

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 387.

(ano VII)

(04/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



04/07/2015 Luiz Flávio Gomes

» [A explosão carcerária é uma tragédia anunciada \(agora mais de 600 mil presos\)](#)

ARTIGOS

04/07/2015 Letícia Figueiredo de Lima

» [A possibilidade de terceirização e quarteirização dos serviços públicos](#)

04/07/2015 Juliana de Cássia Bento Borba

» [Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a internalização no ordenamento jurídico pátrio frente e a Emenda Constitucional Nº 45/04](#)

04/07/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O Ministro Luiz Fux nega recurso do Procurador-Geral da República contra a decisão que anulou o processo da operação Satiagraha](#)

04/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos à Declaração Universal dos Direitos da Água: Considerações Contemporâneas ao Reconhecimento da Água Potável como Direito Humano](#)

MONOGRAFIA

04/07/2015 Ancylla Marques Gonçalves

» [Inelegibilidade de candidatos com processo criminal](#)

A EXPLOSÃO CARCERÁRIA É UMA TRAGÉDIA ANUNCIADA (AGORA MAIS DE 600 MIL PRESOS)

LUIZ FLÁVIO GOMES: Jurista e professor. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil e coeditor do atualidadesdodireito.com.br. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Prendemos mal (muita gente não violenta – 50% dos presos) e muito, quando nos comparamos com outros países (estamos com 300 presos para cada 100 mil pessoas, contra a média de 100 na Europa, por exemplo). De 2008 a 2014 os EUA **diminuíram** sua população carcerária em 8%, China em 9% e Rússia em 24%. Holanda e Noruega estão fechando presídios (quem cuida bem das escolas não precisa de tantos presídios). O Brasil, ao contrário, **cresceu** 33%. A população brasileira aumentou no período 16% (taxa de 1,1% ao ano). Em 2002 teremos 1 milhão de presos; em 2075 1 em cada 10 brasileiros estará na cadeia (neste item o filme Tropa de Elite não estava equivocado).

A criminalidade no Brasil sobe tanto quanto, no momento, as taxas de juros e a inflação. Mas **nem todos os crimes justificam o encarceramento**. Fazemos pouco uso das **penas alternativas**. Com a cabeça de guerra queremos dizimar todos os “inimigos sociais”. Dentro das cadeias e presídios brasileiros são assassinadas 67 pessoas para cada 100 mil detentos (por ano); fora dos presídios a taxa é de 29/100 mil (Ilimar Franco, *O Globo* 24/6/15).

Colocar alguém na universidade do crime deveria ser coisa como último remédio. Mas não é assim que raciocinamos. Gastamos de 2 a 3

mil com cada preso, mensalmente. Pior: a **criminalidade não está diminuindo** (ao contrário, só tem **aumentado** – em 1980 contávamos com 11 assassinatos para 100 mil pessoas; hoje já pulamos para 29). Relatório divulgado em 23/5/15 pelo Departamento Penitenciário Nacional informou que a população carcerária chegou a **607.731 presos em junho de 2014**, ou seja, 299,7 presos para cada 100 mil habitantes.

Em **1990**, o Brasil custodiava em suas prisões **90 mil presos**, o que significa que desde então houve um **crescimento de 575%** nesse número. Em 2000 tínhamos 232.755 presos. Daí para c  o crescimento foi de 161%. O Brasil **  o 4  do mundo** em população prisional (atrás de EUA, China e Rússia). Se computarmos os presos domiciliares, somos o 3  do planeta (com mais de 715 mil presos).

Evolução da População Carcerária



Fonte: DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional
*Até agosto de 2014

Nosso **desempenho educacional**, em contrapartida,   **ridículo**, quando cotejado com o aumento da população carcerária. Em 1990, nossa

média de escolaridade era de 3,8 anos (nem metade dos 7,2 anos de 2012). Nesse item **não crescemos nem 100%**. Tudo fica muito pior quando enfocamos a qualidade do ensino (na “Pátria Educadora”): o Brasil está entre as últimas posições no exame Pisa, prova internacional feita pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 62 países. No quesito leitura, a posição brasileira é a 49ª, mesmo lugar ocupado na prova de Ciências. Em matemática, o Brasil está em 53º lugar.

País que não tem significativa e contínua melhora na educação (nem quantitativa nem qualitativa) é o que manda seus jovens para o **cemitério** ou para a **prisão**. Assim é o Brasil. Que melhorou muito nos últimos 50 anos (Arretche, Marta, diretora: *Trajatória das desigualdades*), mas continua com números ridículos, em termos internacionais.

Dos 607 mil presos cerca de 580 mil estão no Sistema Penitenciário, 28 mil nas carceragens de delegacias e nas Secretarias de Segurança e 358 estão no Sistema Penitenciário Federal. São 376.669 vagas e um déficit de 231.062 vagas, ou seja, uma taxa de ocupação de 161% (quase duas pessoas para cada vaga). Em termos proporcionais, o Brasil – com 300 presos para cada 100 mil pessoas – é o quarto do mundo, atrás dos EUA (698 presos por 100 mil habitantes), da Rússia (468 mil presos por 100 mil habitantes) e da Tailândia (457). Quem não investe pesadamente em educação acaba gastando seus escassos recursos com prisão.

O Brasil fecha escolas para construir estabelecimentos penais. Isso tudo vai se agravar em pouco tempo (com as mudanças legislativas em curso, que vão mandar mais 30 ou 40 jovens para a prisão – muitos não

violentos). Há muita gente lutando para construir um Brasil melhor. Mas também há um bocado de destruidores (o paraíso maravilhoso descoberto pelos primeiros exterminadores e extrativistas – colonialismo português – pode virar pó se esses destruidores não forem contidos a tempo).

*Colaborou Flávia Mestriner Botelho, socióloga e pesquisadora do Instituto Avante Brasil.

A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

LETÍCIA FIGUEIREDO DE LIMA: Analista de Direito do Ministério Público de Minas Gerais; Pós-graduada em Direito de Família pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente artigo visa tecer algumas considerações sobre a possibilidade de terceirizar e de quarteirizar a prestação dos serviços públicos. Entende-se doutrinariamente por serviços públicos as atividades públicas administrativas de satisfação concreta das necessidades da sociedade. Contudo, verifica-se que a terceirização e quarteirização somente poderão alcançar àquelas atividades que não estão atreladas a finalidade precípua da Administração Pública, as chamadas atividades-meio. Por conseguinte, não é estabelecida relação jurídica entre a Administração Pública e os “terceirizados” ou “quarteirizados”, mas sim com as empresas administradoras e gerenciadoras, porém sua responsabilidade será subsidiária nas hipóteses de descumprimento das obrigações trabalhistas.

Palavras-chave: Serviços Públicos, Terceirização, Quarteirização, Atividades-meio, Responsabilidade Subsidiária.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade precípua a análise do conceito de serviços públicos a fim de verificar a possibilidade da Administração Pública de terceirizá-los e quarteirizá-los.

Nessa perspectiva, aborda-se a princípio breves apontamentos acerca dos serviços públicos e seu enquadramento como atividades-meio ou atividades-fim do ente público.

A posteriori, a reflexão em tela foi alinhavada com importantes considerações acerca do crescente fenômeno da terceirização e quarteirização dos serviços públicos, esclarecendo-se a viabilidade, a licitude, a economia para os cofres públicos, a realização dos trabalhos por pessoal especializado e a responsabilidade trabalhista da Administração Pública.

1 – DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços Públicos consistem em todas as atividades destinadas ao oferecimento de utilidade e de comodidade para satisfazer às necessidades da sociedade e que são assumidas pelo Estado com um de seus deveres, sendo prestados pela própria Administração Pública ou por quem lhe faça às vezes.

Destaca-se com grande brilhantismo os ensinamentos do doutrinador Marçal Justen Filho^[1]:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais e imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos de livre iniciativa privada, destinada a pessoas

indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Na mesma linha de raciocínio esclarece Rafael Carvalho Resende de Oliveira em sua obra *Licitações e Contratos Administrativos*^[2]:

Os serviços englobam todas as atividades destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais (art.6º, II, da Lei 8.666/1993).

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello^[3] acrescenta que:

O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem assento constitucional especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento de cobrança de uma relevante variedade de taxas.

1.2 DA INSUSCETIBILIDADE DE SATISFAÇÃO PELA LIVRE INICIATIVA

Dentre todos os atributos do conceito de serviços públicos esse é o mais relevante para a presente pesquisa e, por esta razão, serão delineadas algumas ponderações.

Como foi visto no tópico acima para uma atividade ser considerada serviço público ela precisa ser direcionada a garantia dos direitos fundamentais à sociedade e que a iniciativa privada seja inoperante quanto à satisfação de suas necessidades correspondentes. Por exemplo, tem-se que o fornecimento de alimentos está intimamente relacionado ao atendimento das garantias previstas na Constituição Federal, contudo pode ser plenamente realizado pela atividade econômica privada.

Assim, é possível coexistir atividades com mesmo objeto e desempenhadas por entes públicos e pela iniciativa privada uma vez que a Constituição assegura a exploração econômica dos serviços de saúde, previdência e educação.

Por último, importa frisar a importante orientação tecida por Marçal Justen Filho^[4]:

É um equívoco insuperável supor que toda e qualquer atividade, simplesmente porque direta e imediatamente necessária à satisfação de um direito fundamental, seja automaticamente um serviço público.

2 – DA POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Após o panorâmico estudo sobre o conceito jurídico de serviços públicos chega-se a temática central deste artigo que consiste na possibilidade de terceirização e quarteirização das atividades públicas administrativas de satisfação das necessidades sociais.

2.1 DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização refere-se à contratação de empresa privada para prestação de serviços para Administração Pública, estando respaldado no âmbito federal no art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967 que dispõe:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições. § 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

Observa-se, pois, que a terceirização alcança os serviços públicos instrumentais e visa a sua prestação de forma efetiva através de empresa privada especializada para que a Administração Pública possa se ater especificadamente à sua precípua finalidade, ou seja, à sua atividade-fim.

Explica Marçal Justen Filho^[5]:

A terceirização envolve uma modalidade de execução indireta do objeto necessário visando à satisfação de necessidades administrativas. Quando o Estado delibera valer-se da atuação de terceiros

para o cumprimento de suas atividades – hipótese que se figura como execução indireta -, pode-se aludir a uma prática de terceirização no âmbito da atividade administrativa.

O exemplo mais conhecido de terceirização de atividade administrativa envolve os serviços de vigilância e limpeza, os quais passaram a ser atribuídos ao desempenho por empresas privadas.

Nesse ínterim, a terceirização sob a forma de fornecimento de serviços foi regulamentada pela Súmula nº. 331 do TST que teve por finalidade inviabilizar o reconhecimento do vínculo empregatício entre a Administração Pública e os prestadores de serviços não concursados.

Assim, a Justiça do Trabalho consolidou o entendimento de que admite-se a terceirização apenas das atividades-meio da Administração.

Além disso, a licitude da contratação do serviço, por meio de empresa particular, ainda estará condicionada à inexistência de categoria funcional pública. Explica-se, os serviços prestados por empresa particular não podem estar ligados às funções já contempladas no plano de cargos do órgão ou entidade.

Lado outro, os serviços considerados típicos da administração pública e inseridos no plano de cargos da entidade não podem ser terceirizados, salvo expressa disposição em contrário ou quando se tratar de cargos extintos.

Nas sábias palavras de Rafael Oliveira^[6]:

O referido Enunciado demonstra a importância da inexistência da pessoalidade e da subordinação para legitimidade da terceirização. Somente será considerada lícita a terceirização que tem por objetivo a prestação de serviços, sendo vedada a terceirização para erro fornecimento de mão de obra, hipótese em que, caracterizadas a pessoalidade e subordinação do vínculo, a Administração deverá contratar pessoal por meio de concurso público.

Nesse sentido destaca Maria Silva Zanella Di Pietro^[7]:

O TCU consolidou entendimento no sentido de que a “prestação de serviços terceirizados não deve criar para a Administração contratante qualquer tipo de vínculo com s empregados da contratada que caracteriza, entre outros, subordinação direta, habitualidade ou pessoalidade.

Ademais, a contratação de serviços que compõem o plano de cargos de um ente público desestrutura as carreiras públicas, implicando em ofensa ao preceito constitucional previsto no artigo 37, inciso II.

O doutrinador Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves^[8], em sua obra Improbidade Administrativa, pontua que:

A terceirização sob a forma de fornecimento de serviço, como resulta dos claros termos do Enunciado nº 331, do TST, somente é admitida em

se tratando de atividade-meio da administração (v.g.: limpeza, vigilância etc). A licitude da contratação do serviço, por meio de empresa particular, ainda estará condicionada à inexistência de categoria funcional própria, no âmbito do respectivo ente, que seja incumbida de função idêntica àquela objeto da contratação. Não fosse assim, seriam desrespeitados os princípios constitucionais da igualdade e suas variantes específicas: do livre acesso aos cargos públicos e do concurso público.

(...)

Como desdobramento do que foi dito, é possível afirmar que a celebração de contratos de fornecimento de serviço, em estando correlacionados à atividade-fim da administração ou, ainda que sejam pertinentes à atividade-meio, mas que digam respeito a funções já contempladas no plano de cargos do órgão ou entidade, não estará em harmonia com a Constituição. (grifo e negrito nosso).

Na mesma linha de raciocínio é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, vejamos:

O processo de terceirização na Administração Pública Federal é, por certo, uma opção

discricionária de política de governo. Porém, tal política encontra limites estabelecidos, inteligentemente, no mencionado decreto (Decreto 2.271/1997), com o objetivo de que, neste caso, não se desvirtue o Estado de suas funções primárias.”(Acórdão 2681/2011, Plenário, re. Min. José Monteiro, j. 05.10.2011, DOU 05.10.2011)

Como bem ponderou a Unidade Técnica, a terceirização no serviço público não é condenável, exceto quando implica a contratação de trabalhadores para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais da entidade.(Acórdão 1.426/2009, Plenário, re. Min Benjamin Zymler, j. 01/07/2009)

Nos termos do art. 37, inciso II, da CF/88, o procedimento é inconstitucional, pois estaria a burlar a exigência do concurso público. A estatal viola o mandamento constitucional do concurso público sempre que contrata sistematicamente terceiros para realizar e complementar atividades inerentes ao seu plexo de atribuições legais, que deveriam ser por ela diretamente executadas. (...) Assim, deverá o SERPRO abster-se de terceirizar serviços típicos de sua área-fim e não prorrogar os contratos em vigor até que esgotadas as medidas

necessárias para a regularização do quadro de pessoal. (Acórdão 341/2009, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 04.03.2009, DOU 09.03.2009).

Verifica-se, pois, que a Administração Pública não pode terceirizar serviços inerentes a sua finalidade, que são aqueles essenciais, perenes e intimamente ligados à atividade-fim do ente público, ainda que por meio de licitação.

Esclarece-se, ainda, que a terceirização não pode ter por objeto serviços que integram as funções dos cargos ou empregos do ente público, sob pena de ilicitude:

Acerca da terceirização, o Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que somente é possível a contratação de empresa para prestação de serviços a entidades e órgãos da Administração Pública se esses serviços não estiverem incluídos entre aqueles especificados como atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade-fim do órgão ou entidade administrativa contratante. Essa regra, no entanto, tem sido mitigada pelo próprio TCU, em face de situações especiais devidamente justificadas. O objetivo principal é evitar que seja burlada a regra da obrigatoriedade da realização de concurso público

para a investidura em cargos e empregos públicos (CF, art. 37, II).

Nesse sentido, constatando-se que os serviços a ser terceirizados correspondem a tarefas permanentes, contínuas, inerentes e indispensáveis à atividade-fim da Administração, ainda que seja realizada licitação, a contratação é tida por ilegal, importando violação do dever de realizar concurso público.^[9]

Importa frisar que a terceirização ilícita concede direito ao trabalhador de receber as mesmas verbas pagas aos servidores que atuam na função pública. Nesse sentido é a jurisprudência trabalhista:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções.

Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974. (OJ 383 SDI1 TST)

O STF estabeleceu no julgamento da ADC 16/DF que quando a empresa terceirizada não satisfazer as verbas trabalhistas devidas, poderá haver responsabilização da Administração Pública mediante comprovação de sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato:

Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

2.2 – DA QUARTEIRIZAÇÃO

A doutrina vem denominando de quarteirização a contratação de empresa especializada com incumbência de gerenciar o fornecimento

de serviços por empresas terceirizadas. Em outras palavras, consiste na delegação da atividade de gerenciamento dos contratos de terceirização das atividades-meio da Administração Pública.

Rafael de Oliveira^[10] destaca:

Ao lado da terceirização, largamente difundida na realidade brasileira é possível verificar, no âmbito da Administração Pública, a denominada “quarteirização”.

Nesse contexto, o doutrinador José Torres^[11] tece importante esclarecimento:

(...) a quarteirização é o estágio seguinte à terceirização, consistindo na contratação, pela Administração, de um terceiro privado, especializado em gerenciar pessoas físicas ou jurídicas, os quarteirizados, que o terceiro contratará para a execução de determinados serviços ou o fornecimento de certos bens necessários ao serviço público.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entende ser válida a quarteirização dos serviços públicos desde que observadas algumas condições. Nesse sentido, é mister citar o trecho do voto do Min. Benjamin Zymler:

23. O novo modelo adotado é uma tentativa de solucionar tais dificuldades. Além das prováveis reduções de custos dos serviços - já obtidas em

contratos de fornecimentos de outros tipos de produtos onde foi adotada a sistemática inovadora, conforme apontado nos autos - haverá redução de custos administrativos do DPF com controle da manutenção dos veículos, além de implementação de avanços gerenciais que favorecerão uma melhor gestão da frota, com reflexos positivos sobre as ações policiais.

24. Além disso, estaria sendo resolvido o problema do freqüente e inadequado uso de suprimentos de fundos que tem caracterizado o atual modelo.

25. Com tais mudanças, estaria atendido, assim, também o princípio da eficiência.

26. **Registro, ainda, que o modelo em discussão assemelha-se à chamada quarteirização, procedimento em que a gestão de um serviço já terceirizado** - no caso concreto, a manutenção de veículos - é entregue a uma quarta entidade incumbida de gerenciar a atuação dos terceirizados - na situação em foco, o administrador da manutenção.

27. **Trata-se de uma prática bastante disseminada no mercado privado, cuja adoção no âmbito da administração é salutar, pois demonstra**

empenho em modernizar métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos.

28. Assim, por se tratar de inovação, que, em tese, está em consonância com normas e princípios que regem as licitações e a atuação dos agentes públicos, creio que esta Corte, no desempenho do papel de indutora de aprimoramento da gestão pública que tem pautado a atuação dos órgãos de controle no mundo moderno, deve abster-se de inibir o prosseguimento da tentativa de inovação em análise. (Negrito nosso)

Por último, importa salientar que a Administração Pública - da mesma forma que ocorre na terceirização de serviços públicos - não tem relação jurídica com as empresas terceirizadas, mas apenas com as empresas administradoras e gerenciadoras, salvo se houver descumprimento das obrigações trabalhistas, quando então sua responsabilidade será subsidiária devido a sua falha na fiscalização.

CONCLUSÃO

A terceirização e a quarta-eirização têm sido muito utilizadas modernamente tanto no setor público quanto no privado, uma vez que tem importado em redução de custos com pessoal e na prestação de serviços mais especializados.

Vale ressaltar que na terceirização e na quarteirização de serviços públicos caberá à Administração Pública a fiscalização dos contratos trabalhistas posto que nas hipóteses de irregularidades e de restrições de direitos e garantias, o ente público poderá responder subsidiariamente.

Por fim, verifica-se que a terceirização e a quarteirização tem sido instrumentos importantes de auxílio para a Administração na busca da eficiência na prestação de suas atividades-meio, o que tem permitido que os entes públicos se dediquem com mais afinco às suas finalidades precípuas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União – disponível em <<https://www.portal.tcu.gov.br>>, Acesso em: 05 de junho 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – disponível em <<https://www.tst.gov.br>>, Acesso em: 07 de junho 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – disponível em <<https://www.stf.gov.br>>, Acesso em: 11 de junho 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da quarteirização na gestão pública?*. FCGP. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 31, jun. 2010.

NOTAS:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.727.

[2] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. rev. E atual. São Paulo: Método, 2014, p. 38.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 661.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.730.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.853.

[6] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. rev. E atual. São Paulo: Método, 2014, p.40.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 229.

[8] GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris., 2006, p. 407.

[9] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Atlas, 2001. P. 2013.

[10] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. rev. E atual. São Paulo: Método, 2014, p. 42.

[11] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da quarteirização na gestão pública?*. FCGP. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 31, jun. 2010.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A INTERNALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO FRENTE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

JULIANA DE CÁSSIA BENTO BORBA:
Advogada Previdenciária, Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC MINAS, Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC MINAS, Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC SP

Resumo: Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem relevante papel na proteção da dignidade da pessoa humana, ultrapassando os limites territoriais dos Estados. Surge então uma dicotomia a ser enfrentada, a necessidade de proteção do homem, e a primazia da soberania dos Estados, já que os Tratados de Direitos Humanos tem o condão de nortear toda a conduta dos Estados. No direito interno pátrio, os Tratados de Direitos Humanos eram recepcionados como normas infraconstitucionais, o que foi alterado com a reforma do judiciário o implemento do §3º do art. 5º da CF/88, que trouxe a reafirmação do caráter constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, elevando os mesmos a condição de Emenda Constitucional. A dificuldade de quorum legislativo para introdução do Tratado no direito interno conduziu o STF a produção da tese da supra legalidade dos Tratados, denotando o ativismo judicial que reveste nossos Tribunais o que merece um estudo aprofundado, ressaltando se a violação evidente da tripartição dos poderes.

Palavras chave: Direitos Humanos, Tratados Internacionais, Supra-legalidade, Emenda Constitucional 45/04

Abstract: International Treaties on Human Rights has an important role in protecting human dignity, surpassing the boundaries of states. Then comes a dichotomy to reckon with the need for protection of man and the primacy of state sovereignty, since the Treaties of Human Rights has the power to govern the whole conduct of states. In parental domestic law, the human rights treaties were approved as infra-constitutional norms, what has changed with the reform of the judiciary the implement paragraph 3 of article. 5 of CF / 88, which brought the reassertion of constitutional status to human rights treaties, bringing them the condition of Constitutional Amendment. The difficulty of legislative quorum for the introduction of the Treaty in national law led the Supreme Court to production of the thesis of the above legality of the Treaties, denoting the judicial activism that covers our courts which deserves a thorough study, highlighting the blatant violation of the tripartite division of powers.

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana e os Tratados Internacionais que cuidam da promoção dos Direitos do Homem, não são temas recentes da comunidade internacional, ganhando ênfase na pós modernidade em razão das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.

A grande Guerra foi sem duvida um marco histórico, reordenação das políticas internacionais e do próprio direito dos diversos Estados no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana.

Não que antes não houvesse discussões quanto ao tema, pelo contrário, mas foi no século passado que discussão que ganhou conotação universal.

A necessidade de efetivação de proteção aos direitos do homem superou a mera previsão legislativa demonstrando a necessidade de mobilização da comunidade internacional na adoção de mecanismos e tratados para a promoção da evolução do homem no âmbito social e econômico, no intuito ainda de impedir violações aos direitos fundamentais.

Os Pactos Internacionais tem a finalidade precípua de estabelecer as condições sociais, econômicas e culturais para a existência digna dos homens, para isso percebe-se a mobilização da comunidade internacional na proteção dos direitos humanos.

Portanto, para entendermos a evolução dos direitos humanos devemos diferenciá-los dos direitos fundamentais, bem como posicioná-los no tempo.

Assim, devemos verificar além da evolução dos Direitos Humanos, o posicionamento principalmente do Brasil quanto sua atuação junto à comunidade internacional, viabilizando a efetivação dos direitos humanos. O que poderá ser verificado principalmente através do posicionamento do STF quanto à recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2. DIREITOS HUMANOS - CONCEITO

Por direitos humanos entendemos um conjunto de faculdades e instituições que em determinado momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem

ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

O jurista Celso de Albuquerque Mello refere-se aos direitos humanos dizendo que, são direitos concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo.

Os direitos humanos distinguem-se dos concretos. O direito positivo é de competência do Estado, que busca igualar fracos e fortes, garantindo-lhes salário digno, moradia, educação, assistência à saúde, etc. Por outro lado os direitos humanos existem numa área livre da intervenção estatal.

Existe um grande número de espécies de direitos humanos e a cada ano vão surgindo novos grupos. Há também diferentes classificações. Uma das classificações é feita sob o ponto de vista histórico de seu surgimento, considerando quatro gerações de direitos, a saber: direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. Entretanto, tem havido críticas à expressão “geração de direitos”.

Parte da doutrina jurídica entende que melhor seria utilizar a expressão “dimensão”.

Assim, podemos afirmar a progressividade de novos direitos fundamentais que tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, evolução na proteção humana.

2.1. DOS DIREITOS HUMANOS – BREVE HISTÓRICO

A preocupação da sociedade com a dignidade da pessoa humana, quanto à valorização da vida, pode ser observada ao longo dos

séculos. Com o passar dos tempos tal preocupação e o aprimoramento do conceito dos direitos humanos foi acentuado.

O surgimento dos direitos da pessoa humana deu-se com a própria origem do homem.

Desenvolveram-se pelos séculos, entre todos os povos, e tiveram como fator gerador as dores e a indignação com situações impostas à pessoa humana.

Se conceituarmos direitos humanos como sendo aqueles inerentes aos seres humanos, podemos buscar na história da antiguidade os primeiros resquícios de preocupação com esses direitos.

Um dos documentos mais antigos vinculado aos direitos humanos, é o Cilindro de Ciro, que apresentava características inovadoras - permitia que os povos exilados na Babilônia regressassem às suas terras de origem e, em relação à religião, permitia a liberdade de culto e a abolição da escravatura.

Podemos concluir que na antiguidade imperava a justiça individual, de forma desproporcional, então o código de Hamurab traz normatização à sociedade, não dentro dos paradigmas atuais, pois aplicava a legislação de forma diferenciada de acordo com a classe social da sociedade babilônica.

Após podemos citar a Lei das 12 tabuas, que não tinha diferenciação por classe social surgindo, portanto o princípio da igualdade.

As 12 tabuas de madeira que ficaram expostas em frente ao fórum romano podemos observar preocupação com a publicidade.

Tal lei influenciou o Rei Justiniano que teve seu reflexo até os dias atuais influenciando muitas normas.

Na idade média, apesar de ser um período obscuro houve grande desenvolvimento dos direitos humanos podemos relatar o surgimento da carta magna na Inglaterra em 1215, Carta Magna do Rei João sem terra.

O documento teve o mérito de restringir o poder absoluto do monarca trazendo limitação ao poder real, direito de propriedade e devido processo legal, mas não trouxe efetivos direitos humanos, mas sim uma primeira dimensão como, por exemplo, o surgimento do *habeas corpus*. Pode ser denotada como precursora das declarações de direitos humanos, ainda que não tivesse um caráter Universal.

Mas na modernidade podemos apontar o tratado de Vestifália.

Não obstante o fato de a Inglaterra ter dado o impulso inicial, foi na América do Norte que surgiu a primeira Declaração de Direitos, em 12 de janeiro de 1776, cuja cláusula primeira proclamava: “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes.

Em 26 de agosto de 1789 a Assembléia Nacional Francesa aprovou sua “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que devido às repercussões da Revolução Francesa, exerceu maior influência que a declaração norte-americana, apesar de estar nesta fundamentada.

A referida Declaração foi inspirada nos ideais iluministas e humanistas e proclamava a igualdade dos homens, a liberdade individual e o direito de resistência à opressão. Abalou as estruturas do absolutismo europeu, refletindo-se nos movimentos revolucionários que abalaram o mundo no século XIX.

No século XX, a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, na qual teve destaque o direito social serviria de base para o futuro reconhecimento dos direitos fundamentais.

A idéia de uma nova declaração de direitos surgiu no final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Em 10 de dezembro de 1948 a terceira Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou o documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

Após as atrocidades praticadas contra a humanidade durante a segunda grande guerra, não restou outro caminho aos homens se unirem com um único fim, proteger os Direitos da Humanidade acima de qualquer outro, com o único fim de evitar a ocorrência de violações de tal gravidade.

Ao proclamar os direitos fundamentais, a ONU tornou evidente não se tratar de concessão ou reconhecimento, esclarecendo que a existência de tais direitos independe de qualquer vontade ou formalidade uma vez que eles são inerentes a pessoa humana, nenhum indivíduo, entidade, governo ou Estado tem legitimidade para retirá-los ou restringi-los.

Como demonstrado nos julgamentos pós guerra a fundamentação Nazista seria de que os atos praticados, somente ocorreram em respeito à Lei interna, com fins no ordenamento fundamentado por Carl Schmitt. Portanto, este foi o fundamento da comunidade internacional em priorizar os Direitos Humanos acima de qualquer Direito interno.

A União Européia tem seu sistema de direitos humanos fundado na “Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e

das Liberdades Fundamentais”, adotada em Roma, Itália, em 1950. Já em 1961, foi assinada a Carta Social Européia que trata dos direitos econômicos e sociais.

Em 1977 na capital da Argélia, no continente africano, foi aprovada a “Declaração Universal dos Direitos dos Povos”. Ao enunciar princípios referentes aos direitos de todos os povos, esta declaração expressa à necessidade de garantia à autodeterminação política, ao desenvolvimento econômico, à cultura, ao meio ambiente e aos direitos das minorias.

Tem a preocupação fundamental de construir uma nova ordem internacional, mais solidária e cooperativa. Ainda no continente africano foi instituída a Organização de Unidade Africana e assinada a “Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”, em 1981.

Na década de 1990 foi assinada a “Carta de Paris”, no âmbito da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, ocasião em que se estabeleceram normas precisas sobre os direitos do homem e das minorias.

Em 1992 a “Convenção Americana sobre os Direitos Humanos” - conhecida como o “Pacto de São José da Costa Rica” - uniu inúmeras nações em torno do ideal de fortalecimento da defesa dos Direitos Humanos na América Latina. Desta convenção e de tantas outras realizadas no decorrer da história, o Brasil foi signatário.

3. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

São os tratados ou convenções internacionais, considerados fontes do Direito Internacional, Nos termos do artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A Convenção de Viena dispõe ser o tratado “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. São acordos celebrados unicamente entre os Estados-partes ou signatários, isto é, entre os Estados soberanos que expressamente consentiram na adoção da convenção.

Nos termos dos conceitos supra salutar destacar que os tratados podem ser classificados como bilaterais ou multilaterais, relativamente ao número de sujeitos de Direito,

3.1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA

A comunidade internacional, frente aos acontecimentos históricos, não impõe limites ao esforço em garantir proteção aos direitos humanos, que tem como características principais a universalidade, indivisibilidade, fundamentalidade, supranacionalidade e historicidade.

Ademais, os Direitos Humanos são universais na medida em que são direitos inerentes a natureza de todo ser humano, indivisíveis por não poderem ser reduzidos ou desvinculados do homem, fundamental na medida em que necessários para a sobrevivência da espécie humana, supranacional por não guardar relação à determinada ordem constitucional e históricos porque frutos da luta constante dos povos pela dignidade humana.

A identificação de um direito como sendo inerente e fundamental à condição humana se denota repleta de subjetividade, pois a concepção do que sejam direitos humanos esta ligada com os valores

morais, a cultura e tradição de cada povo. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana para uma população de um determinado país do ocidente pode ser diferente para uma população de um país no oriente.

A celebração de tratados internacionais evidencia o esforço para proteção dos Direitos Humanos.

A problemática enfrentada, quanto à celebração dos tratados funda-se na violação da soberania dos estados.

Neste sentido temos o PIDESC que em seu art. 5º elucida a idéia dos Direitos Humanos, impondo uma interpretação ampla.

Neste diapasão podemos afirmar as limitações dos Direitos Humanos encontram arestas apenas nos próprios tratados, já que o dimensionamento de tais Direitos são maiores que qualquer Direito interno.

A despeito das discussões internas que esbarram em questões culturais conflitantes, por muitas vezes, nas diretrizes da Declaração de Direitos Humanos, a lógica internacional dispõe a salvaguarda do ser humano.

Como conclui Claudio Finkelstein, o Direito Humano esta alem da soberania Estatal^[1], já que são inerentes a própria condição humana, não podendo, ser afastado de qualquer um independente de cultura, religião ou nação.

Na evolução do pensamento devemos citar que a globalização aproxima os povos, estreitando inclusive as relações internacionais, evidenciando a idéia de que o homem hoje é antes de tudo um cidadão do mundo.

Neste sentido, podemos afirmar que a cada dia os Estados se abrem ao plano internacional, implantando medidas que assegurem a dignidade humana.

Tal afirmação pode ser constatada no art. 53 da convenção de Viena que dispõe:

Artigo 53.º-Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens) É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Assim, as normas que versem sobre Direitos Humanos se sobrepõem a vontade interna dos Estados.

Ressalte-se que, apenas o consentimento mútuo e livre que caracteriza a convergência de vontade das partes signatárias, condicionante relacionada ao princípio do *pacta sunt servanda*, vinculam os Estados, haja vista que os tratados internacionais somente se aplicam às partes que o ratificarem.

Mas ainda que este seja o comando devemos ressaltar os dizeres da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que na busca pela paz delinea uma ordem pública mundial, com fincas no respeito à

dignidade humana ao consagrar valores básicos que, a partir de então, tornaram-se universais.

“A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos   concep o que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declara es de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos” [2].

Este norteamento trazido pela Declara o da ONU, traduzindo um anseio mundial, fortalece e condiciona a evolu o social humana a valores morais e  ticos, que devem ser observados nas normas de Direito Interno, quer sejam normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, ao colocar a relevância do Direito Humano acima do Direito Interno, ainda que o Estado não seja signatário de um Tratado, as diretrizes colocadas pela ONU se refletem a todo momento internamente.   o que podemos observar nos esforços do Poder Constituinte.

Esta condu o pode ser vista nos atos do Poder Legislativo, e não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

3.2. DA INTERNALIZA O DO TRATADO INTERNACIONAL

A forma o de um tratado internacional se inicia nas fases de negocia o, conclusão e assinatura da convenço, conjunto de atos atribuídos   competência do Poder Executivo.

Cabe destacar que a assinatura   ato meramente formal e representativo de um aceite precário e provisório, não irradiando, destarte, quaisquer efeitos jurídicos e indicando, apenas, a autenticidade e definitividade do tratado.

A internalização efetiva do Tratado no ordenamento jurídico pátrio, passa pela análise e a aprovação pelo Poder Legislativo, que após aceitação deve ser encaminhado ao Executivo, para ser ratificado e finalmente publicado.

Como consigna Francisco Rezek “no estagio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à revelia” [3].

Cabe mencionar que a Convenção de Havana em seu artigo 4º, reza que: “Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações. A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas”.

Observadas tais etapas de formação do tratado internacional, o mesmo reputar-se-á válido, passando a produzir efeitos no âmbito dos sujeitos participantes, obrigando os signatários.

3.3. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As normas previstas nos tratados internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro, são devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo representante do poder executivo como atos normativos infraconstitucionais, submetendo-se, por óbvio as normas constitucionais.

Neste diapasão podemos afirmar que não existe hierarquia entre normas ordinárias de direito interno e aquelas advindas dos tratados internacionais. Em caso de conflito, observar-se-á o critério cronológico.

Mas, podemos afirmar que quanto os Tratados de Direitos Humanos esta não poderia ser a hierarquia dada à matéria, pois uma norma federal mais nova poderia derrogar Tratado Internacional. Assim, era preciso dar hierarquia distinta aos Tratados.

Assim, podemos caracterizar a hierarquia dos tratados internacionais quanto à recepção no âmbito jurídico interno em três momentos distintos, ou seja, antes da Constituição Federal de 1988; após a promulgação da Carta Magna vigente, mas anteriormente a EC nº 45/2004; e posteriormente a respectiva Emenda. Devemos distinguir neste aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versem de matérias distintas.

Assim, até o advento da EC 45/04 os Tratados eram recepcionados como Lei Federal, portanto, com natureza de norma infraconstitucional.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o STF passou a equiparar todos os tratados internacionais à legislação federal, empregando hierarquia infraconstitucional aos Tratados Internacionais.

Como abordado acima, para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos este posicionamento hierárquico poderia surtir efeito negativo, pois assim, norma infraconstitucional mais nova teria o condão de alterar o Tratado, o que traria conflitos severos ao Estado, já que como premissa os Direitos Humanos não poderiam ser mitigados.

Com o advento da Constituição de 1988, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pactos internacionais foram permeados de hierarquia constitucional, em virtude do dispositivo inscrito

nos §§1º e 2º, do artigo 5º, da CF, em virtude da interpretação do referido dispositivo, que dispõe: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados".

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o §3º ao artigo 5º à CF/88, criou-se a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores à inclusão do citado parágrafo, pois a eficácia constitucional foi atribuída apenas aos acordos aprovados em dois turnos, com quorum qualificado de três quintos, e não mais por maioria absoluta.

Assim, por força do §2º, do artigo 5º, da CF, são materialmente constitucionais, razão pela qual há de se salientar que a inovação do §3º, do mesmo artigo da CF, reforça a natureza constitucional dos tratados.

Em resumo podemos afirmar que a inserção de um terceiro parágrafo no art. 5º da CF, versando sobre a incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos ao sistema constitucional, veio para complementar o § 2º do mesmo artigo.

Podemos concluir que o dispositivo constitucional introduzido pela reforma do judiciário veio por termo à controvérsia à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento.

A inovação ao art. 5º, pela EC 45, ao introduzir o §3º dispõe:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com este novo dispositivo os Tratados de Direitos Humanos passaram a equivalentes a Emendas, alterando seu status, protegendo-os de possíveis conflitos com normas infraconstitucionais, e fortalecendo o processo legislativo que deve estar atento aos comandos acordados no âmbito internacional.

Assim, a partir da promulgação da EC 45/2004, ou o tratado será incorporado com status de lei ordinário ou com de emenda à constituição, em conformidade com o quorum de votação.

Ficou a controvérsia quanto aos Tratados já ratificados sem o quorum qualificado. Neste diapasão, como disposto pela Professora Piovesan, não haveria razoabilidade em manter o status de Lei Federal aos Tratados já ratificados, por não ter passado pelo quorum qualificado.

Mas, na prática, ainda que o posicionamento supra mencionado seja o mais acertado não havia implementação de mecanismos para que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não tivessem internalização pelo quorum qualificado alcançassem a hierarquia adequada de Emenda Constitucional.

Nosso Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP, enfrentou a matéria ao debater a prisão do depositário infiel, admitida em nosso ordenamento, e a princípio rechaçada no Pacto de San Jose. Tal julgado evidenciou um novo posicionamento do STF.

4. DO POSICIONAMENTO DO STF

Na tentativa de resolver tal situação de dar status Constitucional, e equivalência de Emenda Constitucional aos Tratados de Direitos Humanos devemos citar o posicionamento do STF, que através

do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343, defendeu, a supralegalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

O julgado citado dispõe:

“(…) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Assim, seguindo as diretrizes do voto citado, fundado no art. 5º, §3º, da CF/88, mesmo que um tratado internacional sobre direitos humanos não seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo procedimento delineado no dispositivo constitucional, ainda que submisso à Constituição, encontra hierarquicamente, por óbvio, em nível superior à legislação infraconstitucional.

Pelo exposto, o Tratado incorporado pelo quorum simples não tem o condão de revogar a normas infraconstitucionais, mas a eficácia destas normas terá eficácia suspensa se divergentes do disposto no Tratado.

Foi o que ocorreu no julgado norteador do posicionamento do STF ao tratar do art. 7, item 7[4], do Pacto de San José da Costa Rica, internalizado a nosso ordenamento não pelo procedimento disposto pelo §3º do art. 5º da Constituição, introduzido pela reforma do judiciário. Neste entendimento foi atribuído a tal dispositivo caráter de supralegalidade.

O Tratado Internacional citado acaba com a prisão civil por dividas, o que, em tese, conflitaria com o ordenamento interno que recepciona a prisão do depositário infiel.

Portanto, ainda que no art. 5º, LXVII, da CF admita a possibilidade da prisão do depositário infiel, o dispositivo não a impõe, devendo valer o caráter de supralegalidade do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional.

O citado julgamento modificou o posicionamento anterior do STF, passando a dar aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, não incorporados na forma do artigo 5º §3º da Constituição Federal, tenham status de normas supralegais, sendo hierarquicamente superiores ao ordenamento jurídico interno, ficando em condição de submissão apenas à Constituição Federal.

Finalizando, cabe destacar que este novo posicionamento adotado pelo Supremo fundamentou a expressa revogação da súmula 619 que assim previa: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Ainda que passível de críticas frente ao combatido ativismo judicial, devemos enaltecer o posicionamento do STF que eleva o princípio da dignidade humana.

Portanto, Louvável é esta inovação, pois visa dar uma extensão máxima à defesa dos direitos básicos do ser humano, frente a possíveis inércias do poder legislativo.

5. CRITICAS A TESE DA SUPRALEGALIDADE

Duas críticas devem ser feitas uma seria quanto ao fato que o Pacto de San Jose falava da prisão por dívida, e a segunda quanto ao ativismo judicial.

Quanto ao primeiro aspecto devemos consignar, brevemente, que o depositário infiel não é necessariamente o devedor, fugindo ao que dispõe literalmente o Pacto.

Ressaltemos a validade da exegese realizada pelo Tribunal, mas não poderíamos deixar de ressaltar a distinção ignorada.

O outro aspecto suscitado permeia ao que é severamente criticado que seria o ativismo judicial, já que o STF implementa mecanismo louvável, mas que não seria de sua competência, ultrapassando o sistema de tripartição dos poderes e de freios e contrapesos.

Ainda que o judiciário tenha o papel suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, as atuações constatadas do judiciário se prestam a evidenciar a crise do Estado democrático.

É obrigação do Judiciário atuar como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas, mas o ativismo judicial deve ser visto com cautela, pois neste caso podemos apontar uma atuação

louvável do Supremo, mas será que sempre teremos uma atuação representativa dos anseios sociais traduzidos pelo voto expressado na condução dos legisladores ao poder.

Ademais, as decisões judiciais não são controladas por outros agentes governamentais.

Assim, critica-se o fato de os magistrados, decidirem conforme sua consciência, em vez de decidir conforme os valores expressos no próprio sistema constitucional.

Portanto, a expansão do poder dos tribunais, ainda que relacionados ao processo democrático, não representa compatibilidade com a democracia, o que se teme é o desequilíbrio deste ativismo que poderia violar o equilíbrio interno do sistema político estabelecido.

Daí se poderia extrair a crítica a tese da supra legalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as auguras enfrentadas e vivenciadas na Segunda Grande Guerra impôs uma nova ordem mundial, onde se privilegiou a dignidade humana, na constatare proteção dos Direitos Humanos.

Vários foram os mecanismos adotados na proteção dos Direitos, tentando-se envolver a todo momento toda a comunidade internacional.

Assim, tendo em vista a primazia da soberania dos Estados e o caráter cultural interno, deparamos com a problemática da incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno.

A importância da prevalência do Tratado Internacional, em nortear toda a conduta dos Estados, se denota fundamental na elevação da dignidade humana, bem como na manutenção da paz mundial.

No Brasil, os Tratados de Direitos Humanos eram recepcionados como normas infraconstitucionais, o que foi alterado com a reforma do judiciário o implemento do §3º do art. 5º da CF/88, que trouxe a reafirmação do caráter constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, elevando os mesmos a condição de Emenda Constitucional.

A despeito da alteração restaram arestas, em razão do quorum bem estreito disposto no indigitado dispositivo constitucional.

A controvérsia foi resolvida com o posicionamento do STF, que deu caráter supra legal aos Tratados.

Ora, no que toca à hierarquia, os tratados internacionais de direitos humanos, desde que não aprovados sob o quórum de emenda, estão submetidos à supremacia constitucional, gozando de privilégio frente à legislação ordinária, fenômeno da supralegalidade.

O ativismo judicial do STF foi louvável a dar proteção Constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, mas merece criticas, pois tal posicionamento, que alterou a hierarquia dada aos Tratados, caberia tão somente ao Poder Legislativo, a quem efetivamente compete modificar a Constituição Federal. Portanto, o ativismo do STF confronta a tripartição dos poderes, protegida constitucionalmente.

No presente caso somente podemos apontar benesses, pois a inércia do legislativo poderia carrear conflitos entre o ordenamento interno e os Tratados, o que não seria admissível frente à necessidade de observância dos Direitos Humanos na condução interna.

Assim, ainda eivado de criticas, acreditamos que este novo posicionamento do STF configure uma das mais avançadas conquistas na valorização do homem.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Principios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, SP, 2014.

BALERA, Wagner e **SILVEIRA**, Vladmir Oliveira da, Coordenadores, **COMENTÁRIOS AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**. Curitiba-PR, Editora Clássica, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B.; **ALMEIDA**, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2009.

BRASIL. Decreto nº 678: promulgado em 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RESP Nº 466.343/SP. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Portal Eletrônico do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 9 outubro de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª Edição, rev. atual. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre de. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. 10ª Edição, São Paulo, Editora. Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª. Edição. São Paulo, Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 5ª Edição. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

NOTAS:

[1] FINKELSTEIN, Claudio - *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Editora Clássica, Curitiba, PR, pág. 95.

[2] Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, pág. 146.

[3] REZEK, Francisco. *Direito Internacional público*. 6.ed. São Paulo, Saraiva, p 83.

[4] Art. 7º, 7. *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*”

O MINISTRO LUIZ FUX NEGA RECURSO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA CONTRA A DECISÃO QUE ANULOU O PROCESSO DA OPERAÇÃO SATIAGRAHA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

A chamada "Operação Satiagraha" deu mais um largo passo em direção à cova. O Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a decisão que anulou toda a investigação por ilegalidade na coleta de provas. A decisão foi proferida no dia 24 de junho e ainda não foi publicada. Para o Ministro, "o recurso "manifestamente incognoscível".

O pedido da Procuradoria Geral da República foi feito em um Recurso Extraordinário, cuja subida ao Supremo foi autorizada pelo

Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, Fux considerou o recurso “manifestamente incognoscível” — ou seja, questões preliminares impedem o conhecimento do pedido.

O Recurso Extraordinário foi apresentado ao Supremo em 2012. Nele, a Subprocuradora-geral da República Lindôra Maria Araújo afirma que Superior Tribunal de Justiça, ao anular a "Satiagraha", “violou fortemente” a ordem jurídica, social e econômica do país “ao declarar a ilicitude das provas produzidas ao longo da operação satiagraha, sem sequer especificá-las e dimensionar o que seria, de fato, tal operação, anulando, também desde o início, a ação penal em que o banqueiro Daniel Dantas foi condenado por corrupção ativa”.

Ainda em 2011, a defesa alertou para a perda de prazo para recorrer. Na época, a Procuradoria-Geral afirmou que não fora notificada da decisão do Superior Tribunal de Justiça, e por isso o prazo não poderia começar a ser contado. Entretanto, o que aconteceu foi que o último a dar parecer no caso, o subprocurador Eduardo Dantas Nobre, aposentou-se, e o processo não foi redistribuído a tempo. Outra questão discutida na decisão do Ministro Fux é que o recurso trata de matéria infraconstitucional e, portanto, não pode ser recebido pelo Supremo.

Como se sabe, a "Satiagraha" foi anulada pela 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça em junho de 2011. Por três votos a dois, o colegiado seguiu o entendimento do Ministro Adilson Macabu, Desembargador convocado, segundo o qual a Polícia Federal violou princípios constitucionais durante a coleta de provas, entendendo que a convocação de agentes da Agência Brasileira de Inteligência, no caso foi feita de forma clandestina e extrapolou as funções do órgão. A Agência

Brasileira de Inteligência existe para assessorar a Presidência da República e, na "Satiagraha", foi convocada informalmente pelo Delegado da Polícia Federal Prot genes Queiroz para ajudar a fazer escutas telef nicas e diligências.

O Superior Tribunal de Justiça também considerou nula a a o montada pela Polícia Federal, sob comando do Delegado Prot genes, com autoriza o do Juiz Fausto Martin de Sanctis, para provar uma suposta tentativa de suborno de um Delegado da Polícia Federal pelo investigado. A grava o da a o, em vídeo, foi feita por uma equipe da Rede Globo por encomenda do Delegado Prot genes. Além disso, constatou-se que a fita, usada como prova, foi editada.

O Delegado Prot genes também teria combinado com a TV Globo as datas em que prisões seriam feitas, para que elas pudessem ser filmadas. Por conta da manobra, a 2^a. Turma do Supremo Tribunal Federal condenou o Delegado   perda do cargo de Delegado da Polícia Federal e a prisão por quebra de sigilo profissional (Recurso Extraordinário n^o. 680.967). Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/fux-nega-recurso-pgr-decisao-anulou-satiagraha>

Pois bem.

Antes desta última decisão, aplicando o Direito, especialmente "a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos", como afirma Geraldo Prado^[1], a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por ausência de mandado judicial específico, já havia declarada a ilegalidade da apreensão, pela Polícia Federal, de computadores e o espelhamento de discos rígidos (HDs) do Banco Opportunity S/A, durante diligências das opera es Satiagraha e Chacal. A decisão foi tomada na

análise do Habeas Corpus nº. 106566, impetrado na Corte pela defesa do empresário Daniel Dantas. Os Ministros entenderam que as provas colhidas a partir dos HDs devem ser desconsideradas e determinaram, ainda, a imediata devolução do material apreendido à instituição financeira. A decisão unânime foi tomada nesta terça-feira, dia 16 de dezembro de 2014. No dia 27 de outubro de 2004, policiais federais cumpriam mandado de busca e apreensão expedido pelo Juiz da 5ª. Vara Federal Criminal de São Paulo no endereço profissional de Daniel Dantas, localizado no 28º. andar de um edifício comercial no centro do Rio de Janeiro. Ao serem informados que a sede do Banco Opportunity ficava no 3º. andar do mesmo prédio, os policiais comunicaram o ocorrido ao Juiz substituto, que autorizou, por meio de ofício sem maiores detalhes, o espelhamento [cópia] do disco rígido do servidor da instituição financeira.

O julgamento do caso começou na sessão do dia 09 de dezembro de 2014, quando o relator, Ministro Gilmar Mendes, considerou ilegal a diligência. Para ele, o Magistrado que despachou o caso no dia da busca e apreensão não foi alertado ou não percebeu que os equipamentos em questão estavam em local diverso do constante no mandado. “As provas obtidas pela busca e apreensão no terceiro andar do edifício da avenida Presidente Wilson, 231, no Rio de Janeiro, foram ilicitamente adquiridas, a meu ver, porque a diligência contrariou a regra constitucional de inviolabilidade de domicílio do artigo 5º, XI, da Constituição”, frisou o relator ao votar no sentido de que essas provas ilicitamente incorporadas ao processo devem ser excluídas do processo.

A Ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos na ocasião e apresentou voto na sessão do dia 16 de dezembro de 2014. Ao

acompanhar integralmente o relator, a Ministra entendeu que procede o inconformismo da defesa quanto ao fato de a autorização do juiz substituto ter indicado endereço diverso do constante no mandado original, sem a mesma pormenorização. “Pelo que se tem nos autos, ao deferir o pedido de espelhamento do HD pertencente ao banco Opportunity, o magistrado ou não foi alertado ou não percebeu que a medida importaria em alteração daquele primeiro, especialmente em relação ao endereço e à necessidade do espelhamento ser feito na forma como foi”, concluiu a Ministra. O decano da Corte, Ministro Celso de Mello concordou com o relator. Segundo ele, mandados de busca e apreensão não podem se revestir de conteúdo genérico, nem ser omissos quanto à indicação, a mais precisa possível – a teor do artigo 243 do Código de Processo Penal – do local objeto dessa medida extraordinária. “Medidas que contrariam os comandos constitucionais e revelam-se inaceitáveis não podem merecer a chancela do STF, sob pena de subversão dos postulados constitucionais que definem limites inultrapassáveis do poder do Estado em suas relações com os cidadãos”, concluiu o decano.

Como é sabido, a expressão popular acima citada significa, mais ou menos, o seguinte: "o que inicia errado acaba errado." É isso aí! Acertou o Supremo Tribunal Federal...

Aliás, buscas e apreensões ilegais, afrontando o Código de Processo Penal, os Pactos Internacionais (o de Costa Rica - art. 8º. e o de Nova York - art. 14) e a Constituição Federal, tornaram-se lugar comum em nosso País, especialmente em operações policiais "espetaculosas" e ridiculamente apelidadas.

A propósito, ainda que se faça referência especialmente aos casos de tráfico de drogas (portanto, *mutatis mutandis*), Ana Fernanda Ayres Dellosso e Pierpaolo Cruz Bottini, em artigo publicado no Boletim nº. 263 (outubro de 2014), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, anotaram com muita propriedade:

"As medidas de buscas e apreensões sempre ensejaram diversas discussões quanto a seus limites constitucionais, como se tem observado nos Tribunais pátrios. Entre tantas que poderiam ser tratadas, merecem contínua atenção e crítica algumas práticas policiais de buscas sem mandado judicial que parecem ter se “normatizado”, especialmente em casos de suspeita de prática do delito tráfico de drogas. Como se sabe, o art. 5.º, XI, da Constituição da República, entre os direitos fundamentais, protege a casa, como asilo inviolável do indivíduo. O mesmo dispositivo estabelece exceções ao direito fundamental. Logo, por expressa previsão constitucional, as seguintes situações autorizam a violação do domicílio, sem o consentimento do morador: (i) flagrância delitiva; (ii) necessidade de prestar socorro; e (iii) autorização judicial. No entanto, em muitos casos, policiais adentram residências particulares, sem que presentes quaisquer destas situações excepcionais, sob o pretexto de terem obtido o consentimento do morador. Ainda, há situações corriqueiras de buscas domiciliares, em que se aponta ser desnecessário o consentimento do morador e autorização judicial, especialmente em casos de tráfico de drogas, pois a situação de flagrância se protraí no tempo (a exemplo, v. acórdãos do TJSP: Ap 0017747-27.2011.8.26.0050, 15.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Nelson Fonseca Júnior, j. 07.08.2014; Ap 0018623-29.2011.8.26.0099, 10.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des.

Rachid Vaz de Almeida, j. 14.07.2014; Ap 0000127-84.2012.8.26.0270, 3.^a Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Cesar Mecchi Morales, j. 06.05.2014; HC 2025400-94.2014.8.26.0000, 12.^a Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Paulo Rossi, j. 16.04.2014. V. acórdãos do STJ: AgRg no REsp 1398920/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 17.02.2014; RHC 39530/PR, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18.09.2013). Dessa forma, sob a alega o de que o tráfico de drogas   crime permanente ou de que houve o consentimento da pessoa investigada, convalidam-se a es policiais e provas que merecem análise mais cautelosa, pois muitas vezes são ilegais em sua origem. Frise-se a importância da discussão sobre a inviolabilidade do domicílio nessas duas situa es, especialmente sob o prisma das provas ilícitas. Embora o Código de Processo Penal discipline o tema no título destinado às provas, a medida de busca e apreensão não configura propriamente meio de prova, mas meio de obten o de prova. Mediante medidas de busca e apreensão se conservam elementos de provas, de tal forma que, se nulas as medidas, devem ser anuladas as provas obtidas por meio delas (CPP, art. 157,   1.^o). Ainda em considera es iniciais, de se ver que a busca e apreensão já inicia, em sua previsão constitucional, como medida excepcional, vale dizer, como exce o ao sistema de prote o dos direitos fundamentais, o que ganha denotada importância para interpreta o e aplica o das regras processuais nos casos práticos. Posto isso, importante analisar a situa o do dito “consentimento” do morador, apto a excepcionar a regra da inviolabilidade do domicílio e autorizar a busca sem mandado judicial. Sabe-se que, nas buscas domiciliares, há um conflito de interesses em

jogo – a busca da verdade, para realização da justiça criminal, e a preservação da intimidade e da inviolabilidade do domicílio."

Logo, o "consentimento do morador aparece como primeira forma de solução desse conflito. No entanto, é preciso cautela na sua análise, sempre diante das circunstâncias de obtenção da prova e da atuação da autoridade policial. Como pontua a doutrina processual penal, durante o dia ou à noite, o morador pode permitir a entrada em sua casa e, nessa situação, dispensa-se mandado judicial para realização de busca domiciliar. O consentimento, porém, deve ser real e livre, despido de vícios como o erro, violência ou intimidação. Evidentemente que, em cada caso concreto, o consentimento do morador deve ser analisado com cautela e nunca presumido, especialmente para que se evitem abusos da autoridade policial. Sobre o cenário de muitos casos brasileiros, Cleunice Pitombo destaca: "Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo". O TJRS recentemente destacou a invalidade do consentimento de pessoa investigada por tráfico de drogas. Na ocasião, o Desembargador relator pontuou: "Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o art. 5.º, XI, da CF não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos-nos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o "consentimento" do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval

foi dado sob constrangimento” (Ap 70058172628, rel. Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3.^a Câmara Criminal, DJ 24.06.2014). Dessarte, se há o consentimento do morador para buscas domiciliares, algumas questões devem ser bem refletidas: (i) forma do consentimento; (ii) pessoa que consente e seu grau de esclarecimento sobre as implicações da medida. Sobre a forma do consentimento, deve ser expresso e jamais presumido, sendo que não há previsão legal de forma especial. Relevante destacar doutrina portuguesa que pontua a necessidade de documentação do consentimento, por qualquer forma, mesmo gravada: “Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo. (...). Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efectuada, por exemplo, através de gravação sonora”. No tocante à pessoa que consente, deve ser aquele titular do direito à inviolabilidade do domicílio. A doutrina destaca que a permissão deve ser do próprio sujeito da medida de busca e apreensão ou de outra pessoa que possa, legitimamente, representá-lo. Ressalvas são feitas, ainda, às habitações coletivas, em que o consentimento por um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros. No entanto, maior relevo tem a

questão do grau de esclarecimento do morador que consentiu na realização da busca e apreensão."

Para este impasse, ou seja, para "que se solucione o conflito de interesses – busca da verdade para realização da justiça e inviolabilidade do domicílio – por via consensual, é necessário que aquele que consente tenha pleno conhecimento das circunstâncias e consequências da realização da busca domiciliar, bem como que isso seja documentado. No ponto, não há previsão legal. Contudo, tratando-se de medida que pode implicar a produção de prova contra o próprio morador que consente com a busca, para que ele decida de forma justa e válida se franqueará a entrada em sua residência, necessário que no mínimo lhe sejam esclarecidos seus direitos e o alcance da inviolabilidade do domicílio, bem como as consequências da realização da busca domiciliar. A mesma lógica e o mesmo cuidado são observados nos procedimentos de interrogatórios, tanto judicial quanto policial, a fim de garantir o direito da pessoa de não produzir prova contra si (deriva das previsões constitucionais – art. 5.º, LVII e LXII – e consagrado do Pacto de São José da Costa Rica, art. 8.º). Nesse aspecto, surpreendem a doutrina e a jurisprudência espanhola, já sensibilizadas com a questão, ao sustentarem que o consentimento deve ser prestado em circunstâncias que garantam uma decisão consciente e ponderada pelo morador. Defendem, em resumo: "a) que o consentimento deve produzir-se em condições de serenidade e liberdade ambiental necessárias para autorizar a invasão de um direito fundamental como a inviolabilidade de domicílio; b) que, atendendo ao caráter fundamental do direito tutelado, a diligência se inicie com a informação do visado sobre o alcance do direito à inviolabilidade

do domicílio e de seus limites, e com uma pergunta clara e concisa sobre se o visado tolera ou não a intromissão; c) a presença de um ‘letrado’, para garantir a autenticidade da manifesta o de vontade, evitando perguntas capciosas ou sugestivas, bem como qualquer forma de coa o ou ameaça; d) que entre a solicita o do consentimento e a resposta, por parte do visado, medeie um pedido de tempo suficiente para este medite com calma sobre o assunto e compreenda o significado e alcance da sua resposta”.Ao lado da questão do consentimento, importa tratar de outra situa o em que muito se alega a desnecessidade de mandado judicial – a situa o de flagrante delito em tráfico de drogas. Diversos julgados sustentam que, no delito de tráfico, por seu caráter permanente, há situa o de flagrância que se protrae no tempo, o que autoriza a oes policiais de busca e apreensão sem mandado judicial.Nesses casos, lamentavelmente, observa-se a admissão judicial irrestrita de narrativas policiais da existência de mera suspeita de tráfico de drogas, que acaba culminando em medidas invasivas, sem que se proceda   competente análise judicial.De fato, em muitas ocasiões, os relatos policiais costumam apresentar os seguintes elementos: (i) a partir de informa es an nimas ou de usuários, policiais decidem adentrar determinada residência, sem autoriza o judicial, por haver notícia de ser local conhecido como ponto de tráfico de drogas; (ii) apreendem quantidade de substâncias entorpecentes e, algumas vezes, outros petrechos supostamente utilizados para comercializa o dessas substâncias.Nesse quadro, em primeiro lugar, importa notar que a permanência ou instantaneidade do delito são características irrelevantes para convalidar a invasão do domicílio. No plano teórico, quer o crime instantâneo, como um homicídio, quer o crime

permanente, diante de situação de flagrância, autorizam a invasão domiciliar. O ponto relevante para determinar a possibilidade ou não da entrada no domicílio está nos elementos do caso do concreto que permitiram à autoridade policial concluir pela situação de flagrância e relativizar o direito fundamental (CF, art. 5.º, XI). A exemplo, no homicídio pode haver gritos, enquanto no caso de tráfico de drogas, haverá muito provavelmente silêncio. A esse respeito, interessante frase de recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio” (TJRS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, rel. Des. Jayme Weingartner Neto, 3.ª Câmara Criminal, DJ 08.08.2014). No mesmo sentido, há julgados do TJRS que anularam buscas domiciliares, por não haver situação de flagrância apta a excepcionar a regra do art. 5.º, XI, da CF (Ap 03377639820138217000, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, j. 07.08.2014; Ap 70051270478, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013; Ap 70051282796, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013).”

E concluem: "a autorização para a violação do domicílio, nos casos de flagrante delito, depende de um estado de flagrância claro, constatado antes da invasão do domicílio e passível de demonstração posterior. As suspeitas, fundadas em relatos declarados ou ocultos, devem ser submetidas a prévia autorização judicial, mediante representação. Frise-se

que, mesmo nos casos em que há autoriza o judicial,   ilegal a busca domiciliar excessiva, como o STF já assinalou (HC 95.009/SP, rel. Min. Eros Grau, DJe 19.12.2008). Portanto, diante do que se expôs, parece-nos que   necessária uma análise mais acurada das situa es que dispensam autoriza o judicial para invasão domiciliar, em exce o   prote o constitucional (CR, art. 5. , XI). Ainda que haja crime permanente, a invasão domiciliar, sem mandado judicial, diante de suspeitas de tráfico de drogas requer motiva o id nea e segura quanto   necessidade, adequa o e indispensabilidade da medida. Além disso, no ponto do consentimento, necessária observância de cuidados, a fim de assegurar que este seja consciente e válido. Frise-se que o consentimento não se presume e requer prova, cujo  nus   do Estado (TRF 2.  Região, RSE 200551015058355, DJ 22.10.2008). Mais do que isso, parece-nos essencial que sejam esclarecidos, ao sujeito da medida e de forma documentada, os seus direitos, o alcance da inviolabilidade do domicílio e as consequências de sua decisão por franquear a entrada de policiais para a busca domiciliar. Trata-se de medidas mínimas para coibir abusos da autoridade policial e fazer valer um Estado Democrático de Direito."

Também sobre o assunto e os casos de reiterados abusos policiais (e também *mutatis mutandis*), vejamos trecho do artigo "Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apura o do delito de tráfico de drogas", escrito por Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa e publicado no mesmo Boletim, em junho de 2013 (n.  247):

"Algumas práticas policiais normalizadas Brasil afora reclamam aprofundada crítica e contínua fiscaliza o, a impedir que a persistente

reiteração torne-as imunes à invalidação por parte das autoridades responsáveis pelo sustento de nosso Estado de Direito. Dentre tantas que poderiam ser citadas, neste trabalho chama-se a atenção para as buscas domiciliares realizadas sem mandado judicial, sob o pretexto de se autorizarem pela situação de flagrância que se protraí no tempo no que concerne ao delito de tráfico de drogas. Ou seja, a partir da alegação já desgastada e oca de que o tráfico de drogas é crime permanente, esquentam-se convalidam-se ações policiais que muitas vezes são ilegais em sua origem. (...) Por essa realidade, que assim se constitui a partir da reiteração incontrolada de práticas iguais e incontidas, explicita-se uma situação que se deve sempre temer, por menor e mais pontual que seja, à medida que coloca em risco todo o Estado de Direito. Diz-se da situação em que, pela atuação de agentes públicos, o poder supera o saber, e a violência conservadora do Direito estabelecido ameaça transpor os limites normativos que fazem legítimo seu emprego para a (re)afirmação do sistema que inaugura, tornando-se, assim – ao transpor os limites que se autoinstitui –, violência potencialmente destruidora da própria estrutura jurídica que a reverte para sua conservação."

Com base no pensamento de Jacques Derrida sobre apontamentos de Pascal e Montaigne, chamam a atenção para "o chamado fundamento místico da autoridade, que remete à possibilidade de a violência originária canalizada para a conservação do Direito posto e da autoridade romper os frágeis limites que a contêm e, dessa forma, reverter-se, com todo seu potencial destruidor e caótico, contra a estrutura que a regulava. Pelas mesmas razões, pode se referir a uma dialética ao afirmar que nos subterrâneos do Estado de Direito vive em potência o Estado de polícia,

que ameaça vir à tona e impor-se pela violência incontida por cada fresta que se abre à superação do saber pelo poder, o que se verifica especialmente nos casos em que a autoridade detentora da violência legítima a emprega abusivamente, em contradição às normas que lhe autorizaram o uso da força máxima justificante de sua própria autoridade. “Por isso, o Estado de Direito histórico i.e., o Estado de Direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro do Estado de Direito. É por isso que o modelo ideal do Estado de Direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de Direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentado a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização. Por isso, existe uma dialética contínua no Estado de Direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia.”

Continuam os autores:

"O Estado de polícia que o Estado de Direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca. Quanto maior é a contenção do Estado de

Direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vive-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical ou uma abolição do próprio poder punitivo”. Não são poucos e irrelevantes, portanto, os riscos que envolvem a chancela judicial irrestrita e acrítica às buscas domiciliares realizadas pela polícia independentemente de mandado judicial o que chama a atenção especialmente nas suspeitas de tráfico de drogas. Essa convivência judicial põe em risco o próprio Estado de Direito. Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5.º da Constituição não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio depende da sorte do jogador é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor. (...) Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente e originariamente violadora de direito fundamental. (...) A intenção de incriminar alguém ou a possibilidade de sofrer as mais diversas sanções em razão do abuso na invasão de domicílio são apenas dois dos múltiplos fatores que podem determinar a produção artificial de circunstâncias que, se reais fossem, ensejariam a convalidação da ação, ante a constatação de uma situação de flagrância. Tratando-se de ação autoexecutada sem prévio controle judicial, nada mais simples em termos logísticos do que plantar papelotes, plásticos, notas de pequeno valor, aparelhos de telefonia

celular e alguma quantidade de droga. E ainda que não se presuma m -f e ou dolo, certo   que m s práticas, ainda que movidas pelas melhores intenções, estão arraigadas em nosso cotidiano policial e mesmo judicial. (...) Caminhando para o encerramento,  , portanto, fundamental salientar que o que autoriza a invasão domiciliar   tão somente a flagrância escancarada, passível de demonstra o posterior. Suposições ou suspeitas, ainda que fundadas e baseadas em investigações prévias declaradas ou ocultas, devem ser submetidas ao prévio crivo judicial. E o fundamento   evidente: a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Afinal, como bem assentou o Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, a “lei não permite atalhos” e, se diferente fosse, a residência não seria asilo, nem inviolável (TJRS, 70051270478, j. 13.12.2012). Nessas circunstâncias, os abusos repetem-se e reclamam pronto controle, para que a violência criminosa não mude de mãos e se institucionalize a ponto de fazer ruir o Estado de Direito, realizando mais uma vez o pesadelo do Estado de polícia. Por isso são tão válidos e sempre atuais os pensamentos aqui abordados de Derrida e Zaffaroni, ao alertarem para o cuidado que se há de ter em rela o aos mínimos abusos por quem detenha autoridade. E, diante dos riscos que representam tais abusos especialmente quando institucionalizados, já   hora de se reconhecer que, ainda que seja crime permanente, a invasão policial de um domicílio sem mandado judicial ante a suspeita de tráfico de drogas requer motivos comprováveis e motiva o segura no que tange   necessidade, adequa o e urgência da medida. Do contrário, criminosos são os agentes policiais.”

Aliás, a busca e apreensão indevida em residência como se o local fosse uma "boca de fumo" por erro na constatação do endereço é uma mácula à intimidade e à honra das pessoas que moram no local. A afirmação é da 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que manteve sentença que condenou o estado a indenizar um casal que teve sua residência invadida indevidamente por policiais militares. Cada um receberá R\$ 20 mil por danos morais. Os policiais militares estavam cumprindo um mandado de busca e apreensão para confiscar entorpecentes e produtos de roubos e furtos. Porém, eles entraram em um imóvel diferente do apontado no documento, fazendo a busca indevida na residência do casal, que entrou com a ação pedindo indenização. Após ter sido condenado em primeira instância, o estado recorreu alegando que não foi comprovado o dano moral. Além disso, afirmou que o ocorrido não é causa suficiente para ocasionar dano, “pois os policiais não agiram com excesso ou abuso e estavam atuando no estrito cumprimento do dever legal”. O Estado alegou ainda que a abordagem e detenção nessas circunstâncias não podem nem devem gerar indenização, sob pena de se inviabilizar a própria atividade policial investigativa. Ao analisar o caso, o relator, Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, concluiu que o dano é evidente. Para ele, apesar de o estado alegar que os policiais estavam cumprindo seu dever legal, não há como negar a existência do ato ilícito, porque houve erro no cumprimento do dever. “Evidentemente, a busca e apreensão indevida em residência como se o local fosse 'boca de fumo' por erro na constatação do endereço consiste em mácula à intimidade e à honra das pessoas que moram no local, representando, pois, sofrimento na alma, no espírito, abalo insuscetível, portanto, de

comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito para ensejar a indenização por dano moral”, registrou o juiz em sua decisão (Processo 0801859-33.2013.8.12.0008). Fonte: Consultor Jurídico - Acesso em 28 de outubro de 2014, 16h26.

A propósito, diante das controvérsias surgidas quando das diligências efetuadas pela Polícia Federal em dois gabinetes da Câmara dos Deputados, autorizadas por Ministro da Suprema Corte a pedido do Procurador-Geral da República, afirmou, em nota, o então Presidente, Ministro Gilmar Mendes:

"Cumpre esclarecer que: a) a ordem de busca e apreensão fez-se à luz dos procedimentos de praxe, estando respaldada inteiramente pelas boas práticas do devido processo legal; b) entre as expressas cautelas ressalvadas no cumprimento da decisão, o ministro determinou, primeiramente: I) Ciência prévia, mediante ofício, do Exmo. Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, cuja presença será facultada no acompanhamento das diligências em todas as dependências da Câmara; II) Para evitar repercussões inúteis, mas danosas ao prestígio das instituições e, até, ao bom sucesso das operações, estas devem ser realizadas, de preferência, antes do horário de início do expediente e pela autoridade ou autoridades e agentes policiais descaracterizados, sem informação prévia à imprensa e com toda a discrição que comporte a realização das diligências; Tais excertos demonstram às escâncaras o respeito absoluto aos preceitos constitucionais e processuais compatíveis com o pleno Estado Democrático de Direito vigente no país, restando bem preservada a relação institucional entre os Poderes da República."

Aliás, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal anulou sentença do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenou S.A.C.V. por vários crimes de estelionato e falsificação de documento particular, em concurso material. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 90376. O relator do caso, Ministro Celso de Mello, contou que as provas consideradas ilícitas pelo Juiz de primeiro grau da 19ª. Vara da Comarca do Rio de Janeiro foram colhidas pela polícia quando S.A.C.V. estava sendo preso por outra condenação. Para o ministro Celso de Mello, o Juiz de primeiro grau deixou explícito que agentes policiais invadiram o quarto de hotel de S.A.C.V. contra a vontade dele, quando estavam cumprindo um mandado de prisão expedido por motivo de outro processo condenatório. Entretanto, tal mandado de prisão não viabilizaria a busca e apreensão de objetos que se encontravam no apartamento e que serviram de prova em processo criminal. Ao prover o recurso constitucional, Celso de Mello citou princípio constitucional segundo o qual as provas obtidas por meios ilícitos devem ser repudiadas pelos tribunais por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados (inciso LVI do artigo 5º. da Constituição Federal), uma vez que contaminam a ação penal. Fonte: STF (03/04/2007).

Certa vez, durante um debate acadêmico, perguntado se poderia o Juiz decretar a busca e apreensão de documentos alocados em um dispositivo eletrônico, consignando que o seu cumprimento deva ocorrer por meio da utilização de um malware, assim respondeu Luiz Augusto Sartori de Castro:

"Na ocasião, ainda sem muito refletir sobre o tema, respondi negativamente, pois não se mostraria crível conferir legitimidade a uma a o – dissemina o de malware com o fim de acessar dispositivo eletrônico – cuja prática não   recomendada pela Conven o de Budapeste (esta expressamente sugere que ela seja obstada), embora o Brasil não seja um de seus signatários.   época não vigorava em nosso ordenamento jurídico a Lei 12.707/2012 (Lei Carolina Dieckmann), que, ao acrescentar ao Código Penal o art. 154-A, tentou criar – mesmo que pecando na técnica – um tipo penal que criminaliza o acesso a sistemas computacionais mediante viola o indevida de mecanismo de segurança (tal como ao utilizar um malware), bem como a dissemina o destes a qualquer título. Passados alguns meses deste debate – donde restou prejudicado o aprofundamento do tema dado o contexto em que se inseria – e procedendo a uma análise mais acurada a este respeito, conclui que, de fato, a realiza o de uma busca e apreensão em um dispositivo eletrônico por meio da utiliza o de malwares seria absolutamente ilegal. (...) Conforme cediço, a busca e a apreensão, embora possuam natureza jurídica diferente, em suma, são ‘em nosso direito processual penal, meio de obten o de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios’. Com efeito, segundo dispõe o art. 240 do CPP, existem duas modalidades de busca e, conseqentemente, de meios para se apreender a prova desejada, quais sejam, a domiciliar e a pessoal. Ambas as modalidades, não se nega, impõem a expedi o de mandado judicial para viabilizar o seu

cumprimento, posto ser inegável que estas, levadas a efeito, restringem garantias fundamentais, a saber, aquelas previstas no art. 5.º, III, X e XII, da CF. É bem verdade que o próprio Código aceita a possibilidade de se proceder à busca e apreensão sem a expedição do competente mandado judicial, ex vi os arts. 244 e 245 do CPP. Contudo, como se viu, trata-se de verdadeira exceção, somente aceita em casos específicos e, ainda assim, mediante obediência a certas condições, sob pena de se macular a busca e, conseqüentemente, a apreensão com a pecha da nulidade. Cite-se, a esse respeito, a possibilidade de se proceder à busca e apreensão domiciliar sem o mandado judicial, notadamente quando o seu morador permite a entrada do executor da medida no local para a realização desta. Nestes casos, contudo, como bem adverte Cleunice Bastos Pitombo, a anuência 'há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita, a menos que de modo muito inequívoco se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração; ou de ostensiva não oposição à entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume'. No mesmo sentido é a exigência do próprio Código de Processo Penal para o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em especial os parágrafos de seu art. 245. A este respeito, impende, novamente, citar a lição de Cleunice Bastos Pitombo ao advertir que o executor da busca (autoridade judiciária, policial ou seus agentes), antes de iniciá-la, deve: (1) declarar a sua qualidade e objetivo da diligência (art. 245, § 1.º, do CPP); (2) exhibir e ler o mandado de busca, tirante a autoridade judiciária; (3) intimar o morador: (a) abrir a porta (art. 245, caput) e (b) mostrar o que se procura (§ 5.º). Tal forma de proceder é de extrema relevância para

validade do ato procedimental. O cuidado importa, tamb em, a polícia,   polícia judiciária. Dessa forma, como conclui a citada autora em sua primorosa obra sobre o tema, “o morador deve, previamente, saber quem pretende entrar-lhe na casa e qual o objeto do varejamento”, não podendo “a autoridade ou agente entrar em casa alheia e iniciar a procura sem oferecer a oportunidade ao morador de exhibir e entregar ou apresentar a coisa procurada, sob pena de invalidar a busca, conclui a autora. Como se v e, assim, para que uma busca e apreensão seja considerada v alida, mister se atentar para diversos requisitos, não apenas relacionados   fundamenta o da decisão judicial que expede o mandado como tamb em àqueles de ordem prática, que dizem respeito ao seu cumprimento. E da i o porquê de assentar pela ilegalidade da realiza o de busca e apreensão tendo como meio a utiliza o de um malware. Registre-se que, como já aqui exposto, nestes casos, diversamente do quanto ocorre nas tradicionais buscas e apreensões, dar-se-ia azo   possibilidade – para não dizer regra – de se executar a medida de maneira velada, sem a ciência do acusado. Ter-se-ia, em referida hipótese, a insólita situa o de o acusado sofrer uma busca e apreensão em seus dispositivos eletrônicos sem nunca ter ciência de sua ocorrência ou, ainda e, mais grave, não ter ciência do conteúdo analisado pelos agentes executores, que por certo somente consignariam em auto próprio aquilo que eventualmente viesse a ser apreendido/copiado. Em consequência, teria o acusado e seu defensor que conviver com a d vida acerca do quanto de informa o de seu dispositivo eletrônico tornou-se de conhecimento das autoridades. Sim, porque a depender do grau de sofisticac o do código malicioso, a sua detec o

torna-se quase impossível aos antivírus e demais programas dedicados a combater a ação desses programas."

Ora, diz o autor, "trata-se, sem titubear, de rematado absurdo. Admitir que assim se proceda configura violenta infração a direitos fundamentais, na medida em que estar-se-ia negando a garantia da ampla defesa e do contraditório. Seria o mesmo que retroagir aos regimes ditatoriais, em que os algozes dos acusados escondiam provas sorrateiramente, justamente para neutralizar suas defesas. Hoje, porém, o Pretório Excelso já sedimentou que *quod non est in actis, non est in mundo*. Como orienta a melhor doutrina, as garantias do 'devido processo legal' não admitem prova secreta, sendo aberrantes e inconstitucionais disposições que assim determinarem. Isto para não dizer que, ao se conceber que uma busca e apreensão seja realizada sem o conhecimento do acusado, abre-se margem para que provas sejam coletadas, sem que sejam consignadas em termo próprio, ficando a sua utilização a cargo do acusador, ferindo de morte o princípio da paridade de armas. Some-se a tudo isso, outrossim, que o eventual aceite desse meio de busca e apreensão, sem qualquer dúvida, mitigaria do princípio da não autoincriminação, cuja origem, como cediço, remonta à Quinta Emenda que compõe o Bill of Rights norte-americano, de 1791, baseando-se no fato de que ninguém será constrangido a confessar a prática de crime ou produzir prova contra si próprio. Vale salientar que atualmente a garantia contra a autoincriminação já está consagrada como elemento do devido processo legal (Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Miranda vs. Arizona*, 1966). Aliás, o conteúdo em comento é texto literal do art. 8, 2, "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José

da Costa Rica), da qual o Brasil   signatário, e, sendo assim, equivale, nos termos do art. 5.º, parágrafos 2 e 3, da Carta Magna, a emendas constitucionais, sobrepondo a qualquer interesse processual secundário entabulado no Diploma Penal Adjetivo. Diga-se isso pois, como explicitado no “item 2” do presente, em razão de inexistir meio de um malware infectar um sistema eletrônico sem que o seu legítimo usuário, de algum modo, ainda que inconsciente, permita, resta mais do que evidente que permitir a busca e apreensão por meio de código malicioso faz letra morta o princípio da não autoincrimina o. Isso mesmo, pois como bem pondera João Cláudio Couceiro, “o direito ao silêncio integra um direito maior de todo homem a não colaborar na produ o de qualquer prova que procure prejudicá-lo. (...) e não tem o juiz o poder de determinar a realiza o do ato contra a vontade do acusado”.E nem poderia ser diferente, já que, como advertido por Cleunice Pitombo, a colheita da prova na busca e apreensão, embora prescindida da presença do acusado, caso seja necessária a sua a o (anuência), não pode ser obtida senão de modo voluntário e consciente deste. Veda-se, por conseguinte, o uso de meio fraudulento ou artificioso visando reduzir a percep o do acusado quanto   efetiva realidade dos fatos, justamente o que ocorre quando se usa um malware para propiciar a realiza o de uma busca e apreensão.   que os códigos maliciosos são sempre escamoteados, e.g. em e-mails, links etc., sem alardear a sua existência, até porque, do contrário, infere-se que, se o acusado conseguisse ter a certeza de que o acesso ao e-mail ou link fosse propiciar o meio para que se procedesse uma busca e apreensão em seu dispositivo móvel, este possivelmente agiria de modo diverso.”

E, conclui: "inexiste espaço em nosso ordenamento jurídico para sequer cogitar a realização de uma busca e apreensão em dispositivos eletrônicos por meio de malwares, na exata medida em que aceitar o contrário coloca em xeque toda a lógica constitucional das garantias do acusado no processo penal, resumindo-as a letra morta, algo inconcebível em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, que inclusive as eleva a cláusulas pétreas. (Boletim do IBCCRim – Ano 21, n. 251, outubro de 2013)

Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça não chancela a demora o excesso na medida cautelar; neste sentido:

“Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 21.453 - A medida de busca e apreensão atende, no presente caso, aos requisitos legais que disciplinam sua realização (art.240 e seguintes do CPP). Contudo, há que se reconhecer que a medida excede prazo de duração recomendável, pois realizada há mais de 7 (sete) anos, sendo que não foi deflagrada, até o presente momento, ação penal referente aos fatos em apuração.II - O princípio da razoabilidade, vetor constitucional, embora implícito no texto magno, recomenda que situações como a presente não sejam chanceladas pelo Poder Judiciário, pois se mostram desarrazoadas e divergentes do Estado de Direito.Recurso ordinário provido.”

Comentando a respeito das medidas cautelares aplicadas à investigação dentro do sistema integral de direito penal e, mais propriamente acerca da busca e apreensão, Jacson Zilio, afirma:

"Esta cautelar tem função importante na configuração do conteúdo do processo, já que na maioria das vezes pode servir de forma fundamental para a colheita de elementos de prova. Mas uma questão

problemática surge aqui. É verdade que o delito de posse de objetos ilícitos é sempre crime permanente e que, em razão disso, é possível efetuar a prisão em flagrante independentemente de autorização judicial. Nessa linha de raciocínio, se o crime está ocorrendo dentro de uma residência, a autoridade policial e até o particular podem fazer cessar tal delito, mesmo que sem autorização judicial. Trata-se, portanto, de um argumento que permite relativizar o direito individual de inviolabilidade do domicílio. Tal ensinamento, muito citado pela jurisprudência brasileira, parece consequência básica da natureza dos tipos permanentes, que se prolongam no tempo e que mantêm constantemente o bem jurídico sob ameaça ou lesão. Entretanto, tais conclusões não são tão óbvias e lógicas quanto parecem. É que, se forem levadas ao extremo, podem banalizar o direito individual de inviolabilidade domiciliar previsto no inciso XI do art. 5.º da CF. Como asseverou o ex-ministro **Sepúlveda Pertence**, no julgamento do *HC 76.336-0-SP*, a licitude de uma invasão de domicílio não pode ficar na dependência do êxito ou não da diligência que se resolva empreender. É dizer: a entrada no domicílio não pode, de forma alguma, converter-se num jogo de sorte ou azar. Ademais, tal fundamento é extremamente perigoso, porque pode levar a permitir que particulares assumam funções públicas de polícia, ingressando em domicílios alheios, sempre que “desconfiarem de algum delito”. E se nesse jogo resultasse a sorte, encontrando algo que configurasse um tipo permanente, toda essa ação absurda seria considerada legítima. Também as ações da própria polícia nesse sentido podem subtrair o poder que é apenas do juiz, de relativizar, com controle e fundamentadamente, o acesso aos domicílios privados. É evidente que tal posição extrema ofende

o sentimento de justiça e a tranquilidade social que deve proteger a norma. A banalização do direito individual de inviolabilidade domiciliar pela radicalização do discurso fundado na ideia de tipo permanente configura um dos mais graves ataques ao Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve o Poder Judiciário tomar partido nessa solução. Uma interpretação conforme a Constituição do inciso XI do art. 5.º da CF só é possível como já fez o STF no *HC 76.336-0-SP*, da seguinte forma: se é verdade que qualquer um do povo pode efetuar prisão em flagrante, somente o agente do Estado pode efetuar busca e apreensão, assim mesmo desde que munido de mandado judicial se a medida de natureza cautelar tiver que se efetivar dentro de casa em situação de não urgência. Em suma, a busca e apreensão tem, sempre, que se pautar dentro dos parâmetros do devido processo legal, o que permite concluir que, havendo tempo hábil para buscar a prestação jurisdicional da flexibilização do direito constitucional de inviolabilidade do domicílio, não se pode admitir o ingresso ali nem mesmo da polícia. No corpo dessa decisão consta como fundamentação uma decisão interessantíssima do TJSP, da lavra do Des. **Dante Busana**, que considerou como *prova ilícita* a busca domiciliar realizada por Delegado de Polícia sem mandado judicial, mesmo que, como no caso, o resultado tenha sido deveras significante: na ocasião concretamente narrada, o Delegado de Polícia, que ingressara na residência, insuflado por telefonemas anônimos que davam conta de tráfico de entorpecentes, efetivamente apreendeu maconha e cocaína. No julgamento mencionado, o TJSP asseverou corretamente que *não podia, assim, entrar na casa a pretexto de fazer cessar o crime e prender o seu autor e muito menos, para investigá-lo e prová-lo, mercê de busca não*

autorizada judicialmente. Trata-se aí de prova ilícita, que viola cláusula constitucional *due process of law*, pois colhida com violação das normas e princípios da Constituição e das leis, que são criadas para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Assim, não havendo cumprido a regra da necessidade de mandado judicial, mesmo em se tratando de crime permanente, tudo que fora produzido decorre da transgressão à garantia constitucional prevista no inc. XI do art. 5.º da CF. Tal ilicitude traduzida na apreensão de drogas e arma de fogo nas residências contamina todos os atos posteriores, como expressão da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), firmada e desenvolvida na prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA.. Enfim, não se quer questionar a crença numa investigação eficiente e que respeite as garantias e os direitos fundamentais. Esse tipo de investigação pode se valer das medidas cautelares existentes, sem quebrar as bases do Estado de Direito. Quando o Estado de Direito responde às demandas delitivas com os seus aparatos legítimos, dentro da normalidade de suas leis e suas instituições, mostra que entre quem viola a lei e quem a faz cumprir há uma fronteira ética que os separa. Como disse o **Lord Nicholls de Birkehhead**, quando a Câmara dos Lordes inglesa analisou a lei antiterrorista patrocinada pelo governo conservador de **Blair**, que permitia a prisão sem limite temporal de estrangeiros suspeitos de terrorismo, “*a verdadeira ameaça para vida desta Nação, entendida como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, mas sim de leis como esta*”. Entretanto, se as circunstâncias processuais mostram desrespeito às regras do jogo preestabelecidas, então elas devem ser incluídas na categoria do injusto

culpável e *merecedor de pena*, no injusto culpável e *necessitado de pena* e nas causas de exclusão da pena. Como medida de Justiça, essas graves intervenções ilegítimas podem excluir ou reduzir a culpabilidade do autor, dentro de uma visão integral do sistema de direito penal."

Ademais, "a finalidade da apreensão deve ser bem definida, ou seja, o objeto deve ser relevante ou imprescindível para a elucidação, prova ou mesmo defesa do réu." (Tribunal Regional Federal da 1ª. Região - Apelação nº. 2004.36.00.002911-8/MT (DJU 17.06.05, SEÇÃO 2, P. 37, J. 24.05.05).

Para concluir, conta-se que por volta do ano de 1340, o sucessor da Coroa Portuguesa, D. Pedro I, filho do Rei Afonso IV, se enrabichou com a dama de companhia de sua esposa. O nome dela era Inês de Castro. Como os pais do futuro soberano lusitano não aprovaram a diversão amorosa do filho, mandaram Inês para longe da corte, confinando-a em um castelo perto da Espanha. E para aumentar o drama, a esposa de D. Pedro I, Constança, morreu em 1345. O Príncipe, saudososo das carícias da antiga amante, desobedeceu ao Rei e mandou buscar Inês de Castro, que ficaram juntos por mais de dez anos (tiveram, inclusive, quatro filhos). Nada obstante "a união estável", o Rei mandou três de seus conselheiros matarem Inês e a prole. D. Pedro I, apesar de irado, conformou-se. E assim se passaram mais dois anos, quando o Rei Afonso IV morreu. A partir daquele momento, o Príncipe havia se tornado o Rei de Portugal. Um de seus primeiros atos foi mandar matar os assassinos de sua amada (um deles conseguiu fugir). Logo depois, desenterrou o corpo decomposto de Inês e a posicionou no trono, obrigando toda a corte lusitana a beijar a mão da Rainha. D. Pedro I,

finalmente, havia feito justiça (exercício arbitrário das próprias razões?), mas isto não adiantava para trazer Inês de volta a vida.

Daí vem a expressão “agora a Inês é morta”, como referência à solução de uma situação, cujo desastre já aconteceu e, portanto, de nada mais serve, ainda que eivado de boas intenções. Serve, portanto, para que, doravante, a Polícia obedeça a lei quando realize uma busca e apreensão, pois se corre o risco de, ao final, todo o trabalho realizado "virar água" ou "dar em pizza".

NOTA:

[1] Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

APONTAMENTOS À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA ÁGUA: CONSIDERAÇÕES CONTEMPORÂNEAS AO RECONHECIMENTO DA ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO HUMANO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a

cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Acesso a Saneamento Ambiental. Novos Horizontes. Direitos Sociais.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Acesso ao Saneamento Básico alçado à condição de Direitos Humanos: Um Horizonte de Novos Direitos Sociais

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e

estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos*

governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “*pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana*”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos

reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. *“Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a consequente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”*[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta*

Libertati (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria

encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio

da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos

conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição,*

a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da

propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, dessa maneira, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Ao lado do exposto, opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais*”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “*Dotados de altíssimo*

teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos

fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Acesso ao Saneamento Básico alçado à condição de Direitos Humanos: Um Horizonte de Novos Direitos Sociais

É fato que o estabelecimento de uma legislação nacional de resíduos sólidos encontra arrimo na premissa alargada propiciada pelo princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual incide, inclusive, em sua materialização artificial, ou seja, no ambiente humanamente edificado e modificado. Nesta linha, a gestão dos resíduos sólidos, assim como dos rejeitos passa a ter subsistema próprio que imprescindivelmente reclama interpretação em face do direito ao saneamento básico como garantia de bem-estar assegurado aos habitantes das cidades, consagrado expressamente na Constituição Federal[50]. De outro ângulo, a legislação de regência dos resíduos sólidos deve ser estruturada em uma política concreta de desenvolvimento urbano por parte dos municípios, buscando a promoção da dignidade da população urbana. Consoante magistério apresentado por Celso Fiorillo, “*assim, as regras jurídicas que se aplicam aos resíduos sólidos continuaram a ter gênese constitucional em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial*”[51].

Em harmonia com o ideário edificado pelo Texto Constitucional, alçando o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de elemento de promoção da sadia qualidade de vida e, por extensão, a dignidade da pessoa humana, é denotável que a Política Nacional de Resíduos Sólidos está condicionada aos princípios constitucionais do direito ambiental brasileiro. Com efeito, a

responsabilidade das pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e das que desenvolvam ações atreladas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos é, em regra, solidária e objetiva. Nesta linha, a tábua principiológica constitucional sujeita, também, as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos, tal como aquelas que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, observando-se, imperiosamente, as disposições aplicáveis ao direito criminal ambiental, detentor de arcabouço jurídico próprio.

No mais, oportunamente, cuida pontuar que a lei proíbe, ainda, de forma explícita, o lançamento de resíduos sólidos ou rejeitos a céu aberto, isto é: os denominados “lixões”, como também a fixação de habitações temporárias ou permanentes nas áreas de disposição final de resíduos ou de rejeitos, indicando, de forma clara, a vedação de importação de resíduos sólidos perigosos e rejeitos. Nesta perspectiva, cuida reconhecer que o gerenciamento de resíduos sólidos e rejeitos, na sistemática contemporânea, sobretudo buscando instituir, em consonância com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a promoção do bem-estar dos habitantes das cidades, o estabelecimento de condições fundamentais de existência e preservação da saúde, sobretudo o direito ao saneamento ambiental, conferindo dignidade, maiormente as populações periféricas atingidas pela ausência de planejamento urbano, despidas dos direitos essenciais de existência.

Verifica-se, destarte, que o acesso ao saneamento básico, na condição de direito fundamental, integra o rol dos direitos humanos sociais, responsável por desempenhar função eficaz para a realização da dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade formal e material, com o escopo de assegurar a erradicação da pobreza e da promoção do bem-estar social e ambiental de todos os cidadãos. É fundamental, dessa sorte, reconhecer o direito ao saneamento básico e integrá-lo ao rol dos direitos fundamentais sociais que integram a garantia do mínimo existencial como elemento constituinte da dignidade da pessoa humana, considerando, sobremaneira, o acesso ao saneamento como um direito essencial para o pleno desfrute da vida humana.

REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 jan. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 16 jan. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 16 jan. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 16 jan. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 jan. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 16 jan. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 16 jan. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] Ibid. “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] Ibid. “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] Ibid. “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] Ibid. “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma

forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] Ibid. “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] Ibid.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 16 jan. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] Ibid. “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] Ibid. “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] Ibid. “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] Ibid. “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo

cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa

qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 jan. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jan. 2015.

[51] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 384.

**FACULDADE DE SABARÁ
ANCYLLA MARQUES GONÇALVES**

**INELEGIBILIDADE DE CANDIDATOS COM PROCESSO
CRIMINAL**

SABARÁ
2010

**FACULDADE DE SABARÁ
ANCYLLA MARQUES GONÇALVES**

**INELEGIBILIDADE DE CANDIDATOS COM PROCESSO
CRIMINAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Sabará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora Prof^a. Ms. Cláudia Leite Leonel

SABARÁ
2010

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como intuito tratar as recentes alterações na Lei de Inelegibilidade, advindas da LC nº 135/2010. A referida lei autoriza o indeferimento do registro de candidatura aos que estejam respondendo processos criminais, sem a obrigatoriedade do trânsito em julgado, apenas com decisão proferida por órgão colegiado.

Pretende-se também, debater a constitucionalidade, retroatividade e a aplicação nas eleições de 2010 da LC nº 135, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa. E ainda analisar o processo de impugnação de candidatura.

Palavras-chave: Direitos Políticos, Lei de Inelegibilidade, Lei da Ficha Limpa, Impugnação de Candidatura.

ABREVIATURAS E SIGLAS ADOTADAS

Ac.	–	Acórdão
ADIN	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIME	–	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AIRC	–	Ação de Impugnação de Registro de Candidatura
Art.	–	Artigo
C.R	–	Constituição Federal
C/C.	–	Cominado com
CE	–	Código Eleitoral
EC	–	Emenda Constitucional
Inc.	–	Inciso
L.C.	–	Lei Complementar
Min.	–	Ministro
N°	–	Número
P.	–	Página
PLP	–	Projeto de Lei Popular
PRE	–	Procuradoria Regional Eleitoral
Rel.	–	Relator
RJ	–	Rio de Janeiro
RO	–	Recurso Ordinário
S.T.F	–	Supremo Tribunal Federal
T.J	–	Tribunal de Justiça
T.R.E	–	Tribunal Regional Eleitoral
T.S.E	–	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. DIREITOS POLÍTICOS	07
1.1. DIREITO POLÍTICO POSITIVO (DIREITO DE SUFRÁGIO)	07
1.1.1. CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA	08
1.1.2. CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA	09
1.1.3. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE	10
1.2. DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS	10
1.2.1. INELEGIBILIDADES	11
2. A LEI DE INELEGIBILIDADE	14
2.1. DA LEI	14
2.2. DA LEI COMPLEMENTAR	14
2.3. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90	14
2.4. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010	18
3. CONTROVÉSIAS ACERCA DA LEI DA FICHA LIMPA	19
3.1. A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE	19
3.2. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO NAS ELEIÇÕES DE 2010 E A RETROATIVIDADE DA FICHA LIMPA	21
4. DO PROCESSO DE IMPUGNAÇÃO DA CANDIDATURA	24
4.1. PROCEDIMENTO PARA REGISTRO DA CANDIDATURA	24
4.2. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA – AIRC	25
4.2.1. CONCEITO E FINALIDADE	26
4.2.2. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA	26
4.2.3. MEIOS DE PROVA	28
4.2.4. COMPETÊNCIA PARA JULGAR	28
4.2.5. PROCEDIMENTO PARA IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA	29
5. LEGISLAÇÃO COMPARADA	32
5.1. TRATADO INTERNACIONAL	34
6. DADOS ESTATÍSTICOS	36
7. CONCLUSÃO	38
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar as recentes alterações na Lei de Inelegibilidade, advinda da LC nº 135/2010. As alterações vieram do clamor da sociedade para que os pretensos candidatos que estejam respondendo processos criminais, sem a obrigatoriedade do trânsito em julgado, apenas com decisão proferida por colegiado tenham seu registro de candidatura indeferido.

Deste modo, o problema de pesquisa a ser investigado é a constitucionalidade da LC nº 135/2010 e a aplicação da lei nas eleições de 2010, além da retroatividade da lei a fatos anteriores a sua vigência.

O primeiro capítulo se dedica a conceituar Direitos Político e suas subdivisões, no segundo pretende-se analisar o que é lei e especificamente a lei de inelegibilidade, seu objeto, aplicação e as alterações.

O terceiro capítulo trata das controvérsias acerca das alterações feitas pela LC nº 135/2010, o quarto capítulo apresenta o processo de impugnação do registro de candidatura.

No quinto capítulo faz-se um comparativo das legislações internacionais sobre elegibilidade e no último é traçado uma estatística acerca da aplicação da Lei de Ficha Limpa nas eleições de 2010.

1. DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos são tratados no capítulo integrante do Título II da Constituição Federal de 1988 voltado a enunciar os denominados direitos e garantias fundamentais, especificamente no capítulo IV.

Direitos Políticos são instrumentos previstos na Constituição, que asseguram aos cidadãos brasileiros o exercício da soberania popular atribuindo poderes aos mesmos para interferirem na condução do Estado.

Desta forma, no dizeres de MORAES [2006, p 207]:

“Direitos Políticos é o conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da CR/88. São direitos políticos subjetivos que investem o indivíduo no status active civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.”

Nesse sentido TAVARES [2009, p 776]:

“Os direitos políticos perfazem o conjunto de regras destinadas a regulamentar o exercício da soberania popular. Com isso quer-se significar que a expressão ‘direitos políticos’ é utilizada no sentido amplo, para designar: a) o direito de todos participarem e tomarem conhecimento das decisões e atividades desenvolvidas pelo governo; b) o direito eleitoral; e c) a regulamentação dos partidos políticos. Em síntese, pode-se afirmar que é o conjunto de normas que disciplinam a intervenção, direta ou indireta, no poder.”

1.1 DIREITO POLÍTICO POSITIVO (DIREITO DE SUFRÁGIO)

MORAES [2006, p 211] conceitua o direito de sufrágio como a essência dos direitos políticos. É a capacidade de eleger e ser eleito, ou seja, capacidade eleitoral ativa, o direito de votar, e capacidade passiva, o direito de ser votado.

Sendo assim, deve-se considerar o direito político sob duas variantes: direito políticos ativos e os direitos políticos passivos. Os direitos políticos ativos, denominado também como capacidade eleitoral ativa, consiste na capacidade do cidadão votar para escolher seus representantes em uma democracia representativa, de ser eleitor. Já o direito político passivo, ou

capacidade passiva, consiste na capacidade que o cidadão tem de ser eleito, vale dizer, abrange o estudo da elegibilidade, do direito de ser votado.

A alistabilidade é a aquisição dos direitos políticos que se faz mediante o alistamento eleitoral, obtida no juízo eleitoral do domicílio em que se está fazendo o alistamento. Com isso, garante-se o direito de votar e ser votado desde que preencha os requisitos constitucionais necessários e as condições legais necessárias à inscrição como eleitor.

Por fim, a elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva, dando ao cidadão determinados poderes políticos, mediante eleição popular, desde que se preencham determinados requisitos, denominados condições de elegibilidade.

Assim como a alistabilidade diz respeito à capacidade eleitoral ativa (capacidade de ser eleitor), a elegibilidade se refere à capacidade eleitoral passiva (capacidade de ser eleito).

1.1.1 CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA

A idéia de participação universal nas atividades do Estado encontra-se expressamente prevista na Constituição Federal, em seu art. 14, que diz:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.”

Pode-se classificar o sufrágio em universal ou restritivo (qualificativo). Será universal o sufrágio quando o direito de votar for concedido a todos os nacionais independente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais e de outras condições especiais. E restritivo quando o direito de voto for concedido em virtude de determinadas condições especiais (será ceditário quando necessário preencher qualificações econômicas e poderá ser capacitário quando necessitar apresentar características de natureza intelectual, por exemplo) possuídas por alguns nacionais.

No Brasil adota-se o sufrágio universal, conforme previsão constitucional supramencionado.

O exercício do sufrágio ativo dá-se pelo voto que pressupõe: a) alistamento eleitoral na forma da lei (título eleitoral); b) nacionalidade brasileira (portanto, não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros); c) idade mínima de 16 anos; e não ser conscrito (são os recrutados, para o serviço militar obrigatório. Os engajados no serviço militar permanente não são conscritos) durante o serviço militar obrigatório.

Como exige a Constituição Federal, em seu art.14, §§ 1º e 2º:

“Art. 14. (...)

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativo para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

(...)”

Em regra há a obrigatoriedade do voto para os maiores de 18 anos, salvo os maiores de 70 anos, além dos maiores de 16 e menores de 18 que são a eles facultados o voto. Entretanto, os maiores de 16 e menores de 18 anos uma vez alistados passam a possuir a obrigatoriedade de votar. A obrigatoriedade se verifica apenas no de comparecer às urnas para votar, não sendo o cidadão obrigado a votar em algum candidato, uma vez que possui a faculdade de votar em branco ou até mesmo anular seu voto.

1.1.2 CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA

É a possibilidade de alguém disputar um cargo eletivo. Em suma, é o direito de ser votado. No entanto, só se torna absoluto se o eventual candidato preencher todas as condições de elegibilidade para o cargo ao qual se candidata e, ainda, não incidir em nenhum impedimento constitucionalmente previsto, quais sejam, os direitos políticos negativos.

1.1.3 CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Os direitos políticos autorizam os cidadãos a participarem ativamente do governo de seu país. Essa participação acontece quando eleitores escolhem os seus representantes, opinam em plebiscitos ou referendos, e pela ocupação de cargos políticos. Compreendem, portanto, a junção do direito de votar com o direito de ser votado.

As chamadas condições de elegibilidade constituem requisitos necessários ao direito de ser candidato. São exigências constitucionais ou legais para a realização do registro. Na hipótese de o cidadão não preencher a uma delas não terá a sua disposição o direito de ser votado, pois não lhe será deferido o registro da candidatura.

Constata-se que, apenas com o preenchimento dessas condições é que se adquire o direito subjetivo de concorrer às eleições. Nesse sentido, o parágrafo 3º do artigo 14 da CR/88 traz as seguintes condições de elegibilidade:

*“Art. 14. (...)
§3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei:
I – a nacionalidade brasileira;
II – o pleno exercício dos direitos políticos;
III – o alistamento eleitoral;
IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;
V – a filiação partidária;
VI – a idade mínima de:
a) trinta e cinco anos para presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz;
d) dezoito anos para Vereador.
(...)”*

1.2 DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

Na definição MORAES [2006, p 217]:

“Os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas. [...] A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania. Sua finalidade é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influencia do poder

econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, conforme expressa previsão constitucional (art. 14, § 9, CR/88)."

1.2.1 INELEGIBILIDADES

Para LENZA [2006, p 509]:

"As inelegibilidades são circunstâncias (constitucionais ou previstas em lei complementar) que impedem o cidadão do exercício total ou parcial da capacidade eleitoral passiva, ou seja, a capacidade de elger-se. Restringem, portanto, a elegibilidade do cidadão".

As inelegibilidades podem ser absolutas ou relativas:

a) Inelegibilidade Absoluta

As inelegibilidades absolutas consistem em impedimentos eleitorais para qualquer cargo eletivo, atingindo de forma total o direito do cidadão de ser eleito.

As inelegibilidades absolutas estão taxativamente previstas no art. 14, § 2º, CR/88, dispondo que:

*"Art. 14. (...)
§2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.
(...)"*

Assim sendo, o estrangeiro não pode alistar-se como eleitor por lhe faltar o pleno gozo dos direitos políticos, uma vez que é privativo de brasileiro. O mesmo acontece aos conscritos, aqueles que estão prestando serviço militar obrigatório, e com os menores de 16 anos por ser proibido a estes o alistamento eleitoral. Portanto, como não são alistáveis, também são inelegíveis.

E mesmo possuindo capacidade para alistar-se eleitoralmente, os jovens entre 16 e 18 anos são absolutamente inelegíveis, pelo fato de não ter a idade mínima para concorrerem a qualquer cargo público.

A respeito da nacionalidade brasileira, preenchem as condições de elegibilidade tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados, mas como

forma de garantir a segurança nacional, esta extensão de direitos tem restrições não podendo, portanto, concorrer a determinados cargos, conforme art. 12, § 3º da CR/88:

*“Art. 12(...)
§3º São privativos de brasileiro nato os cargos:
I – de Presidente e Vice-Presidente da República;
II – de Presidente da Câmara dos Deputados;
III – de Presidente do Senado Federal;
(...)”*

b) Inelegibilidade Relativa

As inelegibilidades relativas consistem em restrições que impedem a eleição do cidadão para determinado cargo eletivo ou mandato, em razão de circunstâncias ou motivos específicos, previstas na CR/88 ou em lei complementar, conforme previsão do art. 14, § 9º da Magna Carta.

Conforme MORAES [2006, p 219]:

“As inelegibilidades relativas, não estão relacionadas com determinada característica pessoal daquele que pretende candidatar-se, mas constituem restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em razão de situações especiais existentes, no momento da eleição, em relação ao cidadão. [...] O relativamente inelegível possui elegibilidade genérica, porém, especificamente em relação a algum cargo ou função eletiva, no momento da eleição, não poderá candidatar-se.”

As inelegibilidades relativas estão previstas no art. 14, § 5º ao §9º da CR/88. Ocorrerá por motivos funcionais, por motivos de casamento, parentesco ou afinidade, em relação aos militares e por previsões de ordem legal.

A inelegibilidade relativa por motivo funcional impede que o Presidente da República, os Governadores do Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houverem sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito para os mesmos cargos, concorram ao mesmo cargo para um terceiro período subsequente.

Da mesma forma, são relativamente inelegíveis, dentro do território de jurisdição do titular, o cônjuge, os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção quanto aos cargos de Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal ou de Prefeito. Aplica-se tal regra a quem tiver ocupado aqueles cargos em substituição nos 6

(seis) meses anteriores ao pleito, salvo se já for titular de cargo eletivo e candidato a reeleição.

Já os militares podem ser eleitos, desde que atendidas as condições impostas pelo parágrafo 8º do artigo 14 da CR/88, que são:

“Art. 14 (...)

§8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I – Se contar menos de 10 anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – Se contar mais de 10 anos, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato de diplomação, para a inatividade.”

E para finalizar, o art. 14, § 9º da CR/88, autorizou a edição de lei complementar para regular outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação.

2. A LEI DE INELEGIBILIDADE

2.1 DA LEI

TAVARES [2009, p 1199] citando Montesquieu “As leis defrontam-se sempre com as paixões e os preconceitos do legislador. Algumas vezes, passam através deles e por eles são manchadas; outras ficam entre eles e a eles se incorporam”. O que pode se extrair do pensamento de Montesquieu é que a lei é o resultado dos anseios da sociedade. É forma de tentar adequar a lei à realidade vivida em determinada época.

2.2 DA LEI COMPLEMENTAR

TAVARES [2009, p 1234 e 1235] cita Celso Bastos que conceitua essa espécie normativa como “toda aquela que contemple uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência, repele normações heterogêneas, aprovada mediante um *quórum* próprio de maioria absoluta”. O conceito de lei complementar é composto de dois elementos que são: matéria e *quórum* próprios. Assim só é cabível em determinadas matérias, taxativamente prevista Constituição mediante *quórum* de maioria absoluta.

2.3 LEI COMPLEMENTAR N° 64

A primeira redação dada ao parágrafo 9º do artigo 14 da CR/88 não autorizava o legislador fixar impeditivos à apresentação de candidatura por quem ostentasse máculas em sua vida pregressa.

“Art. 14. (...)

§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. (GRIFEI)

A LC nº 64/90 atendia em parte o que determinava a Constituição Federal em seu § 9º do art. 14. Em 1994 com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 4, o texto original passou por significativa alteração, passando a atual redação:

“Art.14 (...)

§ 9º. Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta”.(GRIFEI)

Esta Emenda Constitucional acrescentou princípios constitucionais que deverão ser considerados para o exercício do mandato, além da vida pregressa do candidato, o que levou alguns juristas a entender que isso também constituiria em mais hipóteses de inelegibilidades. Ou seja, sustentam a auto-aplicabilidade do art. 14, § 9º da Constituição Federal. É o que pensa SILVA [2007, p 388]:

“[...] As inelegibilidades têm por objetivo proteger a probidade administrativa, a normalidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art.14, § 9º). Entenda-se que a cláusula “contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função...” só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições. Isso quer dizer que “a probidade administrativa” e “a moralidade para o exercício do mandato” são valores autônomos em relação àquela cláusula; não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e imoralidade, aí, conspurcam só por si a lisura do processo eleitoral”.

Igualmente, é o que também conclui o Min. José Delgado, do TSE, em julgamento do Recurso Ordinário nº 1133/RJ, ementa passa-se a transcrever:

“RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. INDEFERIMENTO. REGISTRO DE CANDIDATURA. EXAME DE VIDA PREGRESSA. ART. 14, § 9º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MÓRALIDADE E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL. PROVIMENTO. 1.O art. 14, § 9º, da CF, deve ser interpretado como

contendo eficácia de execução auto-aplicável com o propósito de que seja protegida a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato. 2.A regra posta no art. 1º, inciso I, g, da LC nº 64, de 18.05.90, não merece interpretação literal, de modo a ser aplicada sem vinculação aos propósitos da proteção à probidade administrativa e à moralidade pública.3.A autorização constitucional para que Lei Complementar estabelecesse outros casos de inelegibilidade impõe uma condição de natureza absoluta: a de que fosse considerada a vida pregressa do candidato. Isto posto, determinou, expressamente, que candidato que tenha sua vida pregressa maculada não pode concorrer às eleições. 4.A exigência, portanto, de sentença transitada em julgado não se constitui requisito de natureza constitucional. Ela pode ser exigida em circunstâncias que não apresentam uma tempestade de fatos caracterizadores de improbidade administrativa e de que o candidato não apresenta uma vida pregressa confiável para o exercício da função pública.5.Em se tratando de processos crimes, o ordenamento jurídico coloca à disposição do acusado o direito de trancar a ação penal por ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia. Em se tratando de acusação de prática de ilícitos administrativos, improbidade administrativa, o fato pode ser provisoriamente afastado, no círculo de ação ordinária, por via de tutela antecipada, onde pode ser reconhecida a verossimilhança do direito alegado. 6.No entanto, no julgamento do RO nº 1.069/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, sessão de 20.9.2006, esta Corte assentou entendimento segundo o qual o pretense candidato que detenha indícios de máculas quanto a sua idoneidade, não deve ter obstaculizado o registro de sua candidatura em razão de tal fato. 7.Desta forma, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, alinho-me a novel jurisprudência do TSE, ressaltando o meu entendimento.8.Recurso ordinário provido.” (TSE, Ac. nº 1133, de 21.6.2006, rel. Min. José Delgado). (GRIFEI)

Porém esse pensamento não é unânime. Há jurista que entendem de forma contrária. É o que se pode observar no julgamento do Ministro Fernando Neves da Silva:

"INELEGIBILIDADE. CONDENAÇÃO CRIMINAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 14, § 9.º. SÚMULA N.º 13 DO TSE. 1. A existência de sentença criminal condenatória, sem o trânsito em julgado, não é suficiente para ocasionar inelegibilidade. 2. O art. 14, § 9.º, da Constituição não é auto-aplicável. 3. Necessidade de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato poderá levar à sua inelegibilidade, bem como os prazos de sua cessação. 4. Recurso provido para julgar improcedente a impugnação e deferir o registro da candidatura". (TSE-RESP-EL, 18.047, j. de 29.09.2000, rel. o eminente Min. Fernando Neves da Silva). (GRIFEI)

Se analisarmos a letra da lei, o artigo 1º da Lei Complementar 64/90 ainda não traz essas hipóteses de inelegibilidade autorizadas pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94.

*“Art. 1º São inelegíveis:
I – para qualquer cargo:
(...)*

*e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;
(...)”*

O texto original foi alterado justamente para prever que a vida pregressa deve constituir elemento a ser aferido ao tempo da apreciação dos pedidos de registro das candidaturas, porém a LC n° 64/90 continua a reportar-se apenas à superada redação inicial da norma constitucional mencionada.

Mas o que se percebe é que a LC n° 64, de 1990 (Lei de Inelegibilidade) não é eficaz, pois determina que a condenação deve ser em última instância. Isso permite que os réus lancem mão de recursos protelatórios e continuem se candidatando ao longo de muitos anos. Como forma de solucionar essa celeuma seria necessário um aprimoramento da legislação que possibilitaria corrigir uma falha do sistema eleitoral, causada pela informação imperfeita sobre as características dos candidatos, pelos interesses diversos dos eleitores e pela incredibilidade das promessas eleitorais.

Assim sendo, o instrumento para o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade só poderá ser a lei complementar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Igualmente, na medida em que se trata de restrições a direitos fundamentais, somente novas inelegibilidades relativas poderão ser definidas, já que as absolutas só se justificam quando estabelecidas na CR/88 e, no entendimento de Pedro Lenza, pelo poder constituinte originário, sob pena de ferir direito e garantias individuais.

Um projeto com essa finalidade (PLP 168/93) tramitava na Câmara dos Deputados desde 1993 e, depois de muitas discussões, agora em 2010, foi aprovado. Assim, criou-se a lei complementar n° 135, de 4 de junho de 2010 que:

“Altera a lei complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da constituição federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.”

2.4 LEI COMPLEMENTAR Nº 135 DE 2010

A Lei Complementar nº 135/2010 teve sua origem em um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu mais de 1,3 milhão assinaturas (1% do eleitorado nacional) nos 26 estados da federação e no Distrito Federal. A nova lei ficou conhecida publicamente como “Lei da Ficha Limpa” por prever que candidatos que tiverem condenação criminal por órgão colegiado, ainda que caiba recurso, ficarão impedidos de se candidatar, por tornarem-se inelegíveis.

Esta ação popular teve o apoio de várias entidades como o MCCE (Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral), responsável pela iniciativa da apresentação do projeto no Congresso – a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

Em 05 de maio o Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e no dia 19 de maio de 2010 foi aprovado no Senado Federal por votação unânime. No dia 04 de junho de 2010 foi sancionado pelo Presidente da República, transformando-se na LC nº 135 e publicada no Diário Oficial da União em 07 de junho de 2010.

Assim, a lei torna inelegível quem tenha sido condenado pela Justiça Eleitoral em decisão transitada em julgado ou por órgão colegiado, para as eleições que se realizarem durante os próximos 8 (oito) anos. Ou seja, a nova lei prevê que candidatos que tiverem condenação criminal a partir da segunda instância e mesmo que não tenha transitado em julgado, ficarão impedidos de obter o registro de candidatura, pois serão considerados inelegíveis.

Ainda prevê a possibilidade de um recurso a órgão colegiado superior a fim de garantir a candidatura. E sendo permitida a candidatura, o processo contra o político ganha prioridade na tramitação.

3. CONTROVÉSIAS ACERCA DA LEI DE FICHA LIMPA

A Lei de Ficha Limpa (LC n° 135) dispõe em seu art. 5°:

“Art. 5° Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.”

Assim, ficou determinado que no dia 7 de junho de 2010 (data da publicação) já se poderia indeferir registro de candidatura baseado no novo dispositivo. Ou seja, candidatos com maus antecedentes não mais poderiam concorrer a cargos eletivos.

Iniciada a fase de registro de candidatura, começam a surgir casos concretos que suscitam alguns questionamentos. Dos quais podemos destacar os mais importantes:

3.1 A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE

A corrente que considera a inconstitucionalidade, baseia-se no art. 5°, LVII da CR/88 que estabelece:

“Art. 5°. (...)

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)”

Argumenta-se em defesa da inconstitucionalidade do dispositivo que ao impedir o registro da candidatura de um indivíduo condenado em segunda instância fere um direito fundamental do indivíduo, pois a ele é imputada culpa antes do trânsito em julgado de sentença penal.

Outro argumento a favor da inconstitucionalidade baseia-se no art. 15, inc. III da CR/88:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

(...)”

Para os que argumentam com base nesta previsão constitucional, tornar uma pessoa inelegível equivale a cassar os seus direitos políticos, e tal cassação só pode ocorrer quando do trânsito em julgado da condenação criminal, como disposto no art. 15, III, CR/88. Porém, já tem jurisprudência no STF estipulando que inelegibilidade não equivale à cassação de direitos políticos, conforme voto extraído do informativo nº 46 do Ministro Sydney Sanches relativo à Adin nº 1.493-5, Distrito Federal.

“EMENTA: (...)

1. Não pode ser conhecida a Ação Direta de Inconstitucionalidade, no ponto em que impugna Súmulas do T.S.E., por falta de possibilidade jurídica, já que não se trata de atos normativos (art. 102, I, "a", da C.F.). Precedentes do S.T.F. 2. É cabível a ADI, na parte em que impugna a alínea "e" do inciso I do art. 1º da LC 64/90 e seu parágrafo 2º. 3. Sua plausibilidade jurídica, porém, não é de ser reconhecida ("fumus boni juris"), para efeito de concessão de medida cautelar, para sua suspensão. É que, se tais dispositivos não encontravam apoio claro na redação originária do § 9º do art. 14 da C.F., passaram a tê-lo em sua redação atual, dada pela E.C. nº 4/94, que possibilita o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, por Lei Complementar, "a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida progressiva do candidato". 4. Não procede, também, a um primeiro exame, a alegação de ofensa ao art. 15 e seu inciso III da C.F., segundo os quais "é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos". É que os textos impugnados não tratam de cassação de direitos políticos, de sua perda ou suspensão, mas, sim, de inelegibilidades. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, em parte, mas, na parte em que conhecida, resta indeferida a medida cautelar de suspensão da alínea "e" do inc. I do art. 1º e de seu parágrafo 2º, todos da LC nº 64/90. 6. "Decisão unânime." (GRIFEI)

Como já apontado acima pelo Ministro Sydney Sanches, não procede, também, a alegação de ofensa ao art. 15 e seu inc. III da CR/88, segundo os quais "é vedada à cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos". Pois os textos impugnados não tratam de cassação de direitos políticos, de sua perda ou suspensão, e, sim, de inelegibilidades.

Em suma, os argumentos defendidos não são capazes de sustentar a tese de inconstitucionalidade, pois uma vez alterada a lei, pode-se impedir o acesso dos condenados, pelos crimes na lei especificados.

Impedir uma candidatura não significa considerar alguém culpado ou imputar-lhe uma pena. Um exemplo, que elucida bem o caráter de não pena das inelegibilidades é o caso dos cônjuges de governadores no exercício de segundo mandato consecutivo, e essa situação jamais poderia ser caracterizada como crime.

Impedir a candidatura significa uma medida preventiva de proteção do interesse público. Uma vez não confirmada à culpa em sentença transitada em julgado, restitui-se a elegibilidade ao inocentado.

3.2 POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO NAS ELEIÇÕES DE 2010 E A RETROATIVIDADE DA FICHA LIMPA

Para os que não vêem a possibilidade da aplicação da Lei Ficha Limpa nas eleições de 2010 é usado o argumento com base no art. 16 da Constituição Federal de 1988, determina que:

“Art. 16: A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência.”

O artigo supracitado consagra o princípio da anualidade eleitoral e como a lei ficha limpa altera o processo eleitoral não poderia ser aplicada às eleições de 2010, haja vista que entrou em vigor no dia 07 de junho de 2010, quatro meses apenas antes das eleições ocorrerem.

Sendo assim, sua eficácia deveria ser limitada pelo artigo 16 da Constituição Federal, uma vez que a lei que altera o processo eleitoral só se aplica às eleições que ocorrerem um ano após a sua vigência.

O Tribunal Superior Eleitoral foi provocado para consultas em sessão administrativa. Uma dessas consultas foi feita pelo Senador Artur Virgílio (PSDB-AM) e durante o julgamento desta consulta os ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) concluíram que a Lei Ficha Limpa vale já para a

eleição deste ano. De acordo com a lei, os políticos que forem condenados por tribunais estão impedidos de disputar um cargo eletivo.

Após estas consultas o TSE firmou entendimento no sentido de que a Lei Complementar n° 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, pode ser aplicada a partir das eleições deste ano. Além de alcançarem fatos ocorridos antes da sua vigência.

Porém, esta definição tinha apenas o caráter de orientação e após a entrada em vigor da Lei Ficha Limpa vários candidatos barrados pela lei ajuizaram ação para terem o direito de se candidatar alegando que lei seria inconstitucional ou que ela não poderia valer para este ano.

É o caso do candidato a Deputado Federal, Paulo Maluf, que teve seu registro de candidatura indeferido. Os pedidos de impugnação foram feitos pelo Ministério Público Eleitoral e pelo advogado Adib Abdouni.

E por quatro votos a dois, os juízes do TRE de São Paulo rejeitaram a candidatura por ter sido condenado por improbidade administrativa.

De acordo com o jornal folha UOL:

“Ao todo, ele responde a quatro procedimentos criminais no STF - um inquérito e três ações penais. O mais antigo deles, a ação penal 458, começou na Justiça de São Paulo em 2001 e poucos se arriscam a dizer quando será concluído. Refere-se à acusação do Ministério Público de São Paulo de que Maluf, à frente da prefeitura paulistana (1993-1996), fraudou o orçamento para gastar mais no seu último de governo, deixando para o seu sucessor um rombo de R\$ 1,2 bilhão. Os outros casos tiveram origem em investigações do Ministério Público que apontaram desvios de recursos públicos da construção do túnel Ayrton Senna e da avenida Roberto Marinho. Um deles levou à prisão preventiva de Maluf por 40 dias em 2005”.

O candidato, Paulo Maluf apresentou recurso, porém de acordo com o Ministro Marco Aurélio, o recurso foi apresentado fora do prazo. No entanto, como foi absolvido da condenação que o levou a se enquadrar na Lei de Ficha Limpa, Maluf, que recebeu quase 500 mil votos, pode assumir seu cargo de Deputado Federal.

Os que estavam a favor da aplicação da lei naquele mesmo ano alegaram, entre outros motivos, que a lei não alteraria o processo eleitoral, mas apenas as regras para inscrição dos candidatos.

Nas palavras do presidente do TSE, ministro Ricardo Lewandowski, a Lei da Ficha Limpa “não promoveu alteração no processo eleitoral que

rompesse com as regras atuais, mas apenas criou um novo regramento linear e isonômico que levou em conta a vida pregressa dos candidatos, de forma a procurar preservar a moralidade das eleições”.

Com relação à retroatividade da Ficha Limpa a fatos anteriores a sua vigência, o TSE consolidou o entendimento de que a Lei da Ficha Limpa pode alcançar casos pretéritos e abranger condenações por crime eleitoral anteriores à entrada em vigor da nova lei.

No julgamento do caso de Francisco das Chagas, condenado por captação ilícita de votos nas eleições de 2004 com base no artigo 41-A da Lei das Eleições (9.504/97), ficou inelegível por três anos. Mas a partir da edição da nova lei, sua condição de inelegível passou para oito anos a contar das eleições de 2004, quando disputou o cargo de vereador pelo município de Itapipoca (CE).

No caso em tela, a ministra Cármen Lúcia manifestou-se no sentido de que inelegibilidade é mero ato declaratório consequente de uma sentença. Afirmando: “A meu ver não se está diante de aplicação de punição pela prática de ilícito eleitoral, mas de delimitação no tempo de uma consequência inerente ao reconhecimento judicial de que o candidato, de alguma forma, não cumpre os requisitos necessários para se tê-lo como elegível”. “O registro eleitoral é aceito se e quando atendidos os requisitos previstos na legislação vigente no momento de sua efetivação”. Na mesma linha votaram os ministros Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido e o presidente da Corte, Ricardo Lewandowski.

Em sentido contrário foram o min. Marcelo Ribeiro (relator do recurso) e o min. Marco Aurélio que votaram no sentido de que a LC nº 135/2010 não poderia alcançar casos anteriores à sua entrada em vigor. “Creio que precisamos ter presente a primeira condição de segurança jurídica que é a irretroatividade normativa”, salientou Marco Aurélio ao votar pelo provimento do recurso de Francisco das Chagas para garantir-lhe o registro de candidatura. Mas o entendimento de Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro foi vencido pela corrente defendida pelos demais integrantes da Corte.

4. DO PROCESSO DE IMPUGNAÇÃO DA CANDIDATURA

A impugnação deve versar sobre requisitos de elegibilidade do candidato, assim sendo, sua previsão se encontra na Constituição Federal no art. 14 e §§ e na LC n° 64/90.

Marcos Ramayana [2005, p 172], apronta a base legal dessa ação:

“Os arts. 3º a 17 da Lei Complementar nº 64/90 (Leis das Inelegibilidades), disciplinam a ação de impugnação de registro de candidatos. Para cada eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expede uma resolução referente ao registro de candidatos que forma o arcabouço normativo. Registrem-se, ainda, os arts. 10 a 16 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), que tratam do registro de candidatos, e os arts. 82 a 102 do Código Eleitoral.”

Como disciplina MICHELS [2006, p 125], a legislação eleitoral brasileira admite 4 (quatro) procedimentos para arguir as inelegibilidades que são: As Ações de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), de Mandato Eletivo (AIME), o Recurso contra a Diplomação, Investigação Eleitoral.

O objeto de estudo deste trabalho será apenas a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, que tem como objetivo impedir a posse do candidato no cargo político, deixando os demais para uma outra oportunidade. Mas antes de adentra ao tema principal - impugnação de candidatura - é de extrema importância explanar sobre como funciona o processo de registro de candidatura.

4.1 PROCEDIMENTO PARA REGISTRO DA CANDIDATURA

Após o candidato ser escolhido em uma convenção partidária (pode ser de natureza nacional, regional ou municipal) cabe a convenção entregar a documentação pertinente, dentro do prazo previsto no calendário eleitoral, para Justiça Eleitoral nas suas esferas de competência examinar o registro.

Enquanto não adquirir o registro o pré-candidato tem uma expectativa de ser candidato. E para adquirir o registro o pré-candidato tem que juntar alguns documentos, que estão disciplinados nas resoluções decorrentes do poder

normativo do Tribunal Superior Eleitoral e no artigo 94, § 1º e incisos do Código Eleitoral:

“Art. 94. O registro pode ser promovido por delegado de partido, autorizado em documento autêntico, inclusive telegrama de quem responda pela direção partidária e sempre com assinatura reconhecida por tabelião.

§ 1º O requerimento de registro deverá ser instruído:

I - com a cópia autêntica da ata da convenção que houver feito à escolha do candidato, a qual deverá ser conferida com o original na Secretaria do Tribunal ou no cartório eleitoral;

II - com autorização do candidato, em documento com a assinatura reconhecida por tabelião;

III - com certidão fornecida pelo cartório eleitoral da zona de inscrição, em que conste que o registrando é eleitor;

IV - com prova de filiação partidária, salvo para os candidatos a presidente e vice-presidente, senador e respectivo suplente, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito;

V - com folha-corrída fornecida pelos cartórios competentes, para que se verifique se o candidato está no gozo dos direitos políticos (Art. 132, III, e 135 da Constituição Federal);

VI - com declaração de bens, de que constem à origem e as mutações patrimoniais.”

Os Promotores Regionais Eleitorais, membros do Ministério Público, no caso do registro da candidatura emitem seus pareceres sobre esses documentos.

Com relação à competência para julgar, cabe ao o Tribunal Regional Eleitoral julgar os registros referentes ao Governador, Senador, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Deputados Distritais; ao Juiz Eleitoral julgar os registros a Prefeito, vice-prefeito e vereador; e ao Tribunal Superior Eleitoral julgar os registros referentes à Presidente e vice-presidente da República.

4.2 AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA – AIRC

A Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura tutela a normalidade e legitimidade das eleições, está prevista no art. 97 do Código Eleitoral e no art. 3º da Lei Complementar nº 64/90. A impugnação ocorrerá nas hipóteses em que o candidato incorrer em uma das causas de inelegibilidade, exemplos: quando estiver com direitos políticos suspensos, não tiver se desincompatibilizado no prazo. Ou seja, os motivos que poderão ser alegados

nas ações de impugnação pode ser a ausência de condições de elegibilidade e/ou a ocorrência das causas de inelegibilidade na candidatura.

4.2.1 CONCEITO E FINALIDADE

Como conceitua MICHELS [2006, p 145 e 146] a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura é o processo, com natureza jurídica de uma verdadeira ação judicial, que visa impedir a homologação judicial da inscrição de um candidato no pleito eleitoral. Ou seja, tem como objetivo evitar a inscrição do candidato na fase preparatória do processo eleitoral, que antecede a eleição. Assim, tem existência num certo momento do processo eleitoral, que se inicia nos cinco primeiros dias da publicação do pedido de registro (art. 3º, LC nº 64/90) e se encerra, conforme calendário eleitoral, no dia 25 de agosto (para as eleições de 2010), quando todas as ações terão de estar definitivamente julgadas. É a primeira oportunidade, que a Justiça Eleitoral tem de decidir sobre essa matéria.

4.2.2 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Legitimidade passiva recai sobre o pretense candidato não registrado. Quanto à legitimidade ativa é estabelecida pelo art. 3º da LC nº 64/90:

“Art. 3º. Caberá a qualquer candidato, partido, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.”

Nota-se no dispositivo mencionado que o cidadão comum não é competente para a propositura de impugnação de registro de candidatos. Entretanto, o art. 38 da resolução nº 23.221/2010 prevê a possibilidade de o eleitor representar perante o Juiz Eleitoral.

“Art. 38. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderá, no prazo de 5 dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao Juiz Eleitoral, mediante petição fundamentada, apresentada em duas vias.”

No caso de haver uma coligação entre partidos, somente a coligação poderá ser o pólo ativo no processo de impugnação, não sendo permitido o partido isoladamente.

Para que o pré-candidato seja parte ativa na ação, não é necessário que tenha sua candidatura deferida, basta apenas ter sido escolhido pela convenção e ter seu pedido de registro ajuizado, uma vez que este também se encontra no período de processamento do seu registro. Assim, o pré-candidato impugnado poderá impugnar outros pré-candidatos, enquanto não seja julgada procedente a sua impugnação.

Com relação ao Ministério Público, a LC nº64/90, em seu art.3º define:

“art. 3º

§1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.”

É indispensável à presença de advogado para ajuizar a Ação de Impugnação ao Registro de Candidato. Nesta ação tem contraditório, ampla defesa e são tratadas várias questões referentes à natureza constitucional e infraconstitucional, assim é necessária capacidade postulatória para promovê-la. Porém, esta questão não é pacífica e há uma parte da doutrina que se posiciona no sentido de ser dispensável à presença do advogado ferindo a *ratio legis* do artigo 133 da Magna Carta.

“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Faz-se necessário transcrever a Ementa:

“RECURSO – INVESTIGAÇÃO – ART 41-A DA LEI N. 9.504/1997. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO REPRESENTANTE PARTIDÁRIO – ACOLHIMENTO – FALTA DE PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO PROCESSUAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO.

A participação do advogado no processo judicial eleitoral perante a Justiça Eleitoral é indispensável. As hipóteses de dispensa de exclusividade do jus postulandi aos advogados estão taxativamente previstas na Lei n. 8.906, de 4.7.1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB – interpretada conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (ADin-MC 1.127), dentre as quais não se enquadra a

postulação no âmbito da Justiça Eleitoral. Interpretação dos arts. 133 da Constituição da república e art. 1º da Advocacia e da OAB”.

O candidato, partido ou coligação tem a capacidade processual para litigar, contudo, a legitimidade postulatória é do advogado.

4.2.3 MEIOS DE PROVA

Alude o § 3º do art.3º da LC n° 64/90:

“Art. 3º

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).”

Na propositura da Ação de Impugnação de Registro de Candidatos, o impugnante deve especificar que meios de prova pretende produzir para comprovar os fatos alegados, podendo arrolar, no máximo, 6 (seis) testemunhas que deveram comparecer por iniciativa das partes para inquirição judicial e serão ouvidas em uma só assentada.

Na contestação, o impugnado pode juntar prova documental (meio mais comum), arrolar testemunhas ou requerer a produção de outros meios de provas, inclusive provas documentais que esteja em poder de terceiro, em repartições públicas ou em processos judiciais ou administrativos sob pena de prisão por crime de desobediência, salvo os que tramitem em segredo de justiça.

4.2.4 COMPETÊNCIA PARA JULGAR

Segundo o artigo 2º da LC n° 64/90:

“Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade.

Parágrafo único. A arguição de inelegibilidade será feita perante:

I - o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital;

III - os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.”

Assim como no registro de candidatura cabe ao TSE julgar a candidatura do presidente e vice-presidente da República, ao TRE a candidatura a Senador, Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital e ao Juiz Eleitoral o Prefeito e Vereador.

4.2.5 PROCEDIMENTO PARA IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA

A LC n° 64/90 em seus artigos 3° ao 9°, estabelece o procedimento para impugnação da candidatura, denominado por Vera Maria Nunes Michels [2006, p 146] como roteiro prático:

- **Petição inicial** no prazo de 5 dias da publicação do registro (art 3° *caput* da LC n° 64/90);
- **Notificação do impugnado** e intimação do Ministério Público, senão for o impugnante;
- **Apresentação da Contestação**, em 7 dias, após a notificação, onde deverá apresentar todos os meios de prova necessários à defesa (art 4° da LC n° 64/90);
- **Julgamento antecipado da lide** ou **despacho saneador**;
- **Inquirição de testemunhas** em 4 dias depois do fim do prazo para contestação.(art. 5° da LC n° 64/90);
- **Diligências**, de ofício ou a requerimento das partes: Oitiva de terceiros e testemunhas no prazo de 5 dias seguintes à inquirição de testemunhas. (art. 5° da LC n° 64/90);
- **Alegações finais** das partes (encerrada a dilação probatória) no prazo de 5 dias (art 6° da LC n° 64/90);
- **Conclusão dos autos** no dia imediato ao fim do prazo das alegações, prazo de 1 dia (art. 7° da LC n° 64/90);
- **Julgamento** no prazo de 3 dias após encerrado o prazo para alegações finais, os autos serão conclusos ao juiz, ou ao Relator, para sentença ou julgamento pelo Tribunal (art. 8° da LC n° 64/90);

Se o juiz eleitoral não apresentar a sentença no prazo dos 3 (três) dias, o prazo para recurso só começará a correr após a publicação da mesma por edital, em Cartório, com aplicação de penalidade pelo atraso, se for o caso.(art. 9º da LC nº 64/90)

- **Recurso no TRE** prazo de 3 dias da publicação da sentença (art. 8º da LC nº 64/90);

- **Contra razões** no prazo de 3 dias a partir da protocolização da petição de recurso (art. 8º, § 1º da LC nº 64/0);

O recurso oferecido será autuado, apresentado ao Presidente e distribuído a um relator, na mesma data, devendo este abrir vista ao Procurador regional pelo prazo de 2 (dois) dias.

Findo o prazo e devolvidos os autos, com ou sem parecer da Procuradoria, estes serão reencaminhados ao Relator, que os apresentará em plenário para julgamento em 3 (três) dias, independentemente de publicação em pauta.

- **Recurso no TSE** no prazo de 3 dias contados do dia posterior ao julgamento da decisão do TRE art.. 276, inc I, CE

Da mesma forma, será autuado, apresentado ao Presidente e distribuído a um relatora, abrindo vista ao Procurador regional pelo prazo de 2 (dois) dias. Terminado o prazo e devolvidos os autos, com ou sem parecer da Procuradoria, estes serão reencaminhados ao Relator, que os apresentará em plenário para julgamento em 3 (três) dias, independentemente de publicação

Conforme art. 15, registro será negado, após o trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ou deferido, o que o torna plenamente elegível.

Os prazos são peremptórios e contínuos, como dispõe o art. 16 da LC nº 64/90.

O seu art. 17, a Lei de Inelegibilidade faculta ao partido político ou coligação substituir o candidato considerado inelegível, mesmo que a decisão passada em julgado tenha sido proferida após o termo final do prazo de registro, caso em que a respectiva Comissão Executiva do partido fará a escolha do candidato no caso de indeferida o registro de candidatura do pretense candidato.

O Tribunal Superior Eleitoral entende que, em caso de recurso às instâncias superiores por indeferimento de registro em primeira instância, o candidato pode continuar sua campanha, podendo ainda, concorrer, mesmo antes que seu recurso seja apreciado e julgado pelo TSE. Porém, seus votos só serão válidos se seu registro for, finalmente, deferido. Caso contrário, serão considerados nulos, é o que dispõe o art. 175, § 3º do CE. É também o que determina a Resolução nº 21.608, de 5 de fevereiro de 2004:

"Art.60. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver sub judice, prosseguir em sua campanha e ter o seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior."

5. LEGISLAÇÃO COMPARADA

No sentido de comparar as diferentes regras de elegibilidade, foi feito um estudo pela Consultoria Legislativa e do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados. E dentre os países pesquisados, vale a pena destacar:

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA - Em relação à elegibilidade para cargos federais, dispõe a 14ª Emenda Constitucional:

"No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability."

"Não poderá ser um senador ou representante no Congresso, ou eleito Presidente e Vice-Presidente, ou ocupar qualquer cargo, civil ou militar, sob os Estados Unidos, ou em qualquer Estado, que, tendo anteriormente um juramento, como membro do Congresso, ou como um oficial dos Estados Unidos, ou como um membro de Assembléia Legislativa, ou como um executivo ou judiciais de qualquer Estado, para defender a Constituição dos Estados Unidos, deve ter envolvido em revolução ou rebelião contra o mesmo auxílio, ou dado ou conforto"

aos seus inimigos. Mas o Congresso pode, por voto de dois terços de cada Câmara, eliminar tal. "

Nos estados da Flórida, Idaho, Illinois, Kentucky, Winsconsin e outros, são consideradas inelegíveis pessoas condenadas por crimes classificados como "felony" (crime grave, como homicídio, tráfico de drogas, etc, geralmente com pena superior a um ano de prisão). As diversas legislações estaduais também dão ênfase à prática de suborno ou crime de perjúrio, utilização de dinheiro para influenciar as eleições, corrupção passiva, peculato, má-administração, políticos que tenham sofrido impeachment, etc. Em alguns casos, a lei poderá restabelecer a elegibilidade.

URUGUAI - A constituição federal uruguaia dispõe sobre o tema em seu artigo 80: a cidadania se suspende pela condição de ter sido legalmente processado em causa criminal que possa resultar em cumprimento de pena em prisão. Os artigos 90 e 98 estabelecem que para os cargos de Deputado e Senador é necessário possuir cidadania natural em exercício.

ÁFRICA DO SUL - A constituição federal da África do Sul dispõe sobre a inelegibilidade em relação à candidatura à Assembléia Nacional em sua seção 47, considerando desqualificados para o cargo todos aqueles condenados a mais de 12 meses de prisão, sem opção de fiança, tanto no país como fora deste (se a conduta em questão for considerada crime no país). A inelegibilidade em questão se extingue 5 anos após o cumprimento da pena.

AUSTRÁLIA - A Constituição do país (Part IV, sec.44 ii) estabelece que são inelegíveis aos cargos de Senador e Deputado Federal, entre outros, aqueles condenados a mais de um ano de prisão, independentemente do tipo de crime cometido.

ALEMANHA - O § 13, item 1, da Lei Eleitoral Federal Alemã (Bundeswahlgesetz) estabelece que uma pessoa seja desqualificada para votar em decorrência de uma decisão judicial. Aquele que for desqualificado para o voto também o será para a candidatura.

ESPANHA - O artigo 6, item 2, da Lei Orgânica nº 5/1985 estabelece que são inelegíveis os que foram condenados por sentença, ainda que não haja transitado em julgado, por atos como terrorismo, rebelião ou crimes contra as instituições do Estado.

BELGICA - Lei publicada em 15/04/2009 traz modificações no código penal belga. Em seu artigo 21, ela modifica o artigo 6º do referido código e prevê inelegibilidade àqueles que tiverem suspensos o direito de exercício do voto em função de alguma condenação.

FRANÇA - O código eleitoral do país (TITRE II DISPOSITIONS SPECIALES A L'ELECTION DES DEPUTES Chapitre III, Article LO129) estabelece que é inelegível ao cargo de Deputado Federal aquele cuja condenação impeça definitivamente sua inscrição em listas eleitorais. O artigo L7 da mesma lei estabelece que não podem ser inscritos em uma lista eleitoral, por um período de 5 anos a contar da data da condenação definitiva, aqueles que tiverem sofrido condenações por crimes previstos nos artigos 432-10 à 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 e 433-4 do código penal francês. Como exemplo de crimes previstos nos artigos acima, pode-se citar o texto do artigo 432-11, que prevê pena de dez anos de prisão e multa de 1000000 francos pelo crime de corrupção passiva.

HOLANDA - De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 56, para ser elegível no país, é necessário entre outras coisas estar apto para votar: O artigo 54,2.(a), por sua vez, estabelece que não está apto para votar aquele que tenha cometido crime e cuja pena seja superior a um ano.

5.1 TRATADO INTERNACIONAL

O Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 23, se refere aos direitos políticos:

“Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”(GRIFEI)

Tratando-se o Pacto de San José de norma interna por força de sua ratificação pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, pode ser considerado um marco inicial. Deste modo, é perfeitamente compatível com os compromissos internacionalmente firmados pelo Brasil e por outros países signatários na órbita dos Direitos Humanos que condenações sem o trânsito em julgado configure causa de inelegibilidade.

Outros países, como a Itália, já possuem projetos de lei neste sentido, é o que se pode verificar na reportagem do jornal online Expresso de Portugal datado de 01 de março de 2010.

“Itália: Governo aprova projecto de lei anti-corrupção, com mais controlo e aumento de penas

O governo italiano aprovou hoje em Conselho de Ministros um projeto de lei anti-corrupção, após um relatório alarmante do Tribunal de Contas e vários escândalos implicando membros da maioria no poder.

Roma, 01 mar (Lusa) - O governo italiano aprovou hoje em Conselho de Ministros um projeto de lei anti-corrupção, após um relatório alarmante do Tribunal de Contas e vários escândalos implicando membros da maioria no poder.

O texto prevê nomeadamente um controlo reforçado das administrações locais, penas mais pesadas e inelegibilidade para o Parlamento em caso de condenação por corrupção.

Um plano nacional anti-corrupção, a aplicar pelo Ministério da Função Pública, reforçará a transparência das administrações, através nomeadamente da publicação na Internet de dados de concursos e progressões na carreira dos funcionários. <http://aeiou.expresso.pt/>”

6. DADOS ESTATÍSTICOS

De acordo com a reportagem do jornal *online* Folha datado de 06/08/2010, no último dia para julgamento de candidaturas previsto no calendário eleitoral mais de 90 candidaturas foram indeferidas com base na Lei da Ficha Limpa.

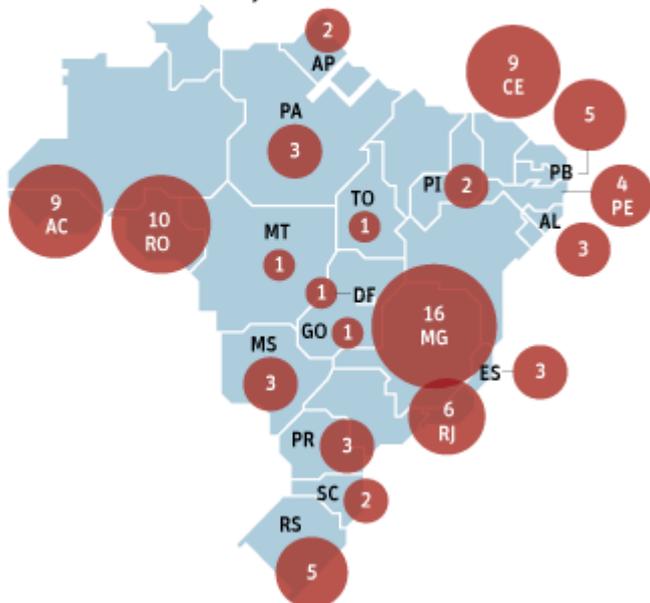
Em Minas Gerais até o dia anterior a publicação da reportagem haviam 16 candidaturas indeferidas, em Rondônia foram 15 políticos barrados, Ceará e Acre tiveram nove indeferimentos de candidaturas cada um. No Maranhão não houve aplicação da Lei Ficha Limpa, pois a corte eleitoral decidiu que não deveria valer para condenações aplicadas a candidatos antes da promulgação da lei, ocorrida em junho deste ano. Os julgamentos do TRE de São Paulo não entraram nesta estatística por ter o maior número de candidaturas do país o que gera a impossibilidade de cumprir o calendário estabelecido pelo TSE.

Dessas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais ainda cabem recursos no TSE e depois no STF.

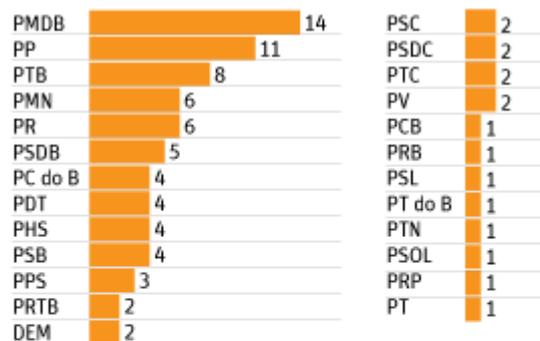
Editoria de Arte/Folhapress

BARRADOS 89 candidaturas foram indeferidas com base na Lei da Ficha Limpa

De onde são os 'fichas-sujas'



Os partidos com mais 'fichas-sujas'



Os cargos a que concorrem

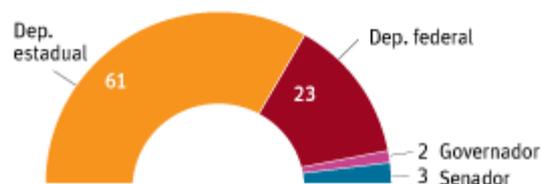


FIG. 1

De acordo com o jornal *online* Estadão, datado de 23 de setembro de 2010, foram barrados pela Justiça Eleitoral 67% das candidaturas impugnadas pelo PRE-SP em razão da Ficha Limpa.

A PRE-SP examinou 62 candidaturas em razão da lei Ficha Limpa, do total de candidaturas impugnadas, o TRE-SP não concedeu o registro a 40, 17 foram liberados para disputar as eleições e 5 candidatos renunciaram antes de serem julgados.

O TSE apresentou um quadro estatístico quantitativo por situação:

Abrangência	Situação	Qtde	%	Detalhe Situação	Qtde	%
Brasil	Inapto	3.252	14,409	Cancelado	117	3,598
	Inapto	3.252	14,409	Renúncia	964	29,643
	Inapto	3.252	14,409	Falecido	3	0,092
	Inapto	3.252	14,409	Cassado	2	0,062
	Inapto	3.252	14,409	Não conhecimento do pedido	17	0,523
	Inapto	3.252	14,409	Indeferido	2.149	66,082
	Apto	19.317	85,591	Deferido	18.081	93,601
	Apto	19.317	85,591	Indeferido com recurso	958	4,959
	Apto	19.317	85,591	Deferido com recurso	267	1,382
	Apto	19.317	85,591	Substituto majoritário pendente de julgamento	10	0,052
	Apto	19.317	85,591	Cassado com recurso	1	0,005
Subtotal				22.569		
Total Geral				22.569		

FIG. 2 - Fonte dos dados: Data Mart de Registros de Candidaturas

7. CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico tratou das recentes alterações na lei de inelegibilidade, advinda da LC nº 135/2010 (popularmente conhecida com Lei da Ficha Limpa), que possibilitou à Justiça Eleitoral impugnar candidaturas a cargos eletivos de quem for condenado, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

Foram estudados alguns conceitos e institutos importantes para a melhor compreensão do assunto, como por exemplo, os direitos políticos, a alistabilidade, a elegibilidade, a inelegibilidade, a LC nº 64/90 e LC nº135/2010. Foram debatidas algumas controvérsias sobre o tema e ainda analisado o processo de impugnação de candidatura.

As controvérsias sobre o tema giram em torno da constitucionalidade, retroatividade e a aplicação nas eleições de 2010 da Lei da Ficha Limpa que foram definidas pelos TSE e confirmadas pelo STF.

Com relação à constitucionalidade ficou definido que os argumentos defendidos pelos que a consideram inconstitucional não são capazes de sustentar a tese, pois uma vez alterada a lei, pode-se impedir o acesso dos condenados, pelos crimes na lei especificados. Impedir a candidatura significa uma medida preventiva de proteção do interesse público. Uma vez não confirmada à culpa em sentença transitada em julgado, restitui-se a elegibilidade ao inocentado.

No que se refere à aplicação da lei nas eleições de 2010, há os que não vêem a possibilidade da aplicação da Lei Ficha Limpa nas eleições deste ano e utilizam, como argumento o princípio da anualidade eleitoral, com base no art. 16 da CR/88 que determina que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Porém, a LC nº 135 em seu art 5º determina sua entrada em vigor na data de sua publicação e esta decisão foi confirmada pelo TSE com o argumento de não ter promovido alteração no processo eleitoral, mas apenas criado um novo regramento linear e isonômico que levou em conta a vida pregressa dos candidatos, de forma a procurar preservar a moralidade das eleições.

Com relação à retroatividade da Ficha Limpa a fatos anteriores a sua vigência, o TSE consolidou o entendimento de que a Lei da Ficha Limpa pode alcançar casos pretéritos e abranger condenações por crime eleitoral anteriores à entrada em vigor da nova lei.

Dessa forma, se algum pré-candidato tiver condenação, mesmo que não seja em última instância poderá sofrer uma ação de impugnação de registro de candidatura.

Analisando as controvérsias apresentadas e os argumentos que geraram a decisão final, fica clara e coerente a aplicação das novas regras nas eleições de 2010, assim como sua constitucionalidade. Porém quando discutido o fato de sua aplicação a fatos anteriores a sua vigência, ou seja, a retroatividade, os argumentos apresentados vão de encontro ao objetivo do direito que é assegurar a segurança jurídica, posto que disciplina as relações humanas de forma a possibilitar uma certa previsibilidade em relação a circunstâncias futuras, o que efetivamente não ocorreria caso pudesse uma norma retroagir.

Os diversos Tribunais Pátrios, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ao tratarem da questão da retroatividade de leis, vêm manifestando entendimento de sua possibilidade jurídica, desde que haja menção expressa no texto legal e respeite-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Assim sendo, como não há uma previsão na Lei da Ficha Limpa de sua retroatividade, não deveria a mesma retroagir a casos anteriores a sua vigência.

A Ação de Impugnação de Registro de Candidatura é o processo, com natureza jurídica de uma verdadeira ação judicial, que visa impedir a homologação judicial da inscrição de um candidato no pleito eleitoral.

Deve versar sobre requisitos de elegibilidade do candidato, assim sendo, sua previsão se encontra na Constituição Federal no art. 14 e §§ e na LC n° 64/90.

No sentido de confrontar as diferentes regras de elegibilidade, foi feito um estudo comparativo das legislações estrangeiras. Pode-se perceber que este dispositivo legal, com o intuito impedir o ingresso de quem ostente mácula em sua vida pregressa, já vem sendo aplicada em vários países.

Dados estatísticos coletados confirmam a tese defendida de que apesar do cidadão (eleitor) ser o detentor da soberania e conseqüentemente possuir o

poder de escolha de seus representantes, a grande maioria não possui reais condições de analisar a vida pregressa dos seus candidatos, assim viu-se a necessidade de transferir essa tarefa para a Justiça Eleitoral que a exerce por meio da impugnação dos registros de candidaturas com o objetivo de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Eleitoral**. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em 10 ago. 2010.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em 10 ago. 2010.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Diário Oficial [da] República federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei Complementar: Teoria e Prática**. 2ª Ed. Ver. Ampl. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; Celso Bastos Editot, 1999.

CÂNDIDO, Joel J. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. São Paulo: Edirpo: 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª ed rev. Atual e amp. – São Paulo: Editora Método: 2006.

MICHEL, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral**. 5ª ed rev. atual. Livraria do Advogado Editora: 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos: Condições de Elegibilidades e Inelegibilidade**. São Paulo: Edirpo, 1996.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Câmara dos Deputados. **Legislação Estrangeira**. Câmara, Disponível: <http://camara.gov.br/documentosepesquisa/fiquePorDentro/temas/fichalimpa/legislacaoestrangeira>. Acesso em 10 de set. 2010.

COSTA, Adriano Soares da. **A petição inicial da ação de impugnação de registro de candidato: o problema da causa de pedir**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528>>. Acesso em: 22 set. 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Inelegibilidade: barrando os "ficha suja"**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1847, 22 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11521>>. Acesso em: 28 set. 2010.

MARQUES, Vando da Silva. **Ação de impugnação de registro de candidatura e sua causa de pedir. Abuso do poder econômico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17568>>. Acesso em: 28 set. 2010.

MCCE - Movimento de Combate a Corrupção Eleitoral. **Campanha Ficha Limpa contra a candidatura de políticos em débito com a Justiça**. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/>>. Acesso em: 24 set. 2010.

MONTALVÃO, Fernando. **Impugnação de Registro de Candidatura.** Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/3276.pdf>. Acesso em: 19 set. 2010.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Inelegibilidade de candidatos a cargos políticos com maus antecedentes. O princípio da presunção da inocência x o princípio da moralidade pública.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1867, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11583>>. Acesso em: 26 set. 2010.

REIS, Márlon Jacinto. **Inelegibilidade e vida progressa. Questões constitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: Acesso em: 25 dez. 2009.

SOUZA, Silberth Steffany de. **Lei Complementar 135/2010 - Lei "ficha limpa".** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 30 jul. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27750>>. Acesso em: 28 set. 2010.

Lei da Ficha Limpa barra mais de 90 candidatos em todo o país. Folha UOL, SÃO PAULO-SP: 06 ago 2010. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 15 out. 2010.

Divulgação de Registro de Candidaturas. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2010. Disponível: <http://divulgacand2010.tse.jus.br/divulgacand2010/jsp/index.jsp>. Acesso:15 out. 2010.

Itália: Governo aprova projecto de lei anti-corrupção, com mais controlo e aumento de penas. Expresso, Roma-Itália: 1 Mar 2010 Disponível em: <http://aeiou.expresso.pt/>". Acesso em: 15 out. 2010.