, c/c artigo 400; b) no rito comum sumário, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, consoante disposto no artigo 399, § 2º, c/c artigo 531; c) no rito referente aos processos da competência do Tribunal do Júri, a primeira fase do procedimento encerra-se no prazo máximo de 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 412.

Cesare Beccaria (apud LOPES JR, 2017, p. 79) asseverava que o processo deve ser conduzido sem que haja protelações. Com efeito, referido estudioso jurídico apontava que, quanto mais rápida fosse a aplicação da pena e mais perto estivesse do delito, aquela seria mais justa e útil. Neste aspecto, tem-se que ela seria mais justa porque pouparia o acusado da tormentosa incerteza, da demora, em si, do processo, constituída como pena – e referida penalidade evidencia-se mais acentuada quando há medida cautelar decretada em desfavor do requerido.

Desenvolvendo o tema, o doutrinador Aury Lopes Júnior. (2017, p. 79-80) acentua que a demora na prestação jurisdicional constitui um dos mais antigos problemas da Administração da Justiça. Não obstante, o problema em questão somente foi objeto de maior preocupação após a Segunda Guerra Mundial, momento que coincidiu com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948.

No Brasil, cumpre consignar que dito direito fundamental encontrava-se assegurado nos artigos. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), recepcionado por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (LOPES JR, 2017, p. 80).

No particular, menciona o jurista Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 80) que o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos preceitua que “[...] toda pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determine seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

O mesmo doutrinador aponta que o artigo 7.5 da Convenção dispõe que “[...] toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade

pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (BADARÓ, 2017, p. 80).

Ao tratar do princípio da economia processual – estritamente ligado aos princípios da celeridade e duração razoável do processo –, Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 126) cita Rui Portanova, que afirma que “os processualistas perseguem o ideal de uma justiça barata, rápida e justa. A busca de processo e procedimentos tão viáveis quanto enxutos, com um mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro) e de esforço (para todos os sujeitos processuais), interessa ao processo como um todo [...]”.

Contudo, é importante ressaltar que o princípio ora em estudo deve ser adequadamente pensado em sede de direito processual penal. Nesta seara processual, não se pode limitar indevidamente direitos e garantias individuais, sob pena de se permitir que o fator econômico processual prepondere sobre a liberdade do indivíduo (DEZEM, 2017, p. 126).

Exemplificando hipóteses legais de inserção do princípio da economia processual à seara processual penal, sem afetar direitos e garantias individuais, Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 126) elenca o artigo 355, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevê o caráter itinerante de carta precatória expedida para fins de citação; o artigo 580 do Código de Processo Penal, que dispõe acerca do efeito extensivo dos recursos; e a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dispõe, em seu artigo 2º, que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 79) apresenta a duração razoável do processo como uma garantia do próprio acusado.

Neste compasso de ideias, aduz aludido jurista que “a CR de 1988 foi pródiga em prever, expressamente, diversas garantias constitucionais ao acusado que, em última análise, integram o devido processo penal brasileiro. Entre essas garantias não se incluía,

originariamente, o direito ao processo em tempo razoável. Somente com a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentou-se o inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição [...]” (BADARÓ, 2017, p. 79).

A doutrina diverge quanto ao termo final do prazo razoável de duração do processo. Para se solucionar a controvérsia, exige-se que se distinga o direito a um julgamento em tempo razoável, para os processos em geral (na forma do artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), do direito ao desencarceramento no caso de preso cautelar que não seja julgado em tempo razoável (consoante disposto no artigo 7.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (BADARÓ, 2017, p. 84).

No particular, o direito ao processo no prazo razoável diz respeito ao direito ao justo processo, ou à justiça prestada tempestivamente. O termo final do prazo, neste aspecto, é o momento do julgamento definitivo do mérito da acusação – isto é, apreciação final da matéria posta à apreciação do Poder Judiciário (BADARÓ, 2017, p. 84).

Noutro giro, relativamente ao termo final referente ao direito do acusado preso responder ao processo em tempo razoavelmente considerado, há 2 (duas) correntes: a) o dia em que proferida a sentença de mérito, mesmo que recorrível; b) a data do trânsito em julgado da sentença de mérito. Discute-se, portanto, a inclusão do prazo recursal na aferição do termo final para estabelecimento de decurso razoável do prazo para finalização do processo penal. Para Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 85), a melhor posição é a que acolhe o prazo recursal, na medida em que – na visão do citado jurista – a pendência de julgamento do recurso afasta a definitiva da condenação proferida em desfavor do acusado.

Nereu José Giacomolli (2016, p. 378), ao delimitar o princípio da duração razoável do processo, afirma que o mesmo situa-se na dimensão do tempo.

Nesta esteira, ensina o apontado autor:

Apesar das várias concepções acerca do tempo, é consenso a sua dimensão objetiva, vinculada à realidade posta (calendário) e à subjetiva, a qual depende da percepção de cada sujeito, cuja dimensão a ele se diferencia e vincula, em suas especificidades. O tempo, além de constituir-se em delimitador do passado, presente e do futuro, com marcador biológico e de atividades, finca suas estacas nos sistemas sociais, inclusive no Direito e no processo penal. À positivação legal, a dimensão subjetiva não é percebida, na medida em que o tempo é regido pelo lapso do relógio, do calendário (tempo objetivo) (GIACOMOLLI, 2016, p. 378).

Assim, a própria aferição da razoabilidade do tempo – no âmbito processual penal – é matéria que guarda análise acurada.

De início, parte-se do pressuposto de que o próprio ordenamento jurídico estipula o que vem a ser o tempo razoável. Este é um dos critérios objetivos, mas não o único. Ademais, a prática do ato processual, isoladamente considerado, não induz, fora de dúvidas, sem análise contextualizada de outros elementos, o reconhecimento da falta de razoabilidade (*balancing teste*) (GIACOMOLLI, 2016, p.378).

Portanto, tem-se que “[...] o razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação *prima facie* e em abstrato, motivo por que a imersão ao caso concreto, com todas as suas circunstâncias (fáticas, jurídicas, objetivas, subjetivas, *v.g.*) e interferências (endo e extraprocessuais, *v.g.*), é um imperativo verificável à prestação da tutela jurisdicional efetiva” (GIACOMOLLI, 2016, p. 378).

Pelo exposto, em conclusão e analisando todos os doutrinadores mencionados na presente pesquisa, vê-se que a

doutrina pátria entende que a duração razoável do processo tem por escopo não só o apontamento objetivo – estabelecido em tempo certo – do que se impõe como razoável, devendo ser efetivada uma análise casuística dos inúmeros fatores (variáveis) que podem incidir sobre uma demanda processual penal.

O desafio que se apresenta, dessarte, reside na compatibilidade da busca pela duração razoável – que resulta, também, na efetividade da lei penal – com a preservação das garantias do acusado – precipuamente, ampla defesa e contraditório.

3 DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO: PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Em contraponto aos princípios que objetivam o resguardo e efetivação do processo em si – precipuamente, os da celeridade processual e duração razoável do processo –, há os princípios que visam proteger a pessoa do acusado, que retrata o indivíduo sobre quem recai a atividade estatal persecutória criminal.

Neste tema, dois princípios basilares do processo penal, constitucionalmente protegidos, ganham o escopo de trazer ao acusado mecanismos/direitos/garantias cuja finalidade é preservar a ritualística prevista na legislação processual penal, bem como afastar eventuais posturas estatais que não reflitam os ditames legais e constitucionais previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Esses dois princípios primordiais são os da ampla defesa e contraditório.

A abordagem dos princípios da ampla defesa e do contraditório, com análise de suas principais peculiaridades, é relevante porque revela a base da confrontação central da presente pesquisa, qual seja: a suposta relativização (ou mitigação) das garantias protetivas – que, em tese, podem tornar o processo criminal

mais burocrático, demorado e garantista –, em prol de um processo penal mais célere e/ou efetivo.

Sobre o princípio do contraditório, Antônio Alberto Machado (2012, p. 62) assinala que o mesmo “[...] é indispensável à própria ideia de processo e se estrutura pelo mecanismo da ‘informação e reação’, mecanismo esse que garante ao réu o direito de ser informado de todos os atos do processo, bem como a possibilidade de reagir a eles, utilizando todos os meios legais necessários à defesa de seus interesses”.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida (apud DEZEM, 2017, p. 113) afirma que o contraditório, em resumo, “é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-lo”.

Portanto, o contraditório denota o direito de se consumir o conhecimento prévio dos termos da acusação formulada em desfavor do requerido, bem como as provas que serão produzidas nos autos, de modo que se tenha oportunidade de contestar a acusação e, outrossim, de produzir contraprova (MACHADO, 2012, p. 62).

O princípio do contraditório decorre naturalmente do sistema processual acusatório insculpido na legislação penal pátria, vindo expressamente previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federal do Brasil, de 1988, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Aliado ao princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa também é de suma importância à manutenção do equilíbrio firmado entre o processamento do feito judicial e as diligências cabíveis ao requerido, para se preservar a regular tramitação processual.

Com efeito, Antônio Alberto Machado (2012, p. 63) ensina que o “[...] *direito de ampla defesa* corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem

qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos”.

Ou seja, ao réu cabe o direito de produzir prova, de fazer alegações que entenda pertinentes, de interpor recursos cabíveis e de demonstrar a coerência das alegações feitas nos autos (MACHADO, 2012, p. 64).

O princípio da ampla defesa foi consagrado no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LV, que assegura, aos acusados, o direito de contrariar a acusação, apresentando, livremente, quaisquer tipos de teses e argumentos; produzindo todas as espécies de provas não proibidas em lei; e visando demonstrar suas pretensões aduzidas em Juízo (MACHADO, 2012, p. 64).

Esmiuçando o princípio da ampla defesa, constata-se que o mesmo é formado por dois pontos básicos, ou seja, a defesa técnica e a autodefesa. Para melhor explicar, colaciona-se o ensinamento de Antônio Alberto Machado (2012, p. 64):

[...] a ampla defesa supõe a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é aquela realizada por meio de profissional tecnicamente capacitado, tal como previsto no art. 261 do Código de Processo Penal quando estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. A autodefesa significa que o acusado, por si mesmo, e ainda que não tecnicamente qualificado, poderá praticar determinados atos processuais em prol de suas pretensões e de seus direitos na relação processual. Exemplos de autodefesa no processo penal temos o interrogatório do réu, a faculdade de interpor o recurso de apelação por si próprio (art. 600 do CPP), bem como a possibilidade da impetração

de *habeas corpus* pelo próprio acusado. Afirmar-se ainda, com apoio no art. 185 do Código de Processo Penal, que a autodefesa supõe o *direito de presença* do réu nos atos processuais, bem como o *direito de audiência*, ou seja, o direito de ser ouvido no interrogatório em qualquer fase do processo (MACHADO, 2012, p. 64).

A autodefesa é composta, basicamente, de 3 (três) vertentes: a) direito de audiência; b) direito de presença; e (c) direito de postular pessoalmente (DEZEM, 2017, p. 105).

O direito de audiência é visto no direito que o acusado tem de apresentar ao Juiz da causa a sua defesa, manifestando-se, precipuamente, por meio do interrogatório. O direito de presença denota o direito do acusado de acompanhar todos os atos processuais, juntamente com seu defensor. Por fim, o direito de postular pessoalmente retrata a possibilidade, pelo acusado, de poder praticar alguns atos sem a assistência de advogado, tais como interpor recurso e impetrar *habeas corpus* (DEZEM, 2017, p. 106).

Outro aspecto relevante inserido no âmbito da ampla defesa diz respeito à necessidade de se estabelecer prazos razoáveis para a prática de determinados atos processuais, de modo que se promova – efetivamente – a preparação e o exercício da defesa processual.

Neste ponto, Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 61) ensina que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, n. 2, alínea “c”, elenca, entre as garantias mínimas da pessoa, durante o processo, “a concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

Nereu José Giacomolli (2016, p. 181), por sua vez, trata da ausência e deficiência de defesa. A questão cinge-se em delimitar

quando ocorre um destes fatos processuais: defesa ausente ou insuficiente.

Concluindo o objeto deste tópico da pesquisa, vê-se o caráter de primordialidade das garantias do acusado, mormente quanto à substancialização do contraditório e ampla defesa, que não se prestam ao escopo fundamental quando apenas formalmente resguardados.

Portanto, cabe ao Juízo competente para processar e julgar o feito criminal, compatibilizado a necessidade de emprestar efetividade à lei penal e tornar razoável o tempo de tramitação do processo penal, outorgar, à defesa do acusado, os mecanismos adequados à efetiva atuação no processo penal, em que, de fato, mostre-se suficiente a possibilitar a influência dos argumentos jurídicos defensivos no julgamento final da lide criminal.

4 DA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE APLICAÇÃO DA LEI PENAL, CELERIDADE E GARANTIAS DO ACUSADO

Efetivada a explanação acerca da conceituação desenvolvida por renomados doutrinadores pátrios em relação aos institutos atinentes à duração razoável do processo, contextualizada na aplicação da lei penal e garantias do acusado, passa-se à análise do tema central da presente pesquisa: a coexistência harmônica entre celeridade, aplicação da lei penal e garantias do acusado.

Adverte-se para o fato de que a incidência de parte do tema proposto – aplicação da lei penal – engloba tanto a busca da finalização do processo em si (de modo a se ter um pronunciamento judicial definitivo), como a própria forma de efetivação dos atos processuais, isoladamente considerados.

Sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2017, p 76) adverte para a gravidade do problema constituído pela paradoxal relação existente

entre o processo célere e o processo que proteja as garantias do indivíduo.

Neste ponto, sustenta-se que a hodierna política de aceleração do tempo do direito constitui atropelo das garantias fundamentais do investigado ou acusado. Dessarte, evidencia-se uma difícil tarefa de equilibrar os dois extremos: a) de um lado, um processo rápido, em que os direitos e garantias fundamentais são atropeladas; b) e de outro lado, o processo penal que se arrasta, que se equipara à negação da tutela da justiça, o que agrava o conjunto de penas processuais concernentes ao processo penal (LOPES JR, 2017, p. 76).

Segundo Aury Lopes Jr. (2017, p. 77-78), as garantias do acusado afetadas pelo processo penal com duração irrazoável são: a) jurisdiicionalidade; b) presunção de inocência; c) direito de defesa; d) contraditório.

Nesta esteira, a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabeleceu modelo diverso, bastante voltado para a economia, celeridade, simplicidade e duração razoável do processo.

Assim, viu-se, com a publicação da Lei n. 9.099/95, a introdução, no ordenamento pátrio, de elementos de consenso no processo penal. Dessarte, a título de exemplo, constatou-se a introdução da composição civil, transação penal e da suspensão condicional do processo, que alteraram a natural ordem rígida do procedimento até então existente (DEZEM, 2017, p. 1.212).

Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 90) trata da aplicação da regra da proporcionalidade (estritamente ligada aos princípios da economia processual e duração razoável do processo) ao processo penal, oportunidade em que analisa os reflexos de tal circunstância às garantias processuais.

Ao abordar a inserção do princípio da proporcionalidade ao processo penal, faz-se necessário analisar, primeiramente, o

campo em que surgiu o princípio ora em comento, e, então, sua aplicação à seara processual criminal (BADARÓ, 2017, p. 91).

Noutro giro, os princípios – considerados mandamentos de otimização – poderão ser efetivados em graus variados, e a medida de tal efetivação depende das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso em apreço. Portanto, no caso de colisão entre princípios, a solução buscada insere-se na ponderação ou sopesamento. Ademais, mesmo com a solução do conflito entre princípios, ambos continuarão com a mesma plenitude de validade, sendo aplicados conforme a necessidade do caso concreto, na correspondente necessidade evidenciada de aplicação principiológica (BADARÓ, 2017, p. 92-93).

A partir daí, adverte-se, quanto à aplicação da proporcionalidade às garantias processuais, que esta tem sido considerada como inerente ao sistema de coexistência dos direitos fundamentais, e, também, como mecanismo de reforço ou proteção de tais direitos, tendo em vista que, na adequada apreciação do caso concreto, faz-se prevalecer, no caso de colisão, o de maior peso ou importância na apreciação casuística (BADARÓ, 2017, p. 97).

Dessarte, não se evidencia desrespeito a um ou outro direito fundamental – ambos constitucionalmente protegidos –, mas, sim, o emprego de respeito e resguardo do direito fundamental de maior relevância e importância ao caso concreto.

Aqui, adverte-se: a aplicação pura e simples dos conceitos ora propostos, no campo das garantias processuais, pode resultar no risco de não se compreender o próprio conceito de garantias – ou de não pô-lo em prática como se deve. No particular, rememore-se o fato de que as garantias – inclusive, as processuais – são de meio, não de resultado. Por isso, constituem-se, normalmente, em regras que estabelecem direitos definitivos (garantias de meio), e não os mesmos direitos *prima facie*, a serem livremente apreciados e admitidos pelo legislador ou aplicador da lei (BADARÓ, 2017, p. 97).

O jurista Humberto Theodoro Júnior (2010), ao desenvolver estudo sobre o processo justo e o contraditório dinâmico,

conclui que a leitura dinâmica da garantia do contraditório, como objeto incentivador ao aspecto dialógico do processo penal, resulta na necessidade de se impor, efetivamente, a comparticipação dos sujeitos que atuam no processo, em todo o *iter* formativo das decisões judiciais.

Alinhando-se ao perfil garantista do processo penal, o autor em estudo afirma que o julgador passa a ter o papel de garantidor de direitos fundamentais, dirigindo tecnicamente o processo e impondo, ao diálogo firmado entre as partes, a melhor aplicação (normativa) da tutela jurisdicional, por meio de um debate processual dialético, e não por meio de exercício solitário de poder (THEODORO JR, 2010).

5 CONCLUSÃO

Analisando detidamente os ensinamentos doutrinários colacionados na presente pesquisa, e levando-se em consideração a forma pela qual os Tribunais pátrios tratam da matéria, vê-se que o problema objeto de análise – confrontação entre a celeridade processual, a efetividade da lei penal e a preservação das garantias do acusado – está distante de dar guarida à pacificação.

Com efeito, o que se mostra pacífico entre os doutrinadores é a necessidade de se resguardar os princípios da ampla defesa e contraditório. Mais que isso: evidencia-se a imposição da efetiva proteção às garantias do réu, de modo que a defesa – em suas duas vertentes, autodefesa e defesa técnica – possa participar da formação do julgamento.

Noutro giro, cabe ao Poder Judiciário proteger as garantias do acusado em consonância com a outorga de meios suficientes a ancorar um processo penal efetivo, repelindo diligências que obstem o regular processamento da demanda, e priorizando ações que necessitem de ajustamento quanto ao período máximo de tramitação, a fim de que a sociedade receba a resposta judicial em tempo razoável.

Neste contexto, a razoabilidade – voltada tanto ao acusado, como à vítima, é eficazmente aferida com base nos critérios desenvolvidos a partir do julgamento do caso “Wemhoff” pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (a complexidade do caso; a atividade processual do imputado; e a conduta das autoridades judiciárias), somando-se, no específico caso do Brasil, à estrutura colocada à disposição dos agentes públicos para execução de suas atribuições.

A somatória das variáveis que incidem sobre o processo penal é que indicará a razoabilidade (ou não) do tempo decorrido no processamento da ação, circunstância que reflete nas próprias decisões judiciais proferidas no decorrer do feito, como, por exemplo, a imposição de segregação cautelar.

Portanto, tendo como norte as indagações propostas nesta pesquisa, conclui-se pela possibilidade de compatibilização entre a necessidade de se impor efetividade à persecução penal e o resguardo às garantias do acusado, devendo, o julgador, mostrar-se atento às peculiaridades do caso concreto para se repelir ilegalidades.

Nesta mesma lógica, tem-se que a própria alegação de suposta nulidade, em decorrência da posição processual estatal, deve ser apreciada sopesando eventual prejuízo causado ao réu, momento em que, somente nesta hipótese, aquela deverá ser reconhecida.

Enfim, o Poder Judiciário, amparando-se em critérios que resguardem a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a efetividade, em si, da lei penal, apresenta-se como responsável em contornar o processo penal de mecanismos aptos à solução da persecução criminal em tempo adequado, prezando, ao mesmo tempo, pela análise casuística do sopesamento feito entre a regularidade da atividade estatal e a manutenção das garantias processuais do acusado.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematisado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal. Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR, Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2(1):64-71, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO EM FACE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTION
ABILITY IN TAX LAW IN FACE OF THE
GUIDING PRINCIPLES OF PUBLIC
ADMINISTRATION*

Raimundo Nonato Cunha¹⁴

RESUMO

O presente trabalho aborda o descompasso entre a excelência da gestão administrativa do sistema de arrecadação tributária no Brasil e a precariedade do gasto dos recursos impostos à sociedade para fazer frente aos relevantes e necessários serviços públicos. Reflete sobre a busca de maior eficácia do sistema, em atendimento às normas legais, mormente os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Urge que o poder público observe os limites do poder de tributar e contenha-se em sua ânsia permanente de aumentar tributos para sanar a questão do equilíbrio fiscal. Ao invés, deve buscar a melhoria do gasto público. O método utilizado foi o

¹⁴ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1993); Suficiente investigador pela Universidade de Burgos/Espanha; Especialista em Direito Previdenciário pela UFCAM (2022); Especialista em Combate à Corrupção pela Universidade de Fortaleza em convênio com a Escola Superior do Ministério Público; MPCE; Promotor de Justiça; Email: nonatocunha@mpce.mp.br.

lógico-dedutivo, mediante consulta bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, com abordagem livre e exploratória sobre a temática.

Palavras-chaves: Constitucional; Administrativo; Fiscalização; Conflitos.

ABSTRACT

The present work addresses the mismatch between the excellence of the administrative management of the tax collection system in Brazil and the precariousness of the expenditure of resources imposed on society to cover relevant and necessary public services. It reflects on the search for greater efficiency of the system, in compliance with legal standards, especially the principles listed in art. 37 of the Federal Constitution (legality, impersonality, morality, publicity and efficiency). It is urgent that the public authorities observe the limits of their power to tax and contain themselves in their permanent desire to increase taxes to resolve the issue of fiscal balance. Instead, it should seek to improve public spending. The method used was logical-deductive, through bibliographical, doctrinal and jurisprudential consultation, with a free and exploratory approach to the topic.

Keywords: Constitutional; Administrative; Oversight; Conflicts.

1. PROBLEMATIZAÇÃO

É público e notório que o caos que permeia as administrações públicas no Brasil exibe um descompasso ao se divisar, de um lado, a eficiência da máquina arrecadatória do estado e, do outro, a precariedade na aplicação dos recursos impostos à sociedade para fazer frente aos relevantes e necessários serviços públicos.

2. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Inspirado no princípio da igualdade, o chamado princípio da capacidade contributiva, em matéria dos impostos, empréstimos e contribuições sociais, tem como escopo a comparação de contribuintes com vistas à materialização da isonomia.

A posição complexa deste princípio – norma multifacetada que possui ponto de contato com diversos outros princípios estruturantes do Sistema Tributário Nacional – tem merecido atenção da doutrina e fértil jurisprudência.

Depreendem-se das normas da Constituição Federal de 1988 diversas preocupações com os excessos próprios do administrador público brasileiro, às vezes até tentado a se exasperar com vistas ao atendimento das necessidades sociais e prementes, mas o que ocorre frequentemente tem a ver muito mais com a ineficiência na gestão pública, isto é, incapacidade de otimizar a despesa para adequar à receita normal, equilibrando o orçamento.

Destarte, o que se observa é que, para resolver a questão do desequilíbrio fiscal, o poder público sente-se fadado a aumentar a receita e quase nunca diminuir a despesa.

Atenta a esta visão, a dita Carta Magna traçou diversas limitações ao poder de tributar, como a questão da necessidade de lei anterior, observância da igualdade entre contribuintes em situações equivalentes, a proibição da irretroatividade e também do efeito confiscatório, entre outros.

Nesse sentido, dentro do título Tributação e Orçamento, cumpre destacar:

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE
TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

.....

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Portanto, temos que o princípio da capacidade contributiva mostra-se fundamental e estruturante ao sistema tributário do Brasil, como de resto seria de qualquer país, eis que visa compelir o legislador infraconstitucional a eleger apenas manifestações de força econômica para compor a hipótese de incidência tributária.

Assim, o legislador deve considerar as características pessoais do contribuinte na conformação da base de cálculo, observar a igualdade tributária, a vedação de tributos com efeito de confisco, proibição de seletividade, pessoalidade, observando-se tanto quanto possível a progressividade, a generalidade e a universalidade dos tributos.

3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, no exercício de sua função executiva, é orientada por princípios que estão dispostos, explicita ou implicitamente, na Constituição Federal de 1988 e em normas infraconstitucionais.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 95), em sua obra Curso de Direito Administrativo, explica:

O art. 37. *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da *legalidade*, da *impressoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

A Carta Magna, de outubro de 1988, enumera, em seu artigo 37, os princípios que devem ser observados obrigatoriamente por qualquer esfera de poder, alcançando tanto a administração pública direta como indireta, no exercício de suas atividades administrativas.

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...] (grifo nosso)

Na esfera infraconstitucional, encontra-se a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e em seu artigo 2º, apresenta os princípios da: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Lei Complementar nº 101/00, por sua vez, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. A referida lei regulamentando o artigo 163 da Constituição Federal de 1988 e, em seu artigo 48, estabelece instrumentos para uma gestão pública responsável – planejamento, transparência, controle e responsabilidade.

Art. 48 – São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução

orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Os princípios e regras aos quais a Administração Pública está sujeita têm o papel de legitimar a ação administrativa e prevenir eventuais excessos. Deste modo, mostra-se imprescindível a função do controle na verificação do cumprimento dos fins a que se destina a Administração Pública.

4. O ATO ADMINISTRATIVO E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No desempenho de sua função executiva, a Administração Pública exterioriza o seu múnus, praticando atos de administração, que devem ter como fundamentos os princípios e as regras elencados anteriormente, para a consecução do interesse coletivo. Entre tais atos estão os atos administrativos propriamente ditos, pois têm como fim a produção de efeitos jurídicos.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro (2009, p.196) o ato administrativo é:

[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da

lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p.350) definem ato administrativo como a:

[...] manifestação ou declaração da Administração Pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenham por fim imediato a produção de efeitos jurídicos, em conformidade com o interesse público e sob regime predominantemente de direito privado.

Os atos administrativos, para serem considerados válidos, devem observar, em sua formação, os requisitos de: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. De acordo com Hely Lopes Meirelles (2008, p.154), quando uma dessas condições de validade é desrespeitada o ato administrativo não se aperfeiçoa.

Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão. [...]

Sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos.

Por serem a expressão da vontade da Administração Pública, os atos administrativos devem possuir características que os diferenciem de outros atos jurídicos. Suas qualidades essenciais são: a legitimidade, a imperatividade, a auto executoriedade e a tipicidade. José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.115) ensina que:

Os atos administrativos emanam de agentes dotados de parcela do Poder Público. Basta essa razão para que precisem estar revestidos de certas características que os tornem distintos dos atos privados em geral.

Quanto à classificação dos atos administrativos, não há uniformidade na doutrina. Os critérios escolhidos pelos diversos autores são diferentes. Porém, quanto ao grau de liberdade de ação, há concordância ao classificar tais atos em: atos vinculados e atos discricionários.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p.376 e 377) asseveram que:

O **ato vinculado** é aquele em que a lei estabelece todos os requisitos e condições de sua realização, sem deixar qualquer margem de liberdade ao administrador, ou seja, todos os elementos do ato estão vinculados ao disposto na lei. Não cabe ao administrador apreciar a oportunidade ou a conveniência administrativa da prática do ato. [...]

Já o **ato discricionário** é aquele que a Administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativa. (grifo do autor).

A classificação dos atos administrativos, quanto ao grau de liberdade de ação, merece destaque por estar relacionada à sua formação e à possibilidade de produzirem efeitos.

Outra classificação relevante é quanto à eficácia do ato administrativo, podendo este ser: válido, nulo e inexistente.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2008, p. 176), o ato válido é o que provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia.

Em sentido oposto, tem-se o ato nulo, no qual não foram observados os requisitos necessários à sua formação; e o ato inexistente, que não chegou a se aperfeiçoar como ato administrativo, não produzindo, desta maneira, efeitos jurídicos.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 176) ensina que o ato nulo é aquele que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.

A melhor doutrina defende que a nulidade do ato administrativo pode ser explícita ou virtual e que, em ambos os casos, não há produção de efeitos válidos, sendo o ato administrativo ilegítimo ou ilegal. Meirelles assinala que (2008, p. 176):

A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato.

Quando o ato administrativo for ilegal ou ilegítimo, poderá ser anulado pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Nos casos em que se mostrar ineficiente, inoportuno ou inconveniente à realização dos fins a que se propõe, a Administração Pública, e somente ela, usando da discricionariedade que lhe é inerente, poderá revogá-lo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 473, vazada nos seguintes termos:

A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Verifica-se, assim, a necessidade de controle dos atos praticados pela Administração Pública, pois esta é mera gerente da coisa alheia, devendo sempre buscar o interesse público e atuar com fundamento nos princípios e regras fixados nos instrumentos normativos.

Carvalho Filho (2009, p. 894) elucida que é por meio do controle que a Administração e a coletividade podem avaliar a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas.

O Decreto Lei nº 200, de 1967, que estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa Federal, elenca princípios fundamentais que devem ser obedecidos no desempenho da função executiva, a saber: planejamento, controle, descentralização, delegação de competência e coordenação; e determina, em seu artigo 13, que o controle deve ser exercido em todos os níveis e em todos os órgãos.

A doutrina apresenta diversas classificações para o controle que se dá sobre a Administração Pública. José dos Santos Carvalho Filho (2009) traz a seguinte classificação: quanto à natureza do controlador – legislativo, executivo ou administrativo; quanto à extensão do controle – interno e externo; quanto à natureza do controle – controle de legalidade e controle de mérito; quanto ao âmbito da Administração – por subordinação e por vinculação; quanto à oportunidade – prévio, concomitante ou posterior; e quanto à iniciativa – de ofício ou provocado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 70, traz o controle como princípio constitucional e deixa evidente a existência das formas de controle externo e interno, no âmbito administrativo, a saber:

Art. 70 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de **controle interno** de cada poder. (grifo nosso)

Parágrafo único – Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Conforme Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p.598), o controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade do emprego dos bens ou dinheiros públicos, sendo um controle político de legalidade contábil e financeira.

O controle externo, assim, é exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas. No âmbito federal, pelo Tribunal de Contas da União; no âmbito estadual, pelos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; e no âmbito municipal, pelos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O Tribunal de Contas da União tem suas competências estabelecidas no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, bem como em sua lei orgânica.

Depreende-se também da exegese do artigo 70 da Carta Magna, a imposição de um sistema de controle interno em cada Poder, sendo atribuição de cada ente federativo, pelo princípio da autonomia político-administrativa, o estabelecimento de sua criação e organização.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 674) ensina que controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração.

Carvalho Filho (2009, p. 895) esclarece que controle interno é aquele exercido por órgãos de um Poder sobre condutas administrativas produzidas dentro de sua esfera.

O artigo 74 da Constituição Federal de 1988 determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter, de forma integrada, sistema de controle interno e disciplina sua finalidade, *verbis*:

Art. 74 – Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

No âmbito federal, o controle interno é exercido pela Controladoria Geral da União - CGU; no âmbito estadual e municipal, por órgãos criados para esta finalidade.

Conveniente sublinhar que as normas aplicadas no âmbito de controle federal aplicam-se às esferas de governo estadual,

distrital e municipal, no que couber, em face do princípio da simetria, conforme previsão constitucional:

Art. 75 – As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Repara-se que qualquer sistema de controle interno deverá ter como objetivo: a prevenção de ações incorretas, ilegais ou ilícitas, que possam atentar contra os princípios que fundamentam o agir administrativo; a prestação de contas de recursos públicos; e a transparência, disponibilizando ao cidadão informações sobre a gestão da coisa pública.

Por isto, no contexto da administração pública, mais que uma exigência constitucional, o sistema de controle interno representa uma importante ferramenta de garantia para o governo, no cumprimento legal de sua atividade e para a sociedade, na certeza da eficiência na aplicação dos recursos públicos.

5 CONCLUSÃO

À guisa de apontamentos finais, vê-se que a Administração Pública no Brasil, no desempenho de sua função executiva, persegue (ou deveria perseguir) o interesse público e a satisfação das necessidades coletivas, realizando (ou devendo realizar) esta importante tarefa mediante a arrecadação e aplicação

eficiente e equilibrada dos recursos, observando-se de um lado as necessidades da administração pública e da sociedade e de outro as limitações próprias de um sistema arrecadatório.

É comum, todavia, observarmos, em todos os níveis de administração pública, seja ela federal, estadual ou municipal, a exasperação do exercício do poder de tributar, com vistas ao equilíbrio fiscal, culminando, quase sempre, no chamamento do Poder Jurisdicional para a solução de conflitos.

Tal situação se torna evidente diante da necessidade de a gestão pública equacionar o orçamento público, visando prevenir déficit e atender as normas de responsabilidade fiscal, que estabelecem barreiras e limites chamados prudenciais.

A par disso, como cediço, se as normas legais forem infringidas e os princípios básicos da Administração Pública forem relegados a segundo plano ou, ainda, se o agente público se desviar da finalidade institucional, o ato administrativo restará viciado, devendo ser anulado pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário. O que sucede é que nem sempre o interesse público é perseguido, senão o interesse político e conveniente à pessoa do detentor do mandato público, o que é lamentável.

Verifica-se, por outro lado, que o controle dos atos administrativos é imprescindível, pois a Administração Pública é mera gestora da coisa pública, devendo pautar sua atuação na legalidade, moralidade e transparência.

Impende, assim, avançar com o pensamento e a legislação correspondente para dotar o sistema público de elementos que permitam equacionar os orçamentos, atendendo suas finalidades institucionais, mas TAMBÉM com observância dos princípios norteadores da administração pública, mormente o princípio da eficiência da atuação administrativa.

A questão que se observa é uma grande eficiência da máquina arrecadatória e, de outra banda, uma precariedade, instruída por um misto de incompetência e desonestidade no tocante ao gasto

público. De fato, todos os aparatos arrecadatários, estaduais, municipais ou federais, são muito ágeis, informatizados, com pessoal concursado e de alto nível intelectual e também remuneratório, contrastando com as áreas prestadoras de serviços ao cidadão, geralmente inchadas por terceirizados, apadrinhamento político, gente de baixo nível salarial e, conseqüentemente, de baixo compromisso com a cidadania.

Destarte, para maior eficácia do sistema público, em atendimento à lei e aos princípios constitucionais, mormente os elencados no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), urge que o poder público observe os limites do poder de tributar e contenha-se em sua ânsia permanente de aumentar tributos para sanar a questão do equilíbrio fiscal. Ao invés, é mister que busque a melhoria e a otimização do gasto público.

Que tal a gestão começar valorizando o lado da aplicação dos recursos públicos, dotando-o de recursos materiais e humanos da mesma forma que o faz com a banda da área arrecadatória?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Isáias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Paraná: Juruá, 2010.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 junho de 2023.

A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO PROTETIVA DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS BRASILEIROS

*THE INFLUENCE OF INTERNATIONAL
INSTRUMENTS ON THE PROTECTIVE
EVOLUTION OF BRAZILIAN
ARCHAEOLOGICAL SITES*

ROBERTA ARAÚJO JACOB¹⁵

RESUMO

Neste artigo traçamos um esboço cronológico da elaboração de mapas nacionais e internacionais relacionados à conservação do patrimônio, mostrando sua influência na elaboração de leis de proteção aos sítios arqueológicos no Brasil no século XX. A adoção de estratégias voltadas para a educação patrimonial é meio essencial para a preservação de sítios históricos e pré-históricos diante do desconhecimento da população em geral. Fazer o conhecimento acadêmico da conservação e preservação do patrimônio assimilado pela população e praticado na defesa dos sítios arqueológicos, requer mudanças culturais e comportamentais, realizadas por meio de trabalhos de consciência social por meio da

¹⁵ Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Promotora de Justiça.

educação. O trabalho baseou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo, sob enfoque empírico-analítico, em que se fez uso de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras-chaves: Patrimônio histórico e cultural - Cartas patrimoniais – Sítios arqueológicos – Regime protetivo

ABSTRACT

In this article we trace a chronological outline of the elaboration of national and international maps related to heritage conservation, showing its influence on the elaboration of laws to protect archeological sites in Brazil in the 20th century. The adoption of strategies aimed at heritage education is an essential means of preserving historic and prehistoric sites in the face of the general population's lack of knowledge. Making academic knowledge of the conservation and preservation of heritage assimilated by the population and practiced in the defense of archeological sites requires cultural and behavioral changes, carried out through works of social awareness through education. The work was based on the method of hypothetical-deductive approach, under an empirical-analytical approach, in which a qualitative approach was used, with bibliographical and legislative research.

Keywords: Historical and cultural heritage - Heritage charts - Archeological sites - Protective regime

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 3. 924¹⁶, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos e todos os elementos que neles se encontram no Brasil, foi publicada em 26 de julho de 1961, é a primeira carta patrimonial de proteção arqueológica no Brasil e está mantida em vigor até os dias atuais.

O diploma foi concebido com o intuito de proteger os sítios arqueológicos em um contexto de exploração e aproveitamento

¹⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3924.htm

econômico, sobretudo dos sambaquis¹⁷, cuja exploração de cal e outros produtos acarretou a destruição e descaracterização destes. Não por acaso a lei é popularmente conhecida por Lei do Sambaqui.

Pelo que se extrai da Lei nº 3.924/1961, o patrimônio arqueológico é caracterizado pela cultura material composta por vestígios de manifestações culturais pretéritas, como artefatos (bens produzidos por humanos, por exemplo, machado polido, ponta de flecha, vaso de cerâmica, adorno de osso/pedra, estatueta em forma de animais ou humanos de pedra/cerâmica, cachimbos de cerâmica, moeda, louça etc.), sepultamentos humanos, arte rupestre e vestígios orgânicos associados às atividades humanas.

O diploma normativo que lhe serviu de inspiração, a Carta Lauseanne, reflete toda a influência dos mapas do patrimônio europeu durante a evolução cronológica do século XX e está repleto de cláusulas punitivas que não resolveram o problema da preservação dos sítios arqueológicos no Brasil. Logo após a publicação desta carta, que atualmente é monitorada pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), o Brasil viveu um período ditatorial que durou 21 anos e contribuiu para reforçar a reflexão de que a intimidação policial resolveria diante dos atos de vandalismo cometidos contra o patrimônio histórico e pré-histórico nacional.

O objetivo principal deste trabalho é caracterizar o processo de construção histórica das leis do patrimônio brasileiro, notadamente dos sítios arqueológicos, sob a influência das cartas internacionais sobre a conservação do patrimônio, ao mesmo tempo em que mostra nas entrelinhas a ineficácia da lei de proteção vigente no país e a necessidade de novas estratégias de divulgação à população por meio da educação patrimonial para que passe a

¹⁷ São sítios arqueológicos encontrados em regiões costeiras nas proximidades do mar, mangue e desembocadura dos rios. Construídos por populações de caçadores, coletores e pescadores que interagiram com paisagens litorâneas e estuarinas. Caracterizam-se pelo acúmulo intencional de conchas de moluscos e restos alimentares. São encontrados também vestígios de fogões (circulares e feitos de pedra), artefatos líticos, sepultamentos, além de adornos e zoólitos (esculturas feitas em pedra, representando animais). Trecho retirado de Normas de Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico. Iphan, 2005, pág. 31).

defender esse patrimônio como valores culturais historicamente adquiridos, intrinsecamente vinculados a esta sociedade.

1. PRIMEIRAS PREOCUPAÇÕES COM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO NO BRASIL

1.1. A Carta de Atenas (1931)

No início do século XX, começaram a ter lugar uma série de reuniões e conferências com o objetivo de identificar os itens fundamentais que dariam forma a uma concepção comum do conceito de cidade. Dessa forma, urbanistas e arquitetos de renome fizeram um diagnóstico da situação das cidades, identificando debilidades e problemas, bem como as respectivas soluções. Foram redigidas normas a respeitar a partir de um diagnóstico prévio.

O grupo de especialistas analisou 33 cidades de diferentes latitudes e climas do mundo de forma a responder aos problemas causados pelo rápido crescimento dos centros urbanos, nomeadamente, devido à mecanização e às mudanças nos sistemas de transportes.

A Carta de Atenas, documento de compromisso, datado de 1933, redigido e assinado por grandes arquitetos e urbanistas internacionais do início do século XX, entre os quais se destaca Le Corbusier, foi redigida como conclusão do Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos que teve lugar em Atenas, na Grécia, em outubro de 1931.

O instrumento, ao dar linhas de orientação sobre o exercício e o papel do urbanismo dentro da sociedade, serviu de inspiração à arquitetura contemporânea, e assentava em quatro funções básicas na cidade: habitação, trabalho, diversão e circulação. Em termos sociais, a Carta de Atenas propunha que cada indivíduo

tivesse acesso às alegrias fundamentais, ao bem-estar do lar e à beleza da cidade.

Com a publicação da Carta de Atenas em outubro de 1931, começaram a surgir preocupações entre as autoridades governamentais no Brasil sobre a necessidade de incluir leis que protegessem os monumentos históricos no Brasil. No texto da Carta de Atenas, havia recomendações de que as autoridades públicas deveriam ter a responsabilidade pela preservação, quando afirma:

A conferência, profundamente convencida de que a maior garantia de conservação de monumentos e obras de arte vem do afeto e do respeito pelas pessoas e, considerando que esses sentimentos podem ser muito favorecidos por ações cabíveis do poder público, expressa o desejo de que os educadores envidem todos os esforços para habituar as crianças e os jovens a se abster qualquer ação que possa degradar os monumentos. Esta responsabilidade assume um âmbito mais amplo, quando se inclui a necessidade de preservar uma gama muito mais ampla de bens que possam inferir patrimônio cultural.

Embora ainda não haja uma noção exata do que seria o patrimônio cultural e histórico, na Constituição concedida de 1937, procura-se um vínculo intrínseco entre o patrimônio histórico e cultural com a própria noção de patrimônio nacional no seu artigo 134, ao dispor que " Os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens ou locais particularmente dotados de natureza, beneficiam da proteção e do cuidado particular da União, dos Estados e dos Municípios".

1.2. Decreto-Lei nº 25/1937 (1937)

Porém, a proteção jurídica do patrimônio arqueológico entra em jogo com a publicação do Decreto Legislativo nº 25, de 30 de novembro de 1937, que já introduz em seu artigo primeiro uma concepção do que seria o patrimônio, constituindo "todos os bens móveis e imóveis existentes no país e cuja preservação seja de

interesse público, seja pela sua vinculação com fatos marcantes da história do Brasil, seja pelo seu excepcional caráter arqueológico, seja pelo valor etnográfico, bibliográfico ou artístico".

1.3. A Lei nº 3.924/1961: primeira carta patrimonial de proteção arqueológica no Brasil (1961)

Os sítios arqueológicos, em todas as regiões do Brasil, sofreram sua própria sorte e esquecimento por décadas no século XX. Somente no final dos anos 1950, com o trabalho de uma equipe de arqueólogos americanos e franceses, despertou-se para a necessidade de uma lei federal que viesse efetivamente a proteger o patrimônio histórico, de forma mais concreta, inclusive com medidas punitivas.

Assim, em 5 de dezembro de 1956, foi publicada em Nova Delhi, na Índia, a recomendação advinda da conferência geral da UNESCO, sobre os princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisas arqueológicas, que estipulava em seus artigos quarto e quinto, obrigações e responsabilidades dos Estados-membros ante o patrimônio arqueológico.¹⁸

Essas recomendações forneceram uma base teórica para a elaboração de uma lei brasileira que viesse a reger a exploração arqueológica e a proteção do patrimônio histórico, que deve incluir

¹⁸ Cada Membro-Estado deveria garantir a proteção de seu patrimônio arqueológico, levando em conta, especialmente, os problemas advindos das pesquisas arqueológicas e em concordância com as disposições da presente recomendação.

5. Cada Estado-Membro deveria, especialmente: a) submeter as explorações e as pesquisas arqueológicas ao controle e à prévia autorização da autoridade competente; b) obrigar quem quer que tenha descoberto vestígios arqueológicos a declará-los, o mais rapidamente possível, as autoridades competentes; c) aplicar sanções aos infratores dessas regras; d) determinar o confisco dos objetos não declarados; e) precisar o regime jurídico do subsolo arqueológico e, quando esse subsolo for propriedade do Estado, indicá-lo expressamente na legislação; f) dedicar-se ao estabelecimento de critérios de proteção legal dos elementos essenciais de seu patrimônio arqueológico entre os monumentos históricos.

medidas para impedir o processo de destruição do patrimônio histórico.

Segundo Morley, existem três motivos principais para a destruição de sítios arqueológicos, quais sejam, obras de grande porte, aproveitamento econômico de áreas de interesse arqueológico e vandalismo.

Nesse contexto, surge a Lei nº 3.924, de 06 de julho de 1961, publicada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, que dispunha sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, expressando obrigações da União e listando direitos e deveres dos proprietários de áreas com sítios arqueológicos, o documento permanece até os dias de hoje como elemento regulador das atividades de escavação, conservação e proteção desse patrimônio histórico¹⁹.

A Lei 3.924 tentava conter, de forma intimidatória, os atos de vandalismos e depredação que estavam sofrendo os sítios arqueológicos de forma desenfreada em todas as regiões do território brasileiro, ao proibir, no artigo 3º o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras e sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições.

Essas medidas punitivas ficaram, por certo tempo, somente na teoria, tanto pela falta de fiscalização quanto pela própria ausência de institutos de pesquisas arqueológicas, ou ainda em razão

¹⁹ Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

da total ausência de informação da população brasileira do que seria “um sambaqui” ou mesmo um sítio arqueológico qualquer.

A falta de clareza do que seria patrimônio histórico ou do que seria monumento histórico, também dificultava a execução dessa primeira Carta Patrimonial (que está em vigor até os dias de hoje) em seu sentido mais prático.

1.4. A Carta de Veneza²⁰: monumentos históricos, patrimônio cultural e plano de conservação (1964)

Em maio de 1964, foi publicada a Carta de Veneza, que afirma que o monumento não pode ser separado da história de suas testemunhas ou do ambiente em que foi descoberto, e o que foi conceitualmente esclarecido em seu artigo primeiro.

O conceito de monumentos históricos inclui tanto criações arquitetônicas isoladas, quanto ambientes urbanos ou paisagísticos que são testemunhas de civilizações específicas, grandes evoluções ou acontecimentos históricos. Este conceito não é apenas aplicável a grandes obras, mas também aplicável ao longo do tempo. A passagem de obras humildes que têm significado cultural.

Diante da ciência dispersa do passado e da intrincada história das conclusões arqueológicas desprovidas de fundamentos teóricos, de 1965 a 1970, o Brasil desenvolveu um extenso programa de atividades arqueológicas sistemáticas e padronizadas, denominado PRONAPA (Programa Nacional de Pesquisas Arqueológicas).

Sob o guia da chamada Escola Ford (Metodologia Americana), várias instituições e pesquisadores se agrupam Prous (2000: 29) sintetiza em poucas linhas o primeiro estudo sistemático da arqueologia brasileira, sob a coordenação de Evans, um ambicioso

²⁰<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf>

projeto reuniu 11 arqueólogos de oito estados: PRONAPA (1965/1970), que visa proporcionar o primeiro graças ao uso de métodos únicos e os mesmos. Uma perspectiva teórica, portanto, um amplo resumo da história pré-histórica dos países litorâneos do Brasil é realizado através de uma pesquisa completa.

Apesar da boa vontade de alguns pesquisadores, o projeto acabou falhando porque insistia em parâmetros estatísticos (nem sempre confiáveis) e em metodologias que não eram utilizadas até os próprios Estados Unidos. No entanto, tem um lado positivo que incentiva a pesquisa arqueológica em algumas áreas quase desconhecidas da academia.

1.5. A Carta de Burra²¹ (1979)

Em 19 de agosto de 1979, foi publicada a "Carta de Burra" (nome de um local culturalmente significativo da Austrália ICOMOS Austrália), com novas medidas de incentivo para proteger o patrimônio histórico. Ademais, o diploma contou com os conceitos de bem, substância, lugar, significado cultural, proteção, conservação, conservação, restauração e reconstrução, avançando a conscientização acadêmica quanto à necessidade de reavaliação de procedimentos no trato do patrimônio histórico no Brasil.

Assim, o artigo 1º define: • Bom: designa lugares, áreas, edifícios ou outras obras arquitetônicas ou coleções de edifícios ou outros edifícios que tenham significado cultural (seu conteúdo e ambiente circundante devem ser compreendidos em todos os casos); • Substância: será um grupo de materiais que constituem fisicamente uma mercadoria; • Local: refere-se a um local, área, terreno, paisagem, edifício ou outro projeto, grupo de edifícios ou outro projeto e pode incluir componentes, conteúdo, espaço e efeitos visuais; • Significado cultural: expressa o valor estético, histórico, científico, social ou espiritual das gerações passadas, presentes ou futuras; • Conservação: refere-se a todos os processos de manutenção do site

²¹ <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Burra%201980.pdf>

para manter sua importância cultural; • Manutenção: refere-se à proteção contínua da substância, conteúdo e ambiente ao redor do produto e não deve ser confundida com o termo "manutenção"; • Conservação: servirá para manter o estado de uma determinada carga e retardar o processo de degradação; • Recuperação: recupera uma substância em um estado previamente conhecido; • Reconstrução: restaura o estado anteriormente conhecido como a maior precisão, caracterizado pela introdução de diferentes materiais (novos ou antigos) na substância existente.

Em seguida, o foco passa a ser a necessidade de proteção adequada do patrimônio histórico. Em todo o mundo, devido ao desenvolvimento das cidades, as expectativas das pessoas de intervir nas cidades históricas tornaram-se evidentes. Como algumas cidades brasileiras foram consideradas patrimônio cultural da humanidade, a "Carta de Toledo", editada em 1986, é muito útil.

1.6. A Carta de Toledo²² (1986)

Em 1986 foi publicada a Carta Internacional para a Conservação das Cidades Históricas, conhecida como Carta de Toledo, na qual se recomenda a “adesão dos habitantes” na conservação das cidades e que o “Plano de Conservação deve ter uma relação harmônica entre a área histórica e a cidade”.

1.7. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Porém, só podemos verificar o avanço conceitual, no Brasil, do patrimônio cultural por meio da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, que contempla três títulos,

²²<http://www.patrimoniocultural.gov.pt/media/uploads/cc/CARTAINTERNACIONALPARASALVAGUARDADASCIDADESHISTORICAS.pdf>

quatro capítulos e seis artigos (mais incisos), enfatizando sua responsabilidade de proteger métodos e conteúdo.

O artigo 216 enfatiza o conceito de patrimônio cultural, no Capítulo 3, ao estatuir que o patrimônio cultural brasileiro é propriedade material e imaterial, utilizado isoladamente ou em conjunto, e refere-se à identidade, comportamento e memória dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira, incluindo I- formas de expressão; II- A forma de criação, produção e vida; III- Ciência, arte e criação tecnológica; IV- Obras, objetos, documentos, edifícios e outros espaços destinados a atividades artísticas e culturais; V- Edifícios e lugares urbanos com valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

1.8. A Carta de Lausanne²³ (1990)

Posteriormente, com a publicação da Carta de Lausanne em 1990, o entendimento das pessoas sobre o conceito de patrimônio arqueológico tornou-se mais específico no que diz respeito à proteção e gestão do patrimônio arqueológico.

De acordo com o artigo 1, o "Patrimônio Arqueológico" inclui o que parte do patrimônio tangível do patrimônio arqueológico. Os métodos arqueológicos podem fornecer conhecimentos básicos. Cobre todos os vestígios da existência humana e chama a atenção em todos os lugares onde há indícios de atividade humana, sejam quais forem. Vários edifícios abandonados e edifícios no solo, subterrâneos ou debaixo de água. Detritos e materiais relacionados com eles.

A Carta amplia a compreensão das pessoas sobre o conceito de patrimônio arqueológico e aconselha sobre a aplicação da legislação: a legislação deve se basear no conceito de que o

²³<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Lausanne%201990.pdf>

patrimônio arqueológico é o patrimônio de todos os seres humanos e grupos humanos, não de indivíduos ou nações.

1.9. A nova Carta de Atenas (1995)

A partir de meados de 1995, associações e institutos de urbanistas de países da União Europeia uniram-se no Conselho Europeu de Urbanistas (composto por representantes Portugal, Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália e Reino Unido), e no início de 1998 apresentaram a redação da Nova Carta de Atenas.

A Nova Carta de Atenas pretendeu ser mais adequada às gerações vindouras do que a de 1933, dando o papel principal ao cidadão na hora de tomar decisões organizativas. Segundo a nova carta, a evolução das cidades deve resultar da combinação de distintas forças sociais e das ações dos principais representantes da vida cívica. O papel dos urbanistas profissionais passou a ser o de proporcionar e coordenar o desenvolvimento.

2. A IMPORTÂNCIA DO USO DE MAPAS HEREDITÁRIOS E O VALOR CULTURAL E PATRIMONIAL DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS EXISTENTES

Em primeiro lugar, pode-se inferir dos antecedentes da educação social acima mencionados que a sociedade dificilmente compreende o valor cultural e patrimonial dos sítios arqueológicos existentes. O conceito de valorização do patrimônio cultural é relativamente novo.

Na conferência sobre preservação e uso de monumentos e sítios históricos e artísticos realizada em Quito, Equador, em 1967, apareceu uma definição, no Capítulo VI, Artigo 1, segundo o qual o

“valor do patrimônio histórico arte ou artístico equivale a ativá-lo em condições objetivas e ambientais sem comprometer sua natureza, mas sim enfatizar suas características e permitir seu melhor aproveitamento, devendo-se entender que esta agregação de valor vai além da finalidade e, no caso da Ibero América, contribuirá para o desenvolvimento econômico da região”.

No entanto, tendo em vista o vácuo conceitual do que seria um valor patrimonial (como bem cultural), e considerando a histórica falta de sensibilidade do poder público brasileiro às questões culturais (principalmente de proteção) nos diversos campos administrativos, o desconhecimento da população não é nada novo, principalmente em relação à preservação da nossa memória histórica e pré-histórica.

Combinados com esses aspectos negativos, devido a alguns fatores, diferentes grupos sociais tratam as relíquias arqueológicas de maneiras diferentes, dadas as chamadas características regionais, que estão na base do processo de absorção simbólica existente nos grupos de valorização social contemporâneos e nos sítios arqueológicos com registro pericial.

Os vestígios arqueológicos são apresentados como resquícios da vida cotidiana, inseridos no processo da história social, e o cotidiano contemporâneo é apenas o resultado recente. Portanto, os dados arqueológicos podem ser entendidos não apenas como mnemônicos (relatando diretamente emoções e grupos passados), mas também como metonímia, ou seja, armazenando neles atributos simbólicos, cujo valor muda com o tempo.

Nessa perspectiva, pode-se perceber, devido à consciência cultural de todo o grupo social contemporâneo, a especial importância da participação das comunidades locais na preservação do seu próprio patrimônio histórico. Sem a combinação desses dois pilares, todo o processo de proteção do patrimônio seria inconsistente.

A tarefa de integrar os moradores locais na proteção do patrimônio natural e cultural parece ser um objetivo básico. Qualquer estratégia voltada para lidar com tais situações deve incluir fortes

ações educativas em torno dos valores culturais e sua importância para a comunidade. Esses componentes do patrimônio devem ser vistos como benéficos para toda a comunidade por meio do processo educacional. Informar os vizinhos, principalmente na educação formal, que é o espaço mais aberto à participação, integrando setores jovens mais fáceis de penetrar e que precisam de novas atividades para serem substituídos.

A Carta de Lausanne (1990) também mencionou o papel da população na proteção do patrimônio histórico, no Artigo 6, ao dispor que “a população local deve ser incentivada a proteger o patrimônio arqueológico”. Em alguns casos, recomenda-se delegar aos povos indígenas a responsabilidade pela proteção e gestão de monumentos e sítios.

Outro aspecto a se considerar é a importância de divulgar amplamente os resultados das pesquisas arqueológicas realizadas por pesquisadores acadêmicos (esses resultados são muitas vezes usados como segredos invioláveis e chaves a serem levadas à sepultura).

É preciso alertar, mais uma vez, sobre esse incompreensível egoísmo acadêmico, que prejudicaria a difusão cultural dos resultados da pesquisa e criaria obstáculos para que os moradores locais participassem da proteção de seu próprio patrimônio histórico. O patrimônio não pode se limitar a instituições acadêmicas, universidades e centros de pesquisa, por duas razões importantes.

Em primeiro lugar, devido à obrigação moral dos pesquisadores, eles devem devolver os achados científicos e os dados obtidos à comunidade, para que os residentes locais possam compreender a importância e a riqueza de seu patrimônio cultural. O segundo aspecto, igualmente importante, é que sem o apoio e entusiasmo das autoridades e da população local, os investigadores não poderão proteger este patrimônio.

A carta de Lausanne mostra mais uma vez a importância da informação para as descobertas científicas locais no segundo artigo, que estatui “a participação deve ser baseada na aquisição de

conhecimentos, que é uma condição necessária para qualquer decisão". Portanto, as informações públicas são uma parte importante da "proteção abrangente".

A necessidade de conscientização social por meio da educação do patrimônio cultural e da viabilização do uso de mapas do patrimônio brasileiro. A necessidade de um planejamento de curto, médio e longo prazo para a preservação do patrimônio histórico e pré-histórico por parte dos poderes públicos e principalmente através da educação da sociedade, tornou-se imperativo.

Esta diretriz não é nova e já foi publicada na Carta de Atenas de 1931, quando o Capítulo VII, alínea 'b', mostrava a importância da educação dos jovens na defesa do patrimônio cultural: O papel da educação e profundo respeito pelos monumentos.

Convencida de que a melhor garantia para a preservação de monumentos e obras de arte vem do respeito e do interesse dos próprios povos, uma vez que esses sentimentos podem ser muito estimulados pela ação adequada das autoridades, ela concorda que os educadores habituem as crianças e jovens. Não danificar monumentos, sejam eles quais forem, geralmente aumenta seu interesse em proteger os testemunhos de todas as civilizações.

É claro que existem leis rígidas em relação aos danos ao patrimônio cultural, com referência especial à 'lei sobre crimes ambientais (Lei 9. 605/98 e regulamentada pelo Decreto 3. 179/99) que as diferentes multas variaram entre R \$ 10. 000,00 (dez mil) e R \$ 50. 000,00 (cinquenta mil reais) para quem cometer destruição de bem cultural protegido por lei federal (no caso de sítios arqueológicos), além de o infrator responder a processos administrativos e penais.

O próprio Código Penal Brasileiro prescreve sanções contra o patrimônio cultural, conforme evidenciado pelo título 'Dos crimes contra o patrimônio' no Capítulo IV (Do dano) do artigo 165: Artigo 165 - Destruir, obstruir ou deteriorar pela autoridade competente por ser registado de valor arqueológico ou histórico:

Pena: reclusão de seis meses a dois anos e multa de mil cruzeiros e vinte mil cruzeiros.

Entretanto, reitera-se um ponto importante ao deixar claro que a mera criação de leis ou julgamentos mais rígidos não resolverá os problemas de preservação do patrimônio histórico, e aponta a formação da sociedade como a mais apropriado para uma situação que piora a cada dia.

A seguir, destacam-se alguns passos essenciais para que a sociedade adquira algum nível de consciência cultural que permita a defesa desse patrimônio histórico pela própria população: 1 - Divulgação de informação científica traduzida em dupla linguagem para a Arqueologia Desmistificadora e destruindo-o de maneiras fantásticas e enganosas e fortalecendo seu significado interior; 2 - Avaliação dos eventos culturais que nos antecederam, principalmente em função do período anterior à chegada dos europeus ao Brasil; 3 - Incorporação de disciplinas arqueológicas, principalmente relacionadas à pré-história, no currículo, sempre utilizando informações de textos produzidos no Brasil para que não persistam as distorções existentes; 4 - Construir uma relação real entre o Brasil do passado e do presente para que esse passado não seja mais tão sombrio para as pessoas comuns; 5 - Sensibilizar a nível nacional para a importância do patrimônio arqueológico como fonte excepcional de informação que pode e deve ser utilizada por todos.

A criação deste roteiro parece ser o melhor caminho para um país que está apenas começando a descobrir um legado histórico e pré-histórico inestimável.

3. AS DIFICULDADES NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI Nº 3.924/61

A implementação da Lei nº 3.924/61 de proteção dos sítios arqueológicos do IPHAN, sem a conscientização cultural por meio da formação da sociedade, não parece ser a melhor solução. O aspecto

punitivo e intimidador que a lei transmite colide diretamente com a ignorância da sociedade sobre um legado histórico, trazendo desconforto e aversão.

A dificuldade de aplicação e cumprimento dessa lei devido às deficiências do próprio órgão governamental frente ao vasto contexto geográfico do Brasil parece ser outro grande obstáculo, no que diz respeito a alguns fatores sociais relacionados ao patrimônio arqueológico.

Neste ponto, devemos alertar para as dificuldades de aplicação das leis de conservação do patrimônio cultural quando são federais por natureza. Os controles do escritório responsável do IPHAN em grandes áreas como a Bahia são praticamente nulos. A legislação existente, que é essencialmente criminal, não pode impedir atos deliberados de destruição porque não há oficiais de inspeção ou eles não podem conduzir fisicamente a avaliação. As leis de proteção local são mais fáceis de padronizar e fiscalizar e podem ser uma opção para as equipes federais.

Se há dificuldades de fiscalização na esfera federal por conta da falta de mão de obra qualificada e de recursos financeiros, as perspectivas na esfera local são muito piores. Ainda que na constituição federal incumba aos municípios, conforme preconiza seu artigo trigésimo, promover a proteção do patrimônio histórico e cultural local, observar a legislação e as medidas de controle dos governos federal e estadual, a realidade da cidadania municipal torna-se ainda pior neste sentido.

A viabilidade da sua aplicação passa, portanto, primeiro por um processo educativo e informativo que permita à população tomar consciência de que a perda desta memória cultural é irreparável se envolver a destruição dos seus testemunhos físicos e que se trata da ideia de sentido. que tem memória cultural. O compromisso da população local com a preservação dos sítios arqueológicos é fundamental para a preservação deste patrimônio histórico.

Porém, para atingir esse compromisso é necessário fornecer à população informações precisas sobre os programas de proteção patrimonial a serem implementados.

O Congresso Europeu do Patrimônio Arquitetônico, realizado em Amsterdã em 1975, destacou algumas dessas etapas preparatórias para programas de preservação do patrimônio cultural e a necessidade desse compromisso com a comunidade: Permitir que a população participe na concepção dos programas é aconselhável fornecer-lhes os elementos para avaliar a situação. Por um lado, explica o valor histórico e arquitetônico dos edifícios a conservar e, por outro lado, fornece todas as informações sobre os regulamentos definitivos e provisórios.

A título de exemplo, falta informação sobre o patrimônio cultural obtida junto da multidão. Dado o patrimônio histórico visto com lajes de rocha em nossos sítios arqueológicos, observamos uma falta de conscientização da comunidade.

O que os caçadores e fazendeiros costumam chamar de "escrita indígena", "escrita bárbara", "sinal", "pedra pintada" ou "escrita holandesa" são afetados por fatores naturais e humanos, mas não receberam qualquer proteção do poder público ou Moradores locais.

Habitado ao sistema capitalista, o conceito de "bem" costuma estar diretamente ligado ao próprio termo econômico. A grande maioria das pessoas não entende o termo "bem cultural", que se expressa nas recomendações sobre a proteção dos produtos culturais ameaçados por sua implementação.

Obras públicas ou privadas discutidas na Assembleia Geral da UNESCO realizada em Paris, França, em 19 de novembro de 1968: Considerando que os produtos culturais são produtos e testemunhas de diferentes tradições intelectuais e conquistas do passado, eles são, portanto, um elemento essencial da personalidade das pessoas.

Portanto, a transição do nível de assimilação dos bens econômicos ao conceito de bens culturais não é um processo fácil de eliminar para a maioria das pessoas do plano educacional unificado a curto, médio e longo prazo.

Ele transmitiu o conteúdo do significado do termo patrimônio cultural, representado pelo princípio de estabelecer monumentos arquivísticos, conjuntos arquitetônicos e arquivos de sítios históricos e artísticos, elaborado pela décima primeira sessão do ICOMOS em Sofia, Bulgária em outubro de 1996: Patrimônio Cultural-Refere Sítios históricos, conjuntos de edifícios e sítios que possuem valor de patrimônio histórico e artístico e fazem parte do entorno histórico ou edificado.

Sem entender o significado e o significado desses registros rupestres vistos no sítio arqueológico, as pessoas ficaram indiferentes e reagiram misteriosamente quando questionadas sobre o assunto, levando suas reações ao nível da fantasia (como se fossem feitas por gente improvisada), a cultura permanece misteriosa (indicando tesouros desconhecidos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da aplicabilidade das legislações patrimoniais brasileiras e internacionais é de fundamental importância para a conservação do patrimônio cultural histórico e pré-histórico. O principal fator negativo quanto à ineficácia dessa aplicabilidade contemporânea, porém, não é especificamente a ausência de leis. Incompletas ou mal elaboradas, elas existem, mas sim na forma como são colocadas em prática, e no total falta de informação por parte da população sobre o tema da conservação do patrimônio.

No entanto, por falta de informação ou sensibilização para os conceitos de monumento, patrimônio, patrimônio histórico, patrimônio pré-histórico, patrimônio cultural e valor dos bens

intangíveis, uma parte da população é responsável por atos que prejudicam significativamente a conservação e conservação de discos rochosos, o que poderia salvar aspectos importantes dos contextos históricos e pré-históricos do Brasil.

Nesse sentido, a questão prática da aplicabilidade dessas leis encontra seu primeiro obstáculo na falta de fiscalização e controle dos órgãos públicos responsáveis por tais atividades; em segundo lugar, deve haver uma reformulação dos procedimentos burocráticos e a atualização da legislação por parte dos poderes públicos municipais, estaduais e federais, que redirecione para atitudes menos intimidantes e empáticas (como ameaças de multas e punições criminais), e tenta tomar diretrizes que visam a educação patrimonial de curto, médio e longo prazo da população local, de forma que ela própria promova a defesa do patrimônio cultural que se encontra no território em que vive.

Algumas medidas poderiam ser tomadas para mudar a situação atual de desconhecimento por parte da população desse patrimônio cultural e as formas de procedimentos, com base na educação patrimonial.

Dentre as medidas, podem ser mencionados o levantamento, através de cartografia geográfica, com equipes especializadas, de todo o patrimônio cultural, incluindo sítios arqueológicos com vestígios rochosos e consequente formação de uma base de dados (inventário) sobre patrimônio histórico e pré-histórico; a institucionalização da cultura de conservação do patrimônio cultural junto da população local, através de campanhas educativas periódicas (seminários, conferências, eventos educativos, etc.) promovidas pelos poderes públicos municipais; e a reformulação do currículo com a inclusão da disciplina de Conservação do Patrimônio Cultural nas escolas municipais e estaduais, nos níveis de ensino voltados à educação básica do cidadão (educação infantil, ensino fundamental e ensino superior).

Ademais, é possível citar, ainda, a divulgação massiva com folders, por meio da mídia (rádio e jornais), das potencialidades culturais, ressaltando a necessidade de preservação dos sítios históricos e pré-históricos para a população; e por meio de política de

conservação, elaboração de plano integrado de conservação de monumentos e sítios históricos e pré-históricos, com objetivos estabelecidos, de conservação do patrimônio por parte do poder público municipal, Iphan, comunidades e segmentos institucionais da sociedade civil organizada (ONGs não governamentais).

Importante ação é a elaboração de infraestrutura básica, em condições de emergência, para proteção dos sítios arqueológicos mais diretamente afetados por fatores antrópicos, tais como painéis de clarificação e sinalização e cercas improvisadas que impeçam o acesso direto aos painéis rochosos; e a formação de mão de obra qualificada (guias turísticos locais) para o enfrentamento adequado dos os turistas que visitam os sítios arqueológicos dos municípios, tornando-os multiplicadores na política de conservação do patrimônio.

Portanto, a implantação efetiva de uma cultura de conservação do patrimônio histórico na população brasileira é um fator fundamental para que a aplicação das legislações nacionais e internacionais sobre o patrimônio seja respeitada e respeitada, de forma satisfatória e para ser assimilada como fontes documentais permanentes de defesa. Vestígios arqueológicos que nos permitirão resgatar as origens culturais históricas e pré-históricas do homem na América e que nos ajudem nas respostas que sempre procuramos: de onde viemos, porque estamos aqui e para onde iremos.

O maior interesse das pinturas rupestres é que mostram que, no Brasil, antes da chegada dos europeus, havia um mundo cultural extremamente rico, muito semelhante em termos de criatividade ao mundo cultural do Ocidente.

Esse mundo ocidental, que não soube observar e valorizar o que existia no Brasil, porque privilegiou a tecnologia de guerra e a repressão religiosa da inquisição. Um mundo europeu, centrado em si mesmo, que não soube apreciar uma sensibilidade diferente à sua e à criatividade da arte indígena, devido a um etnocentrismo que sempre caracterizou a sua política colonialista, em todos os continentes.

O sucesso desta intervenção foi a perda de um extraordinário patrimônio cultural do qual, hoje, a ciência tenta salvar os escassos vestígios "Anne-Marie Pessie e Niède Guidon"

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Maria. LOCKS, Martha e AMORIM, Jacqueline (2002). **Projeto Central: Preservação dos sítios arqueológicos com arte rupestre**. FUMDHAMentos II, **Fundação Museu do Homem Americano**, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 243 a 253.

BOITO, Camillo. 1884. **Os Restauradores**. Conferência feita na Exposição de Turim; Tradução de Paulo Mugayar Kühl e Beatriz Mugayar Kühl; Ateliê Editorial; Cotia; São Paulo; 2002; Páginas 09 a 63.

BRANDI, Cesare. 1971. **Princípios de Teoria da Restauração; Curso del Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de les Bienes Culturales de Roma** (UNESCO) Y LA Facultad de Arquitectura de Roma; Tradução de Salvador Diaz-Berrio Fernandez; Universidade Nacional Autónoma do México.

CALDARELLI, Solange Bezerra. SANTOS, **Maria do Carmo Mattos Monteiro dos. Arqueologia de contrato no Brasil**. Editora USP, Revista USP, Vol. 1, São Paulo, 2000; Pág. 52 a 73.

CURY, Isabelle.(org.) **Cartas patrimoniais**. Iphan, segunda edição, Rio de Janeiro, 2000.

ETCHEVARNE, Carlos.(2002). **Uma proposta de ação integrada para as áreas arqueológicas e pinturas rupestres em Iraquara, Bahia**. FUMDHAMentos II, Fundação Museu do Homem

Americano, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 219 a 229.

MORLEY, Edna June (2000). **Como preservar os sítios arqueológicos brasileiros**. In: Pré História da terra brasilis. Org. Maria Cristina Tenório. Editora UFRJ, primeira reimpressão, Rio de Janeiro, 2000; Páginas 371 a 376.

PESSIS, Anne-Marie. MARTIN, Gabriela (2002). Área arqueológica de Seridó, RN, PB: **Problemas de Conservação do Patrimônio Cultural**. FUMDHAMentos II, Fundação Museu do Homem Americano, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 187 a 208.

PROUS, André (2000). **Arqueologia, Pré-História e História**. In: Pré-História da terra brasilis. Org. Maria Cristina Tenório. Editora UFRJ, primeira reimpressão, Rio de Janeiro, 2000; Páginas 19 a 32.

RIEGL, Alois. 1903. **Monumentos: Valores Atribuídos e sua Valorização Histórica**. Tradução: **Les Valeurs Monumentales et leur Evolution Historique, in Le Culte Moderne des Monuments:son Essence e as Genèse**; Paris; 1984; Páginas 35 a 62; publicada na Revista Museologia, Nº 1, 1989; Páginas 17 a 23.

_____. 1903. Culto Moderno a los Monumentos. Caracteres y Origen. Tradução de Ana Perez Lopez. Visor. Madrid 1987.

RUSKIN, John. 1849. The seven Lamps of Architecture; London: George Allen & Unwin Ltda, Ruskin House, 40; Museumstreet, W.C.3. **Apresentação, tradução e comentários críticos de Odete Dourado**; Mestrado de Arquitetura e Urbanismo; Série b, nº 02; Salvador, Bahia, 1996.

SPENCER, Walner Barros. Patrimônio: legislação e instrumentos normativos: ecos de silêncio! **A memória indígena recusada**. Dissertação de mestrado em ciências sociais da UFRN, Natal, 2000.

VIOLETT-LE-DUC, Eugène Emmanuel. Restauração; Apresentação e tradução de Beatriz Mugayar Kühl; Ateliê Editorial; Cotia; São Paulo; in **Dictionnaire Raisonné de l'Architecture Française du XI au XVI siècle**; Paris; Librairies – Imprimeries Réunies, s.d. (1854-1868); Vol. 8; páginas 14 a 34.

O EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

THE SUSPENSIVE EFFECT OF THE DECISION IN MOTIONS FOR DECLARATION

CAIO DE FARIA NASCIMENTO REZENDE

RESUMO

A presente pesquisa tem por base um trabalho de investigação em sede doutrinária, jurisprudencial e legal visando descobrir o(s) melhor(es) caminho(s) e/ou tendência(s) que a interpretação processual nos levará não só o deslinde técnico, mas também a dirimir as injustiças configuradas a respeito das consequências de se impugnar uma decisão com base nos preceitos legais do Código de Processo Civil. Adentrar em tal análise faz revelar que o tema carece de debate, tendo em vista que as conclusões colhidas não atingirão apenas o campo científico, mas também a esfera da ordem prática. O estudo do tema carece de orientação e conclusões menos lacunosas, tendo em vista a divergência jurisprudencial. Ainda que exista discussão doutrinária sobre o assunto, não parece ser suficiente para dirimir o tema, dada a clara relevância das consequências oriundas. O que se percebe é a tendência majoritária do sentido de uma aplicação genérica do efeito em tela. Porém, as consequências de uma aplicação genérica, ou vedação total do efeito suspensivo no recurso de Embargos de Declaração se mostram preocupantes. Como exemplo da própria natureza jurídica recursal desta forma de impugnação, vemos que seu cabimento se dá, em tese, contra toda e qualquer decisão, fazendo assim, que o exercício racional caso se atribua a aplicação do efeito suspensivo ope legis de forma genérica, obstaria a eficácia imediata de toda e qualquer decisão. Inúmeros seriam os problemas no caso de uma interpretação genérica do efeito discutido, pois fica claro a complexidade do tema quando analisadas suas consequências práticas junto a real finalidade da prestação jurisdicional. Observa-se aqui que tal instituto merece uma abordagem de cunho finalista, sobrepondo a análise literal legislativa, sob pena de ferir os princípios constitucionais da eficácia e celeridade processual. O que se deve ter em mente é que a intenção do Direito é em

aplicar a justiça, em se chegar a perfeita prestação jurisdicional quanto ao seu principal fim: garantir a paz social mediante justiça. Avaliando assim, hipótese por hipótese as situações jurídicas que nascem de forma consequential em relação a aplicação ou não do efeito restando evidente o foco sobre o qual deve se dar o estudo e suas possíveis conclusões. Deverá ser através do ponto de vista finalista (observando as consequências surgidas) e não meramente tecnicista. Resta claro aqui, que o ato jurídico perfeito garante ao cidadão a finalidade da justiça, podendo sobrepor inclusive, a adequação técnica.

Palavras-chaves: Embargos de declaração. Código de Processo Civil. Efeito suspensivo. Consequências práticas.

ABSTRACT

This research is based on research work in doctrinal, jurisprudential and legal terms, aiming to discover the best path(s) and/or trend(s) that procedural interpretation will lead us to, not only the technical unraveling, but also to resolve injustices regarding the consequences of challenging a decision based on the legal precepts of the Code of Civil Procedure. Entering into such an analysis reveals that the topic requires debate, considering that the conclusions drawn will not only reach the scientific field, but also the practical sphere. The study of the topic requires less guidance and conclusions, in view of the jurisprudential divergence. Even though there is doctrinal discussion on the subject, it does not seem to be enough to resolve the issue, given the clear relevance of the consequences arising. What can be seen is the majority tendency towards a generic application of the effect on screen. However, the consequences of a generic application, or total prohibition of the suspensive effect in the Motion for Declaration appeal, are worrying. As an example of the appellate legal nature of this form of challenge, we see that its validity is, in theory, against any and all decisions, thus making the rational exercise, if the application of the suspensive effect ope legis in a generic way, would impede the immediate effectiveness of any and all decisions. There would be countless problems in the case of a generic interpretation of the effect discussed, as the complexity of the topic becomes clear when its practical consequences are analyzed together with the real purpose of the judicial provision. It is observed here that such an institute deserves a finalist approach, overriding the literal legislative analysis, under penalty of violating the constitutional principles of procedural effectiveness and speed. What must be kept in mind is that the intention of Law is to apply justice, to achieve perfect judicial

provision in relation to its main purpose: guaranteeing social peace through justice. Thus evaluating, hypothesis by hypothesis, the legal situations that arise consequentially in relation to the application or not of the effect, making the focus on which the study and its possible conclusions should be evident. It must be from a finalist point of view (observing the consequences that arise) and not merely technical. It is clear here that the perfect legal act guarantees the citizen the purpose of justice, and may even override technical adequacy.

Keywords: Declaration embargoes. Code of Civil Procedure. Suspensive effect. Practical consequences.

1 EFEITO SUSPENSIVO GENÉRICO

Em um parâmetro geral, observamos que a maioria dos recursos (principalmente aqueles previstos do Código de Processo Civil vigente), é objeto de análise não só em sede da eficácia dos efeitos das decisões, mas como um todo. Abordam a maioria de suas vertentes/consequências práticas, atuais e futuras, tendo a imaginação como único limite.

A questão da atribuição do efeito suspensivo da eficácia das decisões judiciais quanto à interposição/oposição de recursos não é matéria nova, nem desprovida de estudos de qualidade.

Ocorre que, dentro do rol apresentado pelo Código de Processo Civil existe um recurso em que a análise deste relevante ponto (efeito suspensivo da eficácia da decisão judicial) se mostra frágil, superficial e escassa: os Embargos de Declaração.

Na doutrina e jurisprudência, são pacíficos os entendimentos dessa matéria no bojo dos demais recursos, o que não acontece aos Embargos de Declaração, infelizmente.

A doutrina pouco aborda tal estudo e quando sim, o faz de maneira breve, não esmiuçando o cerne das principais consequências práticas observadas no mundo jurídico.

Em excelente observação evolutiva histórica a doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier explica o porquê de tal escassez (2007, abril, p.71-72):

A regra do quadro que existia, na versão original do Código, era a de que as decisões judiciais realmente relevantes não produziam efeitos imediatos. A apelação, interponível a partir de 1973 contra toda e qualquer sentença, se caracterizava por ter efeito impeditivo da eficácia da sentença, salvo nas exceções constantes do art. 520 e noutras previstas esparsamente no ordenamento. Quanto às liminares, estas sujeitas a recurso que não tinha o condão de impedir-lhes a eficácia, eram poucas: as cautelares, as do mandado de segurança e as de alguns procedimentos especiais. Quando se tratava de liminares cautelares, as mais numerosas, de regra não se permitia que fossem adiantados à parte efeitos da providência jurisdicional pleiteada afinal, mas exclusivamente providências cuja efetivação seria pressuposto para a eficácia da sentença. Portanto, eram poucas as decisões realmente relevantes para a parte, cuja eficácia não pudesse ser obstada pela interposição do recurso próprio. Isto justifica talvez a ausência de preocupação da doutrina no que diz respeito ao problema relativo a terem, ou não, os embargos de declaração efeito suspensivo.

Se na doutrina o tema é pouco abordado, na jurisprudência não é diferente. Quando se encontra, não existe uniformidade alguma quando apreciada pelo Poder Judiciário brasileiro.

Vale ressaltar que mesmo pouco abordado, pode se dizer que existem duas correntes doutrinárias, em que serão analisadas posteriormente.

1.1 ATRIBUIÇÃO DO EFEITO NO TIPO *OPE LEGIS*

Portanto, para dar início ao estudo da eficácia do efeito suspensivo das decisões no âmbito dos Embargos de Declaração, mister dividir tal efeito em dois regimes: *ope legis* e *ex iudicis*.

Salienta bem tal divisão o professor e advogado Lúcio Flávio Siqueira de Paiva (2012):

É preciso, antes de avançar na análise da questão principal tratada nesse breve artigo, colocar em destaque aspecto que muitas vezes passa despercebido pela doutrina e jurisprudência, qual seja, a existência, no direito brasileiro, de dois regimes diferentes de efeito suspensivo: o efeito suspensivo *ope legis*, que decorre de expressa disposição legal e que mais do que suspender os efeitos de uma decisão, obsta que tais efeitos sequer se iniciem; e o efeito suspensivo *ex iudicis*, que permite ao órgão responsável pelo julgamento do recurso atribuir a ele efeito suspensivo, preenchidos os requisitos legais^[5].

Assim, dada a carência de estudos mais completos a respeito do tema, será analisado primeiramente, o regime do efeito suspensivo genérico, *ope legis*.

Consiste em que a atribuição de tal efeito se concretiza face a mera possibilidade de interposição/oposição recursal, ficando suspensos os efeitos da decisão ante ao fato do início da contagem do prazo para recorrer (invadiria a esfera anterior ao recurso: a recorribilidade da decisão).

Tal regime nada mais é, que senão o prolongamento do estado de ineficácia da decisão, ou seja, determinada sentença, por exemplo, continuaria inapta a gerar efeitos em âmbito prático mesmo após sua prolatação.

Sem eficácia estariam os efeitos de qualquer decisão quando a lei expressamente disser que sujeita estaria aquela, da análise do recurso até, pelo menos, seu julgamento (podendo se prolongar/efetivar caso deferido), quando tempestivos.

Importante salientar que o sentido da expressão “suspensivo” é de certa forma errônea, ao menos quanto ao regime *ope legis*, pois, teoricamente, se suspende aquilo que já começou a gerar efeito, aquilo que já existe no mundo empírico.

Ora, se o efeito suspensivo do tipo *ope legis* é a extensão do estado de ineficácia de um ato decisório, não se pode afirmar que os efeitos sequer existiram, portanto equivocado seria falar em suspensão de algo inexistente: a execução do ato decisório no mundo prático.

Muitos doutrinadores analisam tal aspecto, dizendo que no caso em foco do efeito suspensivo, apesar da nomenclatura jurídica, tem o objetivo de impedir a eficácia e não suspendê-la como o nome sugere.

Como bem orienta o ilustre doutrinador José Carlos Barbosa Moreira (2002, p.257):

Aliás, a expressão "efeito suspensivo" é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso. O efeito suspensivo não decorre, pois, da interposição do recurso: resulta da mera recorribilidade do ato. Significa que, havendo recurso previsto em lei, dotado de efeito suspensivo, para aquele tipo de ato judicial, esse, quando proferido, já é lançado aos autos com sua executoriedade adiada ou suspensa, perdurando essa suspensão até, pelo menos, o escoamento do prazo para interposição do recurso. Havendo recurso, a suspensividade é confirmada estendendo-se até seu julgamento pelo tribunal. Não sendo interposto o recurso, opera-se o trânsito em julgado, passando-se, então, o ato judicial a produzir efeitos e a conter executoriedade.

José Carlos Barbosa Moreira prefere a expressão "efeito impeditivo" por isso. Se expressa também nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 136):

[...] o efeito suspensivo, de que alguns recursos são dotados, consiste em impedir a pronta consumação dos efeitos de uma decisão interlocutória, sentença ou acórdão, até que seja julgado o recurso interposto. Este efeito não incide sobre a decisão judicial recorrida, como ato processual sujeito a ser cassado e eventualmente substituído por outro, mas propriamente sobre os efeitos que

eles se destinam a produzir. O recurso pode ter o efeito de obstar à eficácia natural de que os atos judiciais são, restando sua natural tendência a produzir no processo ou no mundo exterior os efeitos indicados na parte dispositiva.

1.2 LEVANTAMENTO DA JURISPRUDENCIA E CORRENTE DOUTRINÁRIA MAJORITÁRIA

No que se refere a esse regime quanto aos Embargos de Declaração, a doutrina se mostra divergente. Entretanto tende, majoritariamente, a creditarem a atribuição do efeito suspensivo do tipo *ope legis* a tal recurso.

Vale ressaltar que não há correlação aqui entre o efeito interruptivo do prazo recursal originário, nem há divergência quanto à atribuição do efeito devolutivo aos Embargos de Declaração.

Podemos extrair do entendimento de Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Junior que (2007, p. 914):

A regra, no direito processual civil brasileiro, é que os recursos sejam recebidos no efeito suspensivo: a eficácia da decisão embargada fica suspensa pela sua recorribilidade por EDcl, vale dizer, não se admite a execução da decisão que pode ser embargada pelo recurso de EDcl. Com muito maior razão, não se pode executar a decisão que foi efetivamente impugnada pelo recurso de EDcl.

O acompanham José Carlos Barbosa Moreira, Araken de Assis (2007, p. 242) e Humberto Teodoro Junior (2009, p. 624).

asseverando que o artigo 497 estabelece de forma expressa e taxativa as hipóteses em que a eficácia da decisão se aplica de forma imediata.

Seriam eles: recurso especial, recurso extraordinário e agravo de instrumento.

Portanto, a ausência da menção legal expressa no artigo em tela geraria a conclusão de que o recurso Embargos de Declaração seria dotado de efeito suspensivo, através da interpretação da técnica legislativa optada.

Viável então, a conclusão de que o regime em estudo se aplica de maneira não expressa pela doutrina majoritária, mas se apresenta.

Quando relacionado o efeito suspensivo da decisão ao recurso Embargos de Declaração, gravita em torno do conceito majoritário a ideia de sujeição do ato decisório gerar efeitos face a mera recorribilidade e não interposição ou julgamento, ou seja: o prolongamento da ineficácia da decisão já estudado.

Na jurisprudência se observa quem defenda atribuição do efeito suspensivo *ope legis*, como é o caso da decisão proferida pela Sétima Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO.

Os embargos de declaração obstam a produção de efeitos do julgado contra o qual são opostos, considerando que os recursos, em geral, são dotados de efeito devolutivo e suspensivo. Doutrina. Só após a prolação dos embargos de declaração opostos no feito onde litigam as partes, poderá a autoridade administrativa aplicar as sanções advindas do inadimplemento do contrato administrativo. Recurso provido. (AG

Desta maneira entende o professor e advogado Lucio Flávio Siqueira de Paiva em artigo de mesmo tema: “A corrente doutrinária majoritária que ora se examina defende, ainda que não de maneira explícita, que o recurso de embargos de declaração é dotado de efeito suspensivo do tipo *ope legis*.”

O que se pretende esclarecer é que a matéria abordada a respeito dos regimes do efeito suspensivo dos recursos não é muito analisada de forma a definir e sugerir a existência deles (*ope legis* e *ex iudicis*).

Entretanto, evidentes são as colocações do posicionamento majoritário quanto ao impedimento da execução da decisão no recurso de Embargos de Declaração.

Pela interpretação lógica, ao explicarem o teor de tal efeito, vê-se o regime a que defendem, seja pelas terminologias derivadas do verbo “impedir”, seja pela conclusão que muitos fazem através da omissão do recurso em questão no artigo 497 do Código de Processo Civil.

Os doutrinadores Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha confirmam a opção legislativa (2012, p.87): “No direito brasileiro, ainda vige a regra de que os recursos, ordinariamente, são dotados de efeito suspensivo. Assim, se o recurso não possuir este efeito, deverá constar expressamente do texto legal (art. 497 do CPC).”

Restando claro, a ideia de que acompanham o entendimento de que o efeito suspensivo dos Embargos de Declaração não se aplica com a interposição/oposição destes, mas face a mera recorribilidade.

Porém, vale salientar que a carência de uma análise mais profunda da existência e definição dos regimes em questão, demonstrada pela própria omissão ou abordagens superficiais quando encontradas, denotam certa fragilidade ao tema.

Fragilidade, pelo menos quanto a um posicionamento mais claro da doutrina quando relacionado o regime *ope legis* com o recurso Embargos de Declaração.

A ausência de uma menção expressa da existência/atribuição ou não desse regime ao recurso em tela, expõe certa superficialidade ao estudo deste importante tema.

Portanto, fica a conclusão de que a falta de uma análise mais acurada levaria o estudioso do Direito a pensar na aplicação genérica do efeito suspensivo aos embargos.

Contudo, as possibilidades consequenciais fáticas são inúmeras, sendo no mínimo imprudente tal aplicação, sem posicionamentos mais claros e detalhados.

Consequências estas, abordadas em capítulo próprio, visando esclarecer ou ao menos tomar um rumo mais detalhado fazendo jus à relevância do tema aqui abordado.

2. CONSEQUENCIAS DA APLICAÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO DE FORMA GENÉRICA

Dada a conclusão do posicionamento majoritário da doutrina quanto a modalidade *ope legis* do efeito suspensivo no recurso de Embargos de Declaração, mister se faz a análise das consequências práticas de sua aplicação.

A suspensão da efetividade ou o prolongamento da inefetividade de uma de uma decisão tem respaldo e justificativas lógicas, jurídicas e legislativas.

Assim, quando o legislador ao criar determinada lei que preveja situação em que cabe o protelamento da aplicação de determinada decisão, dado seu impacto no mundo exterior tamanho, que mais justa seria a opção de esgotar o lapso temporal do seu trânsito em julgado.

E quando se fala em “mais justa”, se quer dizer que o legislador, o aplicador e o intérprete do direito ponderaram ou devem ponderar o grau de imediatividade da aplicação de determinada sentença.

Tal ponderação vem ganhando evidência a medida que as decisões de pronta efetividade vêm tomando espaço no cenário jurídico brasileiro.

Assim Tereza Arruda Alvim Wambier salienta em seus ensinamentos (2007, p72-73):

Hoje, a situação é diferente. Além de os arts. 273 e 461 do CPC terem possibilitado a concessão de liminares no processo de conhecimento, ao art. 520 foram acrescentados os incisos VI (em 1996) e VII (em 2001). Além do mais, o art. 558, parágrafo único permite que o Judiciário retire o efeito suspensivo das apelações que o têm e atribua efeito suspensivo às apelações que não o têm. O fato é que hoje as partes, na verdade, podem manipular o sistema de efeitos dos recursos (o que fazem às vezes com base no art. 558, no art. 273 ou até interpondo medidas cautelares incidentais) de forma a que todas as decisões possam produzir efeitos imediatamente após proferidas ou, ao contrário, deixar de produzir efeitos quando,

normalmente a decisão os produziria. É de se levar em conta também que o tribunal pode, hoje, CONVERTER o agravo de instrumento em retido. Esta possibilidade também reflete na menor quantidade de situações em que hoje as decisões não produzem efeitos imediatos, pois só o agravo de instrumento é que pode ter efeito suspensivo, não o retido. Decisões submetidas à impugnação por meio de agravo retido produzem efeitos desde logo. O resultado é o de que na atual conjuntura a quantidade de decisões que podem produzir efeitos significativos para as partes imediatamente após terem sido proferidas é indiscutivelmente maior do que há 30 anos atrás.

É visível o aumento de situações práticas e inclusive, legalmente previstas, quando se analisa a crescente demanda de liminares.

Desta forma, imprescindível estudar a aplicação da modalidade *ope legis* de suspensão dos efeitos da decisão levando em consideração a atual conjuntura processual. E dentro desta análise, surgem críticas e consequências práticas preocupantes.

Decisões de aplicação imediata foram assim previstas, pois ao realizar a ponderação antes exposta, guiou-se o legislador a definição do “mais justo”. Então, a oposição de Embargos de Declaração a tais situações, na modalidade genérica, frustraria sua pronta aplicação.

2.1 ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NO AMBITO PRÁTICO JUNTO AS MÁCULAS SURGIDAS

A título de exemplo, ao se imaginar determinada decisão interlocutória ordenando certa obrigação de fazer, não teria ela

aplicação imediata pois, deveria se esperar o transcurso do prazo para a oposição/interposição dos Embargos de Declaração e se tempestivamente opostos/interpostos, esperar até a data de seu julgamento para ai então aplicar a decisão.

Outra infeliz situação seria derivada das hipóteses previstas no artigo 520 do Código de Processo Civil, em que o recurso de Apelação é recebido sem o efeito suspensivo, bastando que o apelado oponha/interponha o recurso em estudo tornando suspensa a decisão que deveria ser executada de imediato:

Autorizou o legislador e supressão de tal efeito no artigo em comento nas situações em que: homologar a divisão ou a demarcação, condenar à prestação de alimentos; decidir o processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem, confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Desta forma crítica Lúcio Flávio Siqueira Paiva (2012):

Imagine-se, por exemplo, que seja deferida uma antecipação de tutela, em caráter liminar, impondo ao réu o cumprimento de uma obrigação de abster-se de uma certa conduta (por exemplo, paralisação de uma atividade altamente poluidora), sob pena de multa. Por se tratar de uma decisão interlocutória, o recurso que teria o réu para reverter tal decisão seria o agravo de instrumento, o qual, como se sabe, é desprovido de efeito suspensivo imediato, podendo o relator a tal recurso atribuir efeito suspensivo, desde que presentes os requisitos autorizadores (art. 527, III, do CPC). A prevalecer o entendimento da doutrina majoritária, bastaria a esse réu opor o recurso de embargos de declaração para retirar da decisão sua eficácia imediata e com isso prosseguir em sua atividade poluidora, sem se preocupar com o pagamento da multa.

As hipóteses são inúmeras. Evidente é a problemática que a modalidade genérica (*ope legis*) acarreta ao sistema processual civil brasileiro.

Vislumbram-se hipóteses em que a parte sucumbente, por óbvio, se aproveitaria da viciosa situação criada, opondo/interpondo Embargos de Declaração visando prolongar o estado de ineficácia da decisão que o prejudicou, contrariando a lógica jurídica e a vontade do legislador: imediata execução.

Outra infeliz situação seria a de que o próprio beneficiado de determinada decisão de imediata eficácia ficaria lesado de sua pretensão caso quisesse utilizar dos aclaratórios para corrigir erro material ou esclarecer algo no *decisum* sem influenciar na ordem judicial, tornando, contra sua vontade, suspenso os efeitos.

Tais desmembramentos fáticos são explicados por Tereza Arruda Alvim Wambier (2007, p.80):

[...] é que, nas hipóteses legais de cabimento dos embargos de declaração, há uma suposição feita pelo legislador, no sentido de que a parte encontraria dificuldades para cumprir a decisão, justamente como decorrência da sua falta de clareza, de obscuridade ou das omissões. Portanto, haveria impossibilidade material quer para o cumprimento, quer para o uso do recurso próprio (já que não se sabe bem ainda do que se vai recorrer...). Mas se sabe que nem sempre isso ocorre. Há contradições em elementos acidentais da decisão que, em absoluto, impedem que a decisão possa ser cumprida. O mesmo se diga quanto às omissões e quanto à falta de clareza. Nem todos estes vícios atingem toda a decisão, prejudicando-a como um todo, e gerando a integral impossibilidade de esta ser cumprida e impugnada. Por outro lado, parece inseguro demais entender-se que os embargos de declaração terão efeito

suspensivo, farão cessar os efeitos da decisão que já estarão ocorrendo, como consequência da simples interposição, só quando a decisão for de tal modo defeituosa (com a sua lacuna, com a sua obscuridade ou com a contradição) que sua efetivação seja, de fato, impossível.

O que se extrai destes exemplos é que se criou uma situação em que um recurso de simples aperfeiçoamento de decisão judicial abrange mais que o recurso natural inerente a previsão legal de cunho reformatório/anulatório.

Vale ressaltar que tais situações ocorrem mesmo sem a oposição/interposição do recurso citado. Observa-se aqui o prolongamento de ineficácia sobre sua recorribilidade, que pode ainda se prolongar com a oposição/interposição e julgamento dos embargos, agravando ainda mais o estado de lesividade das partes envolvidas.

Diante do exposto, refletem Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p87):

O efeito suspensivo não decorre, pois, da interposição do recurso: resulta da mera recorribilidade do ato.¹⁶¹ Significa que, havendo recurso previsto em lei, dotado de efeito suspensivo, para aquele tipo de ato judicial, esse, quando proferido, já é lançado aos autos com sua executividade adiada ou suspensa, perdurando essa até, pelo menos, o escoamento do prazo para interposição do recurso. Havendo recurso, a suspensividade é confirmada, estendendo-se até seu julgamento pelo tribunal. Não sendo interposto o recurso, opera-se o trânsito em julgado, passando-se, então, o ato judicial a produzir efeitos e a conter executoriedade.

Logicamente toda esta proposição traz inúmeras máculas principiológicas contra a sistemática processual e o procedimento civil brasileiro.

Sendo que ao estudar o recurso Embargos de Declaração, conclui-se que, teoricamente, todo e qualquer ato judicial é embargável de declaração, inclusive até mesmo contra despachos (artigo 504 do Código de Processo Civil).

Em excelente menção a José Carlos Barbosa Moreira, Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha compartilham desse entendimento (2012, p87):

Na verdade, os embargos de declaração cabem de qualquer ato judicial, mesmo quando a lei o qualifique como irrecurável. No particular, cumpre ceder a palavra a José Carlos Barbosa Moreira, segundo quem: “Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.¹¹

Como se observa, são cabíveis os embargos declaratórios contra despacho.

Desta forma observa-se que, caso aplicado o que defende a doutrina majoritária, não existiria no Processo Civil pátrio decisão de aplicabilidade imediata, e de acordo com o professor Lúcio Flávio Siqueira de Paiva comprometendo de plano os princípios da Celeridade e Eficácia processual.

Assim, entende-se que seguir o entendimento majoritário, ainda que carente de maiores abordagens doutrinárias, se criaria um quadro caótico e não condizente com a realidade do tendente

crescimento de decisões judiciais exequíveis de plano e de garantir posição jurídica de vantagem a parte que obtiver decisão jurídica favorável.

Tal tendência é esclarecida por Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p.73):

Outra razão em virtude da qual este assunto é relevante é a tendência de se fixarem determinações sancionatórias nas próprias decisões, para a hipótese de serem elas descumpridas. A terceira e última das principais razões que transformaram este ponto em questão que reclama urgentemente solução é o aumento das decisões de caráter mandamental, que se transformaram em regra, como resultado do processo de conhecimento, para as hipóteses de obrigação de fazer, de não fazer e de entrega de coisa (art. 461 e art. 461^a).

Totalmente incompatível com o anseio jurídico de garantir maior nível de eficácia e satisfatividade obedecendo à segurança jurídica.

Não se pode configurar situações esdrúxulas em que a parte sucumbente evite de má-fé a execução de determinada decisão ou que a parte destinatária de decisão favorável se veja impedida de embargar de declaração tais decisões, visando evitar a situação antes exposta.

3 ATRIBUIÇÃO ESPECÍFICA DO EFEITO SUSPENSIVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Pela exposição introdutória do tema em estudo o efeito suspensivo foi dividido em dois regimes: *open legis* e *ex iudicis*.

Após a explanação do primeiro regime, mister se faz definir o regime *ex iudicis*.

Trata-se da aplicação inequívoca do termo “suspensivo”, pois aqui de fato, a executividade se aplica desde a prolação da decisão judicial, sendo obstada sua eficácia só após o julgamento do recurso (deferindo-o).

Desta forma, os efeitos de determinada decisão judicial se expressariam de maneira plena durante todo o lapso temporal referente a interposição, conhecimento e deferimento do recurso.

É o caso do recurso de Agravo de Instrumento em que pela redação do artigo 497 do Código de Processo Civil: “[...] a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta lei.” cumulada com o artigo em ressalva, garante a possibilidade de o agravante postular requerimento de suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara dada às hipóteses legais.

Assim, bem ressalta Tereza Arruda Alvim Wambier (2007, p.75):

Sabe-se que há recursos que podem ter um outro tipo de efeito suspensivo, que realmente faz cessar algo que esteja

ocorrendo no plano dos fatos. É o caso do agravo de instrumento. Imaginemos a hipótese comum de uma liminar antecipatória de tutela ser concedida a favor do autor e estar produzindo efeitos. O réu interpõe o recurso de agravo e pede que, desde logo, sejam suspensos os efeitos da decisão impugnada, até que o recurso seja julgado. Provido o recurso, confirma-se a ineficácia, pois se cassa a decisão. Improvido, volta a decisão a produzir efeitos. Este efeito suspensivo é substancialmente diferente do efeito suspensivo da apelação (efeito suspensivo “padrão”), pois decorre da interposição do recurso, somada a um pedido que o recorrente deve formular nesse sentido e realmente faz cessar a eficácia da decisão.

Trazendo tal conceito ao recurso Embargos de Declaração, logicamente seria após a publicação da decisão que o julgou é que se obstaria e efetividade da decisão embargada de declaração.

Revela-se um maior grau de prudência quanto à aplicação de tal regime no recurso em estudo, porém permeia ainda uma abstratividade inquietante quanto as mais diversas hipóteses e proposições fáticas.

Necessário se faz analisar o que exatamente a corrente minoritária diz respeito à aplicação do efeito suspensivo *ex iudicis* nos Embargos de Declaração.

3.1 ANÁLISE DA CORRENTE MINORITÁRIA

De tal monta que o entendimento minoritário explica que tal efeito seria tomado de “empréstimo” do recurso inerente e legalmente previsto a atacar a decisão judicial proferida.

Ou seja, na verdade a atribuição do efeito suspensivo não seria de fato em relação aos aclaratórios, mas sim ao recurso que teoricamente o sucederá.

Como bem nos explica os doutrinadores Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha, ao fazerem menção a Flávio Cheim Jorge (2012, p.201):

Parece mais correto, contudo, perfilhar o entendimento de FLÁVIO CHEIM JORGE, para quem os embargos de declaração devem seguir a regra do recurso que seria cabível da decisão embargada ou que seja interposto após seu julgamento. É que, pela sistemática do CPC/73, os atos judiciais são classificados para definir os recursos que poderão ser interpostos... Para cada um desses recursos, há disciplina própria, a estabelecer quais os efeitos que eles têm: há dentre eles, os que têm efeito suspensivo e os que não têm. Quanto aos embargos de declaração, são cabíveis contra *todo e qualquer* ato judicial, devendo, então seguir a regra do recurso cabível em espécie.

Apesar de ser considerado recurso pela nossa Lei Instrumental Civil, importante ressaltar que se trata de meio aplicável, em regra geral, ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sendo esta sua finalidade precípua.

Assim, conforme o mencionado, sua finalidade acopla ao recurso caráter peculiar quando comparado aos demais elencados no artigo 496 do CPC.

Como bem orienta, novamente fazendo menção ao exímio mestre Flávio Cheim Jorge, a doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier explana (2007, p.82):

Flávio Cheim Jorge, em excelente obra¹⁰, sublinha que, embora os embargos de declaração devam ser considerados um recurso, já que como tais foram incluídos no rol do art. 496 do Código de Processo Civil que permitem o reexame da matéria impugnada pelo Poder Judiciário, são remédio voluntário, impedem a coisa julgada etc, devem também ser vistos como um recurso peculiar, já que não visam a anular ou reformar a decisão recorrida.

Evidente, pois, que o entendimento acima analisado, ser mais palpável (a título de análise da atribuição do efeito suspensivo no recurso em foco). Ainda restam algumas situações em que mesmo quando o recurso sucessor não for dotado de tal efeito, seria possível aplicá-lo aos aclaratórios.

Como no caso do vício encontrado ser tão contundente, capaz este de gerar o efeito infringente dos embargos, ou seja: sua modificação total.

Assim entende Lúcio Flávio Siqueira de Paiva (2012): “[...] quando o vício apontado nos embargos de declaração seja tal que possa acarretar a integral modificação do julgado recorrido (efeitos infringentes dos embargos de declaração). Essa opinião foi também manifestada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER em excelente artigo doutrinário que cuidou desse mesmo tema^[8].”

No artigo mencionado Tereza Arruda Alvim Wambier reforça (2007, p.80):

O que está por detrás da afirmação feita quase que invariavelmente pelos autores, no sentido de que os embargos têm efeito suspensivo, é que, nas hipóteses legais de cabimento dos embargos de declaração, há uma suposição feita pelo legislador, no

sentido de que a parte encontraria dificuldades para cumprir a decisão, justamente como decorrência da sua falta de clareza, de obscuridade ou das omissões. Portanto, haveria impossibilidade material quer para o cumprimento, quer para o uso do recurso próprio (já que não se sabe bem ainda do que se vai recorrer...) [...] Por outro lado, parece inseguro demais entender-se que os embargos de declaração terão efeito suspensivo, farão cessar os efeitos da decisão que já estarão ocorrendo, como consequência da simples interposição, só quando a decisão for de tal modo defeituosa (com a sua lacuna, com a sua obscuridade ou com a contradição) que sua efetivação seja, de fato, impossível.

Ora, se extrai dos entendimentos acima que existem possibilidades da aplicação do efeito suspensivo independente da análise do recurso ulterior como forma de proteção ao sucumbente da decisão impossível de ser cumprida.

Considerando a complexidade intrínseca do quadro exposto, mesmo sob a ótica individualizada do regime *ex iudicis*. Ainda pairam situações que denotam certa insegurança ao instituto, limitado unicamente pela criatividade humana e infinitas possibilidades práticas.

Dada tal insegurança, Tereza Arruda Alvim Wambier acrescenta novo requisito para garantir a segurança jurídica das partes e a efetividade processual (2007, p.81):

Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração devem decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja

cumprida ou na probabilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Na verdade, a interposição dos embargos não altera a situação criada pelo recurso principal, que é cabível no caso concreto.

Assim, além dos requisitos: “impossibilidade real de que a decisão seja cumprida” e “probabilidade de integral alteração da decisão em virtude de acolhimento dos embargos”, Tereza Arruda Alvim Wambier acrescenta a necessidade de o autor do recurso postular pedido expresso de suspensão dos efeitos de decisão impugnada.

Desta forma, parece ser o entendimento da doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier, a peça de encaixe a garantir o maior nível de segurança jurídica no que diz respeito a formulação de pedido expresso nos casos em que o recurso sucessor dos embargos não ser dotado de efeito suspensivo.

Portanto, evidente que o regime acertado para a questão em estudo seria o *ex iudicis* com os Embargos de Declaração acompanhando o efeito suspensivo ou a ausência deste no recurso cabível em espécie

Conclui-se então que as dúvidas oriundas da relação entre a executividade da decisão judicial e o efeito suspensivo dos aclaratórios, se sanam pela soma do entendimento da corrente minoritária quanto ao regime, o empréstimo de tal efeito do recurso inerente sucessor, não limitando e facultando, nos casos explanados, ao autor da impugnação recursal possa formular pedido expresso de suspensão dos efeitos da decisão atacada

3.2 ANÁLISE FINALÍSTICA NA ATRIBUIÇÃO DO EFEITO EM ESTUDO

Uma vez esclarecido a melhor forma de proceder quanto a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de Embargos de Declaração, cabe uma última análise ao tema: a finalística.

Com todo o tema apresentado imergido na atual conjuntura processual brasileira, evidente a finalidade de tal estudo: a efetividade e celeridade das decisões quando caracterizadas pela urgência.

Urgência esta, oriunda de situações fáticas cada vez mais corriqueiras e ávidas por uma prestação jurisdicional célere, eficaz e segura.

Como bem explica Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p.81):

A razão em virtude da qual nos parece que se deve entender que de regra os embargos de declaração não têm efeito suspensivo está ligada à urgência que, de regra, as decisões submetidas a recurso sem efeito suspensivo supõem. Ou seja, por detrás das sentenças que estão sujeitas a apelação sem efeito suspensivo e das liminares, que são, por assim dizer, as interlocutórias mais relevantes, há urgência.

Com brilhante ensinamento, se extrai que a urgência é a diretriz que permeia tais situações em que a lesão de direito prima pela prestação jurisdicional célere, eficaz e segura, ou seja: justa em todos seus fundamentos.

Observa-se a evolução do conceito de justiça, sendo o enfoque não mais apenas a decisão mais justa, mas também na sua

aplicação, o modo como se dá na forma menos lesiva ao indivíduo social.

Assim conclui-se que o agudo crescimento (antes demonstrado) das situações legalmente previstas em que a executividade das decisões judiciais se efetiva de imediato, dados anseios dessa sociedade que cresce, se informatiza e evolui; fortalecem-se as críticas e pressões da população a não só obter uma sentença favorável, mas exequível de plano.

CONCLUSÃO

Pelo estudo do tema aqui abordado: o efeito suspensivo nos Embargos de Declaração; foi possível não só desenvolver um arcabouço teórico referente a matéria em questão. Mas toda uma crítica quanto ao sistema processual civil aplicado a atual conjuntura da sociedade brasileira.

Esclareceu-se as dúvidas pertinentes a aplicação prática de uma das modalidades de impugnação das decisões mais utilizadas em qualquer instancia do poder judiciário do país.

Através da proposição do deslinde histórico foi exposto a evolução e o crescimento das decisões cuja executividade se dá de forma imediata, demonstrando a relevância que o tema vem ganhando e a necessidade do aprofundamento e modificações quanto ao entendimento majoritário.

Com a explanação conceitual, foi garantido embasamento sólido para daí partir para os apontamentos quanto aos possíveis vícios e máculas em que a aplicação do instituto estudado implicaria

Buscou-se associar o maior número possível de situações de direito e fáticas ao tema, de modo que o leitor fosse imaginando e assimilando de maneira didática.

Assim, primou-se pelo aprofundamento na análise principiológica e finalista das consequências apresentadas quando variavam os regimes e entendimentos doutrinários a respeito do assunto em foco.

REFERÊNCIAS:

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol.3 Salvador: JusPodivm, 2012;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Embargos de declaração e efeito suspensivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22373>>. Acesso em: 19 set. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DESAFIOS LEGAIS E ÉTICOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO DIGITAL: CASOS PRÁTICOS DE UTILIZAÇÃO DE IA NA GESTÃO PÚBLICA

LEGAL AND ETHICAL CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN DIGITAL LAW: PRACTICAL CASES OF USE OF AI IN PUBLIC MANAGEMENT

MACHIDOVEL TRIGUEIRO FILHO²⁴

RESUMO

O artigo examina os desafios legais, éticos e práticos decorrentes da utilização de inteligência artificial (IA) na gestão pública, inserindo tais reflexões no âmbito do direito digital. Discute questões como privacidade e proteção de dados, responsabilidade civil, viés algorítmico e os riscos de perpetuação de discriminações históricas pelos sistemas de IA. Analisa experiências internacionais em saúde, segurança pública, educação e gestão administrativa, destacando tanto os benefícios quanto os riscos sociais e jurídicos. Propõe como caminhos a regulação baseada em riscos, a governança algorítmica participativa, a explicabilidade dos sistemas e a inclusão digital como formas de garantir que a IA seja instrumento de promoção de direitos fundamentais, dignidade humana e justiça social, em vez de reforçar desigualdades.

²⁴ Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós-Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em Stanford/EUA. Foi eleito o “Empreendedor Digital do Ano no Brasil” pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Direito digital; Gestão pública; Ética algorítmica; Regulação.

Abstract

The article examines the legal, ethical, and practical challenges arising from the use of artificial intelligence (AI) in public administration, placing these reflections within the scope of digital law. It discusses issues such as privacy and data protection, civil liability, algorithmic bias, and the risks of perpetuating historical discrimination through AI systems. The paper analyzes international experiences in healthcare, public security, education, and administrative management, highlighting both benefits and social and legal risks. It proposes risk-based regulation, participatory algorithmic governance, system explainability, and digital inclusion as pathways to ensure that AI becomes an instrument for promoting fundamental rights, human dignity, and social justice, rather than reinforcing inequalities.

Keywords: Artificial intelligence; Digital law; Public administration; Algorithmic ethics; Regulation.

Introdução

O presente artigo é resultado de pesquisa desenvolvida durante o estágio de pós-doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob a supervisão da Professora Dra. Adriana Benevides Soares, vinculada ao Laboratório de Relações Interpessoais e Contextos Educativos desta instituição. Este estágio integrou o projeto “Como vivenciar situações interpessoais de forma adaptativa na Universidade: fatores de risco e proteção à saúde mental do estudante universitário”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio de bolsa de produtividade em pesquisa.

A reflexão proposta adentra os meandros dos desafios éticos, legais e práticos que emergem do uso de sistemas de inteligência artificial (IA) no setor público, buscando situar tais questões no âmbito do direito digital. A construção de um ambiente tecnológico que respeite a dignidade humana exige, antes de tudo, um olhar atento à complexidade das interações sociais mediadas por algoritmos, reconhecendo que cada linha de código carrega escolhas morais, técnicas e políticas que precisam ser debatidas pela sociedade.

1. DESAFIOS LEGAIS E ÉTICOS DA IA NO DIREITO DIGITAL

A inteligência artificial, em sua rápida expansão, redefine paradigmas tradicionais do direito e das ciências sociais. Se, por um lado, traz promessas de automação inteligente, redução de custos e otimização de serviços, por outro lado, impõe dilemas que desafiam a estrutura normativa vigente.

Um dos primeiros grandes desafios éticos diz respeito à privacidade. A economia de dados, base para os algoritmos de IA, coloca em risco direitos fundamentais, exigindo do direito digital instrumentos de proteção, como previsto na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Contudo, a simples positivação de princípios não garante a sua eficácia social. É necessário que se construa uma cultura de proteção de dados em todas as esferas do poder público, incluindo formação ética de desenvolvedores, juristas e gestores públicos.

Outro ponto nevrálgico é a responsabilidade civil. A quem atribuir culpa ou responsabilidade quando um sistema de IA gera danos? A literatura aponta para soluções como a responsabilidade objetiva ou modelos de seguro obrigatório. No entanto, a responsabilização transcende a mera previsão legal, pois envolve discussões sobre deveres de cautela, precaução tecnológica, dever

de informação ao usuário e análises do risco social aceitável (Pasquale, 2020).

A questão do viés algorítmico também se impõe como um desafio crítico. Estudos internacionais demonstram que sistemas de reconhecimento facial apresentam maior taxa de erro para pessoas negras e mulheres (Silva et al., 2021), enquanto algoritmos de decisão judicial ou análise de crédito podem perpetuar discriminações históricas (O'Neil, 2016). Isso ocorre porque dados históricos carregam preconceitos estruturais da sociedade, que, se não identificados e mitigados, são amplificados pela IA, produzindo injustiças silenciosas sob a aparência de neutralidade tecnológica.

Tais constatações demandam regulação robusta e flexível. A União Europeia, por exemplo, propõe o Regulamento Europeu de Inteligência Artificial, que classifica sistemas de IA em categorias de risco (inaceitável, alto, limitado ou mínimo), estabelecendo obrigações proporcionais a cada tipo de risco (European Commission, 2019). No Brasil, as discussões legislativas ainda estão em fase inicial, carecendo de maior articulação entre comunidades jurídicas, técnicas e a sociedade civil.

2. CASOS PRÁTICOS DE UTILIZAÇÃO DE IA NA GESTÃO PÚBLICA

A experiência internacional revela exemplos inspiradores, mas que também ensejam cautela.

Na Finlândia, algoritmos de aprendizado de máquina analisam dados epidemiológicos para prever surtos de doenças, permitindo antecipação de campanhas de vacinação e gestão de recursos hospitalares.

Na Estônia, considerada líder em governo digital, a IA é utilizada em câmeras inteligentes para detectar comportamentos

suspeitos e prevenir crimes, mas levanta questões sobre vigilância estatal e privacidade.

No Canadá, plataformas educacionais personalizadas com IA ajustam conteúdos ao ritmo de aprendizado de cada estudante, promovendo inclusão educacional.

Em Cingapura, chatbots governamentais reduziram em 30% os gastos com call centers. Em Nova York, sistemas de IA para gestão de tráfego diminuíram em 15% o tempo médio de deslocamentos. Em Seul, o reconhecimento facial agilizou o acesso de idosos a programas sociais, diminuindo filas e garantindo atendimento digno.

Essas experiências demonstram o potencial da IA para otimizar processos, reduzir custos e ampliar o acesso a direitos. Contudo, exigem planejamento estratégico, capacitação técnica, gestão adequada de dados, regulamentação clara e avaliação constante dos impactos sociais e éticos.

3. REFLEXÕES CRÍTICAS E CAMINHOS POSSÍVEIS

Esses exemplos demonstram que tecnologia não é neutra. Cada escolha de arquitetura algorítmica impacta pessoas reais, grupos sociais e estruturas de poder.

É necessário fortalecer a governança algorítmica participativa, incluindo audiências públicas, consultas à sociedade civil, auditorias independentes e mecanismos de accountability. A explicabilidade dos algoritmos é essencial para garantir o devido processo legal e a confiança institucional.

Além disso, políticas de inclusão digital e letramento tecnológico devem caminhar junto com a implementação de IA, para evitar o aprofundamento da desigualdade. A ética da IA não pode ser reduzida a boas intenções corporativas, devendo se ancorar em

direitos fundamentais e no princípio da dignidade humana (Floridi, 2022).

CONCLUSÃO

O estudo dos desafios legais e éticos da inteligência artificial no direito digital revela a necessidade de um novo paradigma jurídico-tecnológico, que reconheça a complexidade dos algoritmos como sistemas sociotécnicos, indissociáveis das relações humanas e das estruturas de poder.

A construção de marcos regulatórios adequados deve ser acompanhada de políticas públicas inclusivas, formação multidisciplinar de profissionais e participação cidadã, para que a IA seja instrumento de democratização de direitos e promoção da justiça social.

Afinal, como sociedade, devemos decidir que futuro queremos construir: um futuro em que algoritmos reproduzem desigualdades ou um futuro em que a tecnologia seja ponte para a dignidade humana e a inclusão.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOSTROM, Nick. Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- DOMINGOS, Pedro. *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*. New York: Basic Books, 2015.
- EUBANKS, Virginia. *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. New York: St. Martin's Press, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. Brussels, 2019.
- FLORIDI, Luciano. *The Ethics of Artificial Intelligence*. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep Learning*. Cambridge: MIT Press, 2016.
- JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. The global landscape of AI ethics guidelines. *Nature Machine Intelligence*, v. 1, p. 389–399, 2019.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown, 2016.
- PASQUALE, Frank. *New Laws of Robotics: Defending Human Expertise in the Age of AI*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 4. ed. Boston: Pearson, 2020.
- SILVA, Juliana; NASCIMENTO, Lucas; GOMES, Rafael. Reconhecimento facial, segurança pública e racismo algorítmico no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 15, n. 2, p. 70-90, 2021.

UNESCO. Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. Paris: UNESCO Publishing, 2021.

VINUESA, Ricardo et al. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. Nature Communications, v. 11, n. 233, 2020.