V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MARQUES DE MORAES

JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

A NOVA (DES)ORDEM CONSTITUCIONAL NO BRASIL

NEW CONSTITUTIONAL ORDER IN BRAZIL

Benedito Cerezzo Pereira Filho [1]
Daniela Marques De Moraes [2]

Resumo

Nos últimos anos eclodiu como demanda social emergente no Brasil o necessário combate à corrupção. As leis elaboradas para servir de mecanismo eficaz contra esse que se intitulou como mal do século, realizou-se sob um cenário político inadequado, recheado de populismo e carente de uma consciente pesquisa sobre o tema que se pretendeu normalizar. Surgiu uma tensão entre a aplicabilidade de leis tão severas e o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, principalmente, aqueles inerentes a sua defesa judicial. Transitar por esses polos exige consciência capaz de equilibrar acusação e defesa nos exatos termos das garantias do cidadão na justiça.

Palavras-chave: Ética, Legislação, Interpretação, Norma, Direito

Abstract/Resumen/Résumé

In recent years it broke out as social demand in Brazil the necessary fight against corruption. Laws designed to serve as mechanism against that which is titled as evil of the century , took place under an inadequate political scene , full of populism and lacking a conscious research on the topic that was intended to normalize . It came a tension between the applicability of such strict laws and respect for the fundamental rights of the accused. Transit through these centers requires consciousness able to balance prosecution in the exact terms of the guarantees of citizens in justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ethic, Legislation, Interpretation, Right

[1] Doutor em Direito pela UFPR, Professor de Direito Processual Civil da USP (FDRP/USP) e Advogado militante em Brasília no Escritório Marcelo Leal Advogados Associados

[2] Doutora em Direito pela UnB e Professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UnB

Introdução

Assistimos atualmente uma mudança tão radical na prática do Direito no Brasil a não causar estranheza e nem excesso argumentativo a afirmação de que vivemos uma revolução Copernicana no seu *modus operandi*.

Essa alteração no "centro de atenção do direito", deslocando o "olhar garantista", tanto cível como penal, da defesa para a acusação, sob a especiosa capa hermenêutica da proteção à coletividade em detrimento do particular, inverte a lógica das ideias frutos de conquistas milenares e deixa os jurisdicionados desprotegidos e a mercê de um Estado policialesco, cuja acusação ganha contornos de direito fundamental em detrimento do, até então, devido processo legal e as garantias a ele inerentes, dentre elas, ampla defesa com efetivo direito ao contraditório. (CF, art. 5º, LV).

A recente interpretação que o Supremo Tribunal Federal[1] empregou a presunção de não culpabilidade, garantia constitucional segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CF, art. 5º, LVII) e, ao mesmo tempo em que o órgão *acusatório* respaldado pelo *julgador* tem considerado a introdução recente do sistema de precedentes estadunidense no direito pátrio, tem causado desconforto e insegurança de forma generalizada na doutrina, na academia e, principalmente, na prática jurídica.

Na seara cível, por sua vez, o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça tem empregado às ações de improbidade administrativas são, igualmente, exemplos de que vivemos um momento cujo desequilíbrio entre acusação e defesa ganhou respaldo nunca antes visto, a causar abespinhamento até aqueles que vivenciaram a prática jurídica durante o regime ditatorial.

A inovação acerca do respeito aos "precedentes judiciais" foi trazida, definitivamente, para o direito brasileiro em razão da aprovação, em março de 2015, do novo Código de Processo Civil. É a partir dele que se introduz na prática jurídica o termo precedente com força de obrigatoriedade vocacionada a submeter a sua força a todos o tribunais e juízos inferiores.

Animados com essa inovação, os sedentos por justiça como sinônimo de condenação e seu correlato aprisionamento, em larga escala, tratam a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal como sendo um precípuo precedente obrigatório.

[1] Decisão proferida no HC 126.292/SP.

Há, como se denota, uma aproximação inadequada entre os campos cível e penal a jogar na vala comum institutos inconciliáveis cujas relevâncias impõem cautela e bom senso.

A busca por soluções imediatistas não condiz com estado democrático de direito. Não podemos tergiversar com os direitos fundamentais, sob pena de aderirmos a irresponsável proposta do ex-Ministro do STF, Ayres Brito, proferida no painel do evento "Brasil Conference", organizado por estudantes da Universidade Harvard e do Machassusetts Institute of Tchnology (MIT), segundo a qual, "O Brasil vive um momento de 'pausa democrática'."[2]

O texto propõe, nesse espaço reduzido, análises sob duas vertentes: a referente a legislação e a adstrita à sua interpretação/criação a cargo do judiciário. Escolheu-se, então, a lei que disciplina a chamada ação por improbidade administrativa e o entendimento judicial acerca do que seria tutela da evidência para justificar medidas excepcionais tomadas em detrimento do réu e, antes mesmo, da existência, propriamente dita, de uma relação jurídica processual triangular.

A pesquisa se justifica, portanto, pela preocupação com a exata compreensão do alcance da prática jurídica evidenciada pela tensão entre proteção da coletividade e garantia do cidadão no procedimento processual/constitucional assecuratório da máxima obediência a fundamentalidade do direito, notadamente aquele cuja condenação envolve séria restrição a sua inviolabilidade. (CF, art. 5º, X, XI e XII).

Observar-se-á a pesquisa bibliográfica, orientada por consulta a livros, legislação, artigos científicos etc., tendo como forma de abordagem o método qualitativo.

1 O Sentido Ético Da Lei

"Como começar pelo início, se as coisas acontecem antes de acontecer? Se antes da pré-pré-história já havia os monstros apocalípticos." (LISPECTOR, 1998, p. 11). A advertência de Clarice Lispector é muito apropriada para o campo jurídico. Nele, realmente, as coisas acontecem antes de acontecer! Nos comentários à Constituição Federal de 1988, não obstante sua deflagrada evolução, ao compará-la com a Constituição anterior, de 1967, o autor Caio Tácito afirmou: "em verdade, os direitos e liberdades são praticamente os mesmos, com desdobramentos e particularismos que visam a coibir abusos de direitos. De outra parte, diversas garantias e direitos que tradicionalmente figuram no direito comum passam a ter status constitucional." (TÁCITO, 1999, p. 25).

[2] http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-vive-pausa-democratica-para-freio-de-arrumacao--diz-ayres-britto,10000027535

Dá-se, portanto, a ideia de que "as coisas já aconteciam".

Felizes os homens se não precisassem de leis! Reinaria a paz perpétua[3] em plena vida cotidiana. Contudo, como o estado de natureza é, por excelência, uma barbárie, há, inexoravelmente, a necessidade de regramentos.

Alertava Kant que "o estado de paz entre os homens que vivem lado a lado não é um estado de natureza (*status naturalis*), que antes é um estado de guerra [...]. Ele tem de ser, portanto, instituído [...]." Rechaçado por Kant, este estado de natureza é "aquele em que não existe o direito, no qual as hostilidades, declaradas ou não, estão sempre presentes", pois "a paz deve portanto ser assegurada por estruturas jurídicas institucionais, ou seja, o estado de paz deve ser fundado [...] por meio do direito público: deve-se sair do estado de natureza e entrar um estado civil [...], um estado no qual é legalmente definido o que é de cada um." (NOUR, 2004, p. 38).

Assim o é porque o estado natural é constituído por pessoas desiguais, nas mais variadas matizes, físicas, econômicas, de cor, sexo, intelectual etc. Houvesse igualdade em todas essas cambiantes, desnecessária seria a lei.

Como reina a desigualdade e a crença na compaixão alheia não é suficiente, torna-se necessário proteger o débil pela aceitabilidade de um regramento com previsão abstrata e geral.

Mas, que fique claro! O débil, o fraco, o é em relação ao poder. É a proteção que se deve ter sobre o abuso de todo e qualquer poder. A lei, por essa ótica, é o limite do poder! Amilton Bueno de Carvalho esclarece:

> A lei – desde meu ponto de vista – diz necessariamente com limite. É, sempre e sempre (eticamente considerada) sua própria razão de ser: limite ao poder desmesurado. Em outras palavras: a lei é limite à dominação do mais forte. (CARVALHO, 2005, p. 12)

A lei, pois, é imprescindível![4] Não se concebe, ainda, outro mecanismo capaz de regrar o comportamento social com esperança de paz.

Selada essa premissa, cumpre-nos desenvolver com razoável discernimento a melhor compreensão e convivência sob o manto da *legalidade*. Conclusão que, inexoravelmente, já se pode extrair dessa ilação é a de que sendo a lei limite ao poder desmesurado, a segurança do

[3] O vácuo legislativo exigiria uma condição de extrema harmonia, incapaz, infelizmente, de se vislumbrar no humano.

[4] Até mesmo nos sistemas jurídicos calcados pelos costumes, Commom Law, há leis. São os denominados actos da legislação inglesa, por exemplo.

cidadão está na plena proteção e respeito às garantias constitucionais processuais que lhe confere a legislação.

A mínima deficiência nesse sistema de garantias, seja na elaboração da própria lei ou, principalmente, pela interpretação conferida pelos tribunais, equivalerá, sem receio de excesso, à volta a barbárie, à permissão do impensável *estado de natureza*.

2 O legislador: *primeiro responsável*

Já que não se discute a necessidade da lei, a codificação tem de ser pensada a partir da sociedade, sendo "preciso rapidamente torná-la legítima e útil para a comunidade." (MONTEAGUDO, 2006, p. 16). Para tanto, é elementar levar em consideração os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal. É imperioso, pois, apesar da lei, dar vida ao direito, afinal "Se a lei dissimula de maneira quase completa a vida espontânea do direito, não é verdade que a tenha inteiramente suprimido." (CRUET, 2008, p. 27)

Não se desconhece, entretanto, que essa tarefa legiferante, numa inversão de valores, por muito tempo, foi utilizada em prol dos mais abastados e em total desprestígio dos mais necessitados.

O conhecimento adstrito à busca pela melhor técnica a ser aplicada - considerando teoria e prática - deve ser utilizado para aperfeiçoar o meio, vocacionado a permitir confiança e conforto ao cidadão. A "vida do direito", como todo "saber", exige, igualmente, esse desiderato. Porquanto, a realidade social, nos planos econômico, político e cultural, é uma questão que não pode, em absoluto, ser desprezada.[5]

Os responsáveis pela normatividade, por sua vez, precisam ter consciência desse cenário para que o debate seja profícuo e possa, de verdade, espelhar uma legislação apta a solucionar adequadamente os conflitos sociais.

É um conjunto, pois, cujos elementos que o compõem não podem estar dissociados. Em outras palavras, é preciso conhecer o todo para empregar uma técnica adequada àqueles problemas apontados como carentes de solução.[6]

---

[5] A esse respeito escreveu Posner: "[...] os juízes não percebem quanto é limitado o conhecimento que têm das realidades sociais que dão origem às demandas." (POSNER, 2012. p. XII).

[6] "O direito é, em primeiro lugar, um conjunto de *técnicas* para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre homens propensos às paixões. É dar conta do caráter flutuante e pragmático dessa arte, uma arte de homens sensatos, como lembra sem humor a velha palavra jurisprudência. Assim, o conhecimento que se pode ter dessa arte refletirá as incertezas dessa técnica de pacificação social." (MIAILLE, 1994, pp. 25-26).

O olhar sobre o novo deve levar em consideração a estrutura e a ideologia do velho que se pretende *sepultar* para não correr o risco de se mudar apenas o *tempo* do discurso. "É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o '*invisível*'" (MIAILLE, 1994, p. 21), capaz de justificar a mudança proposta.

A legislação nunca deve ser vista como um dado completo, a requerer apenas a sua aplicação no mundo dos fatos, independentemente das vicissitudes do dia-a-dia. A advertência de Dworkin, segundo a qual: "Por incrível que pareça, nossa doutrina não tem nenhuma teoria plausível acerca da divergência teórica no direito" (DWORKIN, 2003, p. 10), convida-nos, no mínimo, a uma reflexão sobre o que e como temos "pensado" o direito, "Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento." (MIAILLE, 1994, p. 23).

Não se pode olvidar que "O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva" (DWORKIN, 2003, p. XII) a exigir muita reflexão, tanto na teoria como na prática, cônscio de que "o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante." (MIAILLE, 1994, pp. 21-22)

É, em última análise, "unir os dois polos de uma mesma problemática: Direito e Sociedade, juristas e realidade social" (ARNAUD, 1991, p. 14) numa prática jurídica permeada pela crítica (des)reveladora, convencidos de que "O direito é, sem dúvida, um fenômeno social" (DWORKIN, 2003, p. 17) não podendo, portanto, voltar as costas para a realidade social, "Pois quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável" (DWORKIN, 2003, p. 13) e que, "Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos." (DWORKIN, 2003, p. 15).

2.1 A (*in*)consciência na "produção" da lei: *processo de (des)informação*

Todo saber traz consigo, é-lhe ínsito, portanto, certa carga ideológica. Compreendida aqui, no seu sentido mais singelo, como uma ideia, ideário. Isso porque nenhum saber é *imparcial*. Ao contrário, ele é condicionado, adstrito ao seu interlocutor. "Destarte, inexiste saber neutro, valioso por si próprio, sendo sempre o saber de alguém e um saber para algo."

(PASSOS, 1999, p. 7). Cada qual, portanto, deverá *construir* o seu saber e não *apreender* o "saber" alheio, sem nada lhe acrescentar.[7]

Esse saber não-neutro poderá estar a serviço de uma ideologia. Neste ponto, entendido no seu complexo, ou seja, como "um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política." (CHAUÍ, 2001, p. 7)

A formação do Estado Moderno com sua juridicidade constitui exemplo de uma ideologia que transpassa séculos às ocultas.[8] De tão inserida, se fortalece até mesmo com a crítica. Ainda que paradoxal, a bem da verdade, a própria crítica passa ser ideológica à proporção que, por ausência de compreensão, é vista como um entrave ao conhecimento posto que, por ignorância, vislumbra como óbvio.

Eis o motivo pelo qual surgem soluções imediatistas[9] e mágicas a concluírem, por exemplo, que o problema da letargia processual cível estaria no número excessivo de recursos ou que a questão da violência se resume na impunidade e na existência de penas brandas. É certo, então, que uma análise crítica é diferente de uma análise *com crítica*.[10]

Essas conclusões apressadas vêm, sempre, recheadas de forte dose de sensacionalismo e, por isso, ganham espaço no cenário jurídico e são rapidamente "apreendidas" pelos agentes responsáveis pela juridicidade *teórica* e *prática*.

Essa conclusão *óbvia* vulgariza o pensamento crítico à medida que o *educador* o despreza por entender que a solução já está por demais alcançada. "O culto das aparências leva ao desprezo da realidade" (INGENIEROS, [s/d], p. 80) e fortalece um sentimento de paz mentiroso que oculta as contradições e os conflitos gerados pelo sistema jurídico injusto, a acomodar professores, alunos, juristas e profissionais na vala dos comuns, numa irracional e covarde crença de concórdia absoluta.

---

[7] Apoderar-se do "saber" alheio é um mal que apenas permite repetição (*e quem conta um conto, aumenta um ponto*!) de um "conhecimento" que se eterniza único e sem perspectiva de alteração do *status quo*. O professor, então, não ensina, apenas (*e é tudo*) informa. O entendimento de Jacinto Coutinho é lapidar: "Afinal, desde sua pequena 'lanterna' o que pode fazer de menos pior é indicar 'um' caminho e, por ele (fixado como limite a ser transposto), forçar os alunos a encontrarem 'um' para eles mesmos. Como disse Dussel, "analfabetos dos analfabetos que se lhes quer impor", ainda têm uma chance se a imposição não se fizer. Do contrário, serão como seus mestres e seguirão repetindo a mesma catilina, ou seja, o discurso da Totalidade". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sonhocídio: Estragos neoliberais no ensino do direito ou "La busqueda del banquete perdido", como diria Enrique Marí. (MARÍ, 2002, p. 105).

[8] "A transição para o Estado Moderno, fundador do sistema capitalista, exigiu uma série de alterações ideológicas para sua instalação e crescimento." (OLIVEIRA, 2002. p. 257). É ideológico, portanto, acreditar na ausência de ideologia. Essa falsa percepção da realidade, aliás, é fundamental para a perpetuação da dogmática como único saber jurídico.

[9] "O grande desafio é superar visões imediatistas que estão lastreadas, no mínimo, no século XIX, e que amarram os juristas a um mundo coerente internamente, mas que se distancia, cada vez mais, da concretude histórica hoje vivida". (AGUIAR, 1996. p. 120).

[10] Nesse sentido, ver: MIAILLE, 1994, pp. 21 e ss.

A crítica passa a ser, então, um discurso vazio porque, não obstante ser propagada, é, ao mesmo tempo, rechaçada, pois o problema já foi suficientemente localizado. "O aspecto sonoro basta para esse educador que não sabe o que é a consciência crítica mas trata o conceito como se o conhecesse, pois é *óbvio*. Dessa forma, não acontece uma barreira aparente no processo de comunicação, mas uma barreira na essência da compreensão – que passa despercebida pelo falante." (MELLO, 2000, p. 75).

Ora! Se existe essa obviedade, e se o crítico é, por excelência, contrário ao óbvio, é óbvio (*com escusas pelo solecismo*) que ele será estigmatizado pela maioria! E aqueles que "tentarem ser diferentes, certamente sofrerão estigmatizações. Ora são considerados comunistas, ora são tachados de teóricos, ora de poetas, quando não sofrem ações mais diretas de desestabilização nos escritórios, nas repartições e nas escolas de direito." (AGUIAR, 1993, pp. 18-19).

A prática jurídica, em particular, caracteriza-se por desenhar esse campo simplista no qual seus atores desprezam o conhecimento crítico por acreditarem (*obviedade*) na *certeza* e na *verdade* que julgam presentes no mundo jurídico, reduzido à lei e sua promessa de combate eficaz a uma seletiva anomalia social detectada e escolhida num peculiar contexto social e político, num dado momento da *história*.

É admitir com Roberto Aguiar que "Os juristas vivem um paradoxo: seu cotidiano está marcado pelo contraditório, mas sua ideologia conservadora está sempre reafirmando a harmonia do mundo." (AGUIAR, 1993, p. 19). Assim, pois, o conflito e a contradição são, apesar de recônditos, irrefutáveis.

Estigmatizado, o pensamento crítico é sufocado e, assim, impedido de suplantar a ideologia que conduz o "saber jurídico" tradicional das escolas de Direito. Por essa sorte de razão, não se sabe, ou não se pretende saber, "qual o papel do jurista e qual a função social do seu saber/fazer numa sociedade conflituosa, desigual e em profundas transformações."[11]

Sua prática repetidora de "saberes inquestionáveis", dogmáticos, portanto, reduz sua importância a mero intérprete em busca da descoberta da vontade da lei e do seu criador (legislador). Ele não cria, apenas revela a vontade já pré-existente e indiscutível, pois oriunda de um dogma, a lei.

[11] Com essa moldura de ensino, não se procura "identificar o perfil ideológico prevalecente entre os profissionais das carreiras jurídicas e, com isso, conhecer também qual tipo de influência a ideologia jurídica hegemônica exerce no modo de atuação do profissional do direito." (MACHADO, 1999, p. 15).

Os juristas, então, são aliados e jamais opositores ao "dono do poder". "São sujeitos vicários"[12], à medida que apenas substituem ou preenchem a abstração da lei, na busca de sua vontade e, como não poderia ser diferente, o enganado de hoje, será o enganador de amanhã.[13]

Por esse entendimento vesgo, a opacidade da *realidade* social é responsável por disseminar um conhecimento de extrema superficialidade, cuja aparência de profundidade mascara e, portanto, obstacularia toda possibilidade de crítica. Daí afirmar Cappelletti que "A corrupção das mentes é obtida através da desinformação maciça e da proibição de toda crítica." (CAPPELLETTI, 2003, p. 129).

A ausência de questionamento adultera a objetividade dos fatos e da necessária intervenção estatal (*jurisdição*) suficientemente capaz de impedir a compreensão do Direito como fenômeno indispensável à essência do ser humano enquanto motriz da vida.

É um saber neutro, asséptico, abstrato e cego, incapaz de compreender que "julgar regras não é a mesma coisa que julgar situações de facto, 'casos na sua singularidade imediata' (Hegel)." (GARAPON, 1997, p. 18).

A vasta complexidade que envolve todo o saber jurídico é reduzida a uma simplicidade estonteante vocacionada a imunizar o amplo contexto que o compõe das mais variadas vertentes, sociológica, psicológica, econômica etc.

Há, porquanto, uma manipulação do real e, "Quando se manipula, não se procura argumentar, isto é, trocar ideias, mas impô-las." (BRETON, 1999, p. 21). Essa estratégia, por sua vez, é despercebida à maioria. Como bem elucida Breton: "A manipulação apóia-se numa estratégia central, talvez única: a redução mais completa possível da liberdade de o público discutir ou de resistir ao que lhe é proposto."[14]

Essa situação de (in)consciência irradia-se pelo campo jurídico e se fortalece na crença de que se está num estado de perfeita harmonia em que a mediocridade, amparada pela vala dos comuns, impede o conhecimento da crise que, abandonada em si mesma, proclama soluções midiáticas com reformas legislativas desprendidas de estudos estatísticos e, portanto, distante da necessidade/realidade social.

---

[12] A expressão é de Roberto Aguiar em: O imaginários dos juristas. **Revista de Direito Alternativo**. n. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 18.

[13] "E se todos somos enganados, por isso mesmo não somos também enganadores?" (NIETZSCHE, 2005, p. 10).

[14] "Essa estratégia deve ser invisível, já que seu desvelamento indicaria a existência de uma tentativa de manipulação. Não se trata tanto do fato de haver uma estratégia, um cálculo, que especifica a manipulação quanto de sua dissimulação aos olhos do público. Por conseguinte, os métodos de manipulação avançam mascarados." (BRETON, 1999, p. 20).

É admitir, com Chico Buarque,[15] que às vezes é necessário fugir da 'escola' para aprender a lição!

3 O Binômio Lei/Interpretação Criadora do Direito

Desnecessário dizer que a promulgação da Constituição Federal de 1988 exigiu do Congresso Nacional, uma postura ativa para adequar a legislação ordinária às normas programáticas nela prevista e, do Judiciário, o dever de interpretar a legislação de acordo com os princípios de justiças nela previstos orientando a sociedade como proceder em seus atos.

Sobre a primeira incumbência, para o estudo que se propõe no momento, é exemplo a elaboração da Lei 8.429/92 que regulamentou a matéria prevista no §4º, do artigo 37 da CF, adstrita a probidade administrativa.

Contudo, a prudência que se espera existir em todo processo de produção legislativa, notadamente no caso em espécie, haja vista a gravidade das penas a serem aplicadas aos considerados "culpados", não foi observada.

Pelo contrário, os autores - ou *atores* - viram uma oportunidade de dar vasão a um populismo sem precedentes e, assim, de ficar conhecidos na *história* política como os precursores de um sistema eficaz de combate a corrupção. Não por outra razão, o *slogan* da campanha presidencial à época era o de *caçador de marajás*.

Apesar das advertências de alguns parlamentares, como o fez Nelson Jobin, que, na ocasião, preocupado com falta de cautela e com o afogadilho que a referida Lei de Improbidade estava sendo gestada, sob o clamor popular por combate à corrupção a todo custo, expressou:

> Precisamos ter muita cautela, pois há uma tendência muito grande, tendo em vista a situação de corrupção do País, de se criar instrumentos tipicamente policialesco na fiscalização da atividade pública. Devemos ter muita cautela, repito, com os efeitos que isto possa produzir. Clamo a atenção do Relator para o Substituto do Senado, que cria uma situação curiosa. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1992, disponível em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdfDCD03ABRI1992.pdf=65>)

Em outra oportunidade, o então deputado voltou a advertir:

> Sr. Presidente, gostaria de dizer à Casa e às Lideranças, seguindo a mesma linha das ponderações do Deputado Helio Bicudo, que este texto requer

[15] "Mas tive que fugir da escola pra aprender a lição." (BUARQUE, 1965).

> meditação, não obstante nos encontrarmos num momento regimental que nos forçaria eventualmente à votação, salvo deliberação unânime das Lideranças e a aquiescência de V. Exa. Requer meditação, para que passemos equivocadamente a entender que o rigorismo da legislação penal vai resolver problemas de improbidade administrativa. Pelo contrário, o rigorismo da legislação penal impede a aplicação da lei e alimenta o processo. [...] para que meditem e retirem essa matéria de pauta, afim de que possamos construir uma solução que seja adequada ao sistema constitucional e que não venhamos a cair nesse terror aberrante da busca da culpa. Estamos transformando nesse caso um procedimento penal num processo inquisitorial em que só se encontram culpados e pecadores e não se encontra a presunção de inocência que é a regra no sistema democrático. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1992, disponível em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdfDCD03ABRI1992.pdf=65>)

A sábia ponderação, contudo, não foi suficiente para que houvesse mais maturação e responsabilidade na votação da referida Lei de Improbidade. Os congressistas esqueceram, dentre outras, a lição de Montesquieu, segundo a qual deve-se "evitar que o espírito enfurecido e revoltado faça com que a lei, criada para converter a sociedade, sirva apenas para torná-la mais culpada." (MONTESQUIEU, p. 79)

Não se concebe tergiversar com direitos fundamentais, conquistados com muita luta e a custo de vidas. Mesmo em regime de exceção, os sóbrios alertavam que "Nas horas supremas, é forçoso que se reconheça, os juízes da democracia dominam os delírios da violência pela supremacia do ordenamento jurídico, na manutenção dos direitos assegurados à vivência humana." Palavras proferidas em abril de 1964 pelo então Presidente do STF, Min. Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa. (VALE, 1975)

Merece ser revivida a afirmação encontrada nas centenárias preleções orais de Basílio Alberto Souza Pinto, lente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, adaptadas às Instituições de Direito Criminal de Mello Freire, com redação de Francisco de Albuquerque e Logo Dias de Carvalho:

> Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova. É esta uma das proposições que mais deve ter-se em vista na jurisprudência criminal. (ALBUQUERQUE; CARVALHO, 1847, p. 89).

Na mesma senda, a advertência feita por Rui Barbosa:

> Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas [...]. (BARBOSA, 1933, p. 75).

São preocupações que, infelizmente, não mereceram a atenção devida quando da elaboração da Lei de Improbidade. Aliás, pelo contrário, sua origem é envolta de suspeitas e acusações nada convencionais, ao ponto de o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação 4.810-1/RJ, asseverar enfaticamente:

> Infelizmente, como já assinalei em voto na ADI nº 2.797, a história da ação de improbidade – nós o sabemos bem – constitui também uma história de improbidades![16]

Seladas essas premissas, os contornos da Lei de Improbidade e da respectiva ação passaram a ser depositados na interpretação jurisprudencial, fruto do trabalho da doutrina e da prática forense.

4 O Intérprete: segundo responsável

Sendo a lei apenas uma etapa necessária na construção do Direito, a interpretação que dela se extrai adquire capital importância no cenário jurídico. Em outras palavras, a responsabilidade pela construção do Direito não é só do Parlamento. Recai, também, sobre o juiz.

Não por outra razão afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que "Se texto e norma não se confundem, é preciso uma conjugação de esforços entre o legislador, o juiz e o professor para que os textos adquiram significados normativos." (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 868).

Talvez uma das maiores relevâncias do constitucionalismo é admissão de que o "Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para a frutificação do direito." (MARINONI, 2015, p. 18). A teoria da interpretação é responsável por "atribuir sentido ao direito mediante razões idôneas, desenvolvendo-o de acordo com a evolução da sociedade. A decisão interpretativa é autônoma em face do texto, evidenciando com clareza a participação do Judiciário na formulação do direito. As decisões judiciais consequentemente inserem-se na ordem jurídica, constituindo-se o direito que regula a vida em sociedade e pauta os julgados dos juízes e tribunais." (MARINONI, 2015, p. 44).

[16] Sua palavras na ADIN 2.797/DF foram: "Como se vê, essa enumeração, meramente exemplificativa, indica que o uso da ação de improbidade, no Brasil, tem uma história de improbidade e de improbidades". (STF, ADIN 2.797/DF, p. 380).

As peculiaridades da Lei de Improbidade, principalmente por tratar de temas tão caros aos cidadãos que, enquanto sujeitos de direito, são merecedores da mais genuína tutela jurídica, requer uma especial atenção quanto a sua aplicação/interpretação.

A acusação de ímprobo, em si e por si, já é motivo de preocupação. No entanto, as penas cominadas, dentre elas, perda da função pública e inelegibilidade, são sanções que implicam diretamente na vida do cidadão, afetando-o no que ele tem de mais sagrado depois da liberdade, sua identidade moral.

Na ação de improbidade esse patrimônio inviolável do cidadão fica exposto e passível a toda sorte de violação, cujo dano é irreparável. Como afirmam o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e Mariana Costa de Oliveira, essas ofensas "não são passíveis de reparação, mesmo quando o injustamente imputado vem a ser, tempos depois, absolvido." (MAIA FILHO; OLIVEIRA, 2015, p. 22).

Apesar dos esforços de muitos juristas e julgadores para fixar o caráter jurídico da ação de improbidade como sendo estritamente cível, bem o sabemos, que, em verdade, ela é recheada de conteúdo penal, cujas sanções são típicas do Direito Penal.[17]

A forma pouco ortodoxa em que foi gestada a legislação em comento, acrescida da sensibilidade da matéria por ela tratada, são, no nosso sentir, motivos a exigir cautela e o máximo respeito e proteção às garantias constitucionais e processuais dos acusados.

A esperança, pois, pela construção desse Direito responsável, está depositada no Judiciário, no momento em que, pela sua interpretação/aplicação, dará sua imprescindível contribuição, atribuindo sentido ao Direito.

Contudo, o que se tem visto é exatamente o contrário. Sob uma generalidade de argumentos, todos voltados para o que se convencionou denominar de interesse da coletividade, os direitos dos acusados de ímprobos são mitigados a tal ponto que a desproporção entre acusação e defesa causa um hiato em termos de tutela jurídica, cuja prática tem demonstrado que, nessas ações, a defesa constitui um ato meramente formal.

A interpretação hermenêutica, necessária para depurar as impropriedades da lei, está servindo para embrutecer ainda mais os seus rigores e os seus vícios de origem.

Para ficarmos em apenas um exemplo, pois, a natureza desse trabalho não nos permite uma análise mais acurada da interpretação da Lei de Improbidade como um todo, apontaremos a criação jurisprudencial da denominada tutela da evidência que permite a

[17] A esse respeito, afirma Tourinho Filho: "...porquanto as sanções cominadas às condutas ali enunciadas são eminentemente penais, e, às vezes, as próprias condutas descritas naquele diploma são uma repetição de outras tipificadas no Código Penal". (TOURINHO FILHO, 2009, p. 166).

indisponibilidade de bens dos réus, sem a mínima demonstração de ser ela necessária para aquele caso específico, ou seja, sem que o requerente comprove perigo na demora.

5 Interpretação adequada: compromisso com os direitos fundamentais

Sendo a teoria da interpretação responsável pela frutificação do direito, ao extrair da lei a norma (ou as normas) que irá dar sentido ao Direito, terá o intérprete, inexoravelmente, que expressar os valores constitucionais envolvidos, distinguindo adequadamente a relevância do direito material discutido. Em outras palavras, o julgamento de uma ação indenizatória não pode ter a mesma dimensão da condenação por improbidade.

É preciso considerar que declarar por sentença um cidadão de ímprobo, inidôneo, constitui uma medida extrema. Como bem ressaltam Napoleão Nunes Maia Filho e Mariana Costa de Oliveira, "qualquer promoção sancionadora produz imediatamente um desgaste emocional profundo no espírito do imputado, reduzindo abruptamente a sua auto-estima e lhe infundindo receios que geram desconforto e infelicidade." (MAIA FILHO; OLIVEIRA, 2015, p. 27).

A responsabilidade é inerente à atividade interpretativa. Por isso, "O envolvimento dos julgadores nesse compromisso surge como preciosa característica do processo interpretativo judicial e expressa, sobretudo, a superior atuação do juiz, ora sob a forma de garantias da jurisdição, ora sob a forma de garantias do jurisdicionado." (MAIA FILHO; OLIVEIRA, 2015, pp. 27-28).

Todo processo cujo resultado pode cominar na aplicação de pena, em restrições de direitos fundamentais, exige interpretação garantista como forma de controlar o poder acusatório. Nem um outro interesse pode suplantar a esse.

Em casos como o da Lei de Improbidade em que se sabe de antemão que fora elaborada de modo casuístico e sem a prudência necessária, ao extrair dela a norma a ser seguida, deverá o interprete se acercar das garantias constitucionais e processuais para que o direito do cidadão não sofra duplo ataque, o da origem - elaboração de lei - e o do fim - intepretação construtiva.

5.1 Não se combate improbidade (só)negando direitos

O comprometimento ideológico existente em toda e qualquer decisão não pode permitir o retrocesso. Nem o decantado interesse público é suficiente para fundamentar

interpretações lançadas à contramão da história de luta por conquistas de direitos fundamentais. Custa caro, por exemplo, ouvir dizer que, se a prova da acusação for fraca, caberá ao acusado fazer prova da sua inocência.

No caso específico do combate à improbidade, desencadeou-se uma luta do Bem contra o Mal. No entanto, da necessidade de se evidenciar o respeito à moralidade, temos visto, em larga escala, sacrifícios às garantias constitucionais. Recentemente, no site do STJ, noticiou-se: "Decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade não exige demonstração de dano". Essa foi a conclusão a que, por maioria, chegou a Primeira Seção do STJ.

"A Seção entendeu que o periculum in mora é presumido em lei, em razão da gravidade do ato e da necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público em caso de condenação, não sendo necessária a demonstração do risco de dano irreparável para se conceder a medida cautelar." (AÇÃO de improbidade, 2012)

Desta forma, toda ação de improbidade já começará com o decreto de indisponibilidade de bens dos acusados, já que, em regra, seu deferimento ocorre sem a oitiva da parte contrária. Antes mesmo da defesa preliminar que, aliás, muitos julgadores nem permitem, por entendê-la incabível, apesar da previsão expressa no art. 17, §7º da Lei 8.429/92, a medida extrema será decretada.

O argumento de que "a medida cautelar de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da LIA não é uma medida de urgência, mas tutela de evidência e que por isso prescinde da demonstração do perigo de dano" (STJ, Recurso Especial n.º 1.319.515/ES - Processo Judicial n.º 2012/0071028-0), contraria a natureza, o sentido das tutelas de urgência, que têm como espécies a cautelar e a tutela antecipatória, sendo que esta pode ser prestada, também, se evidente o direito da parte.

Em outras palavras, a medida de indisponibilidade de bens ou é considerada cautelar ou tutela antecipada. A primeira, a cautelar, tem natureza instrumental na exata medida em que foi pensada para servir a uma tutela final, ou seja, acautelam-se do risco do perecimento pessoas, provas ou coisas para, no final, se procedente o pedido da parte, o bem discutido no processo esteja protegido e em condições de ser entregue ao vencedor. Por isso, é imprescindível a prova não só do *fumus boni iuris*, mas também e principalmente, do perigo de dano.

Enquanto a segunda, a tutela antecipada, é despida de instrumentalidade. Ela não tem o compromisso de assegurar o resultado útil do processo. Pelo contrário. A urgência do direito

material controvertido não suporta o tempo do processo – *periculum in mora* – e, assim, o mérito da causa, o bem discutido em juízo, tem de ser antecipadamente entregue para a parte.

Na tutela da evidência, por sua vez, que é espécie de tutela antecipada, ocorre o mesmo. O direito controvertido, ante a evidência da sua titularidade, é entregue à parte na qualidade de procedência do pedido. Esclarece Luiz Guilherme Marinoni que "Essa modalidade de tutela antecipatória é relacionada à evidência do direito, e por isso somente pode ser concedida quando não é mais preciso a produção de prova para elucidar a matéria por ela abordada." (MARINONI, 2004, p. 473).

Assim, *fumus boni iuris* jamais pode ser considerado tutela da evidência. Se o for, o direito terá de ser antecipado, satisfeito. Na LIA, portanto, e em qualquer outra relação de direito processual, tutela da evidência é prestada pela técnica antecipatória e não acautelatória. Agora, a pergunta que não pode deixar de ser feita: na ação de improbidade o juiz, com base no *fumus*, fumaça, portanto, poderá antecipar o pedido do Ministério Público, satisfazendo sua pretensão?

É um pouco mais do que evidente que não. Só se voltarmos naquele passado em que não existiam garantias constitucionais e processuais, cuja interpretação da lei, ao invés de limitar o Poder, concedia-lhe mais força e arbítrio em detrimento do jurisdicionado, sob a especiosa capa do hermetismo de servir ao bem comum.

A indisponibilidade de bens é uma medida odiosa e, como bem salientou o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, "é a morte civil do cidadão" (LEWANDOWSKI, 2001, pp. 162-163), não podendo, então, ser corolário de presunção legal, mas, ao contrário, somente se demonstrar imprescindível naquele caso específico e por tempo determinado, ou seja, enquanto perdurar o perigo de dano, pois, trata-se de medida cautelar marcada pela temporalidade.

Sendo a tutela da evidência uma técnica antecipatória para satisfazer direito, não pode ser transvestida de cautelar e, muito menos, sem que se obedeça aos requisitos da cautelaridade.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, no seu artigo 311, elenca os casos permissivos da tutela da evidência. Além de deixar claro tratar-se de uma medida satisfativa, toda sua técnica é desenvolvida a partir da defesa apresentada pelo réu.

Não se concebe, pois, como prevalecer a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Primeiro porque confunde técnica antecipatória com cautelar; segundo, porque seu deferimento, em regra, ocorre sem a oitiva da parte contrária. O julgador, no caso,

contenta-se apenas com a evidência do direito do autor, não se preocupando com a defesa do réu.

Acontece que, bem vistas as coisas, a evidência do direito do autor só emerge com a presença da defesa do réu. É em razão dela que o julgador poderá concluir pela evidência do direito carente de tutela.

Nem mesmo os incisos II e III, do artigo 311 do Código de Processo Civil salvam, data vênia, a equivocada interpretação. É que, nesses casos, a autorização do deferimento da tutela da evidência, além de ser técnica antecipatória e, por óbvio, não cautelar, só podem ser deferidas sem a oitiva da parte contrária, portanto, sem defesa do réu, se houver precedente dos tribunais superiores (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 322), hipótese do inc. II, ou, no caso de contrato de depósito, inc. III. "Nos demais casos a concessão da tutela da evidência só pode ocorrer depois da contestação." (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 323).

A medida odiosa de indisponibilidade de bens, além de não requerer a técnica antecipatória, também não se enquadra em nenhum dos incisos acima citados. Ou seja, nem excepcionalmente é possível sustentar seu cabimento.

O que se tem, então, é uma interpretação à margem das garantias constitucionais e processuais, possibilitando constrições seríssimas a direitos da parte, em momento anterior ao próprio recebimento da ação, ou seja, tecnicamente ainda sem processo, antes da devida angularidade processual.

Não se combate criminalidade ou improbidade com sonegação de direitos, ainda que se alegue ser benéfico à sociedade. Importante à sociedade é a segurança num ordenamento jurídico que propicie limites ao Poder, seja em prol de um ou de todos.

Considerações finais

Não se desconhece o empenho do Judiciário, notadamente suas Cortes Superiores, pela busca de um Direito que seja o espelho da promessa constitucional. Aquele tempo de inércia, ao que parece, ficou no passado.[18] A abertura política a qual o Brasil se viu submetido a partir de 1985 e, principalmente, após (ou com) a promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, vocacionada a construir uma sociedade livre, justa e

[18] Sobre a atuação do judiciário antes e após a constituição de 1988, ver o que escrevemos no texto o poder do juiz ontem e hoje. (PEREIRA FILHO, 2006, pp. 19-33).

solidária,[19] exige uma legislação ordinária (processual e material) apta e conformada com as normas constitucionais e, por via oblíqua, também uma prática jurídica condizente com o novo plano jurídico-político (econômico e social).

Acentuada a crise[20] do sistema judiciário que "sempre fora tido como um poder com funções clássicas de manutenção do *status quo* político, jurídico, social, econômico e cultural" (MACHADO, 1999, p. 20) em confronto com a nova perspectiva assumida e prometida pelo Estado Constitucional urge, então, assumir de vez uma postura crítica frente ao modelo jurídico que nos foi forjado pelos detentores do poder econômico e político num determinado momento da história.

Neste mister, é imprescindível buscar amparo junto ao método dialético, no sentido marxista, ou seja, "processo de descrição exata do real" para neutralizar a ideologia envolta no sistema (legal e educacional), com condições de averiguar a forma ideal de se cumprir os comandos normativos da Constituição da República, erigidos a *status* de direitos fundamentais do cidadão.

Nesta perspectiva, será possível superar os mais variados mitos existentes no cenário jurídico e a vislumbrar um horizonte além da floresta, apesar das árvores. A visão do todo, acredita-se, contribuirá para a exata compreensão do particular, sempre visando "*construir pontes e não levantar muros*".

Não significa, em absoluto, distanciamento ou indiferença com a questão real da corrupção. Pelo contrário, é o necessário aparelhamento dos princípios constitucionais do artigo 37, §4º da CF, com a garantia de que toda acusação será realizada sob um procedimento que permita ao réu proteger sua dignidade adequadamente.

Para que a ação de improbidade tenha um resultado efetivo, não há necessidade de supervalorizar um polo da demanda em detrimento do outro. Esse desequilíbrio acaba por banalizá-la e a deixar, na mesma vala, legislador e intérprete.

Referências

[19] O art. 3º da CRFB assevera: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- **construir uma sociedade livre, justa e solidária**; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais** e; IV- **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**."

[20] A bem da verdade, nem se pode acusá-lo de crise, pois ele foi pensado dessa forma e, assim, cumpre bem o seu papel. Amilton Bueno de Carvalho explicita: "[...] não há interesse que o Judiciário funcione (aliás, ele funciona porque o que é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona)." (CARVALHO, 1997, p. 94).

AÇÃO de improbidade. Risco de dano é desnecessário para bloquear bens. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-set-12/risco-dano-acao-improbidade-desnecessario-bloquear-bens Acesso em 04 de abr. 2016.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. trad. Por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do Advogado. In: **OAB Ensino Jurídico**: novas diretrizes curriculares. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

_____. O imaginários dos juristas. **Revista de Direito Alternativo**. n. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993.

ALBUQUERQUE, Francisco de; CARVALHO, Logo Dias de. **Lições de direito criminal**, tipografia União, Pernambuco, 1.847.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. trad. por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

BARBOSA, Rui. **Novos discursos e conferências**. São Paulo: Saraiva, 1933.

BRETON, Philippe. **A manipulação da palavra**. trad. por Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

BUARQUE, Chico. **Meu refrão**. 1965.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34ª Sessão da 2ª Seção Legislativa da 49ª Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdfDCD03ABRI1992.pdf=65>. Acesso em 29 mar. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "Justiça Constitucional". **Revista Forense**, mar.-abr., 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 5. ed., Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Brasiliense, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sonhocídio: Estragos neoliberais no ensino do direito ou "La busqueda del banquete perdido", como diria Enrique Marí. In: **Crítica Jurídica**. Revista latinoamericana de política. Filosofia y Derecho. n. 21, jul-dez/2002.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. 3 ed., CL Edijur: Leme/SP, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. trad. por Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. trad. por Pedro Filipe Henriques, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GERHARDT, Luiza Maria. In: Educação Porto Alegre – RS, ano XXVIII, n. 1 (55), p. 143 – 154, Jan./Abr. 2005.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. trad. por Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, [s.d.].

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Improbidade administrativa. **Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na lei 8.429, de 1992.** 1ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

MACHADO, Antônio Aberto. **Ministério público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; OLIVEIRA, Mariana Costa de. **Direito sancionador**: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92). Fortaleza: Imprece, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Suely Amaral. **Linguagem, consciência e alienação**: o óbvio como obstáculo ao desenvolvimento da consciência crítica. São Paulo: Unesp-Marília-Publicações, 2000.

MIAILLE, Michael. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed., trad. por Ana Prata, Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONTEAGUDO, Ricardo. **Entre o direito e a história**: a concepção do legislador em Rousseau. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

MONTESQUIEU. Lettres persanes, oeuvres completes. Paris: Éditions du Seuil. p. 79. *apud* FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Disponível em: http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm Acesso em 30 mar. 2016.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**: um livro para espírito livres. Trad., Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexismo, misoginia, machismo, homofobia: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico. In: **Critica jurídica**. Revista latinoamericana de política, filosofia y derecho. n. 20, jan-jul/2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista AJURIS**. vol. 104, 2006. pp. 19-33.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. trad. por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

STJ. Recurso Especial n.º 1.319.515/ES (Processo Judicial n.º 2012/0071028-0).

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**: 1988. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos. Walter Costa Porto (org.). 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. 2., 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

VALE, Osvaldo Trigueiro do Vale. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional.** Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública - Fundação Getúlio Vargas, 1975.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Editora Universidade de Brasília, 1988.