

CIRCULAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL
www.mp.mg.gov.br/dejure

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Av. Álvares Cabral, 1740, 1º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
cep. 30.170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br

Address: Av. Álvares Cabral, 1740, 1º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
cep. 30.170-916, Brazil
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
n. 14 (jan./jun. 2010). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010.
v.

Semestral.
ISSN: 1809-8487
Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a seqüência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Errata edição nº 13:
Editorial - Onde se lê "Editoração[...]
Luciana Perpétua Corrêa, Luciano José Alvarenga, Paôla Bruna de Oliveira, Samuel Alvarenga Gonçalves"
Leia-se:
"Editoração[...]
Seleção de Jurisprudência:
Luciana Perpétua Corrêa, Luciano José Alvarenga, Paôla Bruna de Oliveira, Samuel Alvarenga Gonçalves"

Foto da capa:
Escultura barroca em pedra-sabão representando a Justiça, cuja autoria é atribuída ao português Antônio José da Silva Guimarães e datada como anterior a 1840. Faz parte da obra que representa as quatro virtudes cardeais – Prudência, Justiça, Temperança e Fortaleza – que se encontram na antiga Câmara e Cadeia de Vila Rica, atual Museu da Inconfidência de Ouro Preto.

Linha Teórica:
A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista trans- e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Cover Photos and Design:
Baroque sculpture in steatite (soapstone) representing Justice – author supposed to be the Portuguese Antônio José da Silva Guimarães; probably made before 1840. It is part of the work that represents the four Virtues: Prudence, Justice, Temperance and Strenght – located at the old Chamber and Prison in Vila Rica (current Ouro Preto – Minas Gerais), current name of the building is Museum of Inconfidência of Ouro Preto.

Theoretical Profile:
The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, trans- and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

ASSESSOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Fernando Soares Miranda

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

EDITOR RESPONSÁVEL
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

CONSELHO EDITORIAL - CONSELHEIROS
Promotor de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves
Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

CONSELHEIROS CONVIDADOS
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de México, México)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha) *in memorian*
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Mininstro do STJ)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)
Prof. Luciano José Alvarenga (Fundação Comunitária e Cultural de João Monlevade - FUNCEC)
Profª. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Assessoria em Direito Educacional, Londrina, PR)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fund. Uni. de Itaúna, Consultor da ONU, Consultor do Ministério de Justiça)
Profª. Maria Garcia (PUC/SP)
Profª. Maria Tereza Aina Sadek (USP)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG)

Profª. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)
Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP)
Prof. Nilo Batista (UERJ)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro)
Profª. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)
Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

EDITORAÇÃO
Alessandra de Souza Santos
Fernando Soares Miranda
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO
Alessandra de Souza Santos
Daniela Paula Alves Pena
Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)
Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

CAPA
Alex Lanza (Foto da Estátua da Justiça)
João Paulo de Carvalho Gavidia (Arte)

PROJETO GRÁFICO / DIAGRAMAÇÃO
João Paulo de Carvalho Gavidia

TRADUÇÃO
Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC
Adirson Antônio Glorio de Ramos
Bráulio Lisboa Lopes
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Luciano Santos Lopes
Marcos Pereira Anjo Coutinho
Matheus Adolfo Gomes Quirino

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Luciana Perpétua Corrêa
Luciano José Alvarenga
Paôla Bruna de Oliveira

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR
Todos os créditos pertinentes ao DVD estão disponíveis no próprio disco.

De Jure - Journal of the Public Prosecution Office of the State of Minas Gerais

ATTORNEY-GENERAL
Minas Gerais State Prosecutor Alceu José Torres Marques

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT
Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

ASSISTANT OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT
Minas Gerais State Prosecutor Emerson Felipe Dias Nogueira

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT
Fernando Soares Miranda

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION
Alessandra de Souza Santos

CHIEF EDITOR
Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

EDITORIAL BOARD - MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD
Minas Gerais State Prosecutor Adilson de Oliveira Nascimento
Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
Minas Gerais State Prosecutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida
Minas Gerais State Prosecutor João Cancio de Mello Junior
Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves
Minas Gerais State Prosecutor Marcelo Cunha de Araújo
Minas Gerais State Prosecutor Marcos Paulo de Souza Miranda
Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD –COLLABORATION AND REVIEW
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de México, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Spain) *in memorian*
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Mário Frota (Portuguese Association of Consummer Law, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Minister of Brazilian Superior Court)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Vice Attorney-General, UERJ, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Educational Law Consultant – Londrina, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga (Fundação Comunitária e Cultural de João Monlevade - FUNCEC, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fund. Uni. de Itaúna, ONU Advisor, Brazilian Minister of Justice Advisor - Brazil)
Prof. Maria Garcia (PUC/SP - Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek (USP – Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG - Brazil)

Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG - Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP - Brazil)
Prof. Nilo Batista (UERJ - Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Profª. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG - Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho

EDITING
Alessandra de Souza Santos
Fernando Soares Miranda
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING
Alessandra de Souza Santos
Daniela Paula Alves Pena
Beatriz Garcia Pinto Coelho (intern)
Gabriela Nunes Gomes (intern)

COVER
Alex Lanza (Photo of the Statue of Justice)
João Paulo de Carvalho Gavidia (Design)

GRAPHIC PROJECT AND DESIGN
João Paulo de Carvalho Gavidia

TRANSLATION
Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE
Adirson Antônio Glorio de Ramos
Bráulio Lisboa Lopes
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Luciano Santos Lopes
Marcos Pereira Anjo Coutinho
Matheus Adolfo Gomes Quirino

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE
Luciana Perpétua Corrêa
Luciano José Alvarenga
Paôla Bruna de Oliveira

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT
Credits in DVD disc.

Prefácio

Com grande honra, editamos o número 14 da nossa Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, compartilhando com nossos caríssimos colaboradores e leitores o sucesso da revista!

Na busca contínua de aprimoramento e reconhecimento perante a comunidade jurídica e a comunidade acadêmica em geral, a Revista De Jure apresenta mais uma novidade: a partir de agora será acompanhada por encarte de DVD com conteúdo digital complementar consistente em vídeo da palestra escolhida para divulgação na revista, além das técnicas (peças processuais) e jurisprudências recomendadas para cada seção.

Outra novidade que, seguramente, engrandecerá ainda mais nosso Conselho Editorial é a recente inclusão da Prof.ª Doutora Jussara S. A. B. Nasser Ferreira, assessora e consultora educacional. Além disso, o Conselho Editorial passará a contar com revisores ad hoc, que auxiliarão no processo de análise e emissão de pareceres para os artigos submetidos à revista.

Nesta edição, a Revista De Jure faz uma homenagem ao ilustre Professor Joaquín Herrera Flores, membro do nosso Conselho Editorial falecido no ano passado, publicando na seção Diálogo Multidisciplinar o seu "Testamento". A revista traz também textos inéditos do ilustre Prof. Eduardo Mario Martinez Alvarez da Argentina e do ilustre Prof. Mário Frota, de Portugal. No DVD encartado, a palestra disponível em vídeo versa sobre "O acoplamento sistêmico: o problema da interpretação jurídica", apresentada pela Prof.ª Juliana Neuenschwander Magalhães, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no seminário internacional sobre "Direito e Complexidade na Sociedade Contemporânea – Homenagem a Niklas Luhmann", realizado em 12 de dezembro de 2008, com apoio da Escola Superior Dom Helder Câmara. A Revista De Jure 14 conta também com as colaborações preciosas de juristas diversos e, certamente, servirá de relevante instrumento de aperfeiçoamento funcional dos membros e servidores do Ministério Público.

"Nesta edição, a Revista De Jure faz uma homenagem ao ilustre Professor Joaquín Herrera Flores, membro do nosso Conselho Editorial falecido no ano passado."

O êxito de nossas edições se deve à participação dos membros e servidores do Ministério Público, operadores do Direito de forma geral, juristas, professores universitários e estudantes que nos enviam artigos, comentários a jurisprudências e peças processuais. Ressaltamos que atualmente o envio de materiais é feito exclusivamente por intermédio do sítio eletrônico <www.mp.mg.gov.br/dejure>, onde nossos leitores podem encontrar disponíveis números anteriores das revistas e o formulário de submissão de artigos com as normas de padronização adotadas.

A vocês, o nosso muito obrigado!

Gregório Assagra de Almeida
Diretor do CEAF

Colaboradores desta edição

ADRIANO NAKASHIMA
Analista do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

ALEXANDRE CARLOS BOTREL
Oficial do Ministério Público do
Estado de Minas Gerais; Superintendente dos Órgãos Colegiados da Administração Superior do Ministério Público de Minas Gerais; Bacharel em Direito; Pós-graduado em Direito Público Universidade Cândido Mendes / UNAM

ALINE MARIA PEREIRA
Estagiária da 4ª Promotoria de Justiça de Minas Gerais; estudante do 10º período de Direito do UNIFOR/MG

BRÁULIO LISBOA LOPES
Mestre e Especialista em Direito;
Professor universitário

CARLA RIBEIRO VOLPINI SILVA
Mestre em Direito Internacional Público e Comunitário; Doutora em Direito Público pela PUC-MINAS; Coordenadora e professora do curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes

CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA
Juiz de Direito; Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da AMAGIS/MG; Mestre em Direito Constitucional Comparado pela Cumberland School of Law, Alabama, EUA; Professor da Fundação de Ensino Superior de Passos; Coordenador do Núcleo da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes do sudoeste mineiro

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES
Doutorando e Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS; Especialista em Direito Processual pela PUC MINAS; Ex-assessor de Juiz do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais (TJMG) e Advogado. Coordenador de Pesquisa da FASPI. Professor do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito pela FIC, pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina-MG - Associada à UEMG, FCJ –UEMG e pelo Curso Maurício Trigueiro. Autor de artigos publicados em obras coletivas, revistas e periódicos especializados em Direito. Sua experiência docente inclui a atuação em diversas instituições, por exemplo, PUC MINAS, Faculdade Novos Horizontes e FASPI. Outras informações em: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>.

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Sanitário - Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais

EDUARDO MARIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ
Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina; Vicerrector Académico de la Universidad del Museo Social Argentino; Professor titular de Derecho Procesal - parte General y Civil - Comercial; Seminario I del doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UMSA); Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça; Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP); Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade; Membro da International Association of Prosecutors (The Hague-Holanda)

ENÉIAS XAVIER GOMES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais;
Ex-Promotor de Justiça no Estado da Bahia;
Mestrando em "Teoria Geral do Delito"
Universidade Federal de Minas Gerais

FELIPE VALENTE VASCONCELOS SOUSA
Bacharel em Direito - Faculdades Integradas Vianna Júnior (Juiz de Fora/MG); Pós-Graduado em Direito Público - Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (em convênio com o Centro Universitário Newton Paiva); Pós-Graduado em Filosofia Moderna e Contemporânea Universidade Federal de Juiz de Fora/MG; Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO
Graduando em Direito pela PUC/MG;
Oficial do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

JOAQUÍN HERRERA FLORES
Doutor em Direito – Universidade de Sevilha;
Coordenador do programa de pós-graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento - Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha

JUSSARA MACHADO JARDIM ROCHA
Profa. Dra do Instituto de Ciências Agrárias
da Universidade Federal de Minas Gerais

KÊNIA MÁXIMO
Graduanda em Agronomia
Universidade Federal de Minas Gerais

LÍDIA PRAÇA
Geógrafa; Mestre; Membro do Núcleo Interinstitucional de Ações e Estudos Ambientais
do Norte de Minas - NIEA-NM

MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais;
Doutora em direito internacional – UERJ

MARIA COELI SIMÕES PIRES
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG; Mestre e Doutora em Direito Administrativo - UFMG; Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG; Consultora de Políticas Públicas e Secretária Adjunta de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana de Minas Gerais

MÁRIO FROTA
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII (1991/2006); Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra; Fundador e primeiro presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo / Association Internationale du Droit de la Consommation (AIDC); Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APDC), Coimbra, sociedade científica de intervenção; Fundador e primeiro vice-presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito do Consumidor – São Paulo/Buenos Aires; Fundador e primeiro vice-presidente da Association Européenne de Droit et Économie Pharmaceutiques (AEDEPh), Paris; Presidente do Conselho de Administração do Centro de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Porto, em representação da Câmara Municipal do Porto; Conselheiro do Conselho de Prevenção do Tabagismo (CPT), Lisboa; Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra (CEDC); Director da Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC), editada em Coimbra

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná; Mestre (CPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR); Professor Titular no UniCuritiba; ramidoff@mp.pr.gov.br

MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO
Bacharel em Direito pela UFMG; Pós-graduado em Direito Processual pela PUC – MG; Mestre em Direito de Empresa pela Universidade de Itaúna; Ex-procurador do Município de Itabira; Advogado

MIRIAM SANSONI TOROSSIAN
Advogada
Psicóloga graduada pela Universidade Metodista de São Paulo

NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

PAULO CÉSAR VICENTE LIMA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Coordenador da Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do rio São Francisco – Sub-bacia do rio Verde Grande

PAULO MOSCONI
paulomosconi@hotmail.com

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais; Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça; Membro da Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça; Especialista em Direito Público; Mestre em Direito e Instituições Políticas; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino; Professor de Graduação e Pós-Graduação lato sensu;
renatofranco@mp.mg.gov.br

RICARDO LUIZ PEREIRA MARQUES
Mestre em Direito Privado pela PUC-MG; Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV; Professor de Direito dos Contratos e Direito Empresarial da Faculdade Novos Horizontes em Belo Horizonte; Advogado em Belo Horizonte

ROBERTA DUBOC PEDRINHA
Advogada; Doutoranda em Sociologia Criminal no IUPERJ; Mestra em Ciências Penais na UCAM; Pós-graduada em Criminologia na Universidade de Havana – Cuba; Professora de Ciências Criminais da Graduação; Coordenadora da Pós-graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal da Ucam; Professora de Direito Penal e Coordenadora do Núcleo de Estudos Criminais do Ibmec/RJ; Consultora Concursada de Criminologia do Ministério de Justiça; Ex-Coordenadora da Subcomissão de Sistema Penitenciário; Membro Efetivo da Comissão de Direitos Humanos; Ex-examinadora de Direito Penal na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/RJ; Diretora do Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro – IECERJ; Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP; Membro permanente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB

RODRIGO IENNACO DE MORAES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais;
Mestre em Ciências Penais/UFMG;
Professor de pós-graduação/UFJF e FESMPMG

SILVIA FONSECA SILVA
Advogada

Apresentação

"A incansável equipe do nosso Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, a quem cumprimento na pessoa de seu Diretor Gregório Assagra de Almeida, brinda-nos com mais uma edição da Revista De Jure. Com imenso orgulho, temos colhido frutos deste trabalho que vem de longa data, desde a reestruturação da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em meados de 2005, ainda na gestão do então Diretor do Ceaf, Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi. A partir de 2006, a revista adotou uma linha teórica que segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neo-constitucionalismo.

"A verdadeira viagem de descoberta não consiste em procurar novos horizontes, mas em ter uma nova visão" Proust

Acompanhando a história de desenvolvimento da revista, ressalto a sua inclusão no registro do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, em Brasília, quando a revista recebeu a numeração de código ISSN e o reconhecimento do sistema QUALIS – um instrumento concebido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação (CAPES) para a classificação de veículos de divulgação da produção científica nacional. Hoje a Revista De Jure conta com um exclusivo portal eletrônico (<www.mp.mg.gov.br/dejure>), com todos os números já publicados disponíveis para consulta.

Ressalto que o reconhecimento representa uma importante vitória para a Instituição, que acredita na formação continuada de seus membros e servidores. Nesse contexto, a De Jure é uma importante ferramenta de divulgação da produção técnico-científica, não somente em nível institucional, devido ao caráter pluralista, à estruturação acadêmica, à amplitude temática e a vocação interdisciplinar que ela apresenta.

Marcel Proust disse que: "A verdadeira viagem de descoberta não consiste em procurar novos horizontes, mas em ter uma nova visão". Convido todos a colaborarem com nossas publicações, pois o sucesso da nossa revista deve-se também ao sinergismo de nossos ávidos leitores.

Um forte abraço a todos!

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • 25 Doutrina Nacional • 79 Diálogo Multidisciplinar • 137 Palestra • DVD-ROM

El procedimiento en la alzada en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada en el proceso ordinario 25
Eduardo Mario Martínez Álvarez

Por um código de processo colectivo em Portugal 43
Mário Frota

Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais 79
Maria Coeli Simões Pires

Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade 96
Emerson Garcia

A função jurisdicional atributiva dos Direitos Fundamentais 122
Carlos Frederico Braga da Silva

Testamento 137
Prof. Joaquín Herrera Flores

Pesquisa-ação de educação ambiental na comunidade Santa Bárbara I, Montes Claros-MG: um caminho para revitalização ambiental proposto pelo Ministério Público 146
Paulo César Vicente Lima • Jussara Machado Jardim Rocha • Lídia Praça • Kênia Máximo

Análise sobre a reincidência criminal na abordagem comportamental 155
Miriam Sansoni Torossian

2 DIREITO PENAL

Artigo • 165 Comentário à Jurisprudência • 186 Jurisprudência • CD-ROM

Uma abordagem tridimensional do espaço do cárcere: da casa de correção da corte ao regime disciplinar diferenciado 165
Roberta Duboc Pedrinha

Impossibilidade de processar exclusivamente a pessoa jurídica por crime ambiental 186
Rodrigo Iennaco de Moraes

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo • 197 Comentário à Jurisprudência • 229 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

O crime de estupro e a novatio legis in mellius: uma análise à luz da lei nº 12.015/2009 197
Jader Máximo de Araújo

Ilicitude da prova obtida mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica: mudança de entendimento da Sexta Turma do STJ 229
Bráulio Lisboa Lopes

4 DIREITO CIVIL

Artigo • 237 Comentário à Jurisprudência • 260 Jurisprudência • CD-ROM

Tutela extrajudicial de interesses individuais: legitimidade do Ministério Público e adequação do inquérito civil 237
Alexandre Carlos Botrel

Invalidades no Direito Privado brasileiro: inexistência de uma teoria geral e o surgimento de teorias específicas 250
Ricardo Luiz Pereira Marques

Análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não entende possível a indenização por serviços domésticos prestados na constância da relação concubinária 260
Adriano Nakashima

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo • 271 Comentário à Jurisprudência • 286 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 anos de subjetivações 271
Mário Luiz Ramidoff

Mandado de segurança: exceção à prova pré-constituída 286
Charley Teixeira Chaves

6 DIREITO COLETIVO

Artigo • 301 Comentário à Jurisprudência • 348 Jurisprudência • CD-ROM

A globalização e seus reflexos na consolidação dos Direitos Humanos 301
Carla Ribeiro Volpini Silva

A contribuição da teoria de Robert Alexy à eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil e ao controle jurisdicional das políticas públicas sociais 312
Danielle Vignoli Guzella Leite

Possibilidade de suspensão de processo individual pelo juiz, de ofício, quando pendente julgamento de processo coletivo em que se discuta o mesmo tema 348
Silvia Fonseca Silva

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo • 357 Comentário à Jurisprudência • 365 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

Reflexões acerca da codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro 357
Paulo Mosconi

Inadequação de depósito de lixo urbano: descumprimento de direito fundamental coletivo e impossibilidade de percepção de renda adicional pelo município 365
Matheus Adolfo Gomes Quirino

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo • 379 Comentário à Jurisprudência • 398 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública: inconstitucionalidade 379
Renato Franco de Almeida

O Supremo Tribunal Federal e a aplicabilidade da lei nº 8.429 de 1992 em face dos agentes políticos 398
Aline Maria Pereira

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo • 417 Comentário à Jurisprudência • 428 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

Trajes para ingresso nos fóruns em uma perspectiva processual 417
Enéias Xavier Gomes

Resp 1.097.042 – DF (rito do recurso especial repetitivo): o crime do Art. 129, § 9º, do Código Penal é de ação penal pública condicionada à representação, mesmo no âmbito da Lei Maria da Penha 428
Marcela Harumi Takahashi Pereira

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo • 441 Comentário à Jurisprudência • 469 Jurisprudência • CD-ROM Técnica • CD-ROM

A moral intrínseca na Lei de Improbidade Administrativa 441
Felipe Valente Vasconcelos Sousa

A reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência e os processos seletivos para contratações temporárias 469
Nidiane Moraes Silvano de Andrade

11 NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR • SUMÁRIO • INFORMAÇÕES

Português 481

English 485

DVD - Sumário 489

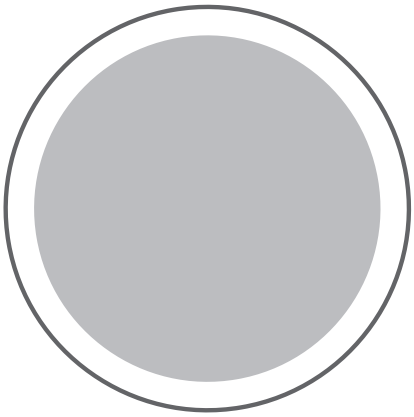
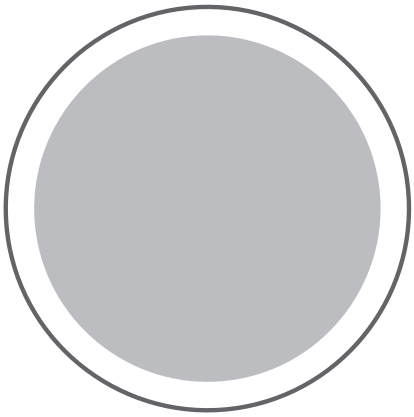
DVD - Informações 491

1



Doutrina Internacional • 25
Doutrina Nacional • 79
Diálogo Multidisciplinar • 137
Palestra • DVD-ROM

Assuntos Gerais


EL PROCEDIMIENTO EN LA ALZADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL PROCESO ORDINARIO

EDUARDO MARIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ
Professor titular de Derecho Procesal - parte General y Civil - Comercial

1. El tramite previo

*Nuestra ley ritual contempla –en el art.259- que , cuando–*el recurso se hubiese concedido respecto de sentencia definitiva dictada en proceso ordinario en el día en que el expediente llegue a la Cámara, el secretario dará cuenta y se ordenará que sea puesto en la oficina. Esta providencia se notificará a las partes personalmente o por cédula: El apelante deberá expresar agravios dentro del plazo de diez días.

*2. A*ntecedentes historicos

Ya en el Código de las Siete Partidas del muy noble Rey Alfonso el Sabio (Rey de Castilla - 1221 -1284) más precisamente , en la TERCERA, TITULO XXIII (de la Apelación), la Ley I definía con maestría:

> [...] Que cosa es Alcada, e a que tiene pro (a). Alcada (1) es querella que alguna de las partes faze, de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a emienda de mayor Juez (2): e tiene pro el Alcada quando es fecha derechamente, porque por ella (3) se desatan los agrauiamientos que los Juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender.
>
> (a) L. 1, tít. 15, lib. 2 del F. R.- L. 1, tít. 20, lib 11 de la N.R.
>
> .
> Lex I.- Apellatio et querela partis á sententia contra eum lata recurrentis, et ponentis se sub majoris judicis protectione: et per eam justé emissam gravamina reformantur, Hoc dicit.[1]

(1) Alcada. Concordat I. praefecti 17. D. de minorilus, et Gloss. 2. quaest. 6.in suma,

[1] *Los Códigos Españoles concordados y anotados*. Tomo Tercero, Código de las Siete Partidas; 2° Edición; Antonio de San Martín, Editor; Madrid 1872; pág. 304

et pleniorem diffinitionem videas per Abb. in rubric. de apellation. Col. 2.
(2) Emienda de mayor Juez. Et non teneret consuetudo appellandi ad parem, vel minorem judicem, quia esset contra naturam apellalationis, ut per Gloss. in cap. non putamus, de consuetud. lib 6. de quo videas Dominicum, et Abb. in cap. fin. de dilat. Felin. col. fin. in rubric. de apellation.
(3) Por ella. Concordat l. 1. In princ. D. eod.

3. Procedimiento

Nos encontramos ante el trámite en segunda instancia del recurso de apelación concedido "libremente", con efecto suspensivo e inmediato, contra la sentencia definitiva recaída en proceso ordinario que, por imperio de la reforma de la ley 25488, ya es la única que corresponde conceder en esta forma, habida cuenta la infortunada supresión del proceso sumario por la apresurada legislación referida (tanto que ni siquiera cuidó de eliminar las alusiones al "sumario derogado en la norma en comentario y en otras de este código). El secretario de Cámara hará saber oralmente al presidente de la sala que resultó adjudicada, la llegada de las actuaciones y éstas serán puestas en la oficina de la mesa de entradas de secretaría por aquél (cf. art. 273 del CPCCN). Esta providencia tiene por objeto posibilitar al apelante la fundamentación del recurso concedido libremente, toda vez que en nuestro ritual no está permitido hacerlo junto con su interposición (cf. art 245, segundo párrafo, cód.cit.). No obstante, si se ha dado curso a la apelación efectuada en violación a la norma, aquélla debe considerarse fundada.Cabe recordar que la sala que resultó sorteada para la primera intervención de la Alzada, continuará conociendo en virtud de la "perpetuatio iurisdictionis", tanto en las actuaciones principales, como en los incidentes, tercerías, causas conexas, etc.

4. Forma de la notificacion

La doctrina ya sostenía en forma unánime que la notificación en segunda instancia respecto de los recursos concedidos libremente debía realizarse en forma personal o por cédula.[2]*. Ya no cabe distinguir como antes si había mediado intervención anterior de la Alzada, en cuyo supuesto se notificaba automáticamente.. En consecuencia y encontrándose expresamente previsto en la norma, dicha providencia se notifica por cédula en todos los casos. Pero la parte debe concurrir para examinar el expediente y activarlo, porque insólitamente, en muchos casos de inercia del tribunal, igual cabe la perención de segunda instancia.*[3] *La notificación debe practicarse tanto al apelante como al apelado, pues éste cuenta con la posibilidad de controlar que aquél presente en plazo el escrito de expresión de agravios y en caso contrario, solicitar su deserción. Debe acompañarse copia del escrito, en orden a lo dispuesto en el art. 120 del rito y tantas como partes con derecho a contestarlo, actuen en autos.*

[2] Alsina, "Tratado…". 2ª. ed., t.4,pag. 387, n°3; D'Alessio- Yáñez Álvarez, "Código…", t°1, pág.212.

[3] Falcón, "Comentario al Código Procesal…", T°I, pág. 387.

5. Carga de la notificacion

Es sabido que la norma en comentario, no pone a cargo de la Sala las notificaciones a las partes de la providencia en ella referida y será aquélla que tenga interés en mantener vivo el recurso de apelación, quien deberá redactar la cédula correspondiente.[4]

6. Carácter y computo del plazo

Tal como lo dispone el art.155 del rito, el plazo es perentorio y la falta de presentación en término no resulta subsanable. Pese a ello, en alguna jurisprudencia cordobesa se ha considerado que el plazo para expresar agravios es perentorio no fatal, que significa que el acto procesal puede cumplirse válidamente una vez vencido aquél, mientras el adversario no haya solicitado el decaimiento del derecho[5]*. La concesión del recurso importa un acto procesal inapelable. Corre desde el dia siguiente de la notificación de la providencia del art.259, sea personal o de la recepción de la pertinente cédula. Es independiente para cada uno de los apelantes, aunque sean partes contrarias o litisconsortes. Ello es así, porque los plazos individuales son la regla general y los comunes la excepción, que debe derivar expresa o implícitamente de la ley.*

Acertada técnica legislativa posee la adjetiva santafesina, cuando en su art. 364 dispone que el traslado al apelante para expresar agravios se hará bajo apercibimiento de tenerse por operada la deserción del recurso.

7. Cómputo del plazo

El plazo establecido por el art. 259 del Código Procesal para la presentación de los agravios, reviste carácter individual, por lo que corre de manera independiente para cada uno de los apelantes, sean partes contrarias o litisconsortes, a partir del conocimiento de la providencia allí prevista. Ello, en virtud de que los plazos individuales constituyen la regla general, y los términos comunes, la excepción que debe surgir expresa o implícitamente de la ley (CNCiv., Sala B, 17-04-96, Varela, R.E. y otro contra Hidalgo,C.F. sobre daños y perjuicios, E.D. 169-1027).

8 .Suspensión del plazo

El plazo para expresar agravios no se suspende por el hecho de no encontrarse el expediente en el juzgado porque, a diferencia de lo que ocurre en la oportunidad de los alegatos, no es requisito para que ese plazo corra que el interesado tenga la posibilidad de retirar el expediente (CCC Resistencia, Sala 1a., "Salin c/ E. Escalante, del 23-3-82).[6]

---

[4] Fenochietto,C.E.: "Código….,T° 2, pág.87,Astrea

[5] C2a.CCCórdoba, mayo21-996; L.L.C., 1996-933.

[6] Palacio, L.E. y Velloso, A.A., "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzo-

Por el contrario, siendo el plazo que tiene cada parte para presentar el memorial de carácter individual, corresponde considerar suspendido al que corría para la actora, atento el retiro del expediente por parte de la contraria (CCC Salta, Sala 3a., "Saracho c/ Roldán", del 23-6-88).[7]

9. Expresion de agravios - concepto

Al decir de Liebman, "está implícita en el concepto de recurso la idea de una oposición, de un ataque recurrir de una sentencia significa denunciarla como errada y pedir una nueva sentencia que remueva el daño injusto causada por ella."[8].

En igual orden de ideas y dirigiéndonos a la apelación ésta "es el recurso interpuesto originariamente por la parte a quien perjudica la resolución recurrida, la cual asume así la iniciativa de su eliminación y de su sustitución por otra"[9]*, resulta evidente la necesidad por parte del apelante de realizar una debida fundamentación para lograr este propósito. Y así lo exige la norma. "Con una locución castiza y clara designan nuestras leyes la carga que tiene el litigante a quien se le concedió un recurso libre, de fundamentarlo"*[10]*, posibilitando así la instancia revisora y fijando el ámbito de la misma de acuerdo con el adagio latino "tantum devolutum quantum apellatum". En efecto. Los tribunales de apelación no pueden exceder -en materia civil- la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional*[11]

Según Piero Calamendrei, en apelación "el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sio lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura" ("Apuntes sobre la reformatio in peius", en "Estudios sobre el proceso civil" trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Bs. As., 1961, pág. 301).[12]

Es susceptible de llevarse a la Alzada todos los vicios in procedendo (nulidad), como los *in iudicando* (apelación), ya que en definitiva, por tratarse de un recurso ordinario los motivos que habilitan la alzada no están para nada tipificados de antemano, como sucede en los remedios extraordinarios, cuyos carriles corren a través de causales prefijadas por la ley, a diferencia de la apelación, donde basta con acreditar la

---

ni, T° VI, pág. 356.

[7] auts. y op. cit. nota anterior, pág 357.

[8] Liebman,Enrico Tullio: "Manuale di diritto processuale civile, II, N°288, .p.253.

[9] Guasp, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1968, T°II-734

[10] Podetti, Ramiro J.: "Tratado de los Recursos", pág. 163

[11] Disidencia parcial del Dr.Petracchi, C.S.J.N., 15-07-997,RED32-558

[12] Peyrano, J.W., Vázquez Ferreyra, op. cit, pág. 145.

injusticia o la nulidad, sin necesidad de invocar causales específicas.[13] *La expresión de agravios debe ser una expresión de ciencia de la parte recurrente, fundada en la razón.* [14]*.*

Si se recuerda que constituye un deber para el juez dar debido cumplimiento a lo dispuesto en el art.163 del ritual, fundando en derecho y acabadamente su sentencia, no cabe duda que constituye la contrapartida para el apelante atacar debidamente los términos de la decisión o concretar algún error en el pronunciamiento de grado, bajo pena de padecer la deserción del recurso en caso contrario.

No está permitido hacer valer en ella pretensiones que no lo fueron al trabarse la litis con excepción de la prescripción liberatoria. Si no se expresare agravios o ésta resultare insuficiente a juicio del ad quem -quien debe controlar tal suficiencia- el recurso se considera desierto y la sentencia impugnada entra en autoridad de cosa juzgada.

Está vedado en segunda instancia, la remisión a escritos precedentes y el apelante debe realizar una argumentación apropiada y conforme a las prescripciones rituales ante la alzada.

Por lo demás, debe considerarse consentida la sentencia de primera instancia en todas sus conclusiones no rebatidas, porque hay en ello una limitación tácita del recurso, todo lo cual no impone un largo discurso y antes bien el laconismo continuará siendo un método.[15]

Si el escrito de expresión de agravios se presenta -por error inexcusable- en primera instancia no puede hacerse valer la fecha del cargo de ésta y si hubiese transcurrido el plazo legal, no hay duda que deberá declararse desierto el recurso. No obstante, se ha decidido en alguna oportunidad, que ello no impide que, para que no prevalezca un injustificado rigor formal, puedan existir circunstancias que, sin comprometer el normal desarrollo del proceso y la actividad de la judicatura, tornen admisible, con carácter excepcional, una solución distinta, cuando no se prive a la otra parte del ejercicio de las facultades que le corresponden o de contrarrestar los efectos de un eventual acto procesal sorpresivo o no se produzca una distorsión de la actividad jurisdiccional.[16]

Debe presentarse con firma de letrado, de conformidad con la clara normativa del art. 56 del rito nacional que contempla expresamente ese requisito para el supuesto de la expresión de agravios.Resulta factible de aplicación en el caso el art. 48 del código citado, que permite la presentación por gestor.

---

[13] Hitters, Juan Carlos: "Técnica de los Recursos Ordinarios", pág. 441 y sus citas, L.E.P., 2000.

[14] Rivas,Adolfo Armando: "Tratado de los recursos ordinarios", T°2, pág. 473.

[15] Ibáñez Frocham, Manuel: " Tratado de los Recursos", pág. 194 y sus citas.

[16] S.C.B.A., 16-8-77, D.J.B.A.,112-158

10. Oportunidad para fundar las apelaciones concedidas con efecto diferido, actualizacion de cuestiones y pedido de apertura a prueba en la alzada

Dispone el artículo 260 del código adjetivo que dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo anterior y en un solo escrito, las partes deberán:

1. Fundar los recursos que se hubiesen concedido en efecto diferido. Si no lo hicieren, quedarán firmes las respectivas resoluciones.
2. Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 *in fine*. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna.
3. Presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afimaren no haber tenido antes conocimiento de ellos.
4. Exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior.
5. Pedir que se abra la causa a prueba cuando:
   - Se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365, o se tratare del caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 366,
   - Se hubiese formulado el pedido a que se refiere el inciso 2 de este artículo.

11. Plazo

El plazo para el tratamiento de distintas cuestiones procesales que contempla esta norma, es autónomo respecto del establecido para la expresión de agravios. Comienzan el mismo día y corren simultáneamente. No interrumpe el plazo para fundar el recurso. Si se presentare conjuntamente con el escrito de expresión de agravios -como acontece en ocasiones-deberá efectuarse dentro de los cinco primeros días.

De existir litisconsorcio, no por ello varía aquél principio, de modo que el tiempo correrá en forma separada para cada uno de sus componentes, independientemente de la actitud que puede asumir el o los contrarios o quienes se encuentren en su misma posición.[17]

Si el apelante desistiera del recurso o éste por cualquiera de los dos su puestos -no presentación o insuficiencia de la expresión de agravios- no serán tratadas las cuestiones que se contemplan en la norma

[17] Rivas, A.A.: "Tratado de los recursos ordinarios…", T°2, con cita de Loutayf Ranea, Roberto G.

12. Fundamento de las apelaciones diferidas

Inc.1°. *Los recursos de apelación que hubieren sido concedidos en primera instancia, deben ser fundados en la Cámara -en el plazo comentado- en oportunidad que el proceso se encuentra en aquélla para conocer en la apelación concedida contra la sentencia de primer grado. De no hacerlo, quedan firmes las resoluciones impugnadas. Si los recursos así concedidos fueron varios, deberán ser fundados con los respectivos memoriales pero en un solo escrito. Del memorial se dará traslado al apelado y contestado o vencido el plazo para hacerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 268 , la Sala resolverá antes del llamamiento de autos.*

Algunos de estos recursos de trámite diferido pueden haber sido resueltos con anterioridad, si la Cámara debió conocer en el mismo en virtud de la impugnación general del incidente que integraban, porque en muchos supuestos el trámite diferido está propuesto para parte de las cuestiones que decide la interlocutoria incidental (art. 69, in fine)pero no existe efecto diferido para las restantes. Quiere decir que el efecto diferido se produce en la oportunidad en que la impugnación de las cuestiones a que está referido es llevada a la alzada con posterioridad, pero no en caso de que el expediente vaya a la Cámara con motivo de otras cuestiones tratadas juntamente con aquellas a las que se asigna este trámite especial.[18]

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Civil y Comercial y que finalmente culminara con la sanción de la ley 17.454 (B.O.7-11-967), base de nuestra actual rito nacional, la Comisión redactora integrada nada menos que por Palacio, Ayarragaray, Colombo, Cichero, Anastasi de Walger y Carneiro, destacaron como importante novedad la incorporación de las denominadas "apelaciones en efecto diferido". Tiende a otorgar mayor agilidad y celeridad al régimen de apelación de providencias simples y resoluciones interlocutorias, como arbitrio destinado a evitar las demoras que implican las frecuentes remisiones a la Cámara durante la sustanciación del proceso (art. 247 y sus aplicaciones particulares en normas como la de los arts. 69, 509, 557, etc.) .

13. Replanteo de prueba

En atención a la inapelabilidad de las resoluciones del juez de primera instancia que preceptúa el art 379 del código adjetivo -que versen sobre producción, sustanciación y denegación de pruebas-, las partes tienen la facultad de solicitar en Cámara que se produzcan las medidas probatorias de interés para ellas y que hubieran sido denegadas o respecto de las cuales hubiese recaído declaración de negligencia.

La sala debe resolver sin sustanciación y con anterioridad al llamamiento de autos, en providencia debidamente fundada en derecho. Si se declara procedente, debe

[18] Falcón,E.M.: "Cód. Procesal…" T° II, pág. 417, Abeledo- Perrot, 1983.

notificarse también a la contraparte, haciéndosele saber todo lo necesario para que pueda ejercer el contralor de las pruebas.

Resulta indudable que debe desestimarse el replanteo, si la resolución del a quo es ajustada a derecho.

Dado que la petición debe fundarse, corresponde efectuar aquí también la crítica concreta y razonada de la resolución de primera instancia que desestimara la prueba o la declarara caduca por negligencia, indicando los errores del juzgador y los motivos por los que resulta conveniente su producción en la Alzada, explicando incluso el interés para ejercitar el "replanteo de pruebas". Igualmente, resulta necesario demostrar que no hubo demora o desidia en la producción de las probanzas. En caso de duda sobre las negligencias declaradas en primera instancia, debe prevalecer el replanteo de prueba en la Cámara.

En cambio, el replanteo debe ser admitido cuando el juez denegó mal la prueba o decretó indebidamente la negligencia, privando así a la parte de formar favorablemente con la prueba frustrada, la convicción del juez respecto de los hechos invocados[19]

Están facultados para replantear la prueba el apelante y el apelado, porque este último, no obstante haber sido vencedor, puede tener interés en que la Cámara cuente con mas elementos para confirmar la sentencia[20]

Obviamente, debe también la parte interesada requerir la apertura a prueba de la segunda instancia a fin de que se diligencien las medidas probatorias de que se trate.[21]

Debe tenerse presente que si el expediente no llega a la Cámara en virtud de la apelación de la sentencia definitiva, el replanteo no tiene posibilidad de efectuarse .Es improcedente también el replanteo, cuando la sentencia definitiva es inapelable por el monto del proceso (art. 242, inc.3°, segundo párrafo).[22]

La finalidad parece clara en la orientación del Código vigente: la vía se halla establecida hacia una mayor apertura a la instrucción del proceso por medios probatorios no producidos por haber sido injustamente denegados o clausurados, pero no poner en tela de juicio ante la alzada, la íntegra actividad procesal del juez y de las partes en el estadio probatorio del proceso.[23]

Una cuestión que puede discutirse es sobre si el replanteo constituye a su vez, un

---

[19] Colerio, Juan Pedro: "El replanteo de prueba como mecanismo impugnativo", en Revista de Derecho Procesal -Medios de impugnación- Recursos, t°I, Rubinzal-Culzoni, 1999.

[20] Arazi, Roland: "Derecho Procesal…", T°II, pág..87; Rubinzal, 1999.

[21] Palacio. L.E: "Derecho Procesal…", T° V, pág. 280, Abeledo

[22] Aut. y ob.cit. en nota 17, págs. 102 y 104

[23] Lima, Susana M.R.:"Una sana limitación del replanteo de pruebas en la alzada", en E.D.157-247.

recurso. En este sentido, se afirma en doctrina que si el replanteo requiere que en primera instancia se haya ofrecido la prueba, y el recurrente tiene la carga de demostrar que las medidas probatorias han sido erróneamente denegadas o que promedia yerro o sinrazón en la declaración de negligencia o de caducidad, dando los debidos fundamentos, es evidente que se está revisando la decisión del a quo, se está re-corriendo un tramo del proceso, el replanteo participa ontológicamente de la categoría de recurso.

El hecho que no se deba o pueda apelar inmediatamente luego de denegada la prueba o de declarada la negligencia o caducidad, no debe oscurecer el epicentro del fenómeno; lo concreto es que a través de este canal de acceso, el justiciable tiene un mecanismo para que la cámara "revise" la justicia o no de la denegatoria y ello emparenta a la figura con el recurso.

Por otro lado, no tiene demasiada trascendencia que el legislador opte por la denominación de "replanteo"; lo que interesa es la médula de la institución, no su ropaje.[24]

Al respecto, se ha decidido que el llamado replanteo de prueba constituye un instituto susceptible de ser entendido de dos modos bien diversos. De un lado, pudiera pensarse que suple los recursos antiguamente autorizados respecto de las decisiones judiciales relativas a la admisión y producción de la prueba; a modo de un gran recurso de tramitación diferida y cuya apertura deriva de la ley misma como en la llamada "consulta". Diversamente de ello, pudiera decirse que el cambio de sistemas de apelaciones contra las decisiones de admisión y producción de pruebas importó hacer estas irrecurribles cabalmente, vía de revisión sustituida más que modificada, por el establecimiento de una facultad de indagación del tribunal de Alzada, el cual cabría recibir pruebas según la utilidad que parecieran poseer a la luz de una visión final de la causa ya sentenciada[25]*.*

La recepción de prueba en segunda instancia es execepcional y los supuestos de admisiblidad son de interpretación restrictiva. (CNCiv., Sala E, agosto 20-1999, 430 SJ, Ed 185-688).

Debida fundamentación

En virtud de la inapelabilidad de las medidas dispuestas en materia probatoria, el Código Procesal permite el replanteo en la Alzada, cuando el expediente llega para el dictado de la sentencia definitiva (conf. arts. 379/385 "in fine" y 260 inc. 2). Es obvio que ello sólo es admisible cuando se alega que ha mediado una incorrecta declaración de negligencia respecto de ellas. De ahí que la petición debe ser fundada,

[24] Condorelli, Epifanio J. L., "Código Procesal Civil de Buenos Aires Comentado, Tomo I, Zavalía Editor, p. 637.

[25] CNCom., Sala D, "Casalia, Fernando C. H. c/ García Héctor J. y otro, del 6-3-84, LL. 1984-C, 115.

debiendo justificar el interesado que de su parte medió demora, desidia o desinterés en la producción del repectivo medio probatorio (CNCiv., Sala A, "Minigozi, Horacio c/ Geller, Noemí s/ sumario. Recurso de apelación, del 13-6-98).

Quien formula el replanteo de prueba debe, además de efectuar una crítica concreta y razonada de la resolución que denegó la prueba o -como en el caso- de la que declaró su caducidad, señalar la importancia de dicha prueba a los efectos de resolver la causa (conf. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los Recursos Ordinarios,* pág. 484, ed. Librería Editora Platense, 1985; Oteiza, Eduardo, *El replanteo de prueba*, La Ley 1990-B-45). Por tal razón, la ausencia de toda referencia a este último aspecto conduce al rechazado del replanteo de prueba formulado. (CNCiv.; Sala D; "Gomez, Jorge Julio c/ Patania, Guillermo Salvador s/ordinario", expte. 147.015/95).

El replanteo de prueba en segunda instancia (Art. 260, inc. 2° Código Procesal) se refiere exclusivamente a los casos en que medie negativa de alguna medida probatoria -Art. 379 del cit. Código- o declaración de negligencia -Art. 385 in fine- y no cuando la controversia se refirió al derecho de producir prueba, por haberla declarado el Juzgador inoportuna (cfr. CNEsp. Civ. Com., Sala IV, in re "Marchelli" del 20-8-74, Rep. LLL XXXV, pág. 1368, sum. n° 62; Acosta, J.V. "Procedimiento Civil y Comercial de Segunda Instancia", T. I, pág. 249; Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado". T.2, págs. 469/470, N° 11, texto y nota n° 21) (CN Civ. y Com., "Coy, Julio Ramón c/Telefónica de Argentina S.A s/sumarísimo", del 14-6-95).

Prueba no practicada en 1° instancia

El replanteo de la prueba denegada en la primera instancia o respecto de la cual hubiera mediado declaración de negligencia autorizada por el art. 260 inc. 2° Código Procesal, debe efectuarse, debe efectuarse en forma similar a lo que ocurre trtándos e de un memorial o expresión de agravios, formulando una crítica razonada de la resolución recaída sobre el particular (CNCiv., Sala H, "Dari, Ana M. c/ Brandi, Jorge E., del 27/3/91, JA. 1991-IV, síntesis).

Prueba practicada en primera instancia - Improcedencia del replanteo para que se la tenga por no producida

El replanteo de prueba en la Alzada es pertinente para pretender la producción de prueba en la segunda instancia, pero no para reclamar que se tenga por no producida prueba realizada en la primera. (CNCom., sala D, 23-11-1993, en E.D.157-248, fallo 45.658).

Inexistencia de denegatoria de prueba ni negligencia mal declarada

Si no existe denegatoria alguna de la prueba ofrecida ni negligencia mal declarada, corresponde desestimar sin más trámite.(CCC 1, La Plata, 10-11-77, causa B-43.923, en JUS 27-66-94).

No estando en presencia de un supuesto de prueba denegada en origen, ni tampoco ante un planteo efectuado a raíz de una negligencia declarada por el "a quo" es totalmente improcedente la pretensión de producir en la alzada prueba que por lo demás, ni siquiera ha sido ofrecida oportunamente (CCC 1, La Plata, 24-11-77, causa B-44.093, en JUS 27-66-95).

14. Presentación de documentos

INC. 3°. Se trata de una facultad excepcional .que corresponde a cualquiera de las partes La norma posibilita la presentación de documentos vinculados con hechos que hagan a las pretensiones o a la defensa, de fecha posterior al llamamiento de autos en primera instancia. Ello, en ocasiones, puede resultar decisivo para el resultado del recurso. Respecto de los anteriores, será admisible siempre que -suministrando explicaciones razonables y verosímiles- se afirmare el desconocimiento de su existencia. Al respecto, se ha considerado constitucional esta norma, por no comportar una irrazonable reglamentación de la garantía de defensa en juicio[26]

El conocimiento requerido debe ser referido a la parte y no a su representante

La contraparte de la que intenta incorporar documentación, al contestar el traslado, puede de arrimar contraprueba, consistente en instrumentos que se opongan al contenido de los presentados[27]

La agregación de prueba documental en la Alzada debe ser interpretada restrictivamente (CNCiv., Sala D, "Mazza, Norberto c/ Palazzesi, Osvaldo O., del 20-4-81, LL 1981-C 431)**.**

La presentación de instrumentos en segunda instancia importa una excepción a la regla contenida en el art. 333 del Código Procesal que debe ser estimada con criterio restrictivo (conf. Fenochietto, Carlos "Código Procesal Civil y Comercial Comentado", Tomo 2, pág. 90, ed. Astrea, 1999). Vale puntualizar ello pues tanto la sentencia laboral dictada en la causa seguida ante ese fuero por las mismas partes como la expresión de agravios de la demandada no constituyen en puridad un "hecho nuevo" sino documentos que el actor pretende agregar en esta instancia como prueba de su pretensión indemnizatoria (más precisamente del item lucro cesante rechazado por el Sr. Juez "a-quo"). Ahora bien dado que el art. 260 impone que el documento sea de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido conocimiento de ellos, los mimos no serán aceptados. (CNCiv.; Sala D; "Padelin, Pedro c/ Coordinación Ecológica Area Metropolitana Soc. y otro s/ ds. y ps", expte. 19.792/95).

---

[26] Fassi-Yañez:"Código…", T°2, pág. 472 y sus eitas, Astrea.

[27] Rivas.A.A:"Tratado de los recursos ordinarios…".,pág 530, con citas de Palacio e Hitters, Ábaco

Consideración de hechos sobrevinientes

El art. 260 inc. 3 del Código Procesal establece una excepción al principio de que las sentencias judiciales deben remitirse al estado de cosas existentes al momento de la traba de la litis, pues por razones de economía procesal o por el debido resguardo de la verdad jurídica objetiva, se impone considerar al sentenciar aquellos hechos sobrevinientes que -sin variar las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho aplicable (CNCom., Sala A, 9-12-99, "Frigolomas s/ concurso preventivo") La Ley, 2000-E, 920, J. Agrup., caso 15.236.

Documentos nuevos o desconocidos. Documentos nuevos o desconocidos

A efectos de ofrecer prueba documental en 2° instancia no rigen las restricciones y plazos que para las demás probanzas ordinarias (C. Civ. y Com. Rosario, Sala 4°, "Banco Popular de Rosario c/ Javkin, V. M., del 28-9-92, JA. 1994-III, síntesis)

15. Confesión judicial

INC.-4°.-*Solo se permitirá la confesión en segunda instancia si versare sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior. Del pliego y de su confrontación con el de primera instancia, surgirá si su contenido es distinto, y se refiere a hechos articulados en los escritos constitutivos, o hechos sobre los que no haya mediado absolución de posiciones.*[28] *Por nuestra parte, consideramos que -conforme al texto en comentario- si no se produjo prueba confesional en el ámbito de primer grado, no existe reparo legal para que se pongan posiciones en la Alzada.*

Derecho de las partes

Las partes tienen el derecho a ponerse posiciones en la alzada, con independencia del ejercicio que hayan hecho de la correlativa facultad de exigirse confesión en primera instancia o de la suerte que haya corrido la probanza en dicha instancia (CNCiv., sala A, 30-04-1981, L.L. 1981-C-449.)[29]

Materia sobre la que debe versar la confesión

La absolución de posiciones en segunda instancia sólo puede versar sobre hechos que no integraron el pliego de posiciones en primera instancia (CNCiv., Sala B, 13-5-77, ED 75-54)[30]

No resulta admisible la absolución de posiciones en segunda instancia si no se alegaron en la Alzada hechos nuevos sobre los que pudieran versar nuevas

[28] Ob., aut. y pág cit. en n ota anterior.

[29] Gozaíni, O.C.: "Cód. Proc…", pág. 143, L.L. 1998.

[30] Palacio y Velloso, op. cit., pág 371

posiciones ni se indicó, por otra parte, aquellos que hubiesen sido objeto de dicha prueba en primera instancia (CNCiv., Sala C, 19-8-69, ED 29-127 y Sala F 17-5-78, LL 1979-D-621 (35.327-S)[31]

16. Apertura a prueba en la alzada

Inc.5 ***HECHOS NUEVOS .Apart. a)*** *A los fines de la norma, son hechos nuevos aquéllos que puedan influir en la sentencia y que se conozcan o acaezcan luego de la oportunidad prevista en el art.334 del rito nacional o sea, luego del quinto día de notificado el auto de apertura a prueba (art. 365); o que habiendo sido propuestos ante el juez de primer grado, éste lo hubiera rechazado (art366). En este supuesto, al igual que en los casos de replanteo de pruebas denegadas o decaídas por negligencia por el a quo*, deberá solicitarse la apertura a prueba en Cámara.

Pueden ser invocados no solo por el recurrente sino también por el recurrido, toda vez que el art. 260 se refiere a las partes, sin distinción.[32]

Resulta evidente que el hecho nuevo alegado en esta instancia, no puede ser basamento de una nueva pretensión o defensa o una modificación de las esgrimidas, respectivamente, en el grado anterior. Por lo demás, deben ser fundados para su admisión.

Las facultades conferidas a las partes, de plantear en segunda instancia la apertura a prueba, deben ser encaradas con criterio excepcional y restrictivamente, puesto que en el orden normal de las cosas, como principio, en segunda instancia no se abre el juicio a prueba.[33]*, toda vez que los hechos normalmente deben afirmarse y probarse en el lugar natural de instrucción del proceso, que es la primera instancia.*

Las presentaciones del artículo 260 están condicionadas a que dentro de los plazos legales se expresen los agravios sobre el fondo, pues en caso contrario, se tendrán por desistidas.[34]

Carácter excepcional

El hecho nuevo importa una ampliación del debate sobre la prueba significa una excepción al régimen preclusivo que estructura nuestro proceso, lo cual permite calificar de excepcional su admisión (CNFed.Civ.y Com., Sala I, 2-3-99, "Vitalo, Hugo A. c/Sanatorio Duval SRL y otros", LL, 1999-D-274, DJ, 1999-3-169).

Los hechos integrativos de la litis, así como los elementos tendientes a probarlos, deben ser incorporados al proceso ante la primera instancia, donde corresponde

---

[31] Ídem nota anterior.

[32] Hitters. J.C.: "Técnica de los recursos", con cita de Colombo, pág. 472

[33] Levitán, José: "Recursos en el proceso…", pág 74, Astrea, 1986

[34] Falcón, E.M.: "Comentario al Código…",pág. 389, Abeledo.Perrot, 1998.

llevar adelante la instrucción de la causa. Ello demuestra la admisibilidad de los hechos nuevos en segunda instancia como supuesto de excepción, lo cual induce a aplicar un criterio riguroso al juzgar esa admisibilidad (CNCiv., Sala H, 3-9-97, "Kirikian, Jorge A. c/Delmas Sabia, Marcos A.", LL, 1998-B-434).

Oportunidad para su articulación

En la regulación procesal del hecho nuevo confluyen dos elementos a valorar: las condiciones de su pertinencia y la oportunidad de su alegación. En segunda instancia, esto último se configura mediante su invocación dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del Cód. Procesal, y en los términos del art. 260, inc. 5º apart. "a" del mismo cuerpo legal, lo cual corresponde al instituto de la preclusión, la celeridad y el orden de los procesos. (CNCiv., Sala H, "Kirikian, Jorge A. C/ Delmas Sabia, Marcos A., del 3-9-97, LL 1998-B, 434).

La articulación del hecho nuevo en la Alzada requiere que se plantee dentro del plazo fijado por el art. 260 del Cód. Procesal y que concurran algunos de los supuestos que contempla el inc. 2° apartado a) de dicha norma, es decir, que sea posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del citado cuerpo legal. Además debe tener relación directa con la cuestión que se ventila (CNCiv., Sala C, febrero 23-1999, 552-SJ, ED 187-691).

Supuesto de aplicación de la ley extranjera

La invocación de la ley extranjera impone a quien lo hace, en principio, la demostración de su existencia como si se tratara de un hecho (art. 13, Cód. Civil,) por lo que debe alegarse en la oportunidad correspondiente. Si quien tenía a su cargo la prueba de la ley extranjera no lo hizo, no podrá suplir la omisión en que incurrió, pretendiendo introducir las probanzas como "hechos nuevos" en la alzada, pues estos deben referirse estrictamente a acontecimientos que tienen relación con la litis, y no a la prueba de los hechos ya invocados. (CNCiv, Sala E, "Menéndez, Enrique J. c/ Drago, Alejandro R.A., del 23-10-1978, ED 90-225).

Comparecencia del rebelde

Se ha decidido que El declarado rebelde que compareciere con posterioridad a la apertura a prueba, puede solicitarla en la alzada si alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del Código Procesal (CNCiv., Sala F, "Alava de Cisneros, Cristina c/ Gimenez, Mario A. s/ desalojo" del 10-10-89). *El declarado rebelde que compareciere con posterioridad a la apertura a prueba, puede solicitarla en la alzada si alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365 del Código Procesal (CNCiv., Sala F, AlavadeCisneros,Cristinac/ Gimenez,MarioA.s/desalojo del 10-10-89).*

En el mismo sentido se dispuso queEel art. 66 del Código Procesal que establece que si el rebelde hubiese comparecido después de la oportunidad en que ha

debido ofrecer la prueba y apelare la sentencia a su pedido se abrirá la causa a prueba en segunda instancia en los términos del art. 260, inc. 5°, ap. a) del Código Procesal, crea una situación que debe interpretarse con criterio restrictivo. Ello por cuanto la remisión apuntada implica que la apertura a prueba sólo es admisible en segunda instancia, cuando el declarado rebelde alega un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el art. 365, o cuando el hecho nuevo fue alegado en primera instancia y fue rechazado, habiéndose interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución, o cuando habiendo ofrecido prueba en la anterior instancia la misma hubiera sido declarada negligente. Una distinta solución implicaría una flagrante contradicción con lo prescripto por el art. 64 del Código Procesal en cuanto a que la sustanciación del proceso en ningún caso puede retrogradarse por la posterior presentación del rebelde. (CNCiv., Sala A, "Villar de Cortiñas, Lina J. c/ Pereyra, Eduardo A. s/ desalojo, del 23-5-89).

Fundamento concreto

La articulación del hecho nuevo en la Alzada debe ser debidamente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos del proceso, la cual en virtud de que debe ser conducente, ha de ser susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes, o, en otros términos, ser útil como factor de solución (CNCiv., Sla C, febrero 23-1999, 552-SJ, ED, 187-691).

Relación directa. Recaudos

La articulación de un hecho nuevo en la alzada requiere la relación directa con la cuestión que se ventila; lo que implica que debe ser debidamente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos constitutivos del proceso, y ha de ser útil como factor de solución y susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes. Todo ello supeditado a la satisfacción de los restantes recaudos de índole formal establecidos en el art. 260 del Código Procesal (CNCom., Sala A, 10-9-99, "Brosman, Daryl y otro c/ Bel Ray Arg. S.A.") La Ley, 2000-B, 239 - DJ, 2000-1-1011.

17. Produccion de pruebas denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubo declaración de negligencia y replanteadas apart. b)

Se encuentra otorgada aquí la factibilidad de solicitar que se abra la causa a prueba a efectos de producir las probanzas que el juez no hubiera admitido en la primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia y que el oferente tenga interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 *in fine.*

Corresponde la notificación personal o por cédula del auto que determina la apertura a prueba en la alzada (argumento de los artículos 135 inciso 3 y 262 *caput* del rito).

La apertura a prueba en la Alzada sólo es procedente en el caso de recursos concedidos libremente y rige indistintamente para el apelante y el apelado, aunque algún fallo lo ha negado para el apelado en la Capital Federal, también lo ha resuelto en este último sentido, la Suprema Corte de Justicia Provincial según se ha expresado en el apart. 19º), b) - Ac. 29.301, 2-IX-80, D.J.B.A., Supl. Doctr. Fallos dictados por S.C.B.A. en septiembre 1980, pág. 33, nº258 .

En 2° instancia se puede pedir la apertura a prueba cuando alguna prueba ofrecida en la instancia inferior con arreglo a derecho, no haya sido admitida. (C. Civ. y C. Ros., Sala 4°, "Northrup King Semillas S.A. c/ Florentino, Alberto Héctor s/ cobro de pesos. Rep. Zeus T. 9, pág. 944)[35]

La apertura a prueba es de carácter excepcional, resultando improcedente cuando so pretexto de que existen hechos de difícil justificación, lo que se pretende, realmente es suplir la inacción probatoria de la 1° instancia (C. CIV., C. y Lab. Rafaela (S.F.), "Alvarez, Marta R.M. de c/ Sanatorio Moreno S.R.L. s/ laboral", del 6-9-91, T. 58 R-5 (n° 13429). Rep. Zeus T. 10, pág. 987).[36]

No es admisible la apertura del período probatorio en la Alzada si la prueba que allí se intenta lograr pudo solicitarse en 1° instancia y así no se hizo (C. CIV., C. y Lab. Rafaela (S.F.), "Alvarez, Marta R.M. de c/ Sanatorio Moreno S.R.L. s/ laboral", del 6-9-91, T. 58 R-5 (n° 13429). Rep. Zeus T. 10, pág. 987).[37]

El caso de los Incidentes

Respecto de los incidentes, no existe ninguna disposición que establezca en qué casos debe abrírselos a prueba. Es facultativo del juez, sin perjuicio de su oportuna consideración en la alzada (cfr. CNCiv., sala C, 20-2-92, "Cattaneo, Silvio c/ Sampaolesi, Héctor s/ Ds. y Ps.", sumario nº 10898).

Prueba ofrecida y desistida en primera instancia- Improcedencia

No procede la apertura a prueba en la alzada cuando tenga por objeto la producción de una prueba ya ofrecida y desistida en primera instancia. (CNCom., sala A, 31-03-1981,BCNCom, 981-2-7)[38]

Supuesto deł Incontestación de la demanda

No puede admitirse un uso abusivo de los procedimientos implementados para garantizar los principios de bilateralidad y defensa en juicio, lo que ocurre cuando

---

[35] Peyrano - Vázquez Ferreyra, op. cit. pág. 164.

[36] Ídem nota anterior, pág. 165.

[37] Ídem nota anterior.

[38] De Gregorio Lavié, Julio: "Código Procesal…", T°I, pág.699, Ediar, 1985

la accionada, pese a no haber contestado la demanda ni ofrecido la prueba en la oportunidad debida prueba alguna, apeló la resolución que declaraba la cuestión como de puro derecho y la sentencia, pidiendo, además, la apertura a prueba en segunda instancia, sin fundar debidamente el recurso y formulando planteos contradictorios. Tal actitud configura el supuesto previsto por el art. 45 del Código Procesal, cuya aplicación debe hacerse extensiva al letrado patrocinante (CNCiv., Sala I, "Konex S.A.C.I.F.I.M. c/ Aboal, Francisco Sebastián s/ desalojo", del 27-6-96).

Nueva Pericial en la Alzada

Resulta improcedente la reapertura de prueba en la Alzada a fin de realizar una nueva pericia –en el caso, hematológica en un juicio de filiación- si no se da la situación del art. 260 inc. 2° del Cód. Procesal al no haber denegación de prueba en la instancia de grado y el propio peticionante en distintas presentaciones y escritos se comprometió por anticipado a aceptar las conclusiones de la pericia (CNCiv., Sala K "P., S. B. C/ S., L.A., LL, 2002-B-353).

Hecho nuevo invocado en la Alzada

Ante el hecho nuevo invocado en la Alzada y la ausencia de contradicción en el plazo fijado por la ley adjetiva por parte de la contraria, procede decretar la apretura en segunda instancia por el plazo de 40 días al serle aplicables las disposiciones pertinentes del proceso ordinario (art. 262, Cód. Procesal –ADLA, XLI-C, 2975-). (CNCiv., Sala F, "S. De E., H. c/ E., E., del 1-6-1983, LL 1983-D, 614).

Conclusiones

Lo hasta aquí descripto evidencia lo alambicado de nuestro actual procedimiento ordinario en segunda instancia en el orden nacional. Ello conspira, sin dudas, a preservar el "plazo razonable"[39] de sustanciación del proceso, tan reclamado no solo por el justiciable y por el preambular constitucional de afianzar la justicia, sino también por el artículo 18 de nuestra Carga Magna y 8 del Pacto de S. J. de Costa Rica y los propios fallos del Tribunal cimero[40].

En el derecho comparado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000) contempla un régimen mas apropiado en punto a la celeridad y seguridad jurídica a tono con el imperativo constitucional que exige la presentación jurisdiccional sin dilaciones ni complejidades rituales (artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales – Roma: 4-1-1950).

[39] Martínez Alvarez, Eduardo M.: "La garantía del debido proceso y el plazo razonable de su sustanciación", en Conceptos – año 78 Nº 2 – Mayo – Junio - Julio – Agosto. 2003, pág. 65 y ss.

[40] C.S.J.N., Fallos: 256-941; 269-131; 300-1102 y otros.

En efecto, los artículos 457 a 465 del citado ordenamiento ritual ibérico contemplan un trámite mas sencillo y breve para la sustentación de la apelación, semejante al contemplado para el nuestro, cuando la apelación es concedida en relación.

En el propio escrito de interposición resulta factible aportar documentos que no pudieron agregarse en primera instancia, pedir la producción de pruebas denegadas o no practicadas en esa misma instancia por causas no imputables al solicitante o las referidas a hechos de relevancia para la decisión del pleito, ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la anterior instancia. Ya en Cámara, la resolución que admite la práctica de estas pruebas señala día para la vista, que se celebrará dentro del mes siguiente en juicio verbal, resolviendo el recurso dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista. Si no se hubiese celebrado vista la sentencia se debe dictar en el plazo de un mes contados desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos por el Tribunal de Alzada.

Sería deseable un procedimiento como el descripto si, como se anticipa vernáculamente se pretendiera reformar nuestra Ley Ritual Civil y Comercial.

En tren de reformas y al decir de que “cada hombre ve las cosas con los ojos de su edad” - según el decir de Machado de Asís, uno de los mayores escritores brasileños – consideramos que el orden nacional, civil y comercial – tiene previsto un excesivo número de especies recursales que incide indudablemente en el grave problema de la lentitud del proceso judicial. Propugnamos que se limiten, tal como del ya derogado proceso sumario, lo hacía en el art. 496 del adjetivo nacional que normaba cuales resoluciones serían apelables exclusivamente.

Con reminiscencias del maestro Calamandrei (“Troppi Avvocati”), en mi opinión, podría aseverarse: ¡Demasiados recursos! No obstante convendría epilogar con una frase célebre del citado maestro florentino: “Lo studio del processo e sterile astrazione se non é anche lo studio dell’uomo vivo”.

POR UM CÓDIGO DE PROCESSO COLECTIVO EM PORTUGAL

MÁRIO FROTA
Director do CEDC - Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra
Professor da Universidade Paris XII (1991-2006)

Em momento em que se debate a eventualidade do lançamento de uma acção colectiva transfronteiras, como resulta, aliás, de uma das opções hipotisadas no *Livro Verde da Acção Colectiva*, em fase de discussão pública no seio da União Europeia, afigura-se-nos curial ponderar acerca dos nefastos efeitos resultantes das deficiências de regime das distintas acções colectivas consagradas no ordenamento jurídico português.

Como na Introdução da monografia *Das Acções Colectivas em Portugal*, preparada no quadro da Presidência da União Europeia, em Novembro de 2007, advertira o signatário, há que pôr termo à pluralidade tipológica das acções e encarar seriamente - no domínio da tutela da posição jurídica do consumidor - a definição de um modelo uniforme que honre sobremodo o sistema pátrio, que constitui hoje por hoje algo de caótico e inconsequente, longe do figurino exemplar que os governantes portugueses, naturalmente por ignorância ou excessivo "patrioteirismo", pretendiam ao proporem-se "vender" aos europeus o "nosso" "modelo" como o mais acabado, funcional e exequível de entre os ensaiados na Europa.

Eis, pois, o prolegómeno do trabalho a que o autor apôs a sua chancela, que espelha bem a variedade e a proliferação de soluções e do mais:

1. Introdução

A análise da *acção colectiva* em Portugal não é processo nem simples nem fácil. Porque - sob a denominação corrente de acção colectiva - se descortinam distintos meios processuais tendentes à tutela de interesses e direitos de dimensão transindividual ou meta-individual.

Como modalidades da acção colectiva em vigor em Portugal, no particular do direito do consumo, deparam-se-nos distintos meios, a saber:

- a *acção popular* em que, de par com domínios outros, como os da saúde pública, da qualidade de vida, do ambiente, do património cultural e do próprio domínio público, figura também a massa de direitos transindividuais reconhecidos aos consumidores;
- a *acção inibitória* como meio processual idóneo para a prevenção e a repressão das condições gerais dos contratos apostas em formulários em circulação no mercado e nos demais suportes;
- a *acção inibitória* cuja consagração em geral decorre da LDC - Lei de Defesa do Consumidor - editada em 31 de Julho de 1996;
- a *acção inibitória* contemplada na Lei 25/2004, de 8 de Julho, em decorrência do que prescreve a Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio; e
- a *acção inibitória* cuja previsão cabe, em rigor, na Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, cujo molde, ao que se afigura, exclui os interesses ou direitos individuais homogêneos [1], que a LDC abarca *expressis verbis* [2]: a Directiva 98/27/CE foi objecto de modificação pela Directiva 2009/22/CE, de 23 de Abril de 2009, que condensa a disciplina neste particular vertida.

A *acção inibitória* que a *LDC* - Lei de Defesa do Consumidor - consagra substituiu o molde da Acção Civil Pública que a LDC de 22 de Agosto de 1981 previu e que, ao longo de 15 anos, nem uma só vez veio a ser adoptada em uma qualquer concreta situação de facto. Domínio cometido só – e tão só – ao Ministério Público que com exclusividade detinha a legitimidade processual activa, sem admissibilidade de qualquer outro ente, nomeadamente, as associações de consumidores, naturalmente com interesse em demandar, como se tem por curial.

---

[1] Com efeito, o *considerandum* (2) da Directiva em epígrafe di-lo expressamente: "considerando que os mecanismos vigentes a nível nacional e comunitário para assegurar o cumprimento das referidas directivas, nem sempre permitem que se ponha termo [tempestivamente] às violações prejudiciais dos interesses colectivos dos consumidores; que por interesses colectivos se entende os interesses que não incluem a cumulação dos interesses dos indivíduos que tenham sido prejudicados por uma infracção, que tal não prejudica as acções intentadas por indivíduos que tenham sido prejudicados por uma infracção [...]".Ademais, enquanto na acção inibitória prevista na LDC os consumidores individuais, prejudicados ou não, detêm legitimidade processual activa, no quadro da Directiva a que se alude – e de harmonia com o seu artigo 3.º, só "entidades competentes dotar-se-ão de legitimidade para instaurar as pertinentes acções: "entende-se por "entidade competente", qualquer organismo ou organização que, devidamente constituídos segundo a legislação de um Estado-membro, tenha interesse legítimo em fazer respeitar as disposições referidas no artigo 1.º designadamente: a) Um ou vários organismos públicos independentes, especificamente responsáveis pela protecção dos interesses previstos no artigo 1.º, nos Estados-membros em que esses organismos existam; b) As organizações que tenham por finalidade proteger os interesses previstos no artigo 1.º, de acordo com os critérios previstos na respectiva legislação nacional".

[2] O artigo 13 da LDC dispõe expressamente: "têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores: a) os consumidores directamente lesados; b) os consumidores e as associações; c) o Ministério Público e a [Direcção-Geral do Consumidor] quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos". E, concretamente, o artigo 20 - no que tange ao Ministério Público - estabelece: "Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores."

A diversidade dos moldes que se ajustam à acção colectiva não é nem satisfatória nem desejável.

A *acção popular* - no que ora importa -, em conformidade com o que dispõe a Constituição da República no n.º 3 do seu artigo 52 e o n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, visa a prevenção, a cessação ou a perseguição de acções e omissões susceptíveis de lesar relevantes interesses imbricados na:

. saúde pública
. ambiente
. qualidade de vida
. protecção do consumidor ante produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo
. o património cultural e
. o domínio público, com o se assinalou.

Na medida em que há como que um entrecruzar de modalidades de acções colectivas, assiste-se a um malbaratar de meios e a uma dispersão de instrumentos processuais, o que a ninguém aproveita.

Ademais, a forma avulsa como se deu expressão aos diferentes instrumentos não permite uma qualquer harmonia na disciplina dos meios, avultando situações algo anómalas que curial seria se esbatessem ou eliminassem.

Na metodologia da obra que se esboçará, analisar-se-á sucessivamente qualquer das modalidades da *acção colectiva*, sendo certo que a *acção popular* não é o molde mais adoptado em ordem à consecução da tutela de interesses e direitos do consumidor, antes prevalecendo em domínios outros, como os da preservação do ambiente ou da salvaguarda do património cultural, e o molde específico da acção inibitória em matéria de prevenção e / ou cessação de condições gerais dos contratos proibidas absoluta ou relativamente, adoptado no peculiar quadro para que a disciplina processual da matéria em exame verte.

Mas nada imporá que, no ordenamento jurídico-processual pátrio, se continue a assistir às dispersões que ora ocorrem.

Para se colher vantagens dos meios propiciados, mister será se rediscipline um tal domínio - conclusão que pode antecipar-se sem qualquer demérito do que ulteriormente se apurar -, criando, em rigor, um meio processual idóneo para tutela dos interesses e direitos transindividuais dos consumidores, seja qual for a modalidade perseguida, de par com um outro, quiçá distinto, imbricado na acção popular, com a configuração actual ou distinta da que a LAP ora contempla.

E, na parte III da monografia[3], em jeito conclusivo, se preconiza todo um modelo que *de jure condendo* poderia, a ser adoptado, concorrer para o prestígio das instituições e para tornar acessíveis os ínvios caminhos das acções colectivas, no seu desacerto e nas suas indefinições, que imaginação nenhuma, por mais fértil que seja, conseguirá no actual quadro ultrapassar.

Alinhe-se, pois, o que - com absoluto olvido e, quiçá, desprezo manifesto dos responsáveis governamentais - na monografia se consignou na:

III
PARTE
De Jure Condendo

I
Unidade ou pluralidade tipológica das acções

2. Generalidades

De entre os meios facultados aos consumidores e às instituições que os reagrupam em ordem à tutela dos direitos transindividuais que se lhes outorgam, realce, por ordem cronológica de consagração normativa, para:

- ·a acção colectiva no particular das cláusulas abusivas apostas em formulários pré-redigidos e em demais suportes pré-elaborados;

- a acção popular cujo escopo serve domínios distintos como os da qualidade de vida, saúde, direitos do consumidor, ambiente, património cultural e domínio público;

- a acção inibitória em geral cujo regime se acha plasmado na LDC e se destina a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores consignados em distintos instrumentos que, nomeadamente: atentem contra a sua saúde e segurança física, se traduzam no uso de condições gerais dos contratos proibidas, consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei [4].

---

[3] Com a coordenação do autor e com a chancela de Ângela Frota, Cristina Rodrigues de Freitas e Teresa Madeira, investigadoras no CEDC.

[4] A *legitimatio ad causam* estendeu-se, no quadro das práticas comerciais desleais, *ex vi* artigo 16 do DL 57/2008, de 26 de Março, *aos concorrentes*, vale dizer, aos fornecedores, passando deste modo a *acção inibitória* a constituir meio processual idóneo, ao alcance de quem desenvolva - com carácter de habitualidade e reiteração - actividade económica de escopo egoístico, passe a aparente redundância. Daí que haja de considerar-se, pois, a prescrição constante do artigo 16, invocado no passo precedente, que rege como segue, sob a epígrafe: "Direito de acção*:* Qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei, pode intentar a acção inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas. Trata-se, por conseguinte, de algo que, consignado ab origine exclusivamente

A indemnização a que houver lugar e bem assim a sanção pecuniária compulsória[5] - a *astreinte* - são cumuláveis.

A *acção inibitória* prevista na Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, *cuja dimensão é distinta da que se definiu intra muros.*

A *acção inibitória*, tal como a modela a Directiva 98/27/CE, de 19 de Maio de 1998, com configuração distinta da que se enraizou no ordenamento jurídico nacional, e com parcial transcrição na Lei que se identifica no passo precedente.

Os objectivos que nela se compendiam exprimem-se como segue:

- a definição de um molde processual para tutela dos interesses dos consumidores no Mercado Interno;
- a redefinição de prática lesiva dos direitos dos consumidores, já que no conceito se inclui qualquer prática contrária a tais direitos, designadamente as que contrariem as legislações dos Estados-membros da União Européia;
- o enquadramento de práticas que afectem interesses localizados noutro Estado-membro, ainda que com origem em Portugal;
- o estabelecimento de regras instrumentais para que o exercício transnacional do direito de acção possa ocorrer sem obstáculos de qualquer espécie.

Conquanto a *acção inibitória* - como molde genérico consignado na LDC (1996) - haja surgido, em termos cronológicos, ulteriormente ao figurino adoptado na LCGC (1985), o facto é que as especificidades de regime que se lhe reconhecem a

---

aos consumidores, é agora partilhado com os fornecedores como meio de tutela de uma salutar concorrência, numa quebra da geometria conceitual a que nos habituáramos.

[5] O Código Civil português prescreve no seu artigo 829-A: "1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. *2.* A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado. 4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar". Em aplicação de um tal dispositivo, o artigo 33 do DL 446/85, de 25 de Outubro estabelece: "1- Se o demandado, vencido na acção inibitória infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o dobro do valor da alçada da Relação por cada infracção. 2 - A sanção prevista no número anterior é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em 1ª instância, a requerimento de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, devendo facultar-se ao infractor a oportunidade de ser previamente ouvido. 3 - O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado."

contradistinguem da modalidade em geral recortada na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996.

A *acção inibitória*, no particular das condições gerais proibidas (absoluta ou relativamente) visa, de harmonia com o corpo do n.º 1 do artigo 26 do DL 446/85, de 25 de Outubro[6], "obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais".

A análise dos meios processuais para a tutela de interesses e direitos de expressão trans-subjectiva, transindividual ou meta-individual permite asseverar que:

- para situações factuais estruturalmente as mesmas, há distintos figurinos, susceptíveis de perturbar o são entendimento das coisas. O que concorre para a nebulosa que paira sobre o ordenamento jurídico pátrio.

3. Do Código de Processo Colectivo

3.1. Sua admissibilidade

Um sem-número de hipóteses se perspectiva em ordem à inserção das disposições adjectivas da acção colectiva no quadro da tutela de interesses e direitos do consumidor:

- ou se reconduz (em capítulo à parte) ao Código de Processo Civil, disciplina que, em princípio, exorbitará do seu escopo tendencialmente egoístico[7]

- ou se mantém em disposições avulsas, como ora sucede, em particular na LDC e na LCGC, com as especificidades pertinentes

- ou se edita um Código de Processo Colectivo, como ora se pretende na América Latina e no Brasil, com a autonomia própria e a remissão, se for caso disso, para as regras susceptíveis de aplicação subsidiária do Código de Processo vocacionado para as acções singulares.

A primeira solução seria a desejável no quadro de uma unidade sistemática do direito adjectivo.

---

[6] Com as alterações: Declaração de Rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto; Decreto-Lei n.° 220/95, de 31 de Agosto; Decreto-Lei n.° 249/99, de 7 de Julho; Decreto-Lei n.° 323/2001, de 17 de Dezembro. A outorga de legitimidade processual activa deve ter-se por alargada face ao que prescreve o artigo 13.° da Lei n.° 24/96, de 31 de Julho, devendo para tanto considerar-se como titulares da acção inibitória: os consumidores directamente lesados; os consumidores, ainda que não lesados, nos termos da Lei n.° 83/95, de 31 de Agosto; [o Instituto] a Direcção-Geral do Consumidor.

[7] Na realidade, a reforma intercalar de 1996, ao lado do conceito de *legitimidade singular*, aditou o artigo 26-A consagrando uma regra de legitimidade para as acções e procedimentos cautelares de natureza transindividual para dar cobertura desde logo à disciplina da acção popular e das acções inibitórias, entretanto trazidas a lume, respectivamente em 1985, 1995 e 1996.

Assiste-se, porém, já a uma fragmentação - no âmbito do direito privado -, a saber, em paralelo com o Código de Processo Civil um Código de Processo de Trabalho.

Nada obsta a que se edite - ante as especificidades cabíveis - um Código de Processo de Consumo, com regras apropriadas tanto para as acções singulares, na geometria conceitual reclamada, como para as acções de grupo ou colectivas, seja qual for a natureza dos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Afigura-se-nos que a solução mais apropriada, de molde a pôr cobro à dispersão a que ora se assiste, será a de se elaborar um Código de Processo de Consumo.

Se, porém, se não pretender enveredar por essa via, é de sublinhar que a preparação e ulterior aprovação de um Código de Processo Colectivo se tem como algo de imperativo.

Ademais, é marcante o exemplo do Código modelo para a América Latina, que poderá servir de base aos trabalhos em curso na Comissão Europeia. Como medida-padrão, como modelo de referência. Tanto mais que o perfil dos que nele participaram é - em termos científicos - insuperável.

De forma singela, pode significar-se.

4. Em conclusão:

- De eliminar a hipótese da dispersão normativa.

- De admitir a concentração da disciplina em um só texto.

- Na hipótese precedente, curial seria se fundisse a disciplina da acção colectiva no Código de Processo Civil ou, se tal se revelar menos adequado, de imediato,

- Se criasse de raiz um Código de Processo Colectivo (hipótese preferível), susceptível de reagrupar tanto a acção popular como o outro meio processual cujo emprego se limitaria à tutela dos direitos *meta-individuais* do consumidor.

Essa será a solução mais adequada, de molde a obviar à profusão normativa e à dispersão da disciplina do próprio direito processual.

5. Código: sua estrutura

O anteprojecto de Código de Processo Colectivo assentará em uma qualquer sistematização, contanto que consequente. O anteprojecto brasileiro, que é uma excelente base de trabalho, apresenta-se gizado como segue:

CAP. I
Das demandas colectivas

Artigo 1º
(Conteúdo do Código)

Artigo 2º
(Princípios da tutela jurisdicional colectiva)

Artigo 3º
(Efectividade da tutela jurisdicional)

Artigo 4º
(Objecto da tutela colectiva)

Artigo 5º
(Pedido e causa de pedir)

Artigo 6º
(Relação entre demandas colectivas)

Artigo 7º
(Relação entre demanda colectiva e acções individuais)

Artigo 8º
(Comunicação sobre processos repetitivos)

Artigo 9º
(Efeitos da citação)

Artigo 10
(Prioridade de processamento e utilização de meios electrónicos)

Artigo 11
(Provas)

Artigo 12
(Motivação das decisões judiciárias)

Artigo 13
(Coisa julgada)

Artigo 14
(Efeitos de recurso da sentença definitiva)

Artigo 15
(Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória)

Artigo 16
(Execução definitiva e execução provisória)

Artigo 17
(Custas e honorários)

Artigo 18
(Juízos especializados)

CAP II
(Da acção colectiva activa)

Secção I
(Disposições gerais)

Artigo 19
(Cabimento de acção colectiva activa)

Artigo 20
(Legitimidade)

Artigo 21
(Do termo de ajustamento de conduta)

Artigo 22
(Competência territorial)

Artigo 23
(Inquérito civil)

Artigo 24
(Da instrução da inicial e do valor da causa)

Artigo 25
(Audiência preliminar)

Artigo 26
(Acção reparatória)

Artigo 27
(Do Fundo dos Direitos Difusos e Colectivos)

Secção II
(Da acção colectiva para defesa de interesses ou direitos individuais homogéneos)

Artigo 28
(Da acção colectiva para defesa de interesses ou direitos individuais)

Artigo 29
(Acção de responsabilidade civil)

Artigo 30
(Citação e notificações)

Artigo 31
(Efeitos de transacção)

Artigo 32
(Sentença condenatória)

Artigo 33
(Competência para a liquidação e execução)

Artigo 34
(Liquidação e execução individuais)

Artigo 35
(Liquidação e execução colectivas)

Artigo 36
(Liquidação e execução pelos danos globalmente causados)

Artigo 37
(Concurso de créditos)

CAP III
Da acção colectiva passiva originária

Artigo 38
(Acções contra o grupo, categoria ou classe)

Artigo 39
(Coisa julgada passiva)

Artigo 40
(Aplicação complementar às acções colectivas passivas)

CAP. IV
Do mandato de segurança colectivo

Artigo 41
(Cabimento do mandato da segurança colectivo)

Artigo 42
(Legitimação activa)

Artigo 43
(Disposições aplicáveis)

CAP. V
Das acções populares

Secção I
Da acção popular constitucional

Secção II
Acção de improbidade administrativa

Artigo 44
(Disposições aplicáveis)

CAP VI

Artigo 45
(Do cadastro Nacional de Processos Colectivos)

Artigo 46
(Instalação de órgãos especializados)

Artigo 47
(Princípios de interpretação)

Artigo 48
(Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil)

6. Modelo preconizado

A perfilhar-se o modelo de um Código de Processo Colectivo cujo conteúdo seja abrangente, como parece ser mais apropriado, a sua arquitectura poderia apresentar-se de modo distinto, próximo da que o anteprojecto concebido no Brasil revela.

O plano assentaria em quatro títulos, a saber:

I
DA TUTELA JURISDICIONAL COLECTIVA

II
DA ACÇÃO COLECTIVA EM GERAL
- A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

III
DAS ACÇÕES COLECTIVAS EM ESPECIAL

IV
DO FUNDO DOS DIREITOS COLECTIVOS "*LATO SENSU*"

Os títulos desdobrar-se-ão, entretanto, em subtítulos; os subtítulos em capítulos; e os capítulos, eventualmente, em secções. Ainda que de modo esquemático, afigura-se-nos de interesse apresentar o esqueleto de um código susceptível de ser preenchido em obediência à doutrina mais marcante neste particular. Ei-lo:

TÍTULO I
DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLECTIVOS

CAP. I
Das Disposições Fundamentais

Artigo 1º
(Conteúdo)

Artigo 2º
(Garantias de acesso às estruturas jurisdicionais)

Artigo 3º
(Garantia de protecção jurídica)

Artigo 4º
(Do objecto da tutela)

Artigo 5º
(Dos princípios da tutela jurisdicional colectiva)

Artigo 6º
(O princípio do acesso à justiça colectiva e a uma ordem jurídica justa)

Artigo 7º
(O princípio da universalidade da jurisdição)

Artigo 8º
(O princípio da tutela colectiva adequada)

Artigo 9º
(O princípio da boa-fé)

Artigo 10º
(O princípio da cooperação das partes e seus mandatários)

Artigo 11
(O princípio da cooperação dos entes públicos na produção da prova)

Artigo 12
(O princípio da economia processual)

Artigo 13
(O princípio da instrumentalidade das formas)

Artigo 14
(O princípio do activismo jurisdicional)

Artigo 15
(O princípio da adequação formal)

Artigo 16
(O princípio da dinâmica do ónus da prova)

Artigo 17
(O princípio da representatividade adequada)

Artigo 18
(O princípio da intervenção do Ministério Público em caso de relevante interesse social)

Artigo 19
(O princípio da ampla publicidade da demanda e dos actos processuais)

Artigo 20
(O princípio da indisponibilidade temperada da acção colectiva)

Artigo 21
(O princípio da continuidade da acção colectiva)

Artigo 22
(O princípio da extensão subjectiva do caso julgado, caso julgado *secundum eventum litis* e *secundum probationem)*

Artigo 23
(O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade)

Artigo 24
(O princípio da subsidiariedade da aplicação do Código de Processo Civil)

Artigo 25
(Da efectividade da tutela)

Artigo 26
(Dos meios tecnológicos)

TÍTULO II
DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL COLECTIVA

SUBTÍTULO I
DOS SUJEITOS

CAP. I
DOS LITIGANTES

Artigo 27
(Personalidade judiciária)

Artigo 28
(Capacidade judiciária)

Artigo 29
(Legitimidade)

Artigo 30
(Patrocínio judiciário)

Artigo 31
(Da representação processual)

CAP. II
DOS TRIBUNAIS

Artigo 32
(Competência internacional)

Artigo 33
(Competência interna em razão da matéria)

Artigo 34
(competência interna em razão da hierarquia)

Artigo 35
(Em razão do valor e da forma do processo)

Artigo 36
(Competência interna em razão do território)

SUBTÍTULO II
DO OBJECTO

Artigo 37
(Do pedido e da causa do pedir)

Artigo 38
(Conexão…)

Artigo 39
(_____)

Artigo 40
(_____)

Artigo 41
(_____)

SUBTÍTULO III
DO PROCESSO

CAP. I
Da fase pré-processual

CAP. II
Dos articulados

Artigo 42
(Das informações e certidões)

Artigo 43
(Do valor da causa)

Artigo 44
(_____)

Artigo 45
Da citação

Artigo 46
(Da sanção pecuniária compulsória)

CAP. III
(Da instrução)

Artigo 47
(Dos meios probatórios)

Artigo 48
(_____)

CAP. IV
DA AUDIÊNCIA

Artigo 49
(Audiência preliminar)

Artigo 50
(Da audiência de julgamento)

CAP. V
DA DECISÃO

Artigo 51
(Do dever de motivação)

Artigo 52
(Honorários)

Artigo 53
(Custas)

CAP. VI
DA IMPUGNAÇÃO: das vias recursais

Artigo 54

TÍTULO III
DAS ACÇÕES COLECTIVAS EM ESPECIAL

SUBTÍTULO I
DA ACÇÃO POPULAR

SUBTÍTULO II
DA ACÇÃO DE PREVENÇÃO, CORRECÇÃO, CESSAÇÃO E REPARAÇÃO DOS DIREITOS COLECTIVOS

CAP. I

SUBTÍTULO III
DAS EXECUÇÕES

TÍTULO IV
DO FUNDO DOS DIREITOS COLECTIVOS "LATO SENSU"

III
Das Especialidades

4. Generalidades

Os pontos sensíveis de um qualquer processo civil colectivo, como ensina Ada Pellegrini Grinover [8], "residem na adequada estruturação dos esquemas [da "*legitimatio ad causam* e do caso julgado], que tiveram de passar por profunda revisão, a fim de que se rompessem os grilhões que, de um lado, exigiam a rigorosa correspondência entre a titularidade do direito e a titularidade da acção e, por outro lado, não aceitavam excepções ao princípio do [caso julgado] estritamente confinado às partes, quanto a seus limites subjectivos".

Mas a insigne Mestra insiste no que em particular se prende com específicos pontos dos regramentos objectivos da acção popular. E aí aduz:

> Em diversos outros pontos a lei portuguesa demonstra não ter disciplinado aspectos importantes das ações coletivas. Assim, por exemplo, a questão da existência, ou não, de litispendência, conexão e continência entre a ação popular indenizatória em confronto com as pretensões pessoais, em processos individuais (art. 104 CDC brasileiro, aplicável à ação civil pública), questão essa a que os esquemas do processo civil clássico não dão resposta adequada. Ou, ainda para exemplificar, a possibilidade do transporte, in utilibus, da coisa julgada favorável da ação popular de objeto indivisível (como a que tende reconstituição do ambiente violado por desastre

[8] "A acção popular portuguesa: uma análise comparativa", *in* "*RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo*", CEDC, Coimbra, ano II, n.º 5, Março de 1996, págs 7 e ss.

> ecológico), para favorecer com a possibilidade imediata de liqüidação e execução - sem necessidade de novos processos de conhecimento - das indenizações devidas pessoalmente a cada habitante da região (art. 103, par. 3° CDC brasileiro, aplicável à ação civil pública).
>
> Questões como essas, caberá à doutrina e jurisprudência solucionar.
>
> Todavia, em uma última matéria parece-nos que o juiz português poderá atuar de plano, sem tergiversações: trata-se da repartição do ônus da prova.
>
> O direito brasileiro, com urgência menor - porquanto em muitas matérias, como a ambiental e a das relações de consumo, o legislador adotou o princípio da responsabilidade objetiva -, preocupou-se com a matéria, estabelecendo expressamente que o consumidor tem a seu favor, no processo civil, a inversão do ônus da prova "quando, a critério do juiz, for verossimil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6°, VIII, CDC).

O legislador português, que adotou o princípio da responsabilidade com culpa, nada estabeleceu a respeito dessa matéria. Mas, na verdade, no Brasil a norma nada criou, sendo resultado de tendência jurisprudencial já assente no processo brasileiro, quando se deparassem litigantes em desigualdade de condições. Pensamos, assim, que a regra da inversão do ônus da prova, ope judicis, em face das máximas de experiência, poderá tranquilamente ser adotada na ação popular portuguesa, mesmo sem norma expressa.

Contemplaremos nos passos subsequentes os elementos intrínsecos quer da *legitimatio ad causam* quer do *caso julgado* na formulação cabível quanto à acção popular "*a se*" como às distintas modelações da acção inibitória.

Não se ignore que a legitimidade processual se configura de modo distinto tanto no que se refere à acção popular como no que tange à acção inibitória estabelecida em matéria de prevenção e repressão de condições gerais proibidas ínsitas em qualquer suporte, como no que toca à acção inibitória consagrada *intra muros*, como ainda no plano da União Europeia, tanto por via da Directiva de base como da lei que transpõe para o ordenamento jurídico nacional as prescrições nela constantes.

E outrotanto no que se prende com o *caso julgado* que, se por um lado difere da acção popular para acção inibitória nos domínios das cláusulas abusivas, tanto na acção prevista na LDC, como na DAI, como ainda na LAI, os dispositivos são simplesmente omissos.

E não basta referir, como o faz Teixeira de Sousa [9], que acção inibitória da LDC, mercê da remissão do artigo 13 para a Lei das Acções Populares, é uma acção popular em extensão e profundidade… subsumindo-se ao regime próprio que a exorna.

Mas haveria ainda aspectos outros a considerar, a que se confere, aliás, solução no esquiço de Código de Processo Colectivo que se esboça no passo precedente:

- a litigância
- a conexão e a continência entre a acção ressarcitória em confronto com as pretensões individuais, em acções singulares
- a repartição do ónus da prova que, no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador predispôs de modo a obviar aos inconvenientes perspectiváveis[10][10].

5. A *legitimatio ad causam*

A legitimidade processual exorbita, como em outro passo se salientou, da que se definira no Código de Processo Civil, em vigor em Portugal, no seu artigo 26:

> 1. O autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse directo em contradizes.
> 2. O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha.
> 3. Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.

A legitimidade processual, após a controvérsia que se gerou entre dois processualistas de nomeada, e se estabilizou doutrinariamente, afere-se pela posição dos sujeitos da relação controvertida, tal como configurada pelo demandante.

Só com a reforma pontual do direito processual civil de 25 de Setembro de 1996, já após a edição da Lei da Acção Popular, da Lei de Defesa do Consumidor e da Lei das Condições Gerais dos Contratos, é que se adita o artigo 26-A *sob a epígrafe* "*acções para a tutela dos interesses difusos*", tomando-se, aliás, a parte pelo todo.

Nele se estabelece:

> Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à

[9] Curso de Direito Processual Civil, págs. 25 e ss.

[10] Com efeito, no inciso VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor, a regra é a da inversão do ónus quando, a critério do juiz, for verosímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente segundo as regras da experiência.

> defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos da lei.

Não é unívoca a concepção de *legitimidade* para cada um dos tipos de acção grupal enunciados liminarmente.

Se percorrermos cada uma das modalidades, é possível descortinar distintas configurações. No *plano das acções inibitórias* que visam a obter condenação na abstenção do emprego ou da recomendação de condições gerais dos contratos proibidas, *a legitimatio ad causam* é outorgada a:

- associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva[11];
- associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, actuando no âmbito das suas atribuições;
- Ministério Público, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

---

[11] A LDC prescreve no artigo 17:

"1- As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objectivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados.

2- As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua acção e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respectivamente.

3- As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico:

a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados;

b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

4- As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto no presente diploma, às associações de consumidores."

E, nos termos do n.º 1 do artigo 18:

"… c) Direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões susceptíveis de afectar os direitos e interesses daqueles; [...]

e) Direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva; [...]

l) Direito à acção popular;

m) Direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal e a acompanharem o processo contra-ordenacional, quando o requeiram, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final."

E, no n.º 2 do artigo 26 do LCGC**,** se previne que tais entidades actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.

A *acção inibitória* que a LDC prevê no seu artigo 10º já não afina por análogo diapasão.

Legitimidade têm-na:

- Os consumidores directamente lesados
- Os consumidores, ainda que não directamente lesados
- As associações de consumidores, desde que dotadas de representatividade
- O Ministério Público
- A Direcção-Geral do Consumidor quando em causa interesses ou direitos individuais homogéneos, colectivos ou difusos.[12]

A *legitimatio ad causam*, de harmonia com o que prescreve a Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, ainda que sob a forma algo canhestra como tal se qualifica na epígrafe do seu artigo 3º ("*das entidades competentes*" para intentar a acção)[13], é deferida a:

- Qualquer organismo ou organização, devidamente constituído segundo a legislação de um Estado-membro, tendo interesse legítimo em fazer respeitar as disposições referidas no artigo 1.º[14];
- Um ou vários organismos públicos independentes especificamente responsáveis pela protecção dos interesses previstos na aludida disposição, nos Estados-membros em que tais organismos existam;

---

[12] *Cfr*. LDC - artigo 13 – "Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:

a) Os consumidores directamente lesados;

b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.° 83/95, de 31 de Agosto;

c) O Ministério Público e a [Direcção-Geral do Consumidor] quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos."

À Direcção-Geral é reconhecida legitimidade processual e procedimental em processos principais e cautelares junto dos tribunais administrativos e judiciais bem como de entidades reguladoras quanto aos direitos e interesses que lhe cumpre defende, nos termos do diploma de criação, no âmbito do Programa de Reforma da Administração Central do Estado (Decreto-Regulamentar nº 57/2007, de 27 de Abril).

[13] A Directiva 2009/22/CE, que ora a substitui, já oferece o conceito adequado: *("legitimidade para intentar uma acção")*

[14] O artigo 1.º da Directiva em epígrafe estabelece: "1. A presente directiva tem por objecto aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às acções inibitórias referidas no artigo 2.º, para a protecção dos interesses colectivos dos consumidores incluídos nas directivas enumeradas no anexo, para garantir o bom funcionamento do mercado interno. 2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por infracção todo e qualquer acto contrário ao disposto nas directivas enumeradas no anexo, transpostas para a ordem jurídica interna dos Estados-membros, e que prejudique os interesses colectivos referidos no n.º 1".

- As organizações que tenham por finalidade proteger tais interesses, de acordo com os critérios previstos na respectiva legislação nacional[15].

No entanto, prevê-se ainda um procedimento peculiar[16], a saber, uma consulta prévia.

No plano do direito interno - e no quadro da *acção inibitória* intracomunitária, prevista na Directiva a que no passo precedente se alude - se define um outro requisito para que a *legitimidade processual* se afirme, na circunstância.

Na Lei 25/2004, de 8 de Julho - e no que tange ao âmbito próprio do normativo - se estabelece que as normas dela constantes se aplicam à acção inibitória[17], bem como à acção popular[18] destinadas a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas ilícitas dos direitos dos consumidores.

E acrescenta-se no n.º 2:

> Para efeitos do disposto na presente lei, bem como para efeitos da definição do âmbito do direito de acção inibitória previsto no artigo 10º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, considera-se que o conceito da prática lesiva inclui qualquer prática contrária aos direitos dos consumidores, designadamente as que contrariem

---

[15] O artigo 4.º, sob uma tal epígrafe, estabelece por seu turno: "1. Cada Estado-membro tomará as medidas necessárias para assegurar que, em caso de infracção com origem nesse Estado-membro, qualquer entidade competente de outro Estado-membro em que os interesses por ela protegidos sejam afectados pela infracção possa recorrer ao tribunal ou à autoridade administrativa referidos no artigo 2º, mediante a apresentação da lista prevista no n.º 3. Os tribunais ou as autoridades administrativas aceitarão essa lista como prova da capacidade jurídica da entidade competente, sem prejuízo do seu direito de analisar se o objecto da entidade competente justifica que esta intente uma acção num determinado caso. 2. Para efeitos de infracções intracomunitárias, e sem prejuízo dos direitos reconhecidos a outras entidades pela legislação nacional, os Estados-membros comunicarão à Comissão, a pedido das respectivas entidades nacionais competentes, que essas entidades são competentes para intentar uma acção ao abrigo do artigo 2º Os Estados-membros informarão a Comissão do nome e objecto dessas entidades competentes. 3. A Comissão elaborará uma lista das entidades competentes referidas no n.º 2, especificando o seu objecto. Essa lista será publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias; as alterações dessa lista serão publicadas sem demora e a lista actualizada será publicada semestralmente."

[16] O artigo 5º, sob uma tal epígrafe, estabelece: "1. Os Estados-membros podem prever ou manter em vigor disposições que estipulem que a parte que tenciona intentar uma acção inibitória só o poderá fazer depois de ter tentado pôr termo à infracção, em consulta com o requerido ou com o requerido e uma entidade competente na acepção da alínea a) do artigo 3º, do Estado-membro em que será intentada a acção inibitória. Cabe aos Estados-membros decidir se a parte que tenciona intentar essa acção deve consultar a entidade competente. Se a cessação da infracção não se concretizar no prazo de duas semanas a contar da recepção do pedido das consultas, a parte em causa pode intentar imediatamente uma acção inibitória. 2. A Comissão será notificada das regras da consulta prévia adoptadas pelos Estados-membros, que serão publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias."

[17] Previstas no artigo 10.º da Lei 24/96, de 31 de Julho.

[18] Contemplada no n.º 2 do artigo 12.º da Lei 83/95, de 31 de Agosto.

> as legislações dos Estados-membros que transpõem as directivas comunitárias constantes do anexo a esta lei, da qual faz parte integrante.

Restringe-se o rol dos que detêm legitimidade nos termos da LAP (artigo 12), como da LDC (artigo 13), já que os consumidores individuais, ainda que não lesados, se excluem. Só as entidades que "detêm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares" é que disporão de análogo modo de *legitimatio ad causam*. Contanto que se inscrevam em lista disponível na Direcção-Geral do Consumidor.

A elaboração e a permanente actualização da lista das entidades portuguesas[19] "competentes" para exercer, na União Europeia, o direito de acção cabe à Direcção-Geral do Consumidor. Que notificará a Comissão Europeia do seu conteúdo.

No que em particular respeita à *acção popular* – com um âmbito mais dilatado ante os domínios objecto de tutela – os titulares do direito de acção acantonam-se como segue:

- Quaisquer cidadãos,
- Associações e fundações cujo escopo é o da tutela de interesses em causa, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

A legitimidade processual activa, porém, nos termos do artigo 3.º da LAP, como que se reconduz a uma concepção retrógrada, complexa, da *legitimatio*, para que confluíam os demais pressupostos, como se se tratasse do pressuposto dos pressupostos[20].

[19] O procedimento de inscrição consta do artigo 5.º da Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, que reza o seguinte: "1 - Para efeitos do artigo anterior e sem prejuízo do disposto no n.º. 5, devem as entidades interessadas solicitar a sua inscrição na lista, através de requerimento dirigido ao [Director-Geral do Consumido]r, acompanhado de documento comprovativo da sua denominação e objecto estatutário. 2 - Na apreciação do pedido, o [Director-Geral do Consumidor] deve certificar-se de que a entidade requerente prossegue objectivos de defesa dos interesses dos consumidores. 3 - O despacho sobre o pedido de inscrição deve ser proferido no prazo máximo de 30 dias. 4 - Do despacho de indeferimento do pedido de inscrição cabe recurso, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo. 5 - O Ministério Público e a [Direçãor-Geral do Consumidor] constarão da lista a que se refere o artigo anterior por direito próprio e sem dependência de requerimento de inscrição."

[20] *Cfr*. Castro Mendes, Direito Processual Civil, vol. II, Associação Académica, Lisboa, 1980, págs. 153 e 154, que revela que: "a determinação da legitimidade começou por fazer-se *casuisticamente* - em relação a cada acção indicava-se quem a podia propor como autor e contra quem podia sê-lo como réu. Os requisitos que se indicavam mostravam abranger-se na legitimidade figuras que em rigor se deviam distinguir". Ainda quando a doutrina se elevou deste método a uma construção geral, na primeira fase desta construção ela apresenta-se-nos como uma concepção global ou complexa – a legitimidade aparece-nos como abrangendo o conjunto dos pressupostos processuais subjectivos relativos às partes e, por vezes, algumas condições da acção (também relativas às partes). Uma análise mais cuidadosa foi distinguindo neste "complexo de circunstâncias, condições e qualidades" vários pressupostos diferentes – a personalidade judiciária, a capacidade judiciária, o interesse em agir. Mas ainda recentemente o Prof. PAULO CUNHA sustentava que os requisitos da legitimidade eram o interesse, a capacidade legal, a identidade das partes,

Na realidade, constituem requisitos da *legitimatio ad causam*

no que tange aos cidadãos:

- que se achem no gozo dos seus direitos civis e políticos;

no que toca às associações e fundações:

- personalidade jurídica;
- o de figurar expressamente nas suas atribuições ou nos objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trata;
- não exercerem qualquer tipo de actividade económica ou profissional concorrente com a das empresas ou de profissionais liberais.

Daí que se justifique se harmonizem os dispositivos que regem nesse particular. Para que não pairem indefinições ou dúvidas insanáveis acerca dos meios processuais idóneos para cada um dos domínios perscrutáveis.

De tal sorte que Teixeira de Sousa entende que - mercê das remissões na alínea *b)* do artigo 13 da LDC - a acção inibitória é uma autêntica acção popular, asserção que não merece obviamente a nossa concordância.

Além do mais, há quem entenda que como o molde da legitimidade processual activa é mais largo na acção inibitória em geral, o artigo 26 da LCGC deve abrir-se de modo a nele caber, enquanto titulares da *legitimatio ad causam,* nas acções que visam à condenação na abstenção do uso ou da recomendação de condições gerais dos contratos apostas em formulários pré-redigidos ou em suportes outros seja qual for a configuração que assumirem, os consumidores prejudicados ou não pelas cláusulas unilateralmente impostas.

Ou, como outros pretendem, ante a estreiteza do caso julgado na acção inibitória especial, a adopção da acção popular para obviar às dificuldades postas a quem houver celebrado já contratos singulares com base nas condições gerais proibidas objecto do pleito.

Para que, como na oportunidade se revelará, se colha uma eficácia plena - "*erga omnes*" - que não a que emerge do regime privativo da Lei das Condições Gerais

---

a não exclusão por lei expressa e a realidade de litígio e o Prof. BARBOSA DE MAGALHÃES a identidade, capacidade e interesse. A esta concepção complexa da legitimidade tem-se procurado substituir uma concepção simples da figura, atendendo a um único critério para a determinar, e reduzindo-a apenas a um pressuposto processual. Mas ficaram dos tempos passados duas tendências que muito têm prejudicado este domínio: a tendência para considerar requisitos de legitimidade todas as circunstâncias relativas às partes cuja verificação é necessária para que o tribunal atenda o pedido (e, portanto, para considerar causas de ilegitimidade todas as razões de absolvição que dizem respeito aos sujeitos); a tendência para fazer da legitimidade um pressuposto processual mais importante que os outros, diferente destes, movendo-se noutro plano. Qualquer das duas tendências é errónea – a legitimidade é um pressuposto processual subjectivo relativo às partes, e nada mais".

dos Contratos e é desvalorizante porque obriga à inusitada reprodução processual - a eficácia *ultra partes* - que não dispensa a propositura de uma acção singular de declaração de nulidade se o aderente - consumidor ou não - pretender prevalecer-se da declaração incidental de nulidade ínsita na decisão inibitória. E não se nos afigura saudável tamanha dispersão e prolixidade. Do que precede, pode asseverar-se.

Em conclusão:

- Que a medida da legitimidade processual activa é distinta consoante as modalidades de acções colectivas com que se opere;
- Que a legitimidade não se afere de modo singular, antes acresce - para se afirmar - o cumprimento de requisitos outros que exorbitam do quadro regular;
- Que nem sempre se justificam as restrições que, no plano transnacional/intracomunitário, a Directiva em vigor neste domínio impõe e menos ainda que a *legitimidade* dependa, em substância, da inscrição em lista disponível *in casu* em instituição oficial com atribuições e competências no âmbito da protecção dos direitos do consumidor;
- Que urge que - com a uniformização das distintas modalidades tipológicas da *acção colectiva* como meio processual idóneo para a tutela dos direitos colectivos do consumidor - se adoptem medidas únicas para a delimitação conceitual da *legitimatio ad causam*.

Eis, pois, as conclusões parcelares no que tange à temática versada - a da legitimidade processual actividade outorgada a distintas personalidades e entidades para efectividade dos direitos de *dimensão transindividual* conferida a distintas massas de consumidores.

6. Caso julgado

Caso julgado material (ou interno) consiste, segundo o saudoso Manuel de Andrade[21], em a definição dada à relação controvertida se impor a todos os tribunais (e até a quaisquer outras autoridades) - quando lhes seja submetida a mesma relação, quer a título principal (repetição da causa em que foi proferida a decisão), quer a título prejudicial (acção destinada a fazer valer outro efeito dessa relação): todos têm que acatá-la, julgando em conformidade, sem nova discussão.

O autor acrescenta:

> Este acatamento é-lhe devido de modo absoluto. Constitui dever oficioso do tribunal, não dependendo da invocação da parte interessada (artº. 500 do CPC). Mesmo que chegue a ser proferida decisão contraditória com aquela, esta é a que prevalece (artº. 675 do CPC). Na falta desta norma, a doutrina

[21] Manuel A. Domingues de Andrade, *in* "Noções Elementares de Processo Civil", Coimbra, 1976, pág. 304.

a seguir seria a oposta, tal como em matéria legislativa: entre duas manifestações de vontade antagónicas do mesmo órgão a prevalência cabe à última, como regra geral.

Esta é a concepção clássica, no processo individualístico, de *caso julgado*. Que só cede perante a procedência de qualquer recurso extraordinário - de revisão ou oposição de terceiro.

No que tange à disciplina em apreciação, importa, em verdade, escalpelizar as hipóteses vertidas neste particular.

Analisaremos sucessivamente o caso julgado:

- Nas acções inibitórias em geral,
- Nas acções inibitórias estatuídas no âmbito das cláusulas abusivas emergentes das condições gerais dos contratos ínsitas em formulários (pré-redigidos) em circulação no mercado e em quaisquer outros suportes pré-elaborados,
- Nas acções inibitórias consagradas na Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998,
- Nas acções inibitórias transdisciplinares decalcadas do instrumento normativo emanado das instâncias legiferantes da União Europeia e contempladas em Portugal na Lei 25/2004, de 8 de Julho,
- Nas acções populares decorrentes do n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República Portuguesa e regulamentadas pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

6.1. Nas acções inibitórias em geral prevista na LDC

As acções inibitórias em geral jamais foram regulamentadas.

Com efeito, a LDC consagra, no seu artigo 10º, como *molde genérico* a acção inibitória susceptível de oferecer cobertura ao tipo caracterizado no art.º 24 do primitivo DL 446/85, de 25 de Outubro (ora, com as alterações decorrentes do DL 220/95, de 31 de Agosto, renumerado como art.º 25).

E aí considera:

> 1- É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:
> a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;
> b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
> c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.
> 2- A sentença proferida em acção inibitória pode ser

acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

E nos dispositivos subsequentes regra sucessivamente:

- a forma de processo (art.º 11),
- o direito à reparação dos danos (afinal, a disciplina das garantias legais das coisas móveis e imóveis, na versão original, de todo deslocada, na sistematização empregue, conquanto os n.ºs 4 e 5, ora 1 e 2, contemplem os casos de responsabilidade emergente do vício de qualidade de produtos e serviços como do vício de segurança restrito a produtos) (art.º 12),
- a legitimidade activa (artº. 13),
- o direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta (art.º 14).

Não há um efectivo regramento da *acção inibitória* e sempre se aguardou que o Ministério da Justiça promovesse a regulamentação de uma tal modalidade: a despeito das diligências efectuadas e de um primeiro ensaio ao tempo em que Vera Jardim fora titular da pasta, o facto é que se regista uma clamorosa omissão legislativa que esvazia de conteúdo o seu sentido e alcance.

E nem sequer se nos afigura de preencher a lacuna assimilando-a, como a outro propósito o faz Teixeira de Sousa, a uma autêntica *acção popular* e subsumindo-a no regime em que esta se enquadra.

A incipiente disciplina da acção inibitória esboçada na Lei 24/96, de 31 de Julho, e a que exorna a LAP não consentirão de todo na assimilação.

A ser assim, não se justificaria a inserção de um tal molde mais amplo e genérico para acobertar a acção estatuída no âmbito das disposições processuais da LCGC.

Daí que se afirme a imprestabilidade da acção inibitória, de que há, afinal, escassíssimos casos de acções instauradas sob tal figurino.

6.2. Acção inibitória no quadro das condições gerais dos contratos

A eficácia do caso julgado perscruta-se no artigo 32 da LCGC.

Aí se estabelece, no n.º 2, que "aquele que seja parte, juntamente com o demandado, vencido na acção inibitória, em contratos em que se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Ora, neste particular se consagra a *eficácia do caso julgado*.

Não é, como em regra ocorre nas acções colectivas, *erga omnes*, antes se pode conceituar como *ultra partes*, em sentido que se aclarará. Na realidade, a decisão impõe-se *inter partes*, a saber, "as cláusulas contratuais gerais objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas.

Mas, para além da eficácia restrita às partes, há uma refracção - ainda que dependente de ulterior diligência processual - nos demais contratos celebrados com base em tais condições gerais predispostas.

A decisão inibitória passada ou transitada em julgado constitui uma declaração incidental de nulidade.

Que "incide", por conseguinte, nos demais contratos sem os atingir de plano.

Para que a declaração de nulidade se transmude de incidental em real há-de a vítima lançar mão da *acção singular de declaração de nulidade*, nos termos do artigo 24 da LCDC, que remete para os termos gerais.

A decisão inibitória funcionará, na circunstância, restrita às condições gerais objecto de proibição definitiva (ou a outras que se lhes equiparem substancialmente), como se se tratasse de uma *precedent rule*.

Daí o sentido e alcance do *caso julgado*, que se não restringe aos pleiteantes na lide, antes extravasa, na acepção revelada, para os demais contraentes, contanto que invoquem a declaração incidental de nulidade nos feitos de que fizerem parte.

A decisão não afecta directa, imediata e retroactivamente o negócio jurídico celebrado.

Só incidentalmente. O que confere distintos cambiantes à figura. Que se não subsume, por óbvio, à da eficácia *erga omnes*.

6.3. Acção inibitória transnacional ou intracomunitária

Não se define no texto do Parlamento Europeu e do Conselho a eficácia do caso julgado. O que remete, afinal, para o direito nacional de cada um dos Estados-membros. No âmbito da legislação pátria, a remessa para o artigo 10.º da LDC (artigo 2.º) deixa intocado o problema.

Não se define, pois, a eficácia do caso julgado que pode, por conseguinte, comportar plúrimas significações.

No entanto, ao reconduzir-se de análogo modo a *acção inibitória transnacional à acção popular*, aí colher-se-á o regime similar ao do caso julgado vertido na ocorrente hipótese.

Só que não é líquido que a eficácia seja *erga omnes secundum eventum litis*. As objecções de Ada Pellegrini Grinover colhem em absoluto, como no passo subsequente se revelará. A despeito das considerações que tece, como se alcançará, Miguel Teixeira de Sousa.

6. 4. Acção inibitória transnacional consagrada no direito pátrio

Valem a propósito as considerações que se expenderam no passo precedente.

6.5. Acção Popular

A LAP prescreve no seu artigo 19 sob a epígrafe "efeitos do caso julgado:

> 1. As sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por falte de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.
> 2. As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, á escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a comunicação por inteiro.

Ada Pellegrini Grinover[22] analisa cirurgicamente o que considera o segundo ponto sensível das acções colectivas nos termos seguintes:

> Quanto à coisa julgada - segundo ponto sensível das ações coletivas -, a lei portuguesa adotou dois critérios:
> a) como regra geral, o regime da coisa julgada *erga omnes*, para os casos de procedência ou improcedência, salvo quando esta se der por insuficiência de provas (art. 19, 1);
> b) para os que tenham exercido o direito de auto-exclusão, sua indiferença à coisa julgada, seja a sentença positiva ou negativa (art. 19, 1).
>
> Desse modo, a Lei n.º 83/95 combinou dois critérios, sendo o primeiro familiar ao sistema brasileiro, e o segundo próprio do ordenamento norte-americano.
>
> Com efeito, é típico das leis brasileiras sobre ação popular e

[22] *In* "A Ação Popular Portuguesa: Uma Análise Comparativa", *RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, CEDC, Coimbra, ano II, n.º 5, Março de 1995, pág. 12 e ss.

ação civil pública a adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, com o temperamento da inexistência de coisa julgada nos casos de improcedência por insuficiência de provas (com o que se evita o risco de colusão entre as partes), sempre que se trate de direitos de objeto indivisível (interesses difusos e coletivos): art. 18 da Lei 4.717/65 e art. 103, I e II CDC, aplicável à LACP.

Mas o critério do *opt out* e do *opt in*, como forma de submissão, ou não, do terceiro ao julgado, é próprio das *class actions*. A *rule* 23, c 2 e c 3 das Federal Rules de 1966, expressamente prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda 'da maneira melhor segundo as circunstâncias' (inclusive mediante intimação pessoal, quando as pessoas forem passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado *opt out*, recentemente reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*) (8). Em outras palavras, adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia do ajuizamento da ação.

A lei portuguesa, no art. 15, segue exatamente o mesmo critério. Os titulares dos 'interesses em causa' são citados para, querendo, intervir no processo a título principal e para declarar nos autos se aceitam ser representados pelo autor (*opt in*) ou se se excluem dessa representação (*opt out*), entendendo-se a passividade como aceitação (art. 15.1), ressalvado o direito de ainda a recusarem expressamente até o término da fase probatória (art. 15.4). O n. 2 do art. 15 determina que a citação se faça pelos meios de comunicação de massa ou ediliciamente, sem obrigatoriedade de identificação pessoal do destinatário; e o n. 3 prevê, no caso de impossibilidade de individualização dos titulares, que a citação se faça 'por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhe seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade a que pertençam'.

Pode ser que o sistema dê certo em Portugal, país pequeno e habitado por pessoas mais esclarecidas e conscientizadas. Mas já suscitou enormes problemas nos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte chegou a afirmar que a orientação pela qual o membro da *class*, que não tenha optado expressamente pela exclusão, seria abrangido pela coisa julgada, depende de sua intimação pessoal, sob pena de não poder-se entender que fora adequadamente informado (9). E certamente não se adaptaria à realidade existente no Brasil, país de dimensões continentais, deparando com enormes problemas de

informação completa e correta, de falta de conscientização de parcela ingente da população, de desconhecimento sobre os canais de acesso à Justiça, de grande distanciamento entre o povo e os tribunais, tudo a desaconselhar a extensão da coisa julgada, quando desfavorável a sentença, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente 'representado' pelo portador em juízo dos interesses coletivos.

Por isso, a eficácia *erga omnes* do julgado, favorável ou desfavorável, só foi adotada, no Brasil, para os interesses indivisíveis (difusos e coletivos), em que não há mesmo como cindir o comando da sentença que, por sua própria natureza, deverá abranger toda a classe, categoria ou grupo, com o temperamento da inexistência de coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas (art. 18 da Lei da ação popular e art.s 103, I e II CDC, aplicável à LACP).

Mas, para os interesses individuais homogêneos, divisíveis por natureza e com titulares individualizados (ou individualizáveis), a lei adotou o esquema da coisa julgada *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*: ou seja, em caso de sentença favorável, todos os componentes do grupo, classe ou categoria serão beneficiados; mas, em caso de sentença desfavorável, a coisa julgada operará somente para impedir novas demandas coletivas, ficando aberta aos interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes a via das ações individuais (art. 103, III e par. 2° CDC, aplicável à LACP).

No juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador brasileiro, verificou-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, não arredados pela técnica do *opt out*, calando fundo nas relações inter-subjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; e suscitando, ainda, problemas de inconstitucionalidade, por infringência ao contraditório efetivo e real. Por outro lado, as críticas à coisa julgada *secundum eventum litis*, na técnica brasileira, podem ser respondidas com bastante facilidade (10).

A aplicação prática da Lei n. 83/95 dirá se o instituto do *opt out* terá mais sorte em Portugal.

Já Miguel Teixeira de Sousa objecta que:

A acção popular visa obter, não a resolução de um conflito meramente individual, mas a prevenção ou a cessação da violação de um interesse difuso e a regulação das relações entre aquele que ameaça violar ou violou aquele interesse e todos aqueles que podem ser ou já foram prejudicados com essa conduta. A finalidade dessa acção é a composição global

entre todos os interessados, pelo que a decisão que nela venha a ser proferida deve valer para todos os interessados.

Cabe abordar, assim, o complicado problema da eficácia subjectiva do caso julgado da decisão de mérito proferida na acção popular. Como o interesse difuso sobre o qual recaiu a decisão respeita necessariamente a sujeitos distintos do autor da acção popular, há que verificar se essa decisão pode beneficiar ou prejudicar estes terceiros, isto é, se existem motivos que justificam o afastamento do princípio segundo o qual o caso julgado não vincula aqueles que não participaram da acção. A solução prevista no artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 mostra a necessidade de um regime especial quanto ao âmbito subjectivo do caso julgado da decisão proferida na acção popular: "as sentenças transitadas em julgado proferidas [...] em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, porém, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.

Quer dizer: o artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 estabelece que, em princípio, o caso julgado é vinculativo para os terceiros interessados, excepto se estes tiverem exercido o direito de auto-exclusão previsto no artº 15º, n.º 1, da Lei n.º 83/95. Mas, mesmo que estes terceiros não tenham usado essa faculdade, deve entender-se que eles não ficam vinculados ao caso julgado se a sua citação não tiver observado os requisitos estabelecidos no artº 15º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 83/95. Além disso, como se pode inferir do disposto no artº 16º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 (no qual se prevê a substituição do autor da acção popular pelo Ministério Público quando aquele desista da lide ou celebre transacção com o demandado), o caso julgado da sentença homologatória dessa desistência ou transacção (cfr. artº 300º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Civil) não vale necessariamente *erga omnes*. Se assim não sucedesse, não se compreenderia essa possibilidade de substituição e a decorrente continuação da acção popular pelo Ministério Público.

8. Critério legal

a) A regulamentação que consta do artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 define um âmbito subjectivo do caso julgado *secundum eventum litis*: semelhantemente ao disposto no artº 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, os terceiros interessados beneficiam, em princípio, do caso julgado favorável, isto é, daquele que respeita a uma decisão de procedência, mas não ficam vinculados a uma sentença de improcedência que resulte de uma insuficiência de prova. Esta eventualidade pode indiciar uma actuação menos diligente do autor da acção popular ou até um conluio entre essa parte e a contraparte demandada, situações nas quais importa proteger os interesses de todos os não intervenientes na acção popular. Algo enigmáticas são, todavia, as razões que podem levar o juiz, nos termos do artº 19º, n.º 1, da Lei

n.º 83/95, a restringir o âmbito subjectivo do caso julgado por motivações próprias da situação concreta. Talvez se esteja a pensar nos casos em que o demandante celebrou uma transacção com o demandado e o tribunal entende que ela não deve valer *erga omnes* ou em que o tribunal considera que a acção não pode proceder enquanto acção popular (nomeadamente, porque não foi violado qualquer interesse difuso), mas pode ser procedente em relação ao demandante e ao seu próprio interesse individual.

Posto é que, para que este regime sobre o âmbito subjectivo do caso julgado funcione adequadamente, não existam dúvidas sobre a improcedência da acção por insuficiência de prova e não pela circunstância de o réu ter demonstrado a falta da sua fundamentação. O critério prático para se avaliar se a acção improcedeu por essa referida insuficiência é o seguinte: esse fundamento de improcedência verifica-se sempre que a acção foi julgada improcedente porque o tribunal teve de decidir, segundo o critério estabelecido no art.º 516 do Código de Processo Civil, uma situação de *non liquet* contra o autor, isto é, teve de julgar a acção improcedente pela insuficiência da prova realizada pelo autor quanto aos factos constitutivos da situação por ele alegada.

Como, na hipótese de a acção popular improceder por insuficiência de provas, pode ser proposta uma outra acção por qualquer outro interessado, o próprio demandante, que, dado o referido *non liquet*, não conseguiu a procedência da acção, vem a beneficiar da eventual procedência desta outra acção. Dado que o próprio demandante que instaurou a primeira acção e que não conseguiu a sua procedência beneficia do caso julgado obtido numa posterior acção popular, existe necessariamente uma confluência de casos julgados contraditórios nesse mesmo sujeito: um que lhe é desfavorável, outro que o beneficia. Esta entorse é, todavia, uma consequência inevitável da eficácia inter partes da sentença de improcedência baseada na insuficiência de prova.

A solução adoptada no art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95 permite salvaguardar os interesses da parte demandada, porque, se ela provou que não violou ou não ameaça violar o interesse difuso, não poderá ser contra ela proposta por qualquer outro interessado uma outra acção com o mesmo objecto. Nesta hipótese, a improcedência da acção vale ultra partes, porque a acção improcedeu pelo facto de a parte demandada ter provado que não violou ou não ameaçou o interesse difuso, pelo que essa parte poderá arguir a excepção de caso julgado numa qualquer outra acção relativa ao mesmo objecto proposta por qualquer outro sujeito (artºs 497º e 498º do Código de Processo Civil). O mesmo vale se, após a improcedência da acção popular, alguém pretender tutelar em juízo o seu interesse individual.

Resta acrescentar que a decisão proferida na acção popular e o respectivo caso julgado podem ser impugnados nos termos gerais. Importa especialmente referir que qualquer terceiro, ou seja, qualquer interessado que não tenha intervindo na acção popular, pode impugnar essa decisão, ainda que transitada em julgado, através do recurso extraordinário de oposição de terceiro, sempre que se tenha verificado uma

simulação processual entre as partes daquela acção (artº 778º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

b) A decisão que proíbe o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais deve especificar o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (artº 30, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art 11º, n.º 2, da Lei n.º 24/96); essa decisão será publicitada (art.º 30, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11º, n.º 3, da Lei n.º 24/96) e registada em serviço próprio (art.º 34 do Decreto-Lei n.º 446/85). Quanto à eficácia subjectiva do caso julgado da decisão que decreta a inibição do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, importa referir que, como acima se mostrou, essa acção inibitória também pode ser uma acção popular, pelo que há que concluir que o regime especial definido para aquela acção no art.º 32, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85 prevalece, na parte em que haja divergência, sobre o regime geral estabelecido para esta última no art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95.

O trânsito em julgado da decisão inibitória implica que as cláusulas contratuais gerais que forem objecto de proibição definitiva, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado (isto é, o proponente das cláusulas) venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas por essa mesma parte (art.º 32, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Assim, aquele que venha a ser parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória (art.º 32, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; artº 11º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Isto é, permite-se que qualquer interessado se possa servir, na acção proposta contra o proponente vencido, da declaração incidental da nulidade da cláusula contratual geral realizada na acção inibitória.

Neste ponto, há uma diferença entre o regime geral da acção popular e o regime especial da acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais. Na verdade, a solução estabelecida para esta acção inibitória apresenta a seguinte diferença em relação ao regime respeitante à eficácia do caso julgado da decisão proferida na acção popular: enquanto, no regime geral da acção popular, o demandado pode opor a um novo demandante a excepção de caso julgado e pode, portanto, obstar a uma nova apreciação do mérito da acção (excepto se a decisão absolutória se fundamentou num *non liquet*: art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95), no regime previsto para a acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais o demandado nunca pode opor essa excepção de caso julgado a nenhum novo demandante.

Segundo o regime definido no art.º 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 para o âmbito subjectivo do caso julgado na acção popular, o que é definido no plano abstracto (ou seja, independentemente de qualquer caso concreto) vale igualmente no plano concreto. É isto que justifica que, sempre que a improcedência dessa acção não resulte de uma situação de *non liquet*, o caso julgado nela formado seja oponível em qualquer

acção individual proposta por qualquer interessado que não se tenha auto-excluído (cfr. art.ºs 15, n.º 1, e 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Pelo contrário, na acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, o que é definido no plano abstracto não vale no plano concreto, pois que a circunstância de, na acção inibitória proposta, a cláusula contratual geral não ter sido declarada contrária à boa fé não significa que, no caso concreto, ela não possa ser considerada abusiva.

Isto também demonstra que a restrição à eficácia *erga omnes* do caso julgado decorrente da insuficiência de prova como fundamento da decisão absolutória constante do art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95 não é transponível para a acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral. Como ficou demonstrado, não é apenas quando a anterior acção inibitória terminou com a absolvição do pedido com base numa situação de non liquet que o demandado não pode opor a excepção de caso julgado: ele também não o pode fazer quando a acção inibitória improcedeu por qualquer outro motivo.

Lebre de Freitas[23] opina em termos próximos dos de Ada Pellegrini Grinover.

Daí que importe uma aclaração que, ante as dificuldades postuladas pela experiência, ponha cobro às dúvidas subsistentes e à variabilidade interpretativa.

Para que as acções colectivas reflictam o sumo interesse da massa de consumidores perante as agressões de que padece o estatuto de cada um e todos neste congenho. E ante a caracterização dos interesses e direitos em presença.

Em conclusão

- Revela-se perturbante o que neste particular avulta ante a inconsistência, a variabilidade e as omissões no que tange à eficácia do *caso julgado* nas diferentes modalidades das acções colectivas.
- Há que definir de modo unívoco - para se obviar às consequências do pântano interpretativo - o regime da eficácia do caso julgado.
- Afigura-se preferível se cinda a disciplina, considerando-se soluções distintas consoante a natureza de interesses ou direitos em causa.

Daí que:

- A decisão passada em julgado haja eficácia *erga omnes*, excepto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas: em tal hipótese a parte dotada de legitimidade poderá intentar uma acção com idêntico fundamento socorrendo-se de novos meios probatórios.
- Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogéneos, se o pedido improceder, os interessados poderão propor acção singular, a título meramente individual.

[23] A acção popular no direito português, *in* Sub Júdice, 2003, n.º 24, págs. 20 e 21.

- Se, porém, de interesses ou direitos difusos ou colectivos se tratar, a *eficácia do caso julgado* não prejudica as acções de indemnização pelos danos pessoalmente sofridos susceptíveis de se instaurar a título singular ou como de interesses individuais homogéneos.
- Se o pedido, porém, proceder, as vítimas de danos disporão de título para execução para pagamento de quantia certa.
- Se a acção improceder, com base nas provas produzidas, qualquer interessado poderá intentar outra acção, com idêntico fundamento, no lapso de três anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova superveniente, insusceptível de produção nos autos, contanto que idónea para mudar o seu resultado.

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: DA MONUMENTALIDADE AOS BENS IMATERIAIS

MARIA COELI SIMÕES PIRES
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

RESUMO: O artigo retoma a evolução da política pública de proteção do patrimônio cultural no Brasil, a partir da concepção restritiva de bem cultural sob a égide do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Mostra que o propósito de construção de um Estado-Nação, que orientou a política de patrimonialização até a década de 70, levou à oficialização, por meio do tombamento, de um patrimônio cultural elitizado, hegemônico e artificializado, para intermediação de uma relação autoritária entre cidadão e poder temporal e espiritual. Apresenta considerações sobre a ampliação do conceito de patrimônio cultural, no plano internacional e no plano interno, inicialmente, para abrigar tipologias patrimoniais em conseqüência da introdução da antropologia no campo da preservação, e, depois, os bens imateriais e a pluralidade das representações. Enfatiza as diretrizes de valorização da participação da sociedade na política pública de proteção do patrimônio, de diversificação das fontes de financiamento e dos instrumentos de preservação, com ênfase em inventários e registros. Pautando a tendência de investimentos privados na preservação do patrimônio, chama a atenção para os desafios de conciliar sustentabilidade e o sentido metafórico dos bens, de garantir a ética na relação público-privado e na equação demandas de consumo – fruição e usos cotidianos, de modo a afastar a prevalência de uma mera racionalidade mercadológica no campo da política cultural, que deve ter como mote principal o valor simbólico, assegurado por referentes materiais e imateriais, legitimamente selecionados e protegidos.

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentos de proteção; patrimônio cultural; patrimônio imaterial; registro de bens imateriais.

ABSTRACT: The article discusses the evolution of public policies of cultural heritage protection in Brazil, in the light of the restrictive conception of cultural property under the Decree nº 25, of November 30th, 1937. One shows that the objective of building a Nation-State that guided property policies until the 70s led to the officialization by means of recording of a hegemonic, artificial and èlite cultural heritage, an

authoritative relation between citizen and the temporal and spiritual power. One discusses the widening of the concept of cultural heritage in an international and internal plan to shelter property typologies at first, due to the introduction of anthropolgy in the field of preservation. Later, incorporeal assets and a plurality of representations were covered. One emphasizes the value of the participation of the society in public policies of cultural heritage protection, the diversification of finantial resources and of preservation instruments, specially inventories and registers. Considering the tendency of private investiments in the preservation of heritage, one highlights the challenge to concilliate sustainability and the metaforical sense of goods and guarantees ethics in the public-private relation and in the consumerism demand equation – fruition and everyday use so that one drives away the prevalence of a simple market rationale in the field of cultural policy that must have as main motto the symbolic value, guaranteed by corporeal and incorporeal referentials, which are legitimally selected and protected.

KEY WORDS: Protection instruments; cultural heritage; incorporeal asset; incorporeal property registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Patrimônio material da cultura como suposta síntese da memória identitária da nação. 3. O patrimônio cultural expandido na dimensão de processo social. 4. Bens culturais imateriais e instrumentos de proteção. 5. Procedimento de registro de bens do patrimônio imaterial. 6. Patrimônio cultural e demandas globais de consumo. 7. Desafios da proteção. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O patrimônio cultural, capaz de criar e fortalecer laços de pertencimento e de recuperar até mesmo os nexos entre distantes temporalidades e diferentes gerações, constitui-se tanto de elementos tangíveis da cultura, resultantes do engenho, da inventividade, da obra e da arte do homem, como de formas intangíveis dela, tais como os modos de fazer enraizados no quotidiano, celebrações, rituais, folguedos, manifestações literárias, cênicas, lúdicas, plásticas, espaços destinados a práticas culturais coletivas e saberes, cujos valores perpassam o inconsciente coletivo para conferir identidade a um povo ou grupo social. É essa a latitude semântica que se deve dar à expressão patrimônio cultural, e que não emerge nova nos dias atuais.[1]

A patrimonialização da cultura, mediante a proteção de seus referentes, é uma tendência na sociedade contemporânea, apresentando-se como tema de interesse e pesquisa em campos diversos do conhecimento científico e pauta de um diálogo intenso, notadamente entre cientistas sociais. As políticas correspondentes em âmbito nacional e no plano internacional, capitaneadas, no primeiro caso, pelo Instituto do

[1] Ver Gonçalves (1996, p. 134).

Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) e, no segundo, pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), ampliam o seu foco e os instrumentos de preservação: "[...] seleção, restauro, conservação, revitalização, *gentrification*, proteção, valorização, divulgação, reconhecimento e, mais recentemente, inventário, registro e salvaguarda". (TAMASO, s/d).

Nesse sentido, "As políticas de patrimônio [...] atendem cada vez mais a uma clientela diversificada: do documental ao vernacular; do erudito ao popular; da elite às camadas populares e tradicionais" (TAMASO, s/d).

À medida que ocorrem o adensamento do conceito de patrimônio cultural, a evolução das estratégias preservacionistas e as mudanças paradigmáticas, a ordem jurídica vai sofrendo diversificação de sua trama normativa, incorporando soluções mais avançadas, seja pela apropriação de outras concepções teóricas e instrumentos disponíveis no direito comparado, seja pelo traço plural e democrático que a reconforma.

É o que ocorre com o tratamento dado à matéria pelos arts. 215 e 216 da Constituição da República de 1988, que abre nova perspectiva para a ordem jurídica patrimonial, a partir da depuração que opera por meio do fenômeno da recepção, da incorporação de soluções, da matriz aberta para produção de normas infraconstitucionais e ainda de elementos para reorientação da interpretação das existentes.

2. Patrimônio material da cultura como suposta síntese da memória identitária da nação

A política de proteção ao patrimônio cultural desenvolvida à luz do Decreto-Lei nº 25/37 tinha o nítido propósito de criação de símbolos para a formação identitária da nação e buscava no patrimônio material os elementos sensíveis para uma tal representação, de modo a abrigá-los sob o manto da intervenção estatal, instrumentalizada, então, pelo instituto do tombamento.

Por isso mesmo, os bens culturais, na lição de Rogério Proença Leite (2004, p. 51), eram "[...] em geral, selecionados para tombamento em função de sua capacidade de expressar – de forma modelar – a história oficial como suposta síntese da memória, tradição e identidade nacional".

Na primeira fase do instituto do tombamento, elegeram-se como critérios de seleção para fins de conformação do patrimônio-símbolo o caráter excepcional do bem e o seu enquadramento na tipologia urbana e arquitetônica do século XVIII, traduzida pelo barroco colonial e suas representações.

A propósito, Mariza Veloso Motta Santos (1992, p. 26) registra que "O barroco é emblemático, é percebido como a primeira manifestação cultural tipicamente brasileira, possuidor, portanto, da aura de origem da cultura brasileira".

Ao influxo dessa diretriz, Minas Gerais, com suas cidades coloniais, apresentava-se como o mais notável repositório dos elementos dessa identidade. Não por acaso, Ouro Preto, berço do barroco colonial, já em 1933, por força do Decreto nº 22/1928, fora reconhecida como patrimônio nacional, antes mesmo de uma legislação que pudesse embasar a sua proteção. Na mesma linha, o conjunto arquitetônico de Serro recebera, pioneiramente no Brasil, o tombamento, nos termos do Decreto-Lei nº 25/37, pelo então SPHAN, em 1938. No Estado, outros tombamentos se fizeram, segundo critérios semelhantes.

Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela excludência das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial e hegemônica, e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura. Tal falseamento é denunciado por Carlos Alberto Cerqueira Lemos: "[...] as coisas antigas hoje tombadas são aquelas que sobraram, na maioria das ocasiões, à nossa revelia; aquelas provenientes, principalmente, dos acervos da classe dominante ou da Igreja. Quase nada do povo". (MORI et al., 2006, p. 17).

O padrão estatal de cultura era, em última análise, uma sustentação de um *novo* ser brasileiro. Nessa vertente, consoante lembra Rogério Proença Leite (2004), as políticas de patrimônio têm uma pretensão também ontológica para a vida social, quando selecionam e destacam certos bens culturais que seriam representativos de uma tradição nacional capaz de manter os vínculos comunitários da vida em sociedade.

Por isso mesmo, como se tinha uma política que – na lógica da representação do poder político, religioso e militar, num *checks and balances* entre potestades espiritual e temporal – enfatizava os monumentos, os critérios estilísticos, a restauração de cunho fachadista e a visão reducionista do patrimônio expressa na emblemática relação preservação-pedra e cal, a "pretensão ontológica" alimentada por aquelas políticas em relação à cidadania era a verdadeira apologia de sua submissão ao poder. Este quase que sacralizado nas suas representações, já que, em essência, os indivíduos se deviam curvar ao engenho, sobretudo do Estado, e com ele conectar-se por meio da monumentalidade. A cultura hegemônica, com seus referentes monumentalizados, de fato, limitava a cidadania na sua interação com o Estado. A forte representação de poder inibia a autonomia individual e societal em face do poder institucional.

Fabíola Nogueira da Gama Cardoso (2007, p. 209) lembra: "Com base no conceito antropológico de cultura, uma maior variedade de épocas históricas e de grupos formadores de nacionalidade brasileira passaram a ser considerados na formação patrimonial, assim como as manifestações da cultura popular".

A década de 70 abriu, assim, novas perspectivas para reconformação do perfil da política patrimonial, em especial com a criação, em 1975, do Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), que "[...] foi fundamental para lançar uma nova visão sobre o patrimônio cultural como processo social", franqueando espaço para a discussão sobre patrimônio imaterial.[2]

3. O patrimônio cultural expandido na dimensão de processo social

O CNRC, na chamada "fase moderna" do Iphan, reunindo os esforços interdisciplinares de pesquisadores e tendo à frente Aluísio Magalhães, proporcionou, em curta experiência institucional, avanços na política de patrimônio, nela introduzindo ações voltadas para a proteção das práticas, dos saberes, dos modos e das artes de fazer populares, com o que se ampliou o próprio conceito de patrimônio cultural, para acolher conceitos de referência cultural e de bens de natureza imaterial.

Desenvolvia-se uma reflexão teórica e pragmática sobre o patrimônio cultural tomado como processo social, por isso mesmo vivo, dinâmico, em contraposição a sua visão como representação simbólica estática. Propugnava-se pela participação da comunidade no desenvolvimento e na construção de suas referências. Tudo para evidenciar a correlação da legitimidade do patrimônio com os sujeitos sociais agentes das escolhas de "[...] aspectos culturais representativos da identidade e com a responsabilidade social e ética para com os grupos criadores e portadores de bens culturais patrimoniais", de que fala Tamaso (s/d).

As primeiras preocupações do CNRC concentraram-se no mapeamento daquelas práticas e dos saberes, e na renovação do discurso da política de proteção. Essa filosofia oxigenou o Iphan, especialmente a partir do momento em que Aluísio Magalhães assumiu a sua direção, em 1979, que coincide com o da incorporação desse Centro pelo Instituto. As primeiras experiências patrocinadas pelo Iphan no tocante ao patrimônio imaterial da cultura foram os inventários de referências culturais na cidade de Goiás (GO) e em Porto Seguro (BA). Registra-se, em linha similar, uma importante iniciativa de articulação das políticas de cultura e educação, representada pelo esforço que se deu na década de 80 com o projeto "Interação", do Pró-Memória.

Embora se tenham verificado certo arejamento da política de preservação do ponto de vista conceitual, esforços de gestão, como os de Aluísio Magalhães, e relativa descentralização, o patrimônio cultural continuou referenciado pelo poder público, seja na vertente da cultura de massa, que bem serve aos propósitos do Estado, seja por razões institucionais ou de ordem diversa, de modo que a tendência estatizante verificou-se no Brasil até 1988, quando o constituinte rompeu com o monopólio do Estado no tocante à política de proteção à cultura. A Constituição, coerente com a concepção de patrimônio cultural como processo social, e refletindo influência da Constituição Portuguesa, enfatiza a importância dos referentes imateriais, numa

[2] Ver Leite (2004, p. 56).

concepção plural da própria sociedade, consagrando o patrimônio cultural imaterial como dimensão dos bens ambientais e importante substrato da identidade e da história de um povo.[3]

A propósito, há de se ressaltar que a inclusão explícita dos bens imateriais no universo do patrimônio cultural preservável vem como resposta do constituinte ao aniquilamento das culturas regionais pelos processos massivos. Esse reconhecimento da importância dos referentes imateriais e da dimensão processual da cultura e das tradições, aliado à distribuição do encargo de proteção da cultura entre o poder público e a sociedade como tarefa coletiva e compartilhada, já é, por si, fator de politização da própria identidade, à luz de uma concepção plural da sociedade, que se revela na discursividade democrática.[4]

O art. 216 é pródigo na definição de diretrizes e instrumentos dessa proteção ampliada no âmbito de uma esfera pública também distendida e, desse modo, consoante afirma Aguinaga,

> [...] supera a concepção do 'valor excepcional', título que anteriormente deveria acompanhar os bens culturais, e que por vezes desconhecia as obras e produtos frutos das manifestações populares, o que representa um grande passo no sentido de reconhecer que a diversidade cultural é inerente ao povo brasileiro, e que toda essa heterogeneidade constitui, essencialmente, a base onde se produz e se reproduz o patrimônio cultural. (AGUINAGA, 2010).

4. Bens culturais imateriais e instrumentos de proteção

"A nação existe metaforicamente por meio de seu patrimônio e, uma vez que esse patrimônio é concebido como uma espécie de ponte entre passado, presente e futuro, a nação mesma pode ser objetificada como essa ponte." (GONÇALVES, 1996, p. 134).

Nas últimas duas décadas, a Unesco tem difundido nos governos, nas organizações não governamentais e nas comunidades a importância do reconhecimento e da proteção do patrimônio intangível da cultura.

Essa trajetória é marcada por iniciativas que vêm repercutindo na postura e nas estratégias dos povos na relação com os bens imateriais da cultura.

Nesse sentido, destaca-se a recomendação sobre salvaguarda da cultura tradicional e popular de 1989, que fornece subsídios para a caracterização dos elementos que a compõem, sua preservação e garantia de continuidade.

---

[3] Ver Pires (1994, p. 278).

[4] Ver Pires (1994, p. 278).

Em igual vertente, o prêmio internacional Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Cultural e Intangível da Humanidade, que distingue espaços e expressões de excepcional importância e a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, de 2003, que, voltada para consolidar a relação dos povos com as mais variadas expressões intangíveis de sua cultura, alicerça uma política internacional mais ampla, já em estágio de precisão de conceitos, aprimoramento de estratégias e instrumentos.

A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 2003, refere-se a patrimônio cultural imaterial como o conjunto de práticas, representações, expressões, técnicas e conhecimentos que, juntamente com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados, são legitimados pelas comunidades, grupos ou indivíduos, como elementos de identidade e parte integrante de seu patrimônio cultural.[5]

Os elementos conceituais explicitados na Convenção estão enfatizados por Aguinaga na exposição acerca desse núcleo semântico:

> O patrimônio cultural imaterial diz respeito àquela porção intangível da produção cultural dos povos, encontradas nas tradições, nos saberes, no folclore, nas línguas, nas festas, e em outras tantas manifestações que são transmitidas de uma geração a outra, o que, segundo os mesmos ensinamentos, traduz-se por uma série de manifestações, notadamente de natureza fluida e imaterial, que congrega variadas formas de saber, fazer, criar, juntamente com o produto material de suas expressões, bem como do patrimônio tangível que lhe dá sustentação. (AGUINAGA, 2010).

A noção, à sua vez, pode ser acolhida em compatibilidade com o conceito jurídico de bem em ampla acepção, apresentado por René Ariel Dotti, a partir de suplementos de Ihering:

> Na formulação clássica, bem é 'tudo aquilo que nos pode servir', ou, em outros termos, 'bem é qualquer coisa apta a satisfazer uma necessidade humana'. Pode consistir num objeto do mundo exterior (coisa) ou numa qualidade do sujeito (integridade física). E também poderá conter uma natureza incorpórea, daí por que se falar em bens ideais ao lado dos bens materiais. (ARIEL, 1984, p. 56).

A Constituição da República prevê, em caráter não exaustivo, instrumentos de proteção do patrimônio como um todo e dos bens imateriais em especial, entre os quais as técnicas de inventário e registro (CF/88, art. 216, § 1º), que se revelam adequados à identificação, ao resgate, à produção de conhecimento acerca das manifestações culturais diversas, por parte de órgãos públicos competentes,

[5] Ver Aguinaga (2010).

de forma compartilhada com a sociedade, com vistas a subsidiar sua proteção e continuidade.

O inventário envolve técnica que permite a catalogação e caracterização de bens com o objetivo de subsidiar política de tutela, notadamente na forma de registro, instituto aplicável aos bens do patrimônio imaterial.

O instituto do registro, previsto na Constituição da República (art. 216, § 1º), destina-se à promoção e à proteção do patrimônio cultural no seu plano intangível. Aqui reside a distinção fundamental da espécie em relação ao tombamento, instrumento tradicional de caráter interventivo de grande expressão na história de salvamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro. Enquanto este tem incidência sobre bens materiais, móveis e imóveis, o registro é alternativa para proteção de bens imateriais (a referência à materialidade faz-se a título de apropriação da base de evocação da dimensão intangível que se pretende protegida) e se faz mediante identificação da manifestação cultural cujas características essenciais se vinculem a uma tradição e se mantenham ao longo do tempo; reconhecimento de sua relevância como referência de identidade de um povo; por fim, registro oficial do bem, na perspectiva de apoio à continuidade de suas características essenciais, historicamente construídas, e de sua valorização como referência identitária.

O instituto, em âmbito federal, é disciplinado pelo Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que institui o registro dos bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. A concepção do instituto e a metodologia para a sua aplicação constam no manual de procedimento INRC do Departamento de Identificação e Documentação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), de 2000, recentemente incorporadas pela Resolução nº 1, de 3 de agosto de 2006, do mesmo instituto.

A Resolução enfatiza a importância do registro na construção da sociedade plural, seja por fomentar a continuidade das manifestações, seja pela abertura a novas e mais amplas possibilidades de reconhecimento da contribuição dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira.

De seu texto, colhe-se o seguinte conceito de aplicação ao instituto do registro: bens culturais de natureza imaterial:

> [...] são criações culturais de caráter dinâmico e processual, fundadas na tradição e manifestadas por indivíduos ou grupos de indivíduos como expressão de sua identidade cultural e social; [tradição] são práticas produtivas, rituais e simbólicas que são constantemente reiteradas, transformadas e atualizadas, mantendo, para o grupo, um vínculo do presente com o seu passado.[6]

[6] Consideranda da Resolução nº 1/ 2001 do Iphan.

O mesmo documento normativo cuida de modo especial da processualidade do instituto, determinando os requisitos a serem observados na instauração e instrução do processo administrativo de registro, bem assim cria a Câmara do Patrimônio Imaterial no âmbito do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

O instituto do registro é de aplicação recente no Brasil, embora a preocupação com a temática remonte aos tempos de origem do próprio Iphan e haja antecedentes de inventário de referências culturais em fases diferentes da política patrimonial. Acrescente-se que, em 1995, a experiência-piloto do Inventário de Referências Culturais na cidade de Serro representou oportunidade de atualização da prática institucional, na perspectiva da apreensão de sentidos atribuídos pelos moradores ao seu patrimônio. Trabalhava-se, para além da materialidade, já com a dimensão imaterial da cultura.

Embora se tenha um instituto em construção, as práticas registrárias e as metodologias adotadas vêm-se consolidando, podendo-se afirmar como princípios de aplicação do instrumento a discursividade, a legitimação e a prevalência da dimensão documental, em suas variadas acepções, tanto no resgate da expressão cultural a ser protegida como na produção de conhecimento sobre o tema para a continuidade da tradição. São assim imprescindíveis os estudos históricos e etnográficos e a apreensão dos discursos e dos pontos de vista dos múltiplos atores envolvidos, com o objetivo de fortalecer os laços comunitários a partir das referências protegidas.

Em Minas Gerais, o Decreto nº 42.505, de 16 de abril de 2002, acolhendo as linhas básicas do decreto federal e as recomendações da Unesco e inspirado na metodologia do Iphan, institui formas de registro de bens culturais imateriais ou intangíveis do Estado.[7]

5. Procedimento de registro de bens do patrimônio imaterial

A Resolução nº 1/2006 do Iphan, tendo como base o Decreto nº 3.351/2000, estabelece ritualística completa do registro, a qual pode ser sintetizada em fases distintas: a propositiva, a de exame de admissibilidade, a de instrução-inventário, a decisória e a integrativa de eficácia.

A fase propositiva inicia-se com o requerimento dirigido ao Presidente do Iphan, diretamente ou por intermédio de suas unidades, para instauração do processo de registro. Anote-se, no tocante a essa fase, a flexibilização que o artigo 2º do Decreto

[7] Em 2002, o então secretário de Estado de Cultura de Minas Gerais, Ângelo Oswaldo Araújo dos Santos, propôs ao Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (Iepha) o reconhecimento do valor cultural da técnica queijeira no plano estadual, com base no Decreto nº 42.505/2002. O processo de registro tramitou na instituição e foi concluído em breve tempo. O queijo do Serro, em agosto de 2002, teve seu registro aprovado pelo Conselho Curador do Iepha/MG, por 8 dos 12 votos, e foi pioneiramente registrado como bem cultural de natureza imaterial ou intangível de Minas Gerais, inscrito no livro de Registro dos Saberes.

nº 3.551/2000 comunica à iniciativa para propositura da medida protetiva. A previsão de ampla iniciativa guarda coerência com o paradigma democrático, com a nova concepção de cultura, o que pode garantir, desde o início do processo administrativo, a legitimidade quanto às escolhas dos referentes culturais e quanto à configuração do patrimônio cultural imaterial. Na mesma linha, o art. 2º, inciso IV, da Resolução prevê que a proposta pode ser formalizada pelo Iphan, por sociedades ou associações civis, pelo ministro de Estado da Cultura, por instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, por Secretarias de Estados, de Municípios e do Distrito Federal.

A proposta deve atender às exigências descritas no art. 4º daquela resolução.[8]

Na hipótese de insuficiência ou inadequação da documentação ou das informações, deve-se promover diligência para a complementação, no prazo de trinta dias, prorrogável, sem o que se fará o arquivamento do pedido.

No exame de admissibilidade (art. 6º da Resolução nº 1/2001), o processo é submetido à avaliação técnica preliminar do IPHAN, que indica a instituição externa ou a unidade do próprio instituto que deva instruí-lo. Esse é um ponto que deve ser objeto de extremo cuidado, uma vez que envolve aspectos éticos relevantes, especialmente no tocante à escolha, à motivação processual da indicação e à observância dos princípios da administração pública.

Ainda nessa fase, tem-se o julgamento, a cargo da Câmara, da pertinência do pedido e da adequação da indicação. A decisão é comunicada ao Iphan, para, no caso de pertinência, informar e notificar o proponente para que proceda à instrução; ou, no caso de impertinência, para outras providências cabíveis.

A fase de instrução técnica (art. 7º da Resolução nº 1/2001), ou de inventário[9], é

---

[8] Art. 4º O requerimento será apresentado em documento original, datado e assinado, acompanhado das seguintes informações e documentos:
I. identificação do proponente (nome, endereço, telefone, e-mail etc.);
II. justificativa do pedido;
III. denominação e descrição sumária do bem proposto para Registro, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorre ou se situa, do período e da forma em que ocorre;
IV. informações históricas básicas sobre o bem;
V.documentação mínima disponível, adequada à natureza do bem, tais como fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filmes;
VI.referências documentais e bibliográficas disponíveis;
VII. declaração formal de representante da comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse e anuência com a instauração do processo de Registro.

[9] O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, criado pelo Decreto nº 3.551/2000, já realizou os seguintes Inventários: 1. INRC do Círio de Nossa Sra. de Nazaré - Belém/PA; 2. INRC do Ofício das Baianas de Acarajé - Salvador/BA; (Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular - CNFCP); 3. INRC da Viola de Cocho - MS/MT; 4. INRC do Jongo - RJ/SP (CNFCP); 5. INRC da Cerâmica Candeal/MG (CNFCP); 6. INRC Bumba-Meu-Boi/MA (CNFCP); 7. INRC do Museu Aberto do Descobrimento/BA. Entre os inventários que se encontram em curso, alguns se referem à cultura mineira: INRC da Viola Caipira do Alto e Médio São Francisco/MG; INRC dos Queijos Artesanais/MG, e INRC do Toque dos Sinos/MG.

destinada à documentação, à produção e à sistematização de conhecimentos sobre o bem, e é a mais rica e demorada. Corre sob responsabilidade do Departamento do Patrimônio Imaterial (DPI), podendo ser delegada ao proponente ou a instituição ou instituições públicas ou privadas, que atuarão sob supervisão do instituto.

O art. 9º da Resolução nº 1/2001 prevê, além de documentação, a produção e a sistematização de conhecimento sobre o bem cultural, abrangendo aspectos diversos.

Essa é, portanto, uma fase propícia ao denso diálogo sobre um dado bem da cultura e sobre o fenômeno que o envolve. Não se há de olvidar, no entanto, que, no campo de um mesmo objeto de estudo e pesquisa, haverá sempre pontos insondáveis, os quais Tamaso (s/d), a propósito do discurso museológico, chama de "silêncios" e que podem ter aplicação aos inventários e registros: "Alguns desses silêncios ainda poderão ser desvelados por meio das memórias dissidentes e subterrâneas que sobrevivem, a despeito do discurso oficial das políticas e práticas patrimoniais locais".

Já na fase decisória, o processo, instruído, será levado pelo presidente do Iphan ao Conselho Consultivo, no qual será relatado pelo conselheiro para tanto designado, discutido em audiência pública, se for o caso, e submetido à decisão do órgão.

A fase integrativa de eficácia envolve a inscrição do bem no livro de registro correspondente, a emissão de certidão do registro, a titulação do bem e a publicação da decisão na imprensa oficial.

Os bens são registrados de acordo com a categoria em que se enquadram, em livros próprios, assim classificados pelo Decreto nº 3.551/2000, art. 1º, § 1º: Livro de Registro dos Saberes, para os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; Livro de Registro de Celebrações, para os rituais e festas que marcam vivência coletiva, religiosidade, entretenimento e outras práticas da vida social; Livro de Registros das Formas de Expressão, para as manifestações artísticas em geral; e Livro de Registro dos Lugares, para mercados, feiras, santuários, praças onde são concentradas ou reproduzidas práticas culturais coletivas.[10]

[10] Atualmente, no Iphan, encontram-se registrados como Patrimônio Imaterial os seguintes bens: 1 – Ofício das Paneleiras de Goiabeiras (ES); 2 – Kusiwa – Linguagem e Arte Gráfica Wajãpi (AM); 3 – Círio de Nossa Senhora de Nazaré (PA); 4 – Samba de Roda do Recôncavo Baiano (BA); 5 – Modo de Fazer Viola-de-Cocho (Região Centro-Oeste); 6 – Ofício das Baianas de Acarajé (BA); 7 – Jongo no Sudeste (Região Sudeste); 8 – Cachoeira de Iauaretê – Lugar sagrado dos povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri (AM); 9 – Feira de Caruaru (PE); 10 – Frevo (PE); 11 – Tambor de Crioula do Maranhão (MA); 12 – Samba do Rio de Janeiro (RJ). Outros processos para registro encontram-se em tramitação no Iphan, entre os quais podem ser realçados o de Linguagem dos Sinos nas Cidades Históricas Mineiras São João del Rei, Mariana, Ouro Preto, Catas Altas, Serro, Sabará, Congonhas e Diamantina e, ainda, o do processo artesanal do Queijo Minas, a partir da proposta de registro do processo artesanal de produção do queijo do Serro, instaurado com a abertura do dossiê de estudos R 06/01.

A propósito dos lugares e das paisagens culturais, não há consenso em relação aos mecanismos de reconhecimento e gestão como integrantes do patrimônio.

Rafael Winter Ribeiro (2007, p. 9), por exemplo, discorrendo sobre paisagem cultural, questiona tanto a aplicabilidade do tombamento quanto a do registro do patrimônio imaterial às paisagens. Embora o tema de proteção à aludida categoria não seja novo, só mais recentemente vem ganhando importância, notadamente "[...] como a base material para a produção de diferentes simbologias, locais de interação entre a materialidade e as representações simbólicas".

Prevê-se, no decreto mencionado, uma reavaliação periódica da situação do bem registrado, para fins de revalidação, o que ocorrerá, no máximo, a cada dez anos; a regra é reprisada no art. 18 da Resolução nº 1, de 3 de agosto de 2006. Observa-se, portanto, que o registro, diferentemente do tombamento, não tem caráter de proteção definitiva. Sua permanência é processual e deve ser validada periodicamente. A ruptura com a tradição que constitui objeto de registro justifica a perda da titulação, com a conseqüente manutenção do processo apenas como referência histórica. A norma é advertência permanente para que a comunidade, os órgãos e as entidades de preservação em todos os níveis, os agentes de cultura e os cidadãos concebam o bem protegido em sua dinâmica, contribuindo para sua defesa e valorização como integrante do patrimônio cultural.

6. Patrimônio cultural e demandas globais de consumo

O tópico trata de uma das questões cruciais no âmbito das políticas de patrimonialização, que alimenta o debate sobre consumo cultural sob inspiração da "racionalidade mercadológica" ou em reação a ela. O tema é objeto de tese de Rogério Proença Leite (2004), que, analisando os processos de *transformações do patrimônio cultural em mercadoria*, no âmbito de políticas de *gentrification*, discute o *enobrecimento dos espaços*, a sua *retradicionalização*; a *fetichização da cultura*, entre outras questões pertinentes.

As demandas de consumo cultural estão mais diretamente associadas à relação entre patrimônio e economia, entre cultura e turismo, sinalizada desde o Encontro de Quito, em 1967, pela ênfase dada à potencialidade econômica dos monumentos.

Na interface com o patrimônio imaterial da cultura, que pode qualificar os bens tangíveis, a *gentrification* pode alimentar um processo, às vezes perverso, de reelaboração das tradições locais para dialogarem com as pressões do consumo cultural.[11] É dizer: nesse quadro, a cidade se obriga a atualizar ou se adequar para ser e ter produtos na vitrine dos negócios, incluídas as representações de seu patrimônio imaterial.

[11] Ver Leite (2004, p. 65).

Essa pressão da racionalidade mercadológica, que impõe a potencialização econômica dos bens culturais, traz como conseqüência a sua precarização, quando não, grave elitização. Essa elitização ocorre pelas diversas formas de interditos proibitórios e pela desconsideração dos usuários residentes na área de intervenção ou de sua condição de co-autores de sua cultura, estimulando a segregação não apenas espacial mas também social. O quadro envolve a apropriação privada dos bônus da preservação e da cultura como um todo, pela exploração egoística de serviços e produtos, com a transformação da tradição, dos saberes e fazeres, das manifestações folclóricas em espetáculo, tudo para alimentar a agenda das arenas do mercado, que segue alheio à essência dos espaços.

A privatização do público só pode ser revertida pela atitude cotidiana dos cidadãos na busca de seus lugares e de suas tradições, pelas interações sociais espontâneas travadas nesses espaços. Fugindo à lógica de meras concessões, tais interações são capazes de recriação e resignificação da materialidade e das simbologias.

A cidade *apessoada* é espaço que falseia qualquer relação de criação e sociabilidade e, portanto, de identidade, a não ser a de verdadeiramente excluído, razão pela qual a presença que aí se tenha é, quase sempre, transgressora.

7. Desafios da proteção

1 – Resgatada, em linhas gerais, a evolução da política patrimonial no Brasil, vê-se a importância do instituto do tombamento na construção do chamado Estado-Nação e os efeitos práticos de sua aplicação, o verdadeiro salvamento dos bens que hoje compõem o patrimônio cultural material, ainda que este se revele elitista e hegemônico.

Por tudo isso, o tombamento, certamente, continuará como importante instrumento da política patrimonial. O desafio que se apresenta é o de renovação do instituto, sobretudo como processo de seleção dos referentes identitários, e o de sua conjugação com os mecanismos de proteção de bens imateriais e, no plano da política urbana, com outros de caráter urbanístico disciplinados no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Inventários, registros e outros mecanismos disponíveis devem ter seu uso fomentado, ao lado das formas convencionais de proteção voltadas para o patrimônio material, de modo a permitir a consolidação das diferentes formas de lembrança, a reconstituição da diversidade cultural a partir do cotidiano de suas expressões, o arranjo multirreferenciado de identidade, como contraponto às tendências de homogeneização no setor.

2 – Outro desafio é o de se proceder à ressemantização do conceito de função social no âmbito da política de preservação, em dimensão teórica e pragmática mais ampliada.

O princípio da função social da propriedade, de há muito, é tomado como núcleo de fundamental importância na política de preservação e, nesse campo, teve sua primeira materialização em dispositivos da Constituição de 1934, para proteção do patrimônio histórico, artístico e paisagístico nacional.

A política patrimonial, instrumentalizada, posteriormente, por meio do tombamento, encontrava em teses da função social da propriedade o suporte para a intervenção estatal de salvamento e preservação dos bens.

A ênfase na função social, contudo, dava-se em relação à propriedade, em uma visão estrita que levava em conta o ônus do bem como suporte físico dos valores simbólicos do patrimônio.

Contemporaneamente, há de se avançar na dimensão social do patrimônio cultural, para além dos vínculos proprietários e dominiais; há de se discutir a função social da formação do próprio patrimônio, na perspectiva plural e democrática; há de se enfatizar os usos inclusivos dos bens do patrimônio; há de se considerar a função social do patrimônio na relação de sustentabilidade dos bens; há de se tratar a preservação do patrimônio como atribuição compreendida na lata função social da cidade e, ainda, ter em vista a função social da ambiência, idéia que, por si, marca a renovação da relação público-privado.

Daí por que se apresenta como desafio a própria reconceitualização da função social no âmbito da política de patrimonialização.

3 – No mesmo patamar de importância, apresenta-se o desafio da participação da sociedade na política patrimonial. Quer no plano material, quer no imaterial, vislumbra-se a indissociabilidade entre participação social e defesa do patrimônio cultural. Nessa vertente, o arranjo da política pública correspondente deve enfatizar a participação dos cidadãos e da sociedade civil, para construir uma lógica de responsabilidade compartilhada, fomentar a politização da cultura, estimulando a autonomia e o processo emancipatório da sociedade pela vertente da valorização crítica da cultura, do sentimento de pertencimento a um lugar, a uma história.

Por isso, há de se pôr atenção também no risco de a patrimonialização levar ao divórcio entre o patrimônio e a própria sociedade, sua formadora e titular, preocupação presente na reflexão de Tamaso (s/d), que propõe "[...] dialogar com alguns teóricos do patrimônio sobre o fenômeno de patrimonializar bens culturais e 'arquivar' culturas literal e metaforicamente".

De fato, é necessário ampliar o suporte do processo social de construção de um patrimônio cultural. A participação e a potencialização dos instrumentos de mudança de concepção da memória poderão convertê-la de fruto de engenho ideológico artificial em categoria emergente da sociedade e, assim, garantir que o processo de patrimonialização seja uma via para alcançar a cidadania. Isso está relacionado com a questão crucial formulada por Tamaso (s/d), a "[...] da representatividade e

de agencialidade dos criadores e portadores dos bens culturais: como (e quem vai) garantir que os próprios criadores e agentes locais do bem cultural serão também 'agentes' no processo de seleção de políticas e regulamentação de seus direitos?"

4 – Diante do quadro de escassez de recursos públicos alocados à política de preservação, uma tensão que deve ser enfrentada é a que se estabelece entre preservação e sustentabilidade.

Não se pode, a propósito de autofinanciamento do patrimônio, vulnerá-lo como expressão de cultura. Nesse sentido, faz-se necessário adotar, para os bens, usos que, ao mesmo tempo, recuperem os significados a eles atribuídos pela sociedade, que possam assegurar a sustentabilidade, sobretudo sob a perspectiva da comunidade envolvida.

Nesse sentido, importa discutir o perfil de financiamento da política pública, o que requer avaliação crítica da legislação de incentivos e análise de alternativas alocativas no âmbito da responsabilidade do Estado, seja para garantia de preservação de bens ditos não sustentáveis, seja para democratização do acesso à cultura.

Na mesma vertente, admitindo-se a participação privada no financiamento da preservação, enfatiza-se a necessidade de repolitizar a questão da recuperação de áreas degradadas, de conjuntos arquitetônicos, bem como de resgatar tradições e saberes, para tematizar a matéria na pauta das relações de público e privado. É evidente a potencialidade econômica de grande parcela dos bens da cultura, e não é sensata a idéia de sacralizá-los a todos, mas eles não podem ser simplificados na expressão mercadoria, sujeitando-se a operações mercantis de especuladores que privatizam o público na forma de mais-valia.

Nessa linha, a participação equilibrada do Estado, da sociedade civil e do mercado nas políticas de preservação, na sua lógica conceptual e prática, é fundamental. Além disso, tal presença não apenas na linha pragmática mas também reflexiva deve ocorrer em todo o ciclo, desde o planejamento, passando pela execução, até o controle e sua realimentação.

5 – Por fim, apresenta-se o desafio do controle da proteção ao patrimônio cultural, na perspectiva dos interesses difusos de memória, de fruição coletiva e da própria integridade ou permanência de seus referentes, materiais e intangíveis, o que deve envolver a dimensão jurisdicional, a política e a social. No campo jurisdicional, a ação civil pública continua como a via mais vocacionada para o mister do controle, tendo em vista ser ela voltada, de modo específico, para tutelar o patrimônio cultural constituído de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e, em caráter genérico, para a proteção de outros interesses difusos ou coletivos, o que permite associá-la à proteção do patrimônio cultural em sua lata abrangência de bens materiais e imateriais, perpassando a própria política pública patrimonial (art. 129, III, da CR e art. 1 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

8. Referências bibliográficas

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. *A proteção do Patrimônio Cultural Imaterial e os conhecimentos tradicionais*. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_karyn_s_aguinaga.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010.

ARIEL, Dotti René. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1984.

BRASIL. Ministério da Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. *Cartas patrimoniais*. Brasília: Minc – IPHAN, 1995.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. *Anais do II Encontro de Governadores*. Rio de Janeiro: Departamento de Assuntos Culturais – MEC, 1973.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*: uma trajetória. Brasília: SPHAN, Pró-Memória, 1980.

CARDOSO, Fabíola Nogueira da Gama. Diversidade cultural e identidade nacional: aspectos da política federal de registro de bens culturais de natureza imaterial. In: *Patrimônio*: Práticas e Reflexões. 1. ed. Rio de Janeiro: Iphan/Copedoc, 2007. (edições do Programa de Especialização em Patrimônio).

CASTRIOTA, Leonardo Barci (Org). *Urbanização brasileira:* redescobertas. Belo Horizonte: C/Arte, 2003.

GONÇALVES, José. *A retórica da perda*: os discursos do patrimônio cultural no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, IPHAN, 1996.

IPHAN – *Patrimônio*: Atualizando o Debate. Organização: Victor Hugo Mori, Marise Campos de Souza, Rossano Lopes Bastos e Haroldo Gallo. São Paulo: 9ª SR/IPHAN, 2006a.

IPHAN – *Coletânea de Leis sobre preservação do Patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006b.

LEITE, Rogério Proença. *Contra-usos da cidade*. Lugares e espaços públicos na experiência urbana contemporânea. Campinas: Editora da UNICAMP, 2004.

MORI, Victor Hugo; SOUZA, Marise Campos de; BASTOS, Rossano Lopes; GALLO, Haroldo (Org.). *IPHAN* – Patrimônio: Atualizando o Debate. 9. ed. São Paulo: SR/IPHAN, 2006.

PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Legislação brasileira de proteção aos bens culturais. Ministério da Educação e Cultura, SPHAN, 1967.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*: o tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REVISTA C.J. ARQUITETURA (17): 128, 1977.

RIBEIRO, Rafael Winter. Pesquisa e Documentação do IPHAN. *Paisagem cultural e patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN/COPEDOC, 2007.

SANTOS, Mariza Veloso Motta. *O tecido do tempo*: a idéia de patrimônio cultural no Brasil, 1920-1970. Tese (Doutorado em antropologia). Universidade de Brasília, Brasília, 1992.

TAMASO, Izabela. *Apresentação Dossiê Patrimônio Cultural* – Inventário Nacional das Referências Culturais (INRC), Brasília, s/d, IPHAN.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: TENSÃO DIALÉTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: A perceptível expansão da jurisdição constitucional, com especial destaque para a aferição da compatibilidade, ou não, das opções legislativas com a Constituição, constantemente realimenta o debate em torno de sua falta de legitimidade democrática. Argumenta-se, ainda, com o possível surgimento do governo dos juízes, onde predomina o ativismo judicial e é relegado a plano secundário o próprio alicerce de sustentação da democracia representativa. O objeto do presente estudo é justamente a análise de algumas das múltiplas construções teóricas que normalmente tangenciam essa temática.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; governo dos juízes; jurisdição constitucional; legitimidade democrática.

ABSTRACT: The perceptible expansion of the constitutional jurisdiction, with a special emphasis on whether there is compatibility of the legislative options regarding the Brazilian Constitution, constantly arouses the debate about its absence of democratic legitimacy. One also discusses the possible appearance of the judges government, where the judicial activism prevails and the sustentation basis of the representative democracy is forgotten in a secondary plan. The aim of this study is precisely the analysis of some of the multiple theoretical constructions normally connected to this subject.

KEY WORDS: judicial activism; judges government; constitutional jurisdiction; democratic legitimacy.

SUMÁRIO: 1. O governo dos juízes? 2. A expansão da jurisdição constitucional. 3. A judicialização da política e a politização do Judiciário. 4. Balizamentos na atuação do Tribunal Constitucional. 5. A legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional: uma breve referência. 6. Vetores de contenção ao ativismo judicial. Epílogo.

1. O governo dos juízes?

O relevante papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais no delineamento da norma de conduta, reflexo inevitável de uma metódica concretizadora que vê na realidade um elemento indissociável do conteúdo da norma, ao que se soma o controle de constitucionalidade das leis, que permite que sejam cotejadas e quiçá invalidadas quando dissonantes da Constituição, mantém a atualidade do *formidável problema* a que se referiu Cappelletti:[1] é possível, num regime democrático, que indivíduos (os juízes) ou grupos (os corpos judiciários), relativamente isentos de responsabilidade e que não sejam escolhidos pelo povo, possam impor sua própria hierarquia de valores e suas *predileções pessoais*[2] ao interpretar as disposições constitucionais, cuja vagueza semântica não precisa ser lembrada?

Esse problema, à evidência, admite uma multiplicidade de respostas, cuja direção e intensidade variarão conforme o evolver das instituições estatais e os valores sociopolíticos sedimentados em dado Estado.

A expressão *governo dos juízes*, em sua gênese, refletia uma crítica direcionada à freqüente intervenção da Suprema Corte norte-americana nas opções políticas do Executivo e do Legislativo, que eram confrontadas com a Constituição e, não raras vezes, invalidadas por essa Corte.

As críticas assumiram grande intensidade por ocasião do *New Deal*, conjunto de medidas que buscava combater os efeitos deletérios da depressão de 1929, tendo a Suprema Corte invalidado inúmeros atos que compunham a política econômica do Presidente Roosevelt. O embate assumiu proporções institucionais, sendo largamente difundida a proposta de que o número de juízes deveria ser alterado, inclusive por lei ordinária, o que poderia conduzir a uma composição simpática às propostas do Executivo. Em seqüência, o Tribunal recuou e passou a adotar uma postura de autocontenção (*self restraint*), sendo a crise superada.[3]

A expressão *governo dos juízes* bem refletia o sentimento de inúmeros autores e atores políticos norte-americanos quanto à freqüência e à intensidade das matérias alcançadas e regidas pela jurisprudência da Suprema Corte. Para alguns, o autor da expressão foi o francês E. Lambert (1921).[4] Ocorre que, consoante o próprio Lambert, a expressão fora cunhada uma década antes por L. B. Bondin, sendo o título de um marcante estudo publicado na *Political Science Quaterly* (n. 26, p.

---

[1] Cappelletti (1990, p. 215-216).

[2] Em *Eisenstadt vs. Baird* (405 *U.S.* 438, 1972), o Supremo Tribunal norte-americano, por violação à *equal protection clause*, reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Estado de Massachusetts que impunha tratamento desigual a pessoas casadas e solteiras em situação similar, tendo o *Justice* Burger realçado, em sua opinião dissidente, que o Tribunal *invadia seriamente* as prerrogativas constitucionais dos Estados ao substituir o juízo valorativo realizado pelos órgãos legislativos, o que lhe parecia ter ocorrido no caso.

[3] Cf. Irons (1999, p. 294-306).

[4] Cf. Cappelletti (1990, p. 263).

238-270), no auge da campanha de protesto realizada pelo Presidente Roosevelt.[5] Segundo Lambert, os fundamentos dessa teoria decorriam da associação cada vez mais estreita dos tribunais à elaboração legislativa,[6] crítica que já enunciava uma concepção demasiado ampla da esfera política interdita à ingerência do Judiciário. A visão clássica de Montesquieu, que norteara os trabalhos da Convenção de Filadélfia, teria sido profundamente alterada,[7] sendo a supremacia política do Judiciário conquistada às expensas do Legislativo, importando numa invasão dos domínios do *statute law*, iniciativa que poderia ser associada à sistemática prevalecente no sistema de *common law*, também herdado pelos norte-americanos.[8] Com isso, o *statute law* passou a ter o significado declarado pelos juízes, nada podendo ser feito pelo legislador para contorná-lo: "[...] *é a situação humilhante da lei americana*".[9] Como influência exógena (fora do sistema), Lambert apontava a educação legal, toda estruturada com base no "*método do caso*", o que conferia um especial relevo às decisões dos tribunais; como influência endógena, apontava a relevância assumida pelo art. 1º, Seção 10, § 1º, da Constituição de 1787, que vedava aos Estados a edição de leis que prejudicassem as obrigações assumidas nos contratos e, acima de tudo, o papel assumido pelas dez Emendas que integravam o *Bill of Rights*.[10] Nesse particular, a *interpretação fundante* dispensada à *due process clause*, em sua conhecida vertente substantiva, passou a permitir o julgamento da racionalidade e da oportunidade das leis,[11] terminando por agigantar a intromissão dos tribunais na seara do Legislativo, merecendo especial menção a postura refratária à legislação social[12] e a invalidação das leis contra os *trusts*.[13] Os constantes conflitos com o Legislativo diminuíram a popularidade do Judiciário, levando à discussão de propostas sobre a possível deposição dos juízes pelo sufrágio universal (*recall*), o que chegou a ser implementado nas Constituições do Oregon (1908) e de alguns outros Estados, deflagrando uma grande agitação na sociedade norte-americana.[14] Ainda merece menção o apelo público contra as decisões judiciais promovido pelo Presidente Roosevelt, em 1911, que sugeria que fossem elas submetidas a um *recall*.[15] Estabelecendo um paralelo com o Direito francês, Lambert voltou a realçar a sua aderência a um positivismo clássico que mantinha totalmente apartados os momentos de criação e de aplicação da norma, o que pode ser facilmente constatado na sua afirmação de que a *construção americana* se distinguia da *interpretação francesa*.[16]

---

[5] Lambert (1921, p. 8).

[6] Lambert (1921, p. 8).

[7] Lambert (1921, p. 14).

[8] Lambert (1921, p. 16).

[9] Lambert (1921, p. 23).

[10] Lambert (1921, p. 38).

[11] Lambert (1921, p. 51-59).

[12] Lambert (1921, p. 67-91).

[13] Lambert (1921, p. 138-176).

[14] Lambert (1921, p. 94-95).

[15] Lambert (1921, p. 98).

[16] Lambert (1921, p. 130).

Apesar das críticas ao *governo dos juízes*, Prélot e Boulouis afirmam que o controle de constitucionalidade norte-americano e a formação do parlamento inglês foram, em termos de organização político-estatal, as contribuições mais importantes para a humanidade.[17]

A franca expansão da jurisdição constitucional e a crescente politização da Justiça exigem reflexões sobre a sua coexistência, no Estado de Direito, com as distintas estruturas estatais de poder. Afinal, existem balizamentos à atuação do Tribunal Constitucional? O embate com agentes políticos escolhidos pelo voto popular necessariamente redundará na conclusão de uma carência de legitimidade do Tribunal? A referida coexistência entre as estruturas de poder será facilitada com a instituição de mecanismos de contenção ao ativismo judicial? Conquanto seja evidente que tais questões apresentam densidade e importância que em muito superam os limites destas breves linhas, cremos que sua elaboração contribuirá, ao menos, para realimentar o debate de longa data travado pela doutrina.

2. A expansão da jurisdição constitucional

Num primeiro momento, seria possível afirmar que, em Estados de reduzida tradição democrática, nos quais ainda não está sedimentada a ideologia participativa, os tribunais assumiriam uma singular importância na preservação do equilíbrio institucional e na manutenção da atuação estatal em moldes compatíveis com as opções políticas fundamentais traçadas na Constituição. Esse raciocínio, embora correto *in abstracto*, torna-se de difícil aceitação quando transposto para o plano concreto, máxime quando tomamos o modelo norte-americano como paradigma: aqui, a intensa participação da Suprema Corte na vida institucional é contrastada com a existência de um sólido alicerce democrático, em que avultam a liberdade de expressão e uma intensa fiscalização popular. Em sentido diverso, sendo o francês o sistema utilizado como paradigma, o raciocínio já se mostrará correto, pois tal sistema, democrático na essência, é tradicionalmente refratário a uma expansão dos poderes dos órgãos jurisdicionais: somente admite o controle prévio de constitucionalidade, realizado pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão estranho à estrutura dos tribunais,[18] e ainda adota um sistema de jurisdição dúplice, afastando dos tribunais comuns a análise de questões de interesse da administração. Como se percebe, referido raciocínio, longe de assumir os contornos de uma regra, não chega a ultrapassar os rabiscos de uma tênue reflexão: debilidade democrática e incremento da atuação jurisdicional não guardam entre si uma necessária relação de causa e efeito.

Não se pode negar, no entanto, que a franca expansão da jurisdição constitucional,[19]

---

[17] Prélot e Boulouis (1987, p. 239).

[18] Sobre a evolução do controle de constitucionalidade na França, *vide* Favoreu (2003, p. 255-273).

[19] Cf. Häberle (2005, p. 685). Além dos sistemas básicos de controle de constitucionalidade (norte-americano ou difuso, austríaco ou concentrado e francês ou político), os Estados africanos oferecem interessantes variações, que costumam apresentar dissonâncias em relação aos modelos jurídicos adotados pelas

não obstante a diversidade dos modelos utilizados, mostra-se, em linha de princípio, refratária à crítica que a fórmula *governo dos juízes* por si resume. O processo constitucional deve ser concebido como instrumento de execução da Constituição, de defesa do direito constitucional e de garantia da coerência do ordenamento jurídico em relação a ela:[20] com a jurisdição constitucional, "[...] *a Constituição se juridifica e judicializa*".[21]

A existência de um texto escrito, de cunho estrutural e caráter fundante, torna necessária a existência de um órgão que vele pelo respeito à supremacia constitucional, evitando que espécies normativas derivadas terminem por se sobrepor ao seu próprio fundamento de validade.[22] Objeta-se, no entanto, que a norma constitucional não é um mero *fato objetivo*, a ser simplesmente *constatado*;[23] em verdade, ela fatalmente assumirá os contornos que lhe sejam dados pelo Tribunal, instância última de controle. Não é por outra razão que a questão do excessivo poder dos órgãos jurisdicionais inevitavelmente retorna à ordem do dia, o que costuma ocorrer sempre que o Tribunal Constitucional transita da autocontenção (*self-restraint*) para uma postura ativista (*ativism*), avançando em matérias que, teoricamente, poderiam ser enquadradas sob a epígrafe da liberdade política dos órgãos legislativos e administrativos.[24]

---

potências colonizadoras. Mesmo nos Estados de colonização francesa e belga, verifica-se a vinculação, sob distintas modalidades, da jurisdição constitucional a ordens judiciais comuns: a) atribuindo-a à instância suprema da ordem judiciária (Camarões, Senegal, Comores e Zaire); b) instalando uma *câmara constitucional* no âmbito dessa instância suprema (Costa do Marfim, Gabão, Marrocos e Mauritânea) ou mesmo uma *seção constitucional* (Mali); c) constituindo o Tribunal Constitucional a partir da fusão de duas jurisdições supremas ordinárias, mais especificamente o Conselho de Estado e o Tribunal de Cassação, como ocorre em Ruanda; d) criando um Tribunal Constitucional orgânica e funcionalmente autônomo, como se verifica em Madagascar (Alto Tribunal Constitucional de Madagascar – instalado em 1975) e no Congo (Conselho Constitucional do Congo – instalado em 1984). Nos Estados de colonização inglesa, embora prevaleça a solução norte-americana do *judicial review*, já é divisada a criação de Tribunais Constitucionais (África do Sul – Constituição de 1996). Nos Estados de colonização espanhola ou portuguesa, verifica-se a adoção dos seguintes modelos: a) instalação de um órgão especializado, como o Conselho de Estado na Guiné Equatorial (1982), o Conselho Constitucional em Moçambique (Constituições de 1990 e 2004) ou o Tribunal Constitucional em Cabo Verde (Constituição de 1992); b) adoção do sistema de controle político da constitucionalidade das leis, a cargo do próprio parlamento (o sistema cabo-verdiano até 1992); c) omissão, pura e simples, da jurisdição constitucional (sistema moçambicano até 1990). Cf. Bouboutt (1997, p. 31-34) e Miranda (2002, p. 765-767).

[20] Cf. Cavallari (2002, p. 469).

[21] Cf. Otto (2001, p. 36).

[22] Como advertia Rui Barbosa [s.d.], com alicerce na doutrina norte-americana, outorgando-se tal atividade ao próprio Legislativo, parte interessada, seria ele juiz em sua própria causa: "[...] a preponderância, nesse caso, caberia sempre à lei contra a Constituição".

[23] Cf. Hamon; Troper e Burdeau (2001, p. 63).

[24] No Direito francês, a posição assumida pelo Conselho Constitucional no célebre caso das *leis de nacionalização* (Decisões nºs 132 DC, de 16/01/1982, e 139 DC, de 11/02/1982) suscitou ásperos debates quanto às dificuldades de conciliação entre justiça constitucional e democracia. Cf. Favoreau e Philip (2003, p. 457-499).

A compreensão dessas zonas de tensão exige que sejam previamente identificadas as causas que conduziram à sua formação. Nessa perspectiva, é possível afirmar que a Justiça, longe de ser concebida como uma força exógena ao sistema democrático, nele está ínsita, atuando como elemento de recomposição da normalidade (almejada), o que permite que sejam contornadas as deficiências estatais.[25] Esse papel é especialmente sentido quando constatamos que o paradigma do Estado Democrático de Direito está intimamente associado à função transformadora do Direito: a Constituição se ajusta a essa funcionalidade e deixa de ser vista como um mero instrumento de aferição da *parametricidade form*al.[26] A lei, em não poucos aspectos, volta-se à operacionalização dos objetivos constitucionais, não mais se situando numa esfera de liberdade política imune a todo e qualquer referencial de controle.

Embora não seja este o momento adequado a uma análise do debate há muito travado entre substancialistas e procedimentalistas,[27] é inegável que os contornos de muitas Constituições contemporâneas, especialmente nos Estados de *modernidade tardia*,[28] longe de retrair, estimulam a expansão da jurisdição constitucional. Constituições como a brasileira de 1988, de contornos dirigentes e excessivamente impregnados pela moralidade política, além de serem submetidas a constantes reformas (mero consectário da alternância das forças políticas no poder), ensejam uma intensa procura do Judiciário em busca da concretização dos valores substanciais que albergam. A freqüente positivação de direitos de indiscutível relevância para o homem (*v.g.*: os

[25] Como observa Kimminich (1990, p. 283), uma "[...] justiça independente somente é um corpo estranho nas chamadas democracias populares, isto é, nas ditaduras comunistas".

[26] Cf. Streck (2004, p. 103).

[27] Os substancialistas valorizam o conteúdo material das Constituições, atribuindo-lhes um papel diretivo, cabendo à lei operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos que contemplam (*v.g.*: os direitos sociais). Com isso, o Direito avança em esferas outrora afetas à liberdade política e o Judiciário assume um relevante papel na efetivação da Constituição. Cf. Tribe (1985, p. 3-28) e Cappelletti (1993, p. 40-42; p. 73-81 e p. 92-107). Os procedimentalistas, por sua vez, acentuam o papel instrumental da Constituição: ela estaria primordialmente voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do *processo* de tomada de decisões, com a conseqüente valorização da liberdade política inerente à concepção democrática. Apesar de reconhecerem a penetração de valores substantivos nesse processo, defendem que a sua importância é meramente secundária, não dirigindo o processo em si. Ao Judiciário, assim, caberia tão-somente assegurar a observância desse processo, cabendo a cada geração estabelecer as bases axiológicas sobre as quais se desenvolverá. Cf. Ely (1995, p. 88). Como é intuitivo, o debate inevitavelmente conduz à questão da legitimidade política do Judiciário para concretizar os valores substanciais contemplados na Constituição. A necessidade de se preservar o equilíbrio entre os vetores de efetividade e estabilidade constitucionais, legitimidade democrática e acesso à Justiça exige moderação no delineamento da Constituição. Nessa linha, é de todo aconselhável que sejam evitadas posições extremadas, como o minimalismo constitucional, levando a extremos a mobilidade democrática e o dirigismo absoluto (maximalismo constitucional), engessando o evolver do pensamento sociopolítico.

[28] Canotilho (2006, p. 34-35; 154-156), esclarecendo a evolução do seu pensamento quanto ao constitucionalismo dirigente e à relativização do conceito, ainda defende a sua utilidade nos Estados de *modernidade tardia*: a Constituição dirigente não *morreu*, o que *morreu* foi a *Constituição 'metanarrativa' da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes*. Com isso, esclareceu entendimentos equivocados, em especial na doutrina brasileira, quanto ao alcance do prefácio à 2ª edição da obra Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.

direitos sociais) e a imposição de restrições à sua supressão evidenciam uma carga axiológica que não pode ser desconsiderada, tratando-se de clara manifestação de um modelo substancialista, indicativo da importância assumida pelo Judiciário nesse contexto.

Constatadas a ineficiência da organização estatal e a correlata ineficácia dos mecanismos democráticos (*v.g.*: o voto) em contorná-la, não restará outra opção ao cidadão senão recorrer aos órgãos jurisdicionais, cuja atuação é precipuamente direcionada pelo Direito, não por um ideário político. Os sistemas jurídico e político, apesar de ontologicamente separados, mantêm um intenso intercâmbio, permitindo que (a) os tribunais, observadas as balizas estabelecidas pelo sistema político, profiram decisões que assumam uma feição politicamente inovadora e (b) as instituições representativas, observados os limites impostos pelo Direito, criem um direito novo.[29]

3. A judicialização da política e a politização do Judiciário

Não se deve prestigiar uma concepção restritiva de democracia, com contornos sobrepostos às instituições representativas e à vontade da maioria: a democracia deve assumir uma perspectiva mais ampla, estendendo-se à proteção da minoria, o que impedirá que seja ela oprimida pela maioria ou alijada do processo político.[30] A política, assim, em não poucos aspectos, passa a ser vista com as lentes do Direito: é o que se tem denominado de *judicialização da política*.[31] De qualquer modo, essa ampliação da atuação dos órgãos jurisdicionais não deve ser concebida como uma espúria intervenção em seara alheia, importando numa paulatina absorção da política (e da liberdade valorativa que lhe é inerente) pelo Direito. Trata-se de um reflexo inevitável da expansão do Estado[32] e do aumento da confiança dos cidadãos, que alteram o palco de suas manifestações à medida que identificam a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política.[33] Com isso, não se tem propriamente uma transferência da soberania do povo para os juízes – concebidos como técnicos irresponsáveis e independentes –, mas, sim, a divisão de expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum.[34] O regular funcionamento do sistema democrático

---

[29] Cf. Campilongo (2000, p. 76).

[30] Cf. Hamon; Troper e Burdeau (2001, p. 62).

[31] Cf. Garapon (1999, p. 25). Segundo o autor, a *judicialização da política* é um claro indicador de que a Justiça teria assumido a condição de "[...] último refúgio de um ideal democrático desencantado".

[32] Para Cappelletti (1999, p.19), num sistema democrático de *checks and balances*, a expansão do papel do Judiciário é o necessário contrapeso à paralela expansão dos *ramos políticos* do Estado moderno.

[33] Cf. Castro (1997, p. 147-148). Sobre a necessidade de "[...] extirpar os atos de governo da paisagem jurídica [...]", isso por refletirem uma esfera imune ao controle dos órgãos jurisdicionais, *vide* Auvret-Finck (1995, 131).

[34] Dworkin (1999, p. 68-71) insurge-se contra a discricionariedade judicial com alicerce em dois argumentos básicos: (1) no plano democrático, a criatividade judicial violaria o princípio da separação dos poderes, que concentra no Legislativo o poder de editar os atos normativos; e (2) no plano liberal, afrontaria a vedação de legislar *ex post facto*, pois resultaria na elaboração de uma norma jurídica a ser

não significa, necessariamente, a satisfação de todas as aspirações do cidadão, em especial daquelas que encontrem amparo na Constituição, o que explica o aumento da confiança depositada na Justiça sempre que se intensifique a ineficiência das instituições políticas.[35]

A atuação judicial, assim, há muito se desprendeu do arquétipo traçado por Montesquieu[36] e acolhido por Hamilton, que considerava o judiciário "[...] *incomparavelmente mais fraco que os dois outros poderes*"; afinal, "[...] *não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa*".[37] Essa *tradição conservadora*, que também afastava qualquer argumento antidemocrático contra a atuação dos tribunais, pois somente competia aos juízes velar pela supremacia da Constituição sobre as leis, terminou por ser superada com o constante desenvolvimento da atividade interpretativa dos juízes, que, segundo a crítica, podem "[...] *tomar o lugar que deveria ocupar a vontade popular*".[38] O papel dos órgãos jurisdicionais no delineamento da norma constitucional e os avanços promovidos no *judicial review* tornam evidente que o Judiciário não mais se compatibiliza com o apequenamento refletido no pensamento dos *Founding Fathers*.[39] Se Mirkine-Guetzévitch, nas primeiras décadas do século XX, já detectava

---

aplicada a fatos anteriores a ela. Além disso, enquanto o legislador toma suas decisões com base em argumentos de política (*arguments of policy*), o juiz deve utilizar argumentos de princípio (*arguments of principle*). Essa construção é analisada por Rodrigues (2005, p. 16-17) e por Figueroa (1998, p. 268-289). Não compactuamos com a construção de Dworkin por três razões: (1) a atuação judicial está integrada ao sistema democrático; (2) as fases de criação e aplicação da norma se aproximam e interpenetram, não havendo qualquer violação à separação dos poderes na atividade judicial e (3) como a norma somente pode ser obtida ao final do processo de concretização, sendo da sua própria essência o aperfeiçoamento de conteúdo no momento da aplicação, não há propriamente uma norma *ex post facto*, pois o *programa da norma* era preexistente.

[35] No Brasil, a constante postulação de direitos prestacionais, em ações individuais ou coletivas, é um claro indício do desencanto com as instituições políticas e da confiança depositada no Judiciário. Nessas demandas, são normalmente contestadas ações (melhor dizendo: omissões) pretensamente baseadas na discricionariedade político-administrativa do Estado na implementação dos direitos sociais, mais especificamente daqueles que tangenciam o denominado *mínimo existencial*. Exemplo dessa tendência é o reconhecimento, pelo Judiciário, do direito à medicação, ainda que não haja lei específica regulamentando o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição de 1988 ou dotação orçamentária para esse fim (RE nº 195.192-3/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22/02/2000, DJU de 31/03/2000; e RE nº 273.834/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31/10/2000, DJU de 02/02/2001). Cf. Gouvêa (2003).

[36] Cf. Loewenstein (1964, p. 67).

[37] Madison (1993).

[38] Cf. Gargarella (1996).

[39] Observa Tribe (1988, p. 26) que as anotações da Convenção da Filadélfia sugerem a alguns estudiosos que os *Framers* (criadores) não explicitaram o *judicial review* simplesmente porque "*o tinham como certo*". No sistema norte-americano, a instauração e a evolução do *governo dos juízes* podem ser divididas em quatro períodos: 1º) de 1787 a 1830 – o Supremo Tribunal luta pelo reconhecimento de sua autoridade, remontando a essa época o célebre caso *Marbury vs. Madison*, de 1803; 2º) de 1830 a 1880 – a autoridade do Supremo Tribunal e dos demais tribunais, apesar de sedimentada, é exercida com moderação, somente sendo declarada a inconstitucionalidade de leis federais, no período de 1803 a 1870, em três ocasiões; c) de 1880 a 1936 – o Supremo Tribunal e os demais tribunais opõem as suas próprias convicções ao direito

a tendência ao fortalecimento do Executivo em detrimento do Legislativo,[40] nos albores do século XXI, não mais se duvida da importância do Judiciário na preservação da harmonia do sistema. Daí se dizer que o Supremo Tribunal é *um órgão jurisdicional e uma instituição política*, formando com o Legislativo e o Executivo, em igualdade de condições, o que os norte-americanos denominam de *Governo*.[41]

Adenominada *politização da Justiça*, expressão cuja literalidade indicaria a prevalência de fatores ideológicos em detrimento do Direito, não é necessariamente um efeito deletério da constante expansão da atuação judicial. A constatação decorre de três fatores: 1º) a politização dos juízes, diferentemente de sua *partidarização*,[42] não tem como conseqüência imediata o comprometimento de sua imparcialidade, sendo absolutamente normal que um juiz interado das vicissitudes políticas mantenha-se eqüidistante das partes – o importante, no dizer de Garapon (1999, p. 180), é que se abstenha de impor a sua vontade individual, dissociada dos padrões normativos vigentes; 2º) a inexistência de univocidade na interpretação da disposição normativa torna inevitável que o juiz, apesar de desenvolver a sua atividade valorativa com observância dos balizamentos fixados pelo programa da norma (texto normativo), encontre possibilidades de escolha diretamente proporcionais ao seu grau de politização, o que não se confunde com uma arbitrária contestação da lei; 3º) a politização não importa na assunção, pelos juízes, de tarefas da alçada exclusiva dos políticos, apresentando-se, em verdade, como um instrumento para a superação da ineficácia das estruturas políticas tradicionais.[43] Não é por outra razão que Loewenstein, afastando-se da classificação de Montesquieu, defendia que o *judicial review* norte-americano era "[...] materialmente pertencente à categoria do controle político."[44]

4. Balizamentos na atuação do Tribunal Constitucional

A freqüente referência à atividade interpretativa do Tribunal Constitucional tem o nítido propósito de evidenciar a impossibilidade de serem criados padrões de conduta

---

emanado do legislador, fazendo-as prevalecer, surgindo nesse período a célebre expressão *governo dos juízes* e d) a partir de 1936 – o Supremo Tribunal e os demais tribunais costumam se pronunciar no mesmo sentido dos demais poderes políticos, sendo esse período inaugurado pela resistência de Roosevelt. Cf. Prélot e Boulouis (1987, p. 239-244).

[40] Mirkine-Guetzévitch (1931, p. 167).

[41] Cf. Scoffoni (1994, p. 675), "*Le Congrès des Etats-Unis et la Remise en Cause des Interprétations Constitutionnelles de la Cour Suprême: Sur la Conciliation entre Justice Contitutionnelle et Théorie Démocratique"*.

[42] Castro (1997, p. 147) identifica focos de *partidarização* no *Conseil Constitutionnel* da França e no *Bundesverfassungsgericht* da Alemanha, isso em razão do critério de escolha de uma parte de seus membros, da alçada dos órgãos legislativos.

[43] Cf. Campilongo (2002, p. 57-63).

[44] Na classificação tripartite de Loewenstein (1964, p. 62), o exercício do poder se manifestaria numa decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), na execução da decisão (*policy execution*) e no controle político (*policy control*), sendo as duas últimas vertentes também da alçada do Judiciário.

ex nihilo, *totalmente* alheios ao processo democrático. À medida que se acentua o distanciamento das disposições constitucionais, resultando na sua complementação ou correção, intensifica-se a ingerência de ingredientes políticos nas decisões do Tribunal, o que torna inevitável a eclosão da crítica baseada na formação de um *governo dos juízes*.[45]

Apesar de sua indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza política). O ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.

Um primeiro balizamento é a exigência de que o pronunciamento dos tribunais se dê no âmbito de um processo, o que necessariamente exigirá a provocação de um legitimado, afastando a atuação *ex officio*, e a delimitação do plano de análise, evitando a prolação de decisões genéricas. No que concerne à decisão propriamente dita, encontrar um ponto de equilíbrio entre *autocontenção* [46] e *ativismo* parece ser o mesmo que traçar uma linha limítrofe entre o que pode e o que não pode vir a ser considerado um *governo dos juízes*. Essa linha limítrofe, à evidência, não será traçada a partir de uma perspectiva abstrata, imune à realidade sociopolítica em que se projetará a decisão do Tribunal Constitucional. Na identificação do conteúdo da norma constitucional, paradigma de confronto no controle de constitucionalidade, o Tribunal interpretará o texto (programa da norma) a partir dos contornos da realidade (âmbito da norma): quanto maior a aproximação entre texto e realidade, menor será o sentimento de que a decisão usurpou a esfera política alheia.[47] O exercício moderado desses poderes permitirá que seja preservada a crença de cada cidadão

---

[45] Cf. Aguila (1995, p. 9).

[46] No Direito norte-americano, merece referência a *political question doctrine (*ou *doctrine of nonjusticiability)*, que exclui da esfera de apreciação judicial questões essencialmente políticas e que não coloquem em risco a liberdade individual (*v.g.*: negócios estrangeiros e poder de declarar guerra, processo de emenda à Constituição, *impeachment* etc. – *vide Baker vs. Carr*, 369 *U.S.*, 186). Cf. Nowak e Rotunda (1995, p. 106-117) e Tribe (1988, p. 96-107). No Direito alemão, o *Bundesverfassungsgericht* tem reconhecido a impossibilidade de apreciar a conveniência e a adequação de uma lei, salvo quando for manifestamente inadequada ao cumprimento de sua finalidade (*BVerfGE* 30, 250, de 1971) ou ofender as decisões valorativas do constituinte (*BVerfGE* 4, 7, de 1954). Cf. Kimminich (1990, p. 283; 298-299).

[47] As dificuldades na apreensão da realidade não passaram despercebidas a Tocqueville (2004, p. 169-170) quando tratou do papel do Supremo Tribunal norte-americano: "[...] seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão os seus limites. Costuma-se ser tão perigoso ficar aquém deles quanto ultrapassá-los. Os juízes federais não devem ser apenas bons cidadãos [...]. É necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo [...]".

em sua segurança jurídica.[48]

Essa interação entre texto e realidade, que a cada dia assume uma dimensão mais ampla e intensa, reflexo necessário da abertura semântica das normas constitucionais e da crescente expansão das áreas de atuação do Estado,[49] abre um largo campo de expansão ao Tribunal Constitucional, exigindo equilíbrio e sensatez para evitar que, sob os auspícios da *guarda da Constituição*, não se venha a ferir um dos princípios que lhe são mais caros: o princípio democrático. Na vertente oposta, invocar os dogmas da democracia para negar aos juízes a possibilidade de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição terminaria por sujeitar esta última às maiorias ocasionais, que nem sempre refletem a vontade popular, isso em razão da reconhecida crise de representatividade da classe política.[50] Um ordenamento jurídico baseado na soberania popular possui uma estrutura normativa que expressa essa vertente democrática, encontrando na Constituição o seu "[...] *espelho normativo essencial e primário*"[51] – ao proteger a ordem constitucional, o Tribunal estará protegendo a soberania popular em sua mais intensa e importante manifestação.[52] A experiência política, aliás, sugere que democracia e constitucionalismo formam um excelente par, com a tendência de que um reforce o outro.[53]

O atuar do Tribunal será aceitável enquanto (e tão-somente enquanto) suas decisões puderem ser argumentativamente reconduzidas ao liame que une texto e realidade, formando uma norma constitucional consentânea com a ordem de valores vigente na sociedade. Estruturando o seu raciocínio em etapas, o Tribunal permitirá a reconstrução dessas etapas e a adesão do "auditório" a cada uma delas.[54] Com isso, busca-se estabelecer uma diretriz de harmonização institucional, permitindo que a liberdade política dos órgãos legislativos e executivos coexista com o primado do Direito e o relevante papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais, todos depositários dos legítimos anseios do cidadão. De qualquer modo, sempre que divisado um potencial conflito entre o Tribunal e a vontade da maioria, virá à tona a tensão entre justiça e democracia,[55] o que tem estimulado o debate em busca

---

[48] Cf. MacDonald (2003, p. 109-128).

[49] Cf. Cappelletti (1993, p. 60).

[50] Cf. Gargarella (1996, p. 99).

[51] Cf. Berti (2001, p. 77).

[52] Nas palavras de Rui Barbosa (1932, p. 19): "[...] a Constituição é acto da nação em attitude soberana de se constituir a si mesma. A lei é acto do legislador em attitude secundaria de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus proprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como orgão da Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituidos na Constituição".

[53] Cf. Gavison (2002, p. 89-90).

[54] Cf. Binczak (2001, p. 479).

[55] Cf. Gargarella (1996, p. 119). Nas palavras do autor (1996, p. 265), que bem demonstram o alcance da polêmica, "[...] nossos oponentes terão de nos convencer, por exemplo, de que é desejável que juízes não eleitos pela cidadania, nem sujeitos a uma responsabilidade eleitoral imediata, sigam decidindo questões substantivas (por exemplo, decidindo como se regula o aborto, decidindo se é bom ou ruim consumir

de soluções intermediárias, como um possível reenvio do padrão normativo à reapreciação do legislador.

5. A legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional: uma breve referência

O constante aumento da importância dos Tribunais Constitucionais no Estado moderno freqüentemente traz à tona a questão da legitimidade de suas decisões, temática de indiscutível amplitude e que deve ser abordada, ainda que de forma meramente introdutória. Lembrando o questionamento anteriormente posto: seria possível, num regime democrático, que os juízes fizessem sua vontade substituir-se à vontade popular?

Num primeiro plano, cumpre dizer que a inter-relação entre o texto da norma (*programa da norma*) e a realidade (*âmbito da norma*) contribui para demonstrar a distinção entre constitucionalidade e legitimidade.[56] Será considerada constitucional a norma encontrada a partir de um processo de concretização que se desenvolva com observância do balizamento fixado pelo Texto Constitucional. A norma, no entanto, apesar de constitucional, pode não refletir um comando que esteja em harmonia com determinados referenciais de aceitação, como os valores aceitos pela sociedade, deles distanciando-se. Nesse caso, a realidade, conquanto direcionadora do processo de concretização, não foi corretamente apreendida, ensejando o surgimento de uma norma dela dissonante. A possibilidade de a norma constitucional distanciar-se dos valores sociais bem demonstra a pertinência da distinção inicialmente referida, pois distintos são os elementos de fundamentação de cada qual.

A constitucionalidade da norma, em sentido lato, consubstancia um conceito formal, enquanto a legitimidade reflete um conceito material. Em outras palavras, a legitimidade é um *plus* em relação à compatibilidade da norma com o Texto Constitucional: reflete um relacionamento racional entre o comando emitido e um referencial de aceitação, como o consenso da coletividade.[57]

A textura essencialmente aberta das normas constitucionais, a freqüente colisão entre direitos fundamentais, a recorrente realização de juízos de ponderação e o

---

estupefacientes, distribuindo como se podem distribuir os recursos sociais e como não etc.). Nossos oponentes deverão nos dar razões para outorgar ao poder judicial a última palavra em matéria constitucional quando sabemos (particularmente na América Latina) o quanto a magistratura é permeável à pressão dos grupos de poder. Nossos oponentes deverão persuadir-nos de que a reflexão individual e isolada dos juízes nos garante a imparcialidade de um modo mais certeiro que a própria reflexão coletiva. Nossos oponentes terão que nos fazer entender que é desejável que o bom exercício judicial siga dependendo do azar de contar com 'bons juízes'. Nossos oponentes deverão aclarar estas dúvidas a menos que – como tantas vezes – prefiram simplesmente negar-se ou impor as suas razões".

[56] A concepção de legitimidade está longe de ser uníssona. Savigny (1840, p. 202) reconhecia a legitimidade na necessidade constante de interpretação das leis, operação intelectual que permitia a passagem das regras de direito para a realidade.

[57] Cf. Grau (2003, p. 85-87).

controle de constitucionalidade tão-somente exemplificam algumas situações em que a atividade da jurisdição constitucional ensejará debates quanto à sua legitimidade. Tal atividade provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: (a) o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos, cuja responsabilidade pode ser perquirida, e (b) o segundo, a existência de um meio que assegure a supremacia e a unidade da Constituição, mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, oponham-se a ela.[58]

É importante observar que o equilíbrio propiciado pela separação dos poderes, de indiscutível importância na salvaguarda dos indivíduos em face do absolutismo dos governantes, também contém os excessos da própria democracia. O absolutismo ou, mesmo, o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo constituinte podem igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à míngua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático. Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e condicionador do próprio exercício do poder.

A democracia constitucional, como defende Rawls, deve ser concebida de forma dualista: o poder constituinte se distingue do poder ordinário, do mesmo modo que a lei suprema do povo, da lei ordinária dos órgãos legislativos, o que importa na rejeição da soberania parlamentar.[59] Se o Tribunal Constitucional desempenha o papel de defesa da Constituição, evitando que seja ela corroída pela legislação de maiorias transitórias, não se pode intitulá-lo de antidemocrático. Embora seja antidemocrático no que se refere à lei ordinária, não o é em relação à Constituição, pois a autoridade superior do povo lhe dá sustentação. Basta que suas decisões estejam "[...] *razoavelmente de acordo com a Constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas*". Também a Constituição, fruto de um processo constituinte democraticamente articulado, é uma forma de manifestação da soberania popular.[60]

Como vimos, não merece acolhida a tese de uma possível supremacia da jurisdição constitucional em relação aos demais órgãos de soberania. As suas vocações de mantenedora da *paz institucional* e de garantidora da preeminência da ordem

[58] Cf. Howard (p. 188).

[59] Cf. Rawls (2000, p. 284).

[60] Cf. Benoit (2006, p. 5; 9-10). Sobre a defesa do *judicial review* nos planos democrático-representativo e democrático-deliberativo, *vide* Stamato (2005).

constitucional assumem especial importância no Estado moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo um controle eficaz dessa relação.[61] O dogma da separação dos poderes não pode receber leituras parciais. Em outras palavras, não pode permanecer indiferente aos influxos trazidos pela supremacia da Constituição e pela necessidade de ser protegida uma dada esfera jurídica dos cidadãos (*rectius*: os direitos fundamentais) contra a omissão ou o avanço desmedido do aparato estatal. A própria força operativa desses influxos vê-se condicionada à atuação da jurisdição constitucional, evitando que venham a elastecer o rol das utopias não realizadas.[62]

No Direito norte-americano, sempre que suscitado o debate sobre a legitimidade da *judicial review*, é invocada a doutrina de Bickel, que delineou, com perfeição, os aspectos básicos da controvérsia.[63] Segundo o autor, sempre que a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo, ela ocupa uma posição contrária à da maioria, claro indicativo de que a *judicial review* é uma instituição anômala na democracia norte-americana, assumindo contornos contramajoritários.[64] Em decorrência dessa constatação, a colidência entre democracia e *judicial review* somente é passível de ser atenuada, não eliminada. Essa solução harmonizadora será alcançada à medida que interpretação e aplicação das disposições constitucionais se tornarem fontes de expressão da vontade popular. Os tribunais, diferentemente dos legisladores e administradores, têm uma maior capacidade para identificar os valores sedimentados em dada sociedade, possuindo o preparo intelectual necessário à sua compatibilização com os fins públicos.[65]

Tomando-se como referencial a teoria de Bickel, constata-se que o debate apresenta múltiplas variantes, cada qual procurando justificar a aproximação entre *judicial review* e vontade popular de uma maneira específica.

Principiando pelo debate entre *originalistas* e *não-originalistas*, pode-se afirmar que os primeiros, francamente refratários ao ativismo judicial, defendem a necessidade de preservar as fundações (*foundations*) da Constituição, que deve ser interpretada em harmonia com o seu intento original, mantendo-se fiel ao pensamento dos seus criadores (*framers*) e à vontade da maioria do presente. Ao juiz caberia tão-somente a realização das investigações relevantes ao caso concreto, descobrindo o sentido originário do Texto Constitucional: o *argumento central* dessa teoria é o de

---

[61] Cf. Bachof (1985, p. 58). Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes.

[62] Encampando as palavras de Pinto (1994, p. 219), "[...] a 'Constituição justa' pode ser utópica, mas, como muito bem observou Murgueza (La razón sin esperanza), quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser" .

[63] Bickel (1986).

[64] Bickel (1986, p. 17-19).

[65] Bickel (1986, p. 25-26).

que *não é preciso ir além da Constituição* para entendê-la, nela sendo encontrados os significados que no momento de sua aplicação não se mostrem claros.[66] Essa teoria teria a vantagem de evitar que os juízes substituíssem o Direito por suas próprias predileções, terminando por inovar na ordem jurídica.[67] De acordo com os seus defensores, contribuiria para evitar um *governo dos juízes*, agentes que passariam a atuar como meros autômatos, transplantando para o plano da realidade uma decisão previamente tomada numa perspectiva abstrata, isso sem olvidar que se manteriam os tribunais adstritos aos contornos da Constituição, preservando o respeito popular.[68] Os valores encampados pelo legislador deveriam ser aceitos sempre que não fosse constatada a sua manifesta colidência com as opções feitas quando da edição da Constituição.

Em sentido contrário à tese originalista, tem-se a constatação de que Estado e sociedade assumem contornos nitidamente prospectivos, sendo evolutivos por natureza, o que bem demonstra a impossibilidade de as relações sociopolíticas serem reguladas por padrões normativos que se mostrem indiferentes à realidade e à ordem de valores vigentes no momento de sua aplicação. Uma ideologia dinâmica de interpretação constitucional torna inevitável que o conteúdo da norma deixe de apresentar uma relação de superposição com o respectivo Texto constitucional, exigindo que seja ela compatibilizada com todas as vicissitudes que se formaram a partir da promulgação da Constituição. A atividade interpretativa do juiz não pode sofrer um balizamento tal que elimine a sua liberdade valorativa e o amarre a um passado muitas vezes longínquo e esquecido. Para os não-originalistas, a Constituição se integra à realidade, não exaurindo o seu conteúdo normativo em aspectos internos e subalternos ao seu texto, de todo indiferentes ao entorno social. Fatores internos e externos se integram de modo a desvendar a norma mais consentânea com o momento de aplicação da Constituição.

Ely,[69] por sua vez, em obra de indiscutível profundidade e coerência lógica,[70] começa por delinear aspectos favoráveis e desfavoráveis das teorias que Grey denominou de *interpretativista* e *não-interpretativista* (ou *literalismo* e *não-literalismo*). A teoria interpretativista, na medida em que se restringe à análise do Texto Constitucional e dos valores ali contemplados, apresenta uma maior adequação às concepções usuais de operação do Direito e à teoria democrática, reduzindo a discricionariedade judicial e concentrando nos órgãos que detêm a representação democrática as opções políticas fundamentais. Os interpretativistas defendem que a invalidação de qualquer ato dos órgãos de soberania deve resultar de uma dedução cuja premissa

---

[66] Gargarella (1996, p. 60).

[67] A necessidade de afastar julgamentos pessoais, nas palavras do *Chief Justice Rehnquist*, decorreria "[...] da inexistência de um meio hábil pelo qual eu possa logicamente demonstrar a você que os julgamentos de minha consciência são superiores aos julgamentos de sua consciência, e vice versa" (MURPHY; FLEMING; BARBER *apud* JACOBSOHN, 1998, p. 172-176).

[68] Cf. Berger (1997, p. 460).

[69] Ely (1995, p. 1).

[70] Uma resenha da obra de Ely pode ser obtida em Enterría (2001, p. 210-221).

fundamental seja claramente encontrada na Constituição. Quanto aos aspectos negativos, tem-se que o interpretativismo também se distanciaria da democracia ao negar às gerações futuras o direcionamento de suas vidas, isso sem olvidar que a abertura semântica de muitas normas constitucionais ("disposições de sentido aberto", no dizer de Ely[71]) torna inevitável que as decisões judiciais adotem parâmetros diversos, que não aqueles meramente textuais.

Para a teoria não-interpretativista, caberia aos juízes, de forma consentânea com a vida social, definir os *valores fundamentais* referidos por Bickel[72] e que poderiam ser albergados pela Constituição.[73] Para os realistas, esses valores seriam encontrados pela própria apreensão do juiz, que empregaria os únicos critérios reconhecidos como reais pelo Direito. Como os valores pessoais prestigiados por cada juiz assumem contornos voláteis, ficando à mercê de contingências extremamente variáveis, Ely objeta que essa doutrina carece da objetividade e da certeza inerentes ao Direito. Para os jusnaturalistas, deveriam ser utilizados os valores imutáveis inerentes à concepção de direito natural, o que é desaconselhável em razão da falta de objetividade e da dificuldade de se reconhecer uma verdade ética com contornos absolutos e constantes. Quanto aos *princípios neutrais* (*neutral principles*), apesar de defenderem uma neutralidade dos juízes, que deveriam aplicar um mesmo princípio aos casos similares, não podem assumir o conteúdo substantivo que pretendem, pois a neutralidade na aplicação não propiciaria uma fonte de conteúdo substantivo. A descoberta dos *valores fundamentais* a partir da aplicação do *método da razão familiar ao discurso da filosofia moral*, hipótese sustentada por Bickel, é combatida por Ely com os argumentos de que a razão só pode conectar premissas à conclusão, não dizendo nada por si, e que cada indivíduo, em especial das classes mais elevadas, tem a sua própria filosofia moral, o que confere ao argumento acentuados contornos elitistas e antidemocráticos. A utilização da tradição, outro critério sugerido por Bickel, é combatida em face da sua debilidade no fornecimento de respostas suficientes e inequívocas, também perdendo em objetividade.

Além dessas considerações, Ely analisa a tese de que os valores sociais a serem considerados pelos juízes devem ser aqueles *amplamente compartilhados na sociedade*, refletindo a idéia de *consenso*.[74] A utilização dos valores que se refletem no consenso, extraídos de uma opinião majoritária, traz aspectos positivos ao contribuir para afastar o subjetivismo do juiz e render homenagem ao princípio democrático. Opondo-se a essa tese, observa Ely que, se a função do consenso é proteger o direito da maioria, melhor seria seguir o processo legislativo, certamente mais apto a

---

[71] Ely (1995, p. 43). Como observa Dworkin (1999, p. 132), esses padrões vagos ("*vague standards*"), apesar de serem escolhidos deliberadamente, causam uma grande onda de controvérsias políticas e legais, que podem assumir um lado "*estrito*" e outro "*liberal*" (*v.g.*: nos casos relacionados à segregação racial, o Supremo Tribunal norte-americano adotou uma postura liberal, enquanto os críticos permaneceram do lado estrito), conforme a interpretação permaneça, ou não, alheia a determinados valores morais que não possam ser facilmente reconduzidos ao Texto Constitucional e ao pensamento dos "fundadores".

[72] Bickel (1986, p. 236).

[73] Bickel (1986, p. 44-62).

[74] Bickel (1986, p. 63).

alcançar esse objetivo que o processo judicial; por outro lado, entendendo-se que sua função é proteger a minoria contra a ação da maioria, ter-se-ia a incongruência de empregar os juízos de valor da maioria como mecanismo de proteção da minoria.

Conclui Ely que, independentemente do referencial utilizado, não é tarefa dos tribunais definir e impor valores, acrescendo ser infrutífera a busca de valores que preencham a textura aberta das disposições constitucionais sem tornar o Tribunal um órgão legislativo. Por outro lado, uma postura interpretativista, tomando as disposições constitucionais como um espaço fechado, também seria incapaz de suprir o caráter aberto de muitos dos termos utilizados. Para solucionar esse impasse, sustenta que a melhor construção é aquela desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana sob a presidência de Earl Warren, passando a analisá-la. Em apertada síntese, pode-se afirmar que o Tribunal desenvolveu sua jurisprudência na sedimentação da observância dos direitos fundamentais, em especial no processo criminal; na qualificação dos eleitores e no delineamento das circunscrições eleitorais; na implementação do princípio da igualdade (*equal protection clause*), particularmente em relação aos negros e estrangeiros. O Tribunal assegurou a abertura do processo político e corrigiu algumas discriminações contra as minorias, terminando por estruturar uma razoável teoria da representação política. Com isso, diversamente da teoria que apregoa a imposição judicial dos *valores fundamentais*, essa tese (*representation-reinforcing orientation*), ao evitar que os juízes se substituam aos representantes eleitos, não só é compatível com a democracia representativa como a reforça.[75]

Alexy,[76] discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, "[...] a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão". Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender "[...] não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo". Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: "[...] o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente", o que permite afirmar que este, ao representar o povo, fá-lo de forma *mais idealística* que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, concluindo que "[...] um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos".

---

[75] Ely (1995, p. 100). Ribeiro (2002, p. 189), discorrendo sobre a justificação dos procedimentos de decisão judicial, observa que "[...] a racionalidade procedimental da justiça só se legitima quando é capaz de institucionalizar mecanismos de permeabilização às reivindicações éticas que incluam: a) a democratização do procedimento pelo acesso à justiça mediante a participação eqüitativa dos sujeitos de direito; b) a discussão acerca da procura da verdade e sua busca recorrente nos institutos processuais; c) padrões de revisão e controle da racionalidade do processo".

[76] Alexy (1999; 2005; 2001).

A argumentação jurídica permite que seja aferida a legitimidade e controlada a racionalidade das decisões proferidas,[77] tendo especial relevância nos casos difíceis (*hard cases*), considerados como tais aqueles que admitem uma pluralidade de soluções, todas lícitas e reconduzíveis ao programa da norma. Quanto maior a abertura semântica da disposição normativa, mais incisivo o papel criativo dos tribunais e mais acentuado o ônus que recai sobre a argumentação a ser desenvolvida. Esse aspecto foi realçado por Dworkin, ao afirmar (referindo-se ao *common law*) que a construção (*construction*) de regras anteriormente não reconhecidas não confere aos juízes uma liberdade idêntica à do legislador: as decisões devem ser tomadas com base em princípios (*principles*), não em políticas (*policies*), indicando os argumentos que levam os juízes a crer que as partes têm novos direitos e deveres jurídicos.[78]

O dever de fundamentação das decisões judiciais busca demonstrar a sua correção, elaborando uma espécie de blindagem às críticas que se voltem contra o padrão de justiça nelas refletido. Trata-se da *racionalidade externa ou extrínseca do raciocínio jurídico*, apresentando extensão e complexidade sensivelmente maiores que a *fundamentação meramente dedutiva*, própria do modelo subsuntivo.[79]

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os órgãos de soberania, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros da jurisdição constitucional não tem o condão de criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada *em nome do povo*,[80] aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: "[...] os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo". [81]

Note-se que o dever de respeito à Constituição faz nascer, como contraponto, uma espécie de direito difuso à sua efetiva observância,[82] que se espraia por todos os cidadãos, autorizando e legitimando a atuação do Tribunal Constitucional.

---

[77] Como observou Queiroz (2002, p. 291), "[...] esse 'direito dos juízes' (Richterrecht) deriva a sua autoridade e independência do método cientifico da fundamentação". Em outra passagem, observa a autora que, enquanto o legislador não está obrigado a respeitar o *princípio da coerência*, o juiz deve necessariamente decidir os casos que lhe sejam apresentados utilizando os *materiais jurídicos relevantes*, os quais podem ser desconsiderados pelo legislador caso ache que a sua opção é a melhor.

[78] Cf. Dworkin (1999, p. 244).

[79] Cf. Queiroz (2002, p. 189).

[80] Cf. Bachof (1985, p. 59).

[81] No mesmo sentido: arts. 101 da Constituição italiana de 1947 e 138 da Constituição peruana de 1993.

[82] Cf. Berti (2001, p. 530-531).

6. Vetores de contenção ao ativismo judicial

A necessidade de coexistência e equilíbrio entre as noções de interpretação constitucional, democracia participativa e legitimidade democrática torna inevitável que o próprio sistema ofereça mecanismos de recomposição da normalidade institucional. Nessa perspectiva, as decisões do Tribunal Constitucional, além de encontrarem na Constituição um balizamento natural, podem ser diretamente atingidas pelas opções políticas do poder reformador ou, indiretamente, pela legislação infraconstitucional.

Apesar de sua posição de preeminência na interpretação da Constituição, os atos do Tribunal Constitucional auferem sua força e vitalidade na ordem constitucional, fundamento e limite de sua atividade. Incumbe a ele atualizá-la e concretizá-la, atuando como intérprete indiscutível e definidor do conteúdo constitucional, o que permite qualificá-lo como *poder constituído constituinte*.[83] A Constituição somente diz o que o seu intérprete supremo diz, não sendo absurdo afirmar que sua vontade não é essencialmente distinta daquela emanada do constituinte, já que atua como o seu legítimo porta-voz. Apesar dessa indiscutível liberdade valorativa, o Tribunal não deixa de ser poder constituído, devendo render obediência à Constituição, ao que ela é, não àquilo que o Tribunal gostaria que fosse. Nessa perspectiva, quanto maior a abertura semântica das normas constitucionais, maior será a liberdade do Tribunal na revelação da vontade constituinte.

Esse dever de respeito à ordem constitucional é igualmente constatado na imperativa observância das normas emanadas do poder reformador, que deve render estrita obediência aos limites fixados pelo constituinte. A adstrição do Tribunal à vontade popular, devidamente refletida no delineamento das normas constitucionais, erige-se como eficaz mecanismo de controle das decisões que destoem dos anseios da coletividade, permitindo que sejam elas retificadas ou superadas por uma reforma constitucional. Ao questionamento *qui custodict custodem*?, responde-se: o poder reformador.[84]

---

[83] Cf. Pagés (1998, p. 78).

[84] O Congresso norte-americano, em inúmeras oportunidades, "*passou por cima*" (*override*) das decisões do Supremo Tribunal, podendo ser mencionados os seguintes exemplos: a) Décima Primeira Emenda, de 1798, que limitou a competência dos Tribunais Federais, destoando da decisão que a havia ampliado (*Chisholm vs. Geórgia*, de 1793); b) Décima Quarta Emenda, de 1868, que alterou o entendimento fixado pelo Tribunal no Caso *Dread Scott vs. Sandford*, de 1857, no qual se entendeu que os americanos descendentes de africanos, quer escravos, quer livres, não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos; c) Décima Sexta Emenda, de 1913, que contornou a declaração de inconstitucionalidade do imposto sobre a renda, a menos fosse ele precedido de uma repartição entre os distintos Estados (*Pollock vs. Farmer´s Loan and Trust Co.*, 158 *U.S.* 601, 1895) e d) Vigésima Sexta Emenda, de 1971, que fixou a idade comum de 18 anos para participar, como eleitor, das eleições da União e dos Estados, conferindo poderes regulamentares ao Congresso – com isto, foi contornado o entendimento adotado no Caso *Oregon vs. Mitchell* (400 *U.S.* 112, 1970), em que se reconheceu a impossibilidade de o Congresso fixar a idade de voto nas eleições dos Estados. Cf. Tribe (1985, p. 50-51) e Scoffoni (1994, p. 675; 682-685). No Direito francês, pode ser mencionada a alteração dos arts. 3º e 4º da Constituição de 1958, promovida pela revisão de 08/07/1999, destinada a permitir a existência de cotas, de acordo com o sexo, para as

O denominado *direito constitucional jurisprudencial*, em verdade, evidencia um instrumento de aplicação da Constituição, concretizando-a. Instrumento e objeto de aplicação diferem entre si pelas condições de produção e pela força derrogatória: diferentemente da reforma constitucional, a decisão do Tribunal, apesar de interpretar a Constituição, não pode modificá-la (ao menos de forma direta, dissociada do processo interpretativo).[85] O fato de somente a reforma constitucional poder superar a decisão do Tribunal Constitucional que detectou o vício de inconstitucionalidade numa lei não decorre da natureza constitucional da decisão que o reconheceu, mas, sim, do fato de a decisão concretizar a Constituição em vigor: estivessem no mesmo nível a decisão do Tribunal e a norma constitucional em que se apóia, não seria possível uma reforma constitucional.[86]

Essa solução, no entanto, estará normalmente adstrita às hipóteses em que a interpretação do Tribunal destoar de uma opinião verdadeiramente generalizada, não podendo ser utilizada com grande freqüência, de modo a contornar toda e qualquer decisão tomada. Não bastasse o elevado número de decisões, o que dificulta a constante utilização do processo de reforma constitucional, normalmente complexo e demorado, ainda se deve lembrar que a própria disposição emanada do poder reformador estará sujeita à interpretação do Tribunal, sendo factível a possibilidade de se obterem significados distintos daqueles imaginados pelos artífices da reforma.

Além dos mecanismos de cunho constitucional, ainda merecem menção os de natureza infraconstitucional, vale dizer, a utilização da legislação infraconstitucional para esvaziar ou tão-somente diminuir a perspectiva de efetividade das decisões do Tribunal Constitucional. Em situações desse tipo, o alvo são aspectos circunstanciais à decisão do Tribunal, dificultando o surgimento de um quadro favorável à sua

---

candidaturas às eleições políticas. Dessa forma, contornou-se a decisão do Conselho, de 18/11/1982, que entendeu inconstitucional a norma que consagrava cotas dessa natureza para a composição das listas eleitorais (Decisão nº 82-146, *Recueil*, p. 66, *RJC*, p. I-134, *JO* de 19/11/1982, p. 3475). Cf. Camby (2003, p. 671-685). Situação idêntica ocorre no Direito brasileiro. Exemplo dessa possibilidade pode ser encontrado na Emenda Constitucional nº 20/1998, que, apesar de vedar a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública – salvo os cargos cumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração –, resguardou a situação daqueles ingressos no serviço público até a publicação da Emenda. Essa alteração contornou a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 163.204-6, em 9 de novembro de 1994, que somente permitia a acumulação de proventos e vencimentos em relação a cargos acumuláveis na atividade, alcançando todas as situações constituídas a partir de 1988, ano de promulgação da Constituição. Anotam Favoreu e outros (2003, p. 317) que essa prática é comum no Direito austríaco.

[85] Cf. Favoreu (2003, p. 77).

[86] Cf. Favoreu (2003, p. 77). Os autores assinalam que somente de forma excepcional é prevista a possibilidade de o Tribunal Constitucional produzir diretamente uma norma constitucional formal: é o caso do Direito austríaco, em que o Tribunal Constitucional pode ser instado pelo Governo, federal ou estadual, a decidir se um projeto de lei diz respeito a um domínio de competência federal ou provincial. Decisão dessa natureza terminará por complementar as disposições constitucionais que regulam a distribuição de competências legislativas.

implementação.[87] Pode-se afirmar que soluções desse *tipo* geram evidente *inquietude* em relação à subsistência da própria jurisdição constitucional, que pode ter subtraído o caráter imperativo de suas decisões.[88]

A análise realizada, como se percebe, manteve-se adstrita aos mecanismos de equilíbrio institucional alicerçados no sistema e num mínimo de higidez moral, passando ao largo daqueles que afetem o próprio funcionamento do Tribunal,[89] comprometendo a sua independência ou impondo constrangimentos de ordem pessoal aos seus membros.[90] Reações dessa natureza assumem um colorido meramente circunstancial, sendo normalmente movidas por paixões momentâneas.

Epílogo. A sedimentação do constitucionalismo, que se mostrou essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos da pessoa humana, fez que a jurisdição constitucional terminasse por trilhar um caminho não passível de retorno. A relevância da Constituição reflete, em última *ratio*, a importância do Tribunal Constitucional. Pôr em dúvida a sua legitimidade significa pôr em dúvida a própria

---

[87] Em 1938, o Supremo Tribunal norte-americano decidiu que os indígenas acusados da prática de crimes tinham o direito de serem assistidos por um Conselho situado no nível dos tribunais federais (*John vs. Zerbst*, 304 *U.S.* 458, 1938). O Congresso, no entanto, somente em 1964, com o *Criminal Justice Act*, previu a designação ou o reembolso dos honorários dos conselheiros no âmbito dos processos federais. Também a proibição de alocação de recursos federais para a prática do aborto, limitando o exercício desse direito pelas mulheres de baixa renda, pode ser considerada um exemplo de esvaziamento dos efeitos de uma decisão do Supremo Tribunal. Nesse último caso, buscou-se diminuir o alcance da polêmica decisão proferida em *Roe vs. Wade* (410 *U.S.* 113, 1973), que permitiu a realização do aborto até certo período de gestação. Cf. Scoffoni (1994, p. 675).

[88] Cf. Scoffoni (1994, p. 675).

[89] O Legislativo pode utilizar, como retaliação às decisões do Tribunal Constitucional, o expediente de reduzir o seu orçamento, deixar de aprovar diplomas normativos voltados à ampliação do quadro de pessoal ou mesmo limitar os salários dos juízes. Exemplos dessa espécie podem ser colhidos no Direito norte-americano. Em 1964, o Senado limitou a 2.500 dólares o aumento anual dos juízes da Suprema Corte, enquanto os demais juízes federais e membros do Congresso receberam 7.500. De acordo com o Senador John Tower, como o Tribunal decidiu legislar e mudar a Constituição, seus membros não deveriam receber um salário mais elevado que aquele dos legisladores (110 *Congressional Records* 15.844, 1964). Pouco depois, como reação à decisão proferida no caso *Baker vs. Carr* (369 *U.S.* 186, 1962), cogitou-se de reunir uma convenção constitucional encarregada de reformar a Constituição e de instituir um *Tribunal da União*, integrado pelos *Chief Justices* dos 50 Estados, com competência para reformar as decisões do Tribunal Supremo. Essa proposição, em 1967, obteve a aprovação de 32 Assembléias Legislativas estaduais, dentre as 34 necessárias, sendo posteriormente abandonada. Cf. Scoffoni (1994, p. 675-681).

[90] No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal respondem pela prática de crimes de responsabilidade, que se enquadram numa tipologia de considerável amplitude: alterarem decisões já proferidas, proferirem julgamento quando suspeitos, serem desidiosos no cumprimento dos deveres do cargo e procederem de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro de suas funções (art. 39 da Lei nº 1.079/1050). Como a acusação e o julgamento, de cunho político, são realizados pelo Senado Federal (art. 52, II, da Constituição de 1988), são evidentes os efeitos deletérios que o mau-uso desse instituto pode gerar. No direito norte-americano, fonte inspiradora desse modelo, também os *Justices* da Suprema Corte estão sujeitos ao *impeachment*, sempre que incorrerem em traição, corrupção e outros graves crimes e delitos, sendo acusados pela Câmara dos Deputados e julgados pelo Senado (arts. I e II, Seção 4, da Constituição de 1787).

supremacia constitucional, terminando por abalar os alicerces fundamentais do Estado de Direito. De qualquer modo, deve-se reconhecer que o debate sobre os contornos e o alcance da norma constitucional inevitavelmente conduzirá a uma tensão dialética entre a esfera de discricionariedade do legislador e a legitimidade democrática que lhe dá suporte, permitindo antever que o debate continuará a ser realimentado por teses e antíteses, estando longe de alcançar uma conclusão imune a críticas.

Referências bibliográficas

AGUILA, Yann. Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle. *RFDC,* n. 21, p. 9, 1995.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Tradução de Luiz Afonso Heck. *RDA,* n. 217, p. 266, 1999.

_____. Balancing, constitutional review and representation. *IJCL,* v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AUVRET-FINCK, Josiane. Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin? *RDPSP*, n. 1, p. 131, 1995.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal* (arrazoado de 1893). 2. ed. Rio de Janeiro: Flores e Mano, [s.d.].

BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1932.

BENOIT, Francis-Paul. Montesquieu inspirateur des Jacobins: La théorie de la bonne démocratie. *RDPSP,* n. 1, p. 9-10, 2006.

BERGER, Raoul. *Government by judiciary*: the transformation of the fourteenth amendment. 2. ed. Indianópolis: Liberty Fund, 1997.

BERTI, Vicenzo. *Interpretrazione costituzionale, lezioni di diritto pubblico.* 4. ed. Verona: CEDA, 2001.

BICKEL, *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BINCZAK, Pascal. Le Conseil Constitutionnel et le droit d´amendement. *RFDC*, n. 47, p. 479-508, 2001.

BOUBOUTT, Ould. Les juridictions constitutionnelles en Afrique. *AIJC,* v. XIII, p. 31; 33-34, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema judicial e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMBY, Jean-Pierre. Supra-constitutionnalité: la fin d'un mythe. *RDPSP,* n. 3, p. 671, maio-jun. 2003.

CANOTILHO, Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade Constitucional. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CANOTILHO, Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPELLETTI, Mauro. Un problème majeur: contrôle jurisdictionnel des lois et principe de democratie. Etude de droit comparé. In: _____. *Le pouvoir des juges.* Tradução de René David. Paris: Econômica, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *RBCS*, v. 12, n. 34, p. 147-148, jun. 1997.

CAVALLARI, Dario. Considerazioni sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale: una nozione ampia risolve le strettoie derivanti dalla sua incidentalità. *DS,* n. 4, p. 469-473, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Massachussets: Harvard University Press, 1999.

ENTERRÍA, García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*: a theory of judicial review. 11. ed. Cambridge: Harvard University, 1995.

FAVOREAU, Louis; PHILIP, Louis. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel.* 12. ed. Paris: Dalloz, 2003.

FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel.* 6. ed. Paris: Dalloz, 2003.

FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELA, Roberto. *La justicia frente al gobierno.* Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GAVISON, Ruth. What belongs in a constitution? *CPL,* v. 13, n. 1, mar. 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERLE, Peter. Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive. *EuGRZ*, n. 22-23, p. 685, 2005.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel.* 27. ed. Paris: L.G.D.J, 2001.

IRONS, Peter. *A people's history of the Supreme Court*. New York: Penguin Books, 1999.

JACOBSOHN, Gary. Dramatic jurisprudence. In: ESKRIDGE JUNIOR, Willian; LEVINSON, Sanford. (Org.). *Constitutional stupidities, constitutional tragedies.* New York: New York University Press, 1998.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. Tradução de Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. *RILSF*, n. 105, p. 283, jan./mar. 1990.

LAMBERT, E. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*: l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard, 1921.

LOEWESNTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

MADISON, Hamilton e Jay. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MACDONALD, Sara. Problems with principles: Montesquieu's theory of natural justice. *HPT* , v. XXIV, p. 109-128, 2003.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRKINE-GUETZÉVITCH. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel.* Paris: Marcel Giard, 1931, p. 167.

NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law.* St. Paul: West Publishing Co, 1995.

OTTO, Ignácio. *Derecho Constitucional:* sistema de fuentes. 2. ed. 8ª reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

PAGÉS, Requejo. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente.* Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1998.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 219, 1994.

PRÉLOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions politiques et Droit constitutionnel.* 10. ed. Paris: Dalloz, 1987.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. 2.ª imp. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo*: razão burocrática e acesso à Justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*: uma abordagem. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. T*raité de Droit Romain.* Tradução de M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L´Institut, 1840.

SCOFFONI, Guy. Le Congrès des Etats-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la cour suprême: sur la conciliation entre justice contitutionnelle et théorie démocratique*. RFDC*, Paris, n. 16, p. 675, 1994.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TRIBE, Lourence Henry. *American constitutional law.* 2. ed. Nova lorque: The Foundation Press, 1988.

_____. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL ATRIBUTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA
Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O presente estudo considera a ausência histórica dos direitos fundamentais como causa do aumento da criminalidade urbana brasileira, a qual não tem diminuído com a aplicação da pena privativa de liberdade. Sugere-se a adoção de uma nova metodologia judiciária atributiva como alternativa para se obter a redução do índice de criminalidade. Propõe-se, assim, que a função jurisdicional coercitiva previamente intervenha em favor de pessoas expostas a fatores de risco e desenvolva projetos político-judiciários concretizadores dos direitos fundamentais, com a intenção de diminuir o ingresso dos mais jovens na criminalidade e de proteger a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional e criminal; separação dos Poderes; função jurisdicional; instituições essenciais; atribuição dos direitos fundamentais; prevenção à criminalidade.

ABSTRACT: This paper considers that the lack of human rights enforcement has historically increased the Brazilian urban criminality, which has not been reduced by applying only imprisonment sentences. As an alternative to reduce crime rates, one suggests the adoption of a new judicial methodology, which attributes the fundamental rights to people. Hence, the judicial function can preventively intervene in favor of persons exposed to risk factors, by developing political and judicial projects to enhance fundamental rights. The state has the duty to implement the fundamental rights, in order to reduce the commission of crimes by young people and to protect society.

KEY WORDS: Constitutional and criminal law; Checks and Balances Doctrine; judicial function; essential institutions; human rights enforceament; crime prevention.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O declínio de prestígio da prisão na jurisprudência do STF. 3. Análise crítica. 4. A concretização dos direitos fundamentais. 5. A efetividade

da função jurisdicional. 6. Boas práticas do Poder Judiciário. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O ano de 2008 pode ser visto no Brasil como emblemático: completaram-se duzentos anos da chegada do Rei de Portugal; cento e vinte anos da abolição da escravidão; sessenta anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos e vinte anos da Constituição Federal de 1988.

Nada obstante, os direitos e garantias fundamentais constantes da Lei Maior, assim como os previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, não se têm revelado capazes de alterar a excessiva desigualdade social: ainda não surtiram os efeitos que decorreriam da observância voluntária das regras jurídicas. O Brasil tem um longo caminho a percorrer no que tange a assegurar a dignidade do ser humano.

Este estudo considera o valor agregado ao tecido social após a incidência coercitiva dos Títulos I e II da Constituição da República, propondo, a final, uma mentalidade diferente para a função jurisdicional e para as suas instituições essenciais. Compreende-se que o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública têm de desenvolver políticas públicas aptas a concretizar a Constituição. Sugere-se que a função jurisdicional não atue apenas repressivamente e também desenvolva projetos político-judiciários atributivos dos direitos fundamentais, impondo compulsoriamente ao Estado o dever de concretizá-los tempestivamente, com a justificativa precípua de reduzir o ingresso das pessoas na criminalidade e de proteger a sociedade.

2. O declínio de prestígio da prisão na jurisprudência do STF

Consagrando a "jurisprudência das liberdades", o Plenário do Supremo Tribunal Federal[1] concedeu *habeas corpus* consolidando a orientação de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da não-culpabilidade. Anteriormente, já havia decidido que, em face do *status* supralegal das normas do Pacto de San Jose da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel[2]. Na linha do entendimento sufragado, o Tribunal concedeu *habeas corpus*[3] e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"). A interpretação do guardião da Constituição sinaliza claramente: outros instrumentos diferentes do encarceramento têm de ser compulsoriamente desenvolvidos para a solução dos conflitos relevantes ao Direito.

---

[1] STF, HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, deferido em 05.02.2009, por sete votos a quatro.

[2] STF, HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 03.12.2008.

[3] STF, HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 03.12.2008.

Não se admite a chamada *justiça de classe* no Brasil; porém, a realidade é que os denominados *crimes de colarinho branco*, porque praticados sem o emprego de violência física, raramente acarretam a prisão dos acusados. Enquanto isso, é sabido que a maioria da população carcerária brasileira é originária das classes sociais pouco assistidas, uma vez que está acordado que pessoas desprovidas de qualificação profissional e de mínima formação cultural e estudantil são muito mais expostas a fatores sociais de risco e a situações criminógenas (HECKMAN; CUNHA, 2006).

Dissertando sobre a violência de massa, COELHO (2005, p. 273-274) mencionou a linha analítica do *urbanismo como modo de vida*, enfatizando o *debilitamento* dos mecanismos sociais de controle do comportamento individual, a crescente impessoalidade dos contatos interpessoais no contexto das grandes cidades, o anonimato propiciado pelo sistema social urbano e, de resto, todas as conseqüentes manifestações de anomia individual. Ressaltou, ainda, que muitas formulações tenham de postular como uma das conseqüências do urbanismo a elaboração de uma *subcultura* geradora da criminalidade. Mencionou que essas análises terminam por ser teorias sobre a criminalidade do marginal urbano, via postulação de uma subcultura marginal, e não teorias sobre a criminalidade urbana. Disse que não é a pobreza em si que gera a criminalidade (pois, afinal de contas, as áreas rurais são mais pobres), mas a densidade da pobreza, ao permitir a elaboração de uma subcultura marginal. Por fim, Coelho (2005, p. 301) concluiu, impregnado de sincera revolta:

> Ocorreu-me observar, depois de elaborado este trabalho, que a crescente taxa de criminalidade e violência nas metrópoles brasileiras não deveria constituir razão moral para a denúncia dos fatores socioeconômicos que permitem a existência e permanência de situações de pobreza e marginalidade. Essa denúncia deve vir, tão indignada quanto nos seja possível, da constatação de que a pobreza e a marginalidade constituem violação de direitos fundamentais do homem. Direito à habitação decente, à educação e ao trabalho. E à própria vida, se considerarmos as altas taxas de mortalidade infantil nas camadas socioeconômicas desprivilegiadas. A pobreza e a marginalidade jamais serão as causas do crime, pelo simples fato de que são o crime do Estado e da sociedade contra os despossuídos de poder.

O suposto "*crime sócio-estatal*" – o qual poderia ser classificado de comissivo por omissão – é prática de vitimização certeira. Ainda, revela-se anticonstitucional, principalmente quando se percebe que as suas conseqüências ultrapassam as pessoas dos condenados[4] (a viver sem direitos) e que a inércia daqueles que têm o dever jurídico de agir obsta a concretização dos objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil[5]. No discurso proferido no dia

[4] Constituição Federal, art. 5º, "XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, [...]".

[5] Idem, art. 3º.

da posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF, o Ministro Celso de Mello explicou que a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo Texto Constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, tendo em vista que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

3. Análise crítica

O Estado descumpridor das promessas constitucionais enfrenta dificuldades para o reconhecimento público da presunção de legitimidade dos seus atos, em uma inconsciente distorção da exceção de contrato (social) não cumprido. Ora, a omissão estatal no plano socioeconômico em nenhuma hipótese justificaria o cometimento de crime ou contravenção; porém, autoriza que se investigue e se decida pela co-responsabilidade dos (ag)entes políticos, por omissão, porquanto eles têm o dever jurídico constitucional de agir contra os efeitos nocivos de inconcebível letargia, em face dos diagnósticos já entregues.

Existe considerável base dogmática para o implemento de novos meios de asseguramento dos direitos humanos. Möller (2006, p. 38) ensina que a fundamentação filosófica dos direitos humanos deve adotar uma perspectiva transdisciplinar de modo a envolver o estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos, que são inerentes ao seu reconhecimento em uma comunidade humana constituída politicamente, abarcando tanto a prestação de justificativas dos fins e valores desejados por esta comunidade de interesses como a prestação de justificativas dos meios constituídos para efetivar o seu reconhecimento. Silva (2008, p. 304) leciona que ampliar o direito à sociedade requer a construção de uma metodologia adequada e capaz de enfrentar temáticas e problematizações provenientes da sociedade e do cotidiano prático da comunidade jurídica. Santos (2001, p. 176) esclarece que as reformas que visam à criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, paralelamente à administração da Justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do Direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes. Souto (2008, p. 28) enfatiza que há no Estado uma "enchente" legislativa e processual, através da burocratização. No chamado primeiro mundo, já se verifica uma reação a esse fenômeno sob a forma de maneiras de desregulamentação e de alternativas dentro da Justiça e de alternativas à Justiça. No Brasil, uma jusalternatividade chega ao próprio *contra legem*, a um Direito alternativo propriamente dito, embora se reconheça, como princípio geral, o do acatamento da lei.

A solução processual não permite o enfrentamento que se faz necessário em ambientes *multicomplexos*. Noguera (2008, p. 73) ensina que se deve reservar o conceito de "emergência" para uma verdade trivial (tanto em física, como em química, biologia, economia, sociologia ou qualquer outra ciência), segundo a qual o fenômeno resultante da interação de vários elementos tem propriedades ("emergentes") que não são as mesmas de quando os elementos são tomados isoladamente, ainda se explica (isto é, se reduz) essa interação.[6]

No Brasil, as gigantescas aglomerações são dotadas de propriedades "emergentes" do agrupamento desordenado das pessoas. O produto da adição causa problemas superiores aos fatores individualmente considerados, por falta de estrutura urbana eficiente. A resistência à observância da lei decorre de frustrações e da ausência de espaço existencial minimamente aceitável, num ambiente liberal e capitalista excessivamente competitivo, além de enfraquecedor da antiga moralidade social. Nesse sentido, o quadro de ocorrências infracionais do ano de 2008, desenvolvido pela Justiça da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, indica como principais problemas o tráfico de drogas e o crime contra o patrimônio.

Ato Infracional	MAS	FEM	TOTAL	%
Tráfico	1.501	204	1.705	43,57
Roubo	616	41	657	16,79
Porte ou Posse de Arma	403	20	423	10,81
Uso de Tóxico	219	11	230	5,88
Furto	234	20	254	6,49
Ameaça	75	20	95	2,43
Lesão Corporal	60	28	88	2,25
Homicídio	87	3	90	2,30
Danos Materiais	104	11	115	2,94
Quadrilha	15	0	15	0,38
Infração de Trânsito	8	0	8	0,20
Desacato	17	2	19	0,49
Contravenção	13	10	23	0,59
Estupro	5	0	5	0,13
Seqüestro	0	0	0	0
Outros	167	19	186	4,75
TOTAL	3.524	389	3.913	100

[6] Adaptação livre do texto original em Espanhol.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas deve se articular junto aos órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas suas atividades,[7] considerando-se, ainda, que o usuário e dependente de drogas não é mais submetido à prisão.[8] Durkheim (2004, *passim*), em conhecida monografia sobre o suicídio, que muito se assemelha ao abuso de drogas, mencionou que é preciso, sem afrouxar os laços que ligam cada parte da sociedade ao Estado, criar poderes morais que tenham sobre a multidão de indivíduos uma ação que o Estado não pode ter e que só se barra a corrente de tristeza coletiva atenuando pelo menos a doença coletiva da qual ela é resultado e sinal. Por fim, conclui afirmando que, uma vez estabelecida a existência do mal, em que ele consiste e de que depende (quando se conhecem, por conseguinte, as características gerais do remédio e o ponto em que ele deve ser aplicado), o essencial não é fixar de antemão um plano que prevê tudo; é por resolutamente "mãos à obra".

4. A concretização dos direitos fundamentais

A dificuldade de concretização dos direitos fundamentais decorre da tradição de lenta atuação repressiva da função jurisdicional, o que dificulta a responsabilização dos (ag)entes políticos que não atuaram. A legislação demanda *atitude* para ser efetivada, não se podendo olvidar a lição de Kant de que *o dever é a necessidade da ação por respeito à lei* (MATTA MACHADO, 1999, p. 97). Souto (2008, p. 27-28) chama regra de direito aquela que está em consonância com o sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico-empírico; e seria conduta jurídica aquela em consonância com a norma de direito. Reconhece a destacada importância, para as sociedades complexas organizadas em Estado, das formas de coercibilidade estatal, tendendo as regras (as regras de direito de nossa terminologia), nessas sociedades, em consonância com o sentimento de justiça e com dados de ciência, a ser conteúdo dessas formas para ganharem maior força de atuação social ou maior positivação.

Registre-se que a Constituição brasileira[9] foi suficientemente clara ao estabelecer um particular conjunto normativo-protetivo[10] que prevê a necessidade de ação em benefício do grupo mais sensível a situações de risco: *é dever* da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Na órbita infraconstitucional, outro *dever de todos* é prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.[11]

---

[7] Lei 11.343/2006, art. 4°, VIII.

[8] Idem, art. 28.

[9] Art. 227.

[10] STF, HC 93784/PI, rel. Min. Carlos Britto, 16.12.2008.

[11] Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, art. 70.

Gambogi (2006, p. 170) diz que, se lhe fosse pedida uma definição de juiz, diria: "homem que, além de um sólido alicerce ético, tem vocação para decidir". Isto é, gosta mais da ação que da especulação teórica. Gosta menos da engabelação, das firulas, das veleidades teóricas e processuais que da decisão. Portanto, deve ter tanto o desenvolvimento da "razão prática", da racionalidade ético-política quanto o da "razão pura", lógico-teórica. Em pesquisa divulgada no *site* da Associação dos Magistrados Brasileiros, na qual os juízes foram questionados se a magistratura deve envolver-se no debate das questões sociais brasileiras, apenas 6,04% dos participantes foram contra o referido envolvimento, argumentando que esse tema não tem ligação direta com a atuação dos magistrados. Outros 74,78% foram favoráveis, pois, como atores da sociedade, os integrantes do Poder Judiciário não podem ficar alheios ao que acontece no País. Para finalizar, os restantes 19,18% também são favoráveis, mas desde que o envolvimento tenha alguma relação com a atuação do Poder Judiciário.

Em se tratando da dignidade do ser humano, a neutralidade do juiz é uma impossibilidade jurídico-antropológica e não equivale à imparcialidade. Exigir a inação do magistrado, atualmente, significa manter odiosos privilégios e condenar os menos favorecidos a não desfrutar dos direitos fundamentais, sendo desnecessário qualquer tipo de debate sobre a relevância do tema. A Declaração Universal dos Direitos Humanos[12] foi aprovada por 48 votos a favor e nenhum contra, havendo, ainda, 8 abstenções. Bonavides e Andrade (1991, p. 465) registram que, com respeito aos artigos do Título I, versando sobre direitos fundamentais, constaram da votação no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte os seguintes resultados: 480 votos a favor, 9 contra e 4 abstenções.

As liberdades civis clássicas não se encontram mais tão ameaçadas no Brasil; porém, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário, o que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação (SANTOS, 2008, p. 16-17). Livres da culpa, cabe àqueles que ocupam os cargos do *aparelho judiciário* se desacorrentarem da responsabilidade decorrente do fraco desempenho, em verdade, do sistema judicial, o qual é estruturado para ser lento e formal. Talvez para que a responsabilidade possa fluir com energia para "acertar as contas", em cheio, com a verdadeira causa do problema: processos judiciais repressivos tendem (ou *tem de*?) a ser trocados por projetos político-judiciários atributivos dos direitos minimamente necessários, para que se estabeleça uma política de segurança pública suplementar da atuação da polícia e da Justiça repressiva.

5. A efetividade da função jurisdicional

Barroso (2009, p. 82) ensina que a efetividade significa a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social, bem como representa a materialização,

[12] Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10.12.48.

no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza, ainda, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Como o sufixo da palavra indica, a efetividade tem de ser uma qualidade da função jurisdicional exercida em tempo razoável, além de prestadora de um resultado conforme ao senso de justeza preponderante na comunidade jurídica. Sadek (2004) sustenta parecer inquestionável que a atual estrutura do Judiciário não tem sido capaz de atender minimamente às exigências de um serviço público voltado para a cidadania. A reação não pode chegar atrasada. Sarmento (2006, p.3) atribui ao caráter pacífico do povo brasileiro o fato de ainda não ter rebentado alguma revolução violenta por esses *tristes trópicos*.

Amado (2008, p. 44) enfatiza que o importante do Direito é que funcione. Diz que o Direito chega a existir por uma necessidade funcional do sistema social, não como produto da reflexão intelectual. Entretanto, no momento em que os indivíduos tratam de governar aquele elemento organizador, valendo-se da reflexão sobre ele, surge o direito em termos de validez: deixa de ser mecânica social irreflexiva ou espontânea e passa a ser produto de uma teoria enquanto sua conformação e funcionamento, mantendo a sua função; é dizer, será direito o que opere como direito debaixo das condições de validez impostas pelo discurso teórico-prático.[13]

A Emenda Constitucional n. 45/2004 desvelou a insatisfação com a ausência de justiça, nos sentidos de sentimento e de valor jurídico fundamental, a qual foi redirecionada ao Poder Judiciário. Aquele que deveria ser o principal garantidor de uma Constituição repleta de decisões políticas não implementadas está na berlinda nos dias atuais, em face da dificuldade de se afirmar na condição de efetivo prestador jurisdicional (Sadek, 2004). Isso não surpreende, pois o sistema judicial foi elaborado para que o Poder Judiciário somente atue a final, e o tempo necessário para a efetiva solução reparadora da paz jurídico-social aumenta os efeitos nocivos da lesão perpetrada, assim como os juros de uma dívida rolada.

A meu sentir, a tão desejada efetividade do direito necessita do melhor desempenho político da função jurisdicional e das suas instituições essenciais, capazes de provocar e "sacudir" o Poder Judiciário. A morosidade decorre do excesso de demandas e da legislação ultrapassada, mas também de apego indeclinável a uma formalidade exagerada e de certo desprezo às técnicas da oralidade e às possibilidades de inovação. É intuitivo que *efetividade* adjetiva a jurisdição, denota atitude e ação, inconciliável com estático plano formal. Sob um prisma social e antropológico, o comportamento humano e, especialmente, *os meios coercitivos de fazer cumprir as disposições fundamentais* não mudaram em conseqüência dos atuais direitos fundamentais. Assim, a implantação das disposições de direitos fundamentais poderia se basear em metodologia atributiva, devendo ser os (ag)entes políticos compelidos pelas instituições essenciais à função jurisdicional, *a priori* a concretizar os direitos fundamentais, para que se evite a ocorrência de qualquer omissão lesiva ao interesse da sociedade.

[13] Adaptação livre do texto original em espanhol.

Enquanto Cavalcanti (1958, p.196) ensinou que uma das funções primordiais do Estado é garantir os direitos de todos que vivem em seu território, impondo precípua e coercitivamente o respeito à ordem jurídica, Barroso (2009, p. 121 e 163) cita gabaritada doutrina para sustentar que a função jurisdicional é tipicamente restaurativa da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. Afirma que o seu exercício pressupõe uma controvérsia em torno da realização do direito e visa removê-la pela definitiva e obrigatória interpretação da lei. Ressalta, também, não existir diferença ontológica entre a função jurisdicional e a função administrativa e, por esse motivo, ambas se voltam para a realização do Direito, ao passo que a função legislativa se liga ao fenômeno de sua criação. Distinguem-se, no entanto, as duas primeiras, pela forma com que são acionadas e pelo momento e finalidade de seu exercício. Assevera que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. Afirmou, ainda, que a falta de emanação popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado. Também em nota de rodapé citou ensaio de Victor Nunes Leal, o qual teria desmistificado o dogma da divisão dos Poderes, assentando que, em seu verdadeiro sentido sociológico, foi concebido "[...] *menos para impeder as usurpações do Executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça)*".

No Brasil, há uma distância abissal entre a letra das normas constitucionais de direitos fundamentais e a realidade; somos um país com necessidades próprias, que ainda desenha seu perfil definitivo, que ainda formula suas opções (REZEK, 2008, p. 32). Möller (2006, p. 48) esclarece que a idéia moderna de Constituição, entendida como o documento normativo que firma o compromisso para a vida associativa, deriva do termo *Politeia*, o qual era utilizado pelos gregos para determinar "[...] *a articulação entre o fim visado pela política e os meios que tinham de ser empregados para realizá-la*". O eminente ministro Brito, citando Lourival Vilanova, explica que o Poder Judiciário cumpre uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica, ao interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes.[14] Por sua vez, Dallari (2008, p. 1) enfatiza a inadequação dos Poderes à realidade política e social do nosso tempo, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público. É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças, mas tem de assumir a sua quota-parte de responsabilidade na solução (SANTOS, 2007, p. 34). Conseqüentemente, a função jurisdicional e as suas instituições essenciais não deveriam se apegar a antigas balizas da doutrina de separação dos Poderes, que não solucionam totalmente os

[14] STF, MS 26.603-1 DF, 04/10/2007.

atuais e complexos problemas brasileiros; deveriam, sim, desenvolver a articulação apta a cumprir a missão política de concretizar os direitos fundamentais, porque se trata de importante dever do corpo técnico criado pela Constituição com o objetivo de zelar pela observância do ordenamento jurídico.

Ainda, podem as instituições essenciais à função jurisdicional situar o (ag)ente político, ironicamente, no pólo passivo da demanda, posição adequada a responder pela inobservância do dever. O Pretório Excelso decidiu que o consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente;[15] bem como que o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do poder público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.[16] A Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando decidir que houve a violação de um direito ou liberdade protegidos, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, além do pagamento de indenização justa à parte lesada.[17]

6. Boas práticas do Poder Judiciário

Agora é a hora do Poder Judiciário ser ativista, por causa das necessidades e peculiaridades da sociedade brasileira, no que diz respeito a direitos e garantias fundamentais (é mister frisar). Porém, é necessário que assuma a condição de Poder, com a indispensável participação consensual do Ministério Público e da Advocacia e Defensoria Pública.

Em nota de rodapé, Santos (2001, p. 162) mencionou que Durkheim recusava a distinção entre Direito público e privado, por considerá-la insustentável no plano sociológico, substituindo-a pela distinção entre Direito repressivo (o Direito penal) e Direito restitutivo (Direito civil, Direito comercial, Direito processual, Direito administrativo e constitucional). Explicou, ainda, que cada um desses tipos de Direito corresponde a uma forma de solidariedade social. O Direito repressivo corresponde à solidariedade mecânica, assente nos valores da consciência coletiva cuja violação constitui um crime, uma forma de solidariedade dominante nas sociedades do passado. O Direito restitutivo corresponde à solidariedade orgânica, dominante nas sociedades contemporâneas, assente na divisão do trabalho social, cuja violação acarreta a sanção simples de reposição das coisas. Já Matta Machado (1999, p. 218) cita as lições de Mauss e Maritain para sustentar que é preciso dar ao outro o

[15] STF, RE 215981/RJ, 08/04/2002, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira.

[16] STF, STA 223 AgR/PE, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, j. em 14.4.2008, maioria.

[17] Pacto de San José da Costa Rica , art. 63, §1.

que na realidade constitui parcela de sua natureza e substância; e que, no coração do conceito do *direito a alguma coisa*, o que existe é a noção de *debitum*, o que é devido à pessoa humana.

A omissão na atribuição dos direitos fundamentais às pessoas é uma das causas do cometimento de crimes. A necessária (re)ação humanista, por dever de defesa eficiente da sociedade, e para que o Estado proceda à restauração do equilíbrio social rompido, não comporta amadorismo nem dispensa a coerção. Matta Machado (1999, p.46) cita palavras de R. Siches no original espanhol, "[...] *para que se lhes comprove a ênfase e não se lhes perca o sabor*":

> El Derecho es Derecho, la norma jurídica es jurídica, precisamente y solo en tanto que tiene una preténsion de imperio inexorable, de imposición coercitiva irresistible. Este especial modo de imperio o de mando que consiste em la imposición inexorable (a todo trance) es lo que funda y determina la dimensión jurídica.

Assim, em benefício do interesse coletivo, deve a função jurisdicional desenvolver projetos político-judiciários que atribuam os direitos fundamentais ao maior número possível de jurisdicionados. Não por acaso a educação formal básica é obrigatória. Heckman e Cunha (2006) afirmam que uma das mais bem estabelecidas regularidades empíricas em Economia é que a educação reduz a criminalidade e que uma importante estratégia de prevenção ao aumento do crime consiste em obrigar a conclusão do ensino médio. A lição de Bandeira de Mello (2003, p. 47) é que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito significa o dever jurídico funcional de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como afirmado na regra aplicanda.

A função jurisdicional pode indubitavelmente auxiliar o País, especialmente nessa fase de transição, em que impera nos grandes centros uma cultura predominantemente violenta, para uma sociedade na qual a dignidade humana seja um valor fundante presente no inconsciente coletivo. A coerção pública, antes presente na ameaça de prisão, deve agora migrar para a política preventiva contra o crime, exercendo pressão sobre o livre arbítrio. Sugere-se que a função jurisdicional intervenha no comportamento humano que inicia o descolamento do socialmente aceitável e toma o rumo do ilícito, pois, não são justos os atos do indivíduo que visam obstaculizar a atuação das leis gerais do Estado. A Justiça preventiva é, sob cada princípio de razão, de humanidade e de adequada política, preferível em todos os aspectos à Justiça repressiva. Com efeito, se considerarmos, numa perspectiva ampla e estendida, as punições infligidas aos seres humanos, nós as encontraremos muito melhor empregadas para prevenir futuros crimes do que para expiar o passado (BLACKSTONE, 1753). Shelton (2007) ensina que o foco atual deve ser preventivo. As violações generalizadas dos direitos humanos, assim como os desastres ambientais, envolvem danos catastróficos e muitas vezes irreversíveis. Prevenção

em vez de reparação, por conseguinte, deve ser o objetivo, e conceber programas para reforçar o respeito pelos direitos humanos deve ser uma prioridade.[18]

Registre-se que os procedimentos judiciais ajuizados contra os indivíduos que caíram na rede repressiva ao crime quase nunca infirmam a causa de inserção dos agentes na seara do ilícito; e a sanção posterior ao acontecido não tem revelado eficácia para a transformação do *tecido social*. A alta taxa de reincidência e o perfil social da população carcerária demonstram a imprestabilidade da prisão, isoladamente considerada, no combate preventivo ao crime e na conformação ao legal. Nesse sentido, independentemente da existência de uma ordem jurídica cogente e representativa de uma tentativa meio que frustrada de controle social, ainda bem mais forte e presente é o eixo de deslocamento de parcela da população urbana para fora da legalidade.

Considerando-se a fase em que se encontra a democracia brasileira, vê-se que as boas práticas judiciárias refletem os legítimos anseios dos cidadãos brasileiros, que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram significativos direitos sociais e econômicos, e que, por isso, vêem no Direito e nos Tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social (SANTOS, 2008, p. 29).

Cabe ao Conselho Nacional de Justiça elaborar relatório anual, sugerindo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho. O relatório deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.[19] Registre-se que o CNJ criou o banco de boas práticas do Poder Judiciário do Brasil.[20]

O Canadá, reconhecidamente um dos países mais seguros do mundo, possui uma estratégia nacional de prevenção à criminalidade, com foco estabelecido em parcerias com os principais interessados e baseada em análise cuidadosa das *tendências-chave* da criminalidade. As prioridades são: enfrentar fatores precoces de risco presentes entre as famílias vulneráveis, bem como entre as crianças e os jovens em risco; responder a questões de criminalidade prioritárias (gangues de jovens, criminalidade relacionada com a droga); evitar a reincidência entre grupos de alto risco e promover a prevenção em comunidades aborígines.[21] É certo que uma análise baseada em dados empíricos e de direito comparado sobre a possível eficácia de projetos político-judiciários no tecido social brasileiro recomenda uma pesquisa científica, jurídica e sociológica muito mais aprofundada, a qual não cabe neste espaço.

---

[18] Adaptações livres dos textos originais em Inglês.

[19] Art. 103-B, § 4º, VII.

[20] Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=-blog&id=120&Itemid=321>. Acesso em: 11 fev. 2009.

[21] Disponível em: <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cp/_fl/ncps-blu-prin-eng.pdf>. adaptação livre do texto original em Inglês, Acesso em: 18 fev. 2009.

7. Conclusão

A experiência forense ensina que as conclusões da Sociologia Jurídica e a jurisprudência dos Tribunais Superiores deveriam ser preceptivas e não descritivas, em homenagem ao valor da segurança jurídica. Penso que a atividade judiciária atributiva dos direitos fundamentais não pode desconsiderar o que os atores urbanos fazem nas próprias vidas, bem como porque assim procedem, uma vez que tais práticas sociais produzem efeitos relevantes ao Direito. Para a otimização da capacidade resolutiva da função jurisdicional, sugere-se a adoção de metodologia informal e coletiva, que rompa com a tradicional tendência à torturante processualização sem-fim em vez da solução do problema; porém, sem abandonar a compulsória orientação ético-racional impregnada nos direitos humanos e o recurso à coerção, inerente à função jurisdicional do Estado. Os objetivos fundamentais da República têm de ser atingidos, pois, não há opção válida diferente da constitucional. Para tanto, é mister que se façam estudos empíricos, além da observação e do desenvolvimento do interesse pela vida dos cidadãos, mediante interação social, criatividade e consenso a ser obtido com as instituições essenciais da função jurisdicional e com o restante da comunidade jurídica.

Ora, concorde-se ou não com o desenvolvimento de projetos político-judiciários, o argumento ainda sem resposta é o de que os processos judiciais, mesmo os coletivos, por imperativo legal, somente produzem efeitos restritos aos sujeitos da relação processual. Conseqüentemente, não têm como ser os instrumentos viabilizadores da já constitucionalmente decidida necessidade de transformação nacional, uma vez que não detêm as propriedades imprescindíveis ao reconhecimento de ampla coercitividade das normas de direitos fundamentais. Acrescento, ainda, que na grande maioria das vezes *o que está no mundo não está nos autos*; e, dessa forma, está fora do espectro da atuação tradicional do Poder Judiciário. Quando a criação do novo está em jogo, resignar-se ao provável e ao exeqüível é condenar-se ao passado e à repetição. No universo das relações humanas, o futuro responde à força e à ousadia do nosso querer (GIANNETTI 2005, p. 277). Dessa maneira, pretendendo exponencializar os efeitos das disposições sobre direitos fundamentais, podemos utilizar a função jurisdicional para extrair da Constituição a vontade político-cidadã deflagradora do dever de transformação do futuro. Tal raciocínio torna imprescindível ao Ministério Público uma maior concentração de forças nas curadorias especializadas, incrementando a sua atuação resolutiva e extrajudicial em relação às omissões estatais pertinentes aos direitos fundamentais; e à Defensoria Pública seu aparelhamento com estrutura equivalente à destinada àquele.

Por causa da generosidade da nossa Constituição, atente-se que o Poder Judiciário não deveria se furtar a apreciar casos ligados às omissões constitucionais, sob o argumento de que estariam fora do estrito âmbito do controle judicial do ato administrativo, em face da discricionariedade do administrador público. Para se guiar durante o processo decisório, basta ao juiz mirar a luz das disposições da Lei Maior que, literalmente, afirmam quais são os fundamentos, os objetivos e as prioridades da República Federativa do Brasil.

Nos violentos dias atuais, em que encaramos noticiários com números de mortos típicos de guerras civis, a alegação de que uma política pública de prevenção à criminalidade urbana não é atribuição da função jurisdicional não se sustenta. O desfrute de direito fundamental tem de ser tempestivo, produzindo efeitos quase inócuos quando concedido ulteriormente, porquanto a evidência empírica revela que as habilidades cognitivas e não cognitivas das pessoas são adquiridas paulatinamente, desde a primeira infância (HECKMAN e CUNHA, 2006). O desempenho atributivo da jurisdição reúne chances de impedir a sua futura atuação punitiva; enraizando-se a noção de dever, profundamente, na consciência dos indivíduos, antes de recorrer à força coercitiva da lei para lhe assegurar a execução (GILLET *apud* MATTA MACHADO, 1999, p. 66). Nesse sentido, a função jurisdicional atributiva dos direitos fundamentais contribuiria *a priori* para realizar a igualdade material e para abreviar a *sem-graceza* do plano formal.

8. Referências bibliográficas

AMADO, Juan Antonio Garcia. Sobre Los Modos de Conocer El Derecho – O Como Construir El Ojbeto Jurídico. In: SILVA, Artur Stamford da. (Coord.). *Sociologia do Direito*: Na Prática da Teoria. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas* – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. v. 2. [1753]. Disponível em: <http://app.libraryofliberty.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.ph-p%3Ftitle=2142&layout=html#chapter_198921>. Acesso em: 12 mar. 2009.

BONAVIDES, Paulo;ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

COELHO, Edmundo Campos. *A Oficina do Diabo e Outros Estudos Sobre a Criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito*: Razão e Sensibilidade – As Intuições na Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIANETTI, Eduardo. *O Valor do Amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HECKMAN, James e CUNHA, Flávio. *Investing in our Young People* (2006). Disponível em: <http://www-news.uchicago.edu/releases/06/061115.education.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2009.

MATTA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e Coerção*. São Paulo: Unimarco Editora, 1999.

MÖLLER, Josué Emilio. *A Fundamentação Ético-Política dos Direitos Humanos*. Juruá: Curitiba, 2006.

NOGUERA, José Antonio. El Individualismo Metodológico Y Ontológico: Um Falso Enemigo Para La Ciencia Social. In: SILVA, Artur Stamford da. (Coord.). *Sociologia do Direito*: Na Prática da Teoria. Curitiba: Juruá, 2008.

REZEK, Francisco. Política e Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. (Coord.). *Constituição Federal* – Avanços, Contribuições e Modificações no Processo Democrático Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice* – O Social e o Político na Pós-Modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais* – Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHELTON, Dinah. International Human Rights Law: Principled, Double, or Absent Standards? 25 *Law & Ineq. J*. 467, 2007.

SILVA, Artur Stamford da. Sociologia da Decisão Jurídica: Pesquisa Qualitativa Sobre a Semântica Social da Comunidade Jurídica. In: SILVA, Artur Stamford da. (Coord.). *Sociologia do Direito*: Na Prática da Teoria. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUTO, Cláudio. Ciências e Saberes Jurídicos: Enfrentando o Objeto. In: SILVA, Artur Stamford da (Coord.). *Sociologia do Direito*: Na Prática da Teoria. Curitiba: Juruá, 2008.

TESTAMENTO [1] [2]

PROF. JOAQUÍN HERRERA FLORES
Doutor em Direito – Universidade de Sevilha

1. Nasci débil. Assim começa Santos o seu testamento. O testemunho de sua vontade. Palavras que tentam explicar como se foi formando seu caráter, suas idéias e o objetivo que pretende conseguir depois que sua vontade acabe desvanecendo-se entre anestesias fictícias e reais. Foi um menino e um adolescente débil e contemplativo. Suas primeiras recordações se reduzem a uma cadeira de balanço situada em um lado do salão da casa de seus pais. O menino e, mais adiante, o adolescente, passava horas balançando enquanto escutava ininterruptamente os programas que se punham no rádio. Músicas da moda, canções publicitárias (... *aquel negrito del África tropical ... es el colacao desayuno y merienda...*), notícias otimistas sobre a marcha da nação, ocultamento sistemático do que o menino via quando ia até o colégio: grupos de jovens que, sem ele saber como faziam, acabavam unindo-se, levantavam um cartaz e pediam liberdade. *Liberdade?* Dizia meditabunda sua avó, terminando sempre da mesma maneira: *Estes não viveram uma guerra ... Agora vivemos em paz* ... 25 anos de paz! Podia ler-se em letreiros distribuídos pelas estradas. *E já verás como teu pai com todas essas confusões em que se mete*

[1] Tradução livre do original em espanhol pelo Procurador de Justiça Jacson Rafael Capomizzi em homenagem ao Prof. Joaquín Herrera Flores. Disponível no DVD encartado nesta Revista De Jure nº 14.

[2] **NOTA EXPLICATIVA DO TRADUTOR:** O testamento do Prof. Joaquín Herrera Flores, o qual traduzi e que consta na *Seção Diálogo Multidisciplinar* desta *De Jure* nº 14, trata-se de um pequeno texto autobiografico, escrito pouco antes de sua morte, predizendo-a. Amigo e parceiro do Ministério Público de Minas Gerais, Joaquín deixou no seu testamento as razões e motivos pelos quais criou o programa de pós-graduação em direitos humanos, desenvolvimento e interculturalidade, na Universidade Pablo de Olavide, em Sevilla, Espanha. Anotamos que esse "espaço intelectual de resistência à opressão", está ligado também ao nosso MP por meio da constante presença de colegas, estudiosos, fundamentalmente, dos meios de realização dos direitos sociais fundamentais.

Jacson Rafael Campomizzi
Procurador de Justiça

nos vai provocar algum problema. Eram anos difíceis para o menino. Seus doze anos não eram suficientes para compreender e muito menos para participar. Tinha muitos problemas que enfrentar para ficar indene nesse quadrado cruel em que se convertem os pátios dos colégios na hora dos recreios. Sobretudo para meninos franzinos, com dificuldades para o esporte e para vencer as inevitáveis lutas juvenis. Muitos anos depois começou a inteirar-se de que, em finais dos anos sessenta, em todo o mundo, as pessoas se rebelavam de um modo realista "pedindo o impossível". O impossível era ser realista? Não era melhor ser um idealista? Desses que afinal, como sucedia nas séries da incipiente televisão, terminavam colocando bombas e matando inocentes? Ana, a mulher que cuidava da casa e, certamente, de todos, sentava-se a seu lado e quase sempre terminava chorando por algum final infeliz daqueles novelões radiofônicos que tanto agradavam ao público dos anos sessenta na Espanha oprimida pela ditadura e por sua religião oficial: o odioso catolicismo. *Reza menino, reza*. Cominava-lhe a avó cada vez que tinha uma oportunidade para fazê-lo. *E, se passas pela capela da virgem de Carmem, tens que persignar-te. Se não o fazes, quem sabe o que pode passar-te!* Os pesadelos do menino eram recorrentes: não fazia o sinal da cruz e nesse preciso instante todas as desgraças do mundo caíam não só sobre ele, senão sobre toda sua família. Para ir ao maldito colégio de padres maristas no qual o haviam matriculado, devia sair cedo de sua casa. Quase sempre subia distraído a rua San Jacinto. Sempre pela calçada onde estava a fábrica que fazia soar sua sirene todas as três da tarde. O menino sabia que, se seguisse por aí, poderia vislumbrar as sombras ameaçadoras da delegacia de polícia e o brilho saboroso dos doces de Filella, que ainda hoje lhe parece poder saborear. Todas as manhãs o menino subia a rua do santo, sabendo de antemão que teria que chegar ao altiplano, a essa praça meio derramada até o rio e que contradizia em toda sua plenitude o nome pelo qual as pessoas a chamavam. Deixando a sua esquerda o mercado popular onde trabalhavam alguns de seus tios e primos, chegava o fatídico momento. Não havia modo de esquivar a capela da virgem, a qual nunca viu por inteira, pois se escondia atrás de uns barrotes que sempre inquietaram o menino por sua espessura e sua negrura. Uma vez ali, havia de fazer o sinal da cruz se o sujeito não queria que o raio da maldição caísse sobre ele. Havia vezes em que o menino se detinha com a desculpa de amarrar os cordões dos sapatos e desse modo observar como havia pessoas idosas que passavam por ali sem persignar-se. Que horror! Que poderia suceder-lhes ao longo do dia? Pelas noites, depois de agüentar o péssimo e aborrecido ensino daqueles asquerosos padres, haver ouvido o rádio e haver agüentado o silêncio, vigiado pelos olhos bondosos da avó, os insultos a meia-voz que seu pai sempre dirigia ao ditador e a

toda sua camarilha, havia de deitar-se e começar a sofrer o medo que lhe produzia a virgem, imagem vingativa sempre disposta a castigar quem não a saudava ou mostrava sua submissão. *Reza, menino, reza*. E assim fazia o menino até que, com o medo nos lábios, lograva dormir.

2. O menino se sentia débil. Nunca havia tido as forças necessárias nem sequer para fazer algum atrevimento. Quando mais tarde fez alguns, sempre foram estupidezes provocadas por sensações de privação. Que fácil haveria sido delinqüir! O menino retraído em si mesmo nunca ia pelo centro dos passeios. Gostava de caminhar juntinho das paredes para não chamar a atenção daqueles rapazolas que por certo roubavam, fumavam e não faziam o sinal da cruz. O menino começou a ler rápido. Quase sem professores já conseguia unir sílabas. Sua mãe sempre lhe assinalava os letreiros das lojas e ele ia compreendendo o que eram as palavras. Sua fragilidade e os problemas derivados dela o conduziram às palavras. Aos livros de Júlio Verne, de Walter Scott, dos três (ou eram quatro?) mosqueteiros. Lia tudo o que caía em suas mãos. Inclusive dedicou todo um verão a sorver-se sem compreender demasiado as obras completas de John Steinbeck. *O Pony Colorado*, *A Leste do Éden*, *Vinhas da Ira* ... Com este último livro começou a soprar em seu coração aturdido uma espécie de desejo de vingança, de converter-se em um zorro ou um *coyote* para cortar o pescoço de todos aqueles proprietários de terras que provocavam tanto sofrimento às gentes pobres. Uma vez superados os pesadelos provocados pela virgem do altiplano (um dia havia passado distraído diante dela e nada lhe ocorreu!! que não fosse sofrimento cotidiano de ser um infante solitário e cada vez mais avergonhado de sua natureza física), os sonhos se dirigiram às desgraças e aos erros em que caíam uma ou outra vez os filhos do capitão Grant ou os polvos que atacavam o Nautilus... E sempre era ele o Ivanhoé que se lançava a toda velocidade em seu cavalo para salvar seus heróis e converter-se ele mesmo em um herói aclamado por todos. Admirava Robin Hood como unicamente um menino pode admirar o vassalo de um grande rei que num momento ou outro vá aparecer na novela. E, sempre com alguma distância, identificava-se com Raskolnikov e suas dúvidas justo antes de entrar no quarto da velha e partir-lhe a cabeça em duas. Como era possível que Sônia o seguisse amando depois do crime? Que queria aquele promotor que o interrogava? Ao fim e ao cabo, Raskolnikov não era mais que um pobre desgraçado que não tinha meios para desenvolver-se na vida. Então, porque merda ele se arrepende de haver matado a usureira? *Crime e Castigo* foi lido pelo menino dezenas e dezenas de vezes. E sempre o emocionavam aquelas descrições da pobreza russa, centrada na mente nublada do menino em uma palavra incompreensível que se repetia uma e

outra vez: o samovar. Animal doméstico? Espécie de chaminé? Algo para esquentar a cama...? Raskolnikov teve o valor de realizar a vingança... Então por que tanto arrependimento? Fez o que tinha que fazer. Aquele que acumule as riquezas que pertencem a todos tem que sofrer um castigo. Não teu castigo, raskolnikovinho, senão o castigo dos que nos fazem sofrer de privações. O menino voava uma e outra vez sobre essa convicção e nunca compreendeu os devaneios morais de seu matador de velhas usureiras. O mesmo ocorria-lhe com Tommy Joad de *Vinhas da Ira*. Nem Tommy, recém-saído do cárcere, nem o antigo pregador nem o "fantasma dos campos" (antigo proprietário igualmente despejado) compreendem bem o que ocorre. O menino nunca pôde esquecer aquela conversação em que comunicaram ao camponês que ele teria que abandonar a terra na qual sua família havia vivido durante mais de cinqüenta anos e perguntava ao que trazia a ordem de despejo quem era o culpado de tudo aquilo ... ninguém sabia quem era ... nem o executivo da empresa ... nem o gerente do banco ... nem ninguém parecia ser culpado ... só o vento ... maldito vento que havia convertido os campos em puro pó. O fantasma e o pregador atiram a culpa ao vento, enquanto Tommy parece duvidar e resiste a esconder-se quando ligeiro chegam os agora donos do que foi sua terra buscando os seus amigos. Tommy havia passado quatro anos na prisão por um homicídio cometido durante uma briga em uma festa. Não tem muita pressa em encontrar a sua família: acredita saber que tudo seguirá da mesma maneira. É emocionante ver o personagem embutido nas formas pausadas e quase aéreas de Henry Fonda. No momento de esconder-se para que não o vejam os homens armados que chegam a "sua casa", pergunta-se como é possível que tenha que fugir de sua própria história familiar. Ninguém compreende nada. Só o vento e a seca e alguma nuvem negra deviam ser os culpados de tudo aquilo. É possível imaginar os camponeses pobres de todo o mundo perguntando-se o mesmo quando chegam as grandes companhias agroquímicas e os vão retirando de suas terras. Que vinho pode surgir dessas uvas que alimentam a ira e o desejo de vingança! Nosso menino lia tudo aquilo quase com lágrimas nos olhos. *Por quê? Por quê?*... Que têm feito os pobres camponeses para que lhes tirem suas casas e os lancem à emigração...? E todos se vão à Califórnia e vão morrendo pelo caminho e vão passando fome, e Tommy vai compreendendo a necessidade de organizar-se contra os patrões. Pouco a pouco (apesar do próprio Steinbeck?), vai surgindo a consciência de classe e como não! da solidariedade de ser pobre, do que as pessoas podem fazer sem ter que levar algo no estômago ... *Mas por quê?* Com só um pouco de imaginação, as *vinhas da ira* de Steinbeck nos podiam servir para compreender o horror que vivem essas pessoas que se lançam ao mar para chegar à Califórnia européia. Pessoas que vivem alucinadas

com a riqueza do mundo desenvolvido econômica e culturalmente. Pessoas que seguem jogando a culpa ao vento e seguem convertendo-se em fantasmas que cruzam desertos, fronteiras e mares para chegar à dor e à escravidão. Europa: o euro, o futebol, as oportunidades, os executivos de gravata! Europa, o bolso vazio, o futebol, a falta de oportunidades, o que trabalha a terra entre plásticos e mal vive, sem muitas possibilidades para chegar a ter uma gravata...! Europa! A velha e rica Europa! O continente das liberdades e das possibilidades! Então...? Quem sabe! O caso é que, se agora ninguém compreende e se ninguém compreendia o que ocorria em 1939 em Oklahoma, como podia entender aquele menino debilitado por um corpo enfermiço e dominado pela magia das palavras o sentido do livro de Steinbeck? Mas o lia e o lia e o relia e outra vez sua mente voava para ajudar aquela gente, justo antes, sempre justo antes de dormir.

3. O menino cresceu desmesuradamente. Com todas suas dificuldades, logrou superar o ensino primário e secundário. Não sabia o que fazer. Só havia tido uma namorada, loura, angelical, de olhos como lagoas celestiais, que o havia deixado plantado no meio da calçada. Todos seus amigos começavam já a planejar seus estudos superiores, mas algo fervia na cabeça daquele adolescente bêbado de *vinhas da ira*. Uns iam para as belas artes, outras para as humanidades, outros para as contabilidades e ele não sabia que fazer e por onde dirigir seus tímidos e cambaleantes passos. Quase sem querer começou a freqüentar ambientes mais perversos que aqueles que compartia com seus fornidos e bem alimentados amigos. Bares noturnos "só para loucos". Lobos das estepes em meio de um bairro mesquinho em beleza e urbanismo. Cães vadios que passavam horas e horas apoiados nas esquinas juntando algum dinheiro para poder comprar pequeninos gramas de açúcar moreno, de chuva púrpura, de *Lucy in the sky with diamonds*... vamos... pitadas de cavalos onde cavalgam ginetes da tormenta. Anos de chumbo que passaram sem sair dos invisíveis muros dos despejos do bairro. Anos sem projetos. Anos de droga. Droga durante anos, ou durante meses, ou quem pode contar o tempo que o sujeito passa drogado! Época perigosa na qual a tentação de roubar para satisfazer a necessidade corporal da droga se unia ao ódio cada vez mais crescente contra uma sociedade injusta olhando para onde fosse. Inconsciência consciente porque a pessoa nunca deixa de ter consciência do horror em que vive e da sociedade em que sobrevive. Anos de viagem sem rumo, sem interesse, sem objetivos, sem leituras... perseguindo todo o imaginário de ídolos nos quais possa refletir a perda de sentido da vida e o ganho de uma sabedoria ignorante do sentido da vida... Anos (meses) psicodélicos em que o sujeito pretende conhecer-se a si mesmo e não vê

mais que glóbulos vermelhos pedindo a gritos o alimento diário de seringas e azeites alucinógenos... Anos (meses) psicodélicos porque recorda em todo o momento que vai morrer, que você pode morrer, que o está matando e que, por muito, que esteja debaixo do Partenon ou tomando ar fresco na sombra de Santa Sofia ou estimulado por pedintes (que têm ainda menos que você), seja na esplanada de Agra, seja nas muralhas de Marrakech, seja vislumbrando de longe o mistério argelino do mercado em Ghardaia em plena Pentápolis do M'Zab... seja sentado ao redor de algum guru budista que disse que é budista e que todos devemos ser budistas para viver sem vento, no lugar sem vento, no nirvana... seja onde seja ou perdido onde o tenha perdido sabe, sem dúvida alguma, que por esses caminhos sem sentido (ou sem vento) só o espera a morte escondida atrás de alguma palmeira de M'hamid ao sul de Marrocos ou confundida com turistas em alguma barcaça do Sena ou sentada ao seu lado em um *coffee shop* de Amsterdã ou saudando-o contente ao haver perdido o *ferry* que sai do porto de Helsinque e vai se desvanecendo na neblina das águas geladas e inquietas do norte...

4. ...e o vento. O vento gelado e invisível que matava. Ninguém sabia que a ameaça da morte circulava pelas seringas. Só se contavam as histórias deste ou daquele que havia morrido pesando só um pouco mais de trinta quilos. E o monstro que chupa as defesas crivando sobre nossas veias sua vingança por haver querido voltar ao paraíso, por haver buscado o cominho a Ixtlán, por odiar o farelo e adorar a especiaria das dunas que converte os olhos em mares azuis saudosos de liberdade. Uns morriam e outros se davam conta, pouco a pouco, de que os caminhos não são os mesmos para todos. Santos decidiu viajar montado sobre sua velha Ducati. O pior foi sair da Península Ibérica: em cada cidade volviam as tentações de acariciar o lombo do monstro. Mas não. Atravessando as infinitas curvas das montanhas italianas. Sentado, assombrado, na sombra do muro que separava as pessoas pelos interesses dos mesmos de sempre. Trabalhando aqui e lá. Conhecendo na própria carne a exploração e a baixeza em que podem afundar o ser humano. E, sobretudo, amando aquela moça cujo cabelo flutuava por cima do azul do Mar Mediterrâneo e, farto já de haver perdido a senda do sentido da vida, voltar à cidade, já mudado, já maduro, já curado, já conhecedor de que o paraíso havia ficado para trás, agarrado, como uma rede de pescador, na cabeleira daquela mulherzinha e disposto a retomar "the sense of life". Curado da busca de paraísos artificiais. Mas sem esquecer nunca o personagem de sua infância, o valente Tommy Joad e sua entrega pelos direitos de seus irmãos e de seus iguais. O rapazinho voltava em sua já meio morta Ducati pelas estradas intermináveis e queimadas da Mancha. Seus olhos deixavam sair lágrimas

negras pelas quais resvalavam os desejos do ideal. Mas no seu rosto se instalava alguma certeza. Tommy Joad tinha que triunfar e não só no milagre do consumo, senão na luta pela vida, pela liberdade, pela justiça, pela organização, pela força e potência confrontadas com a opressão, os privilégios e todos os formalismos que só permitiam reivindicar o que era fundamental para o sistema que assassinava os Joad, que perseguia os bandoleiros, que obrigava a fugir de sua casa um Gerard Depardieu por haver feito justiça em pleno início do *novecento*[3] e eu que sei quantas barbaridades mais. Em um de seus bolsos, queimava-lhe o livro de Frantz Fanon sobre os condenados da terra e em seu coração viviam as palavras de Ulrike Mainhof, essa mulher que fez tremer de terror a polícia de uma Alemanha dedicada já a converter-se no centro econômico dessa merda que chamavam a Europa unida. Ulrike denunciava essa feroz agressividade para a qual não há válvula alguma salvo a de viver em câmera lenta o desaparecimento dos ideais pelos quais se lutava... morrer na cela de castigo... morrer por lutar equivocando-se os meios... eles sempre têm mais armas e, ademais, gozam a legitimidade que lhes outorga o assentimento do resto de milhões de rostos que só desejam viver suas vidas em paz e deixar-se já de experimentos anarquistas, comunistas, socialistas, fourieristas... Medo. Dor. Suicídios. Arrependidos. Lutas operárias e operários em meio do grande projeto da Europa unida. Que fazer? Na Ducati claudicante o rapazinho, já amadurecido, sonhava em recuperar o estudo, a construção de um espaço próprio livre e de liberação pessoal e, deixando crescer o cabelo, foi cortando as asas dos paraísos impossíveis e, engolindo os sapos e cobras do sistema universitário, conseguir um pequeno recanto donde seguir depois da barricada e comunicar a Tommy Joad que ele tinha razão, que não era o vento o culpado do despejo de sua família, que havia interesses poderosos que ansiavam apoderar-se de tudo e convertê-lo em uma mercadoria... Uma mercadoria! Como converter a vida, a história, o ar, o amor... em uma mercadoria? Fácil, diziam os professores que liam fascinados o que os funcionários do sistema das suas prestigiosas cátedras escreviam. Fácil, diziam os políticos, aqueles de quem sempre o rapazinho havia desconfiado. Tudo pode comprar-se ou vender-se. E, se há algo que não pode ser tragado pelo mercado, então coloquemo-lo para além dos patrões, mas também dos *Tommy Joads* do mundo. Nem para uns. Nem para outros. As mercadorias se convertiam em direitos e azar daqueles que não podem exercê-los! Desse modo, o já não tão jovem motociclista foi amadurecendo, amadurecendo até que encontrou a oportunidade de gestar algo por si mesmo e desde aí seguir vingando Tommy Joad, o penitente,[4] os

[3] 1900, de Bernardo Bertulucci (1976) - NT

[4] Traduzido por aproximação do termo "esclavizado viernes", no original.

“miseráveis”, os que nem sequer têm em sua cabeça a palavra propriedade, os que não se satisfaziam com o lugar aonde as inércias da vida os iam levando...

5. E, agora, vivendo os momentos prévios a uma grave intervenção cirúrgica no coração, o já maduro menino débil que não entendia o que ocorria na época da grande depressão escreve estas linhas como testemunho de sua vontade. Como um testamento pelo qual quer, de novo ingenuamente, entregar o testemunho para que os pequenos espaços construídos a partir da luta e para a luta a favor dos excluídos sigam adiante. A universidade deve servir para algo mais que para discutir este ou aquele parágrafo de algum filósofo entregue à lógica da única linguagem que entende: a linguagem da dominação. A universidade deve servir para algo mais que para dar refúgio aos que querem dividir o mundo entre os cidadãos, esses gnomos passivos que obedecem e podem ser reconduzidos ao redil quando por alguma razão se desviam da linha correta e os inimigos, aqueles que não se conformam com que se encerrem e se expulsem os que vêm pedindo trabalho e cidadania, aqueles que ocupam as casas e os edifícios que o mercado considera de pouco valor e que eles convertem em ilhas de liberdade, de amor e de riqueza humana, aqueles que seguem mostrando desconfiança pelas leis e associações que protegem a privatização das idéias, aqueles que se penduram em pontes para protestar, não só pela extinção das baleias, senão, assim mesmo, por alguma reunião de poderosos que se juntam para assentar as bases de novos assassinatos e novos genocídios legitimados pelos “amigos”... A universidade deve seguir sendo a casa dos que lutam por aumentar as garantias que aqueles que trabalham por conta alheia nunca poderiam esquecer. A universidade deve ser o lugar onde esses “inimigos” tenham pelo menos um espaço de amizade, de companheirismo, de pensamentos livres e atrevidos e ousados e subversivos. Essa barricada, quisera legá-la aos inimigos desse sistema castrador de mentes, de asas, de vontade de ser *Ícaros* que não se conformam com voar pelo “justo meio”. Uma pequena, minúscula, humilde barricada para nos reunir com as pessoas humilhadas e ofendidas pelos professores de lógica e os açambarcadores de títulos que não vêem mais que o que têm diante de seus atrofiados narizes. E quero que Dulce Martín Torcecki organize estes fragmentos escritos em meio do medo e que faça o que quiser com as paredes da casa que os dois chamamos Babilônia. E quero que Carol Proner veja que a barricada pode servir para algo em um mundo cheio de campos de batalha e reorganize os meios que andam por aí dispersos. E quero que Xixo saque uns minutos de suas múltiplas obrigações e nunca deixe de recordar ao mundo que ele foi um dos primeiros a construir a barricada. E quero que Marcelo, meu grande amigo, ajude Dulce a limpar

Babilônia de qualquer excesso de estímulos e plante árvores por meio mundo e que, em cada ramo e em cada raiz e em cada flor, coloque uma recordação dessas aventuras que temos percorrido juntos. E quero que Vicente siga sendo o que é, um grande amigo de seus amigos e um companheiro fiel na construção de outros espaços nos quais as pessoas que ambos queremos e amamos possam atravessar com a cabeça erguida.

PESQUISA-AÇÃO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA COMUNIDADE SANTA BÁRBARA I, MONTES CLAROS-MG: UM CAMINHO PARA REVITALIZAÇÃO AMBIENTAL PROPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

PAULO CÉSAR VICENTE LIMA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

JUSSARA MACHADO JARDIM ROCHA
Profª. Drª do Instituto de Ciências Agrárias da Universidade Federal de Minas Gerais

LÍDIA PRAÇA
Membro do Núcleo Interinstitucional de Ações e Estudos Ambientais do Norte de Minas - NIEA-NM

KÊNIA MÁXIMO
Graduanda em Agronomia - Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO: Esta pesquisa-ação objetivou verificar a percepção ambiental de moradores da Comunidade Santa Bárbara I, localizada na bacia do rio Pacuí, em Montes Claros – MG, afluente do rio São Francisco, a fim de subsidiar projeto de educação ambiental para essa comunidade. O projeto foi proposto pelo Núcleo Interinstitucional de Ações e Estudos Ambientais do Norte de Minas (NIEA-NM), articulado pela Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do rio São Francisco – Sub-bacia do rio Verde Grande, por entender que a educação ambiental é um dos caminhos para a mudança de hábitos da sociedade. Verificou-se que os moradores de Santa Bárbara I têm consciência dos problemas ambientais que ocorrem na comunidade, no entanto, a maioria não pratica ações que possam minimizar esses impactos, principalmente aqueles ocorridos nos corpos d'água, necessitando, então, de ações educativas que promovam a mudança de hábitos dessa população.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa-ação; extensão rural; metodologia participativa; Lei nº 9.795.

ABSTRACT: The present action research was carried out to verify the environmental perception of inhabitants of the community known as Santa Bárbara I, located along

the basin of the River Pacuí, in Montes Claros – MG, Brazil, an affluent of the River São Francisco, with the aim of providing data for the Environmental Education Project for that community. The project was designed by the Nucleus of Interinstitutional Environmental Actions and Research of Northern Minas Gerais (NIEA-NM), together with the Coordination of the Public Prosecution Offices Specialized in the Defense of River São Francisco – River Verde Grande sub-basin area, since environmental education is one of the paths to change society's habits. One verified that inhabitants of Santa Bárbara I are aware of environmental problems of the community, however, most of them do not perform actions in order to minimize the impacts, specially those that happened in the rivers. Thus, one concludes that it is necessary to adopt educational measures to promote the change of habits of this population.

KEY WORDS: Action reasearch; rural extension; participative methodology; Law nº 9.795.

SUMÁRIO: 1. Introdução e justificativa. 2. Metodologia. 3. Resultados. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução e justificativa

A Política Nacional de Educação Ambiental, Lei nº 9.795, de 28 de abril de 1999, configura um marco, por ter proporcionado a legitimação da Educação Ambiental (EA) como política pública no sistema de ensino brasileiro. Essa lei distinguiu a educação ambiental como um componente urgente, essencial e permanente em todo o processo educativo formal e também não-formal, que pode ser realizado, por exemplo, por órgãos públicos e empresas privadas.

A educação ambiental é um instrumento para melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, uma vez que busca formar cidadãos conscientes de sua importância na conservação do meio ambiente com a conseqüente mudança de hábitos ecologicamente incorretos.

Por estar imbuído desses objetivos, o Núcleo Interinstitucional de Ações e Estudos Ambientais do Norte de Minas (NIEA-NM) reconhece que a Educação Ambiental (EA), , assume, cada vez mais, a função transformadora, na qual a co-responsabilização dos indivíduos torna-se um objetivo essencial para promover o desenvolvimento que seja sustentável. Entende-se, portanto, que a EA é condição necessária para modificar um quadro de crescente degradação ambiental, a qual, como diz Tamaio (2002), converte-se em mais uma ferramenta de mediação necessária entre culturas e comportamentos diferenciados e os interesses de grupos sociais para a construção das transformações desejadas.

Nesse processo o educador ambiental tem a função de mediador na construção de referenciais ambientais e deve ser capacitado para usá-los como instrumentos

com o fim de alcançar a educação para com o meio ambiente. No entanto, estudos demonstram que há uma defasagem entre a teoria e a prática da educação ambiental. Brugger (1994) mostra que a EA tem-se resumido a um adestramento, no qual os alunos são treinados para repetir certos *clichês*. Leonardi (1999) comenta que, apesar de haver clareza quanto aos objetivos da educação ambiental, ainda há grande dificuldade quanto a sua execução e Grun (2000) diz que são raras as preocupações a respeito das bases conceituais e epistemológicas sobre as quais a EA deve se desenvolver.

Nesse tempo em que ocorre a reestruturação da extensão rural no Brasil, a pesquisa-ação está sendo retomada enquanto linha de pesquisa associada a diversas formas de ação coletiva com objetivo de transformação social. Sabe-se das dificuldades a serem encontradas devido à complexidade das bases epistemológicas, tanto da extensão rural quanto da educação ambiental. No entanto, essa pesquisa-ação poderá contribuir fornecendo subsídios para a revolução epistemológica proposta para as ciências e para a efetivação de políticas públicas visando à transformação social no meio rural.

Nesse sentido, o NIEA-NM propôs o desenvolvimento da pesquisa-ação, na qual a educação ambiental deve ser concebida enquanto processo educacional em que se abordam temas e se desenvolvem ações que promovam mudanças de atitudes para com o meio ambiente e reflexões acerca das relações socioeconômicas da sociedade, resultando em novas formas de convivência social e qualidade ambiental na bacia hidrográfica do rio Pacuí, afluente do rio São Francisco. Reforçando as idéias de Freire (1983) com relação à metodologia pesquisa-ação, nesse contexto, é possível visualizar a presença de uma práxis que promova o encontro dos sujeitos cognoscentes, mediatizados pelos *diversos mundos* num processo dialogado.

Neste artigo, abordam-se, principalmente, as primeiras fases metodológicas para a elaboração do Projeto de Educação Ambiental para a Comunidade Santa Bárbara I, a ser desenvolvido em parceria com a Escola Municipal Manoel Pereira do Nascimento, com ações de EA formal e não-formal.

2. Metodologia

Por ser pesquisa-ação, a metodologia será descrita detalhadamente a fim de contribuir para outros trabalhos sob essa perspectiva.

A pesquisa-ação, de acordo com Thiollent (2004), é concebida e realizada em estreita associação com uma ação ou com a resolução de problemas de ordem coletiva. Os pesquisadores e os participantes representativos da situação ou do problema a ser resolvido estão envolvidos de modo cooperativo ou participativo. Assim, a pesquisa-ação e também a pesquisa participante são vistas como formas de engajamento sociopolítico a serviço da causa das classes populares.

Nesse sentido, é de grande importância a escolha dos sujeitos da pesquisa, envolvendo características que englobem questões operacionais do projeto-ação. A comunidade Santa Bárbara I foi escolhida para esta pesquisa-ação por se localizar na alta bacia hidrográfica do rio Pacuí, afluente do rio São Francisco, e também por abrigar a Escola Municipal Manoel Pereira do Nascimento, que oferece os ensinos fundamental e médio e atende alunos das comunidades denominadas Montes Sião, Abóboras, Palmito, Mato Seco, Santa Bárbara II (Beira-rio), Bico da Pedra e Riacho do Meio, totalizando cerca de 400 estudantes, potencializando, assim, o alcance das ações de educação ambiental voltadas para a revitalização dessa bacia. Um fator operacional importante foi a distancia da comunidade da sede municipal de Montes Claros. O fato de a comunidade estar a 8 km da sede de Montes Claros-MG e possuir facilidade de transporte – ônibus ou veículo – e menor tempo no percurso foi também relevante para a sua seleção, possibilitando que as pesquisadoras estivessem semanalmente na comunidade.

Tendo em vista que devem ser desenvolvidas, concomitantemente, a pesquisa e as ações para a educação ambiental, é necessário, primeiramente, conquistar a confiança da comunidade no grupo de pesquisa, pois ela é a chave para a sua adesão ao projeto de educação ambiental. Desse modo, a fim de apresentar o grupo de pesquisa, demonstrando suas intenções e capacidade de trabalho, foram feitas visitas com assiduidade semanal, permanecendo o grupo na comunidade, e realizadas ações contínuas visando ao início dos trabalhos.

Nesta pesquisa-ação uma das premissas é o imperativo de contemplar a participação popular em todas as suas fases. A partir do princípio de que o poder emana do povo, a participação popular deve permear todo o processo de ações para o desenvolvimento social, nas quais está incluída a educação ambiental, pois em muitos casos, é através da união do povo que surgem projetos e manifestações que fazem a diferença, nesse caso, de desenvolvimento socioambiental.

A Constituição Federal Brasileira (1988) aborda a participação popular na gestão pública brasileira, em especial na gestão ambiental, sendo de grande importância, uma vez que a anuência dos cidadãos às ações de instituições e/ou do poder público refletem historicamente na melhoria da qualidade de vida da população.

Desse modo, a participação da comunidade é um ato interativo entre ela e o grupo de pesquisa e é de grande importância para a efetividade do projeto, pois busca a reflexão-ação, característica dos processos marcados pela participação ativa dos sujeitos envolvidos e pela valorização do saber local que se inter-relaciona ao saber científico.

Segundo Thiollent (1988) e Vasconcellos (1998), as metodologias participativas vêm dando suporte teórico às pesquisas-ação, as quais procuram conhecer e intervir em dada realidade, de forma conjunta, entre os proponentes e os beneficiários das propostas, considerando as dimensões históricas, éticas, políticas e socioculturais do conhecimento.

Considerando o princípio da participação, o primeiro passo metodológico para a elaboração do projeto-extensão Educação Ambiental da Comunidade Santa Bárbara I foi a realização de visitas à comunidade pelo grupo de pesquisa. Essas visitas tiveram os objetivos de conhecer o território da comunidade, identificar problemas ambientais, fotografá-los e localizá-los por meio do GPS; identificar lideranças locais, conhecer as direções da associação comunitária e da escola municipal e convidá-los para a parceria no projeto de educação ambiental.

Nessas visitas, identificou-se uma moradora que se ofereceu para participar do grupo de pesquisa por pretender atuar ambientalmente na comunidade e por ser a representante de Santa Bárbara I no Conselho Consultivo do Parque Estadual Lapa Grande,[1] localizado no entorno da comunidade. A pedagoga da Escola Municipal também se interessou em participar do grupo de pesquisa.

O segundo passo metodológico foi a participação do grupo de pesquisa na reunião da Associação Comunitária de Santa Bárbara I, a fim de apresentar a proposta do projeto de educação ambiental, possibilitando discussões sobre ele e eventuais sugestões.

Com essas primeiras ações metodológicas, o grupo de pesquisa privilegiou a participação da comunidade, pois, conforme comenta Saule-Júnior (1997), o princípio da participação popular tem como elemento, para identificar o seu cumprimento, o exercício do direito à igualdade, não devendo haver exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisão de interesse da coletividade.

Para Haguete (1999), a pesquisa-ação recusa a idéia de distanciamento do sujeito e do objeto pesquisado, o que remete à necessidade de inserção do pesquisador no meio, como também da participação efetiva da população pesquisada no processo de geração do conhecimento, concebido como um processo de educação coletiva.

Essa autora diz ainda que essa metodologia parte do princípio ético de que a ciência não pode continuar sendo apropriada por grupos dominantes, conforme tem ocorrido historicamente, mas deve ser socializada em seu processo de produção e uso.

Nessa etapa metodológica, definiu-se a composição do grupo de pesquisa: o promotor de Justiça Dr. Paulo César Vicente de Lima, Coordenador do NIEA-NM, a professora do Instituto de Ciências Agrárias (ICA) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Jussara Machado Jardim Rocha, a mestranda em Desenvolvimento Social na Universidade Estadual de Montes Claros Lídia Praça, a discente de Agronomia do ICA/UFMG Kênia Máximo da Silva, a moradora de Santa Bárbara I Maria da Conceição Andrade de Souza Oliva e a Pedagoga Sônia Maria Oliveira, da Escola Municipal Manoel Pereira do Nascimento.

[1] O Parque Estadual da Lapa Grande tem como objetivos proteger e conservar o complexo de grutas e abrigos da Lapa Grande. A região abriga os principais mananciais de fornecimento de água para a comunidade de Montes Claros e dos municípios vizinhos. Esse parque abriga extenso patrimônio natural e arqueológico, formado por cerca de 35 grutas, com destaque para a Lapa Grande.

Outra técnica metodológica também aplicada nesta pesquisa foi a freqüência do grupo de pesquisa na comunidade. A fim de promover a confiança dos moradores de Santa Bárbara I no grupo de pesquisa e buscar motivação e empenho para o desenvolvimento do projeto, de forma sistemática, semanalmente, o grupo de pesquisa se fazia presente na comunidade promovendo ações.

A terceira etapa metodológica consistiu em desenvolver uma pesquisa de percepção com os moradores de Santa Bárbara I. Os objetivos desta pesquisa foram: verificar a percepção dos problemas ambientais, listá-los e hierarquizá-los, a fim de subsidiar os objetivos do projeto de educação ambiental formal e não-formal a ser desenvolvido nessa comunidade.

Cada indivíduo percebe, reage e responde diferentemente em face das ações sobre o meio. Dessa forma, o estudo da percepção ambiental tem sido de fundamental importância para compreender as inter-relações entre o homem e o ambiente, a partir de suas percepções, suas expectativas, seus anseios, suas satisfações e insatisfações, bem como por meio de seus julgamentos e condutas.

Foi verificado na Associação dos Moradores do Vale do Pacuí que a comunidade é formada por 120 famílias, as quais residem ou são *chacreiros* – conforme denominação local –, sendo que todos participam da associação. Assim, optou-se por uma amostragem de 20% do total de famílias, mas de modo a contemplar todo o território de Santa Bárbara I, de acordo com o seguinte critério: longe e próximo do centro da comunidade; longe e próximo do leito do rio Pacuí; longe e próximo da estrada.

Essa estratificação territorial ocorreu em função da localização das moradias na comunidade Santa Bárbara I, pois esse fato pode influenciar na pesquisa de percepção ambiental, uma vez que cada indivíduo percebe e interpreta os fatos segundo sua bagagem cultural, social, intelectual e econômica. Para essa espacialização, foram considerados os seguintes elementos físicos e naturais: o rio Pacuí; a estrada; o centro da comunidade, no qual se localiza a Escola Municipal, o comércio e o ponto de ônibus, os quais podem ter representação social distinta para cada um dos moradores.

Ao realizar essas entrevistas semi-estruturadas, em contatos individuais com os moradores, promoveu-se uma aproximação entre eles e o grupo de pesquisa, buscando motivá-los para a participação no projeto de educação ambiental.

O diagnóstico da percepção ambiental da comunidade de Santa Bárbara I foi predominantemente qualitativo, realizado pelas técnicas *conversas informais* e *entrevistas semi-estruturadas*, conforme descreve Richardon (1985). Assim, as entrevistas foram feitas de modo a buscar aproximação com o(a) entrevistado(a), respeitando e valorizando o seu conhecimento e seus hábitos culturais, a fim de deixá-lo(a) descontraído e, assim, motivado para participar da pesquisa.

A estrutura da entrevista contou com a identificação do entrevistado por elementos básicos, tais como sexo, idade, tempo que mora na comunidade e ocupação. E, para o conhecimento da percepção ambiental dos entrevistados, buscaram-se questionamentos diretos e simples: 1) o que é bonito em Santa Bárbara; 2) o que é feio em Santa Bárbara; 3) o que pode melhorar no meio ambiente de Santa Bárbara; 4) o que pode ser feito para melhorar e 5) por quem pode ser feito.

A metodologia desta pesquisa-ação busca privilegiar a aproximação da comunidade Santa Bárbara I sob duas bases que, de acordo com Bordenave (1987), são complementares. Na base afetiva, sente-se prazer em desenvolver ações com os outros e, na base instrucional, demonstra-se que fazer algo em grupo é mais eficaz e eficiente do que fazê-lo sozinho. Sobre esse aspecto, Dallari (1983) completa que, nesse entendimento, está aquele de que a força do grupo compensa a fraqueza do indivíduo.

3. Resultados

O primeiro resultado obtido com a metodologia dessa pesquisa-ação é a motivação da comunidade para participar do projeto de educação ambiental: Educação Ambiental: Reconstruindo a Harmonia do Homem com a Natureza.

Por meio da pesquisa, verificou-se que a maioria dos moradores da comunidade Santa Bárbara I é adulta, com idades entre 30 e 60 anos e que, apesar de estar no meio rural, a maioria (77,3%) dos entrevistados não são agricultores, sendo a renda familiar obtida por aposentadoria, bolsa-família, empregos públicos municipais e empregos nos sítios e fazendas próximos.

Verificou-se que a população de Santa Bárbara I tem grande afeição pelo seu território, pois cerca de 50% dos entrevistados são naturais dessa localidade, outros optaram por ali residir, pelo fato de o local ser arborizado e calmo, ou, ainda, por um dos cônjuges ser natural da comunidade.

A maioria (95,5%) dos entrevistados diz valorizar a paisagem natural, tendo citado elementos naturais como algo "bonito"; apenas um entrevistado se referiu à escola municipal local como sendo um lugar "bonito", fazendo alusão à paisagem construída. Concluiu-se que os moradores de Santa Bárbara consideram a comunidade como um *lugar* ao qual são atribuídos valores e sentimentos, há um relacionamento de topofilia (TUAN, 1984), ou seja, há laços afetivos com o seu meio ambiente, os moradores se sentem *parte integrante* da comunidade Santa Bárbara I.

Tuan (1984) diz que:

> [...] mais permanentes e mais difíceis de expressar são os sentimentos que temos para com um lugar, por ser o lar, o lócus de reminiscências e o meio de se ganhar a vida. A topofilia não

> é a emoção humana mais forte. Quando é irresistível, podemos estar certos de que o lugar ou meio ambiente é o veículo de acontecimentos emocionalmente fortes ou é percebido como um símbolo. (TUAN, 1984, p. 107).

Esse sentimento topofílico é corroborado com os resultados do questionamento com relação ao *o que há de feio na comunidade*. A maioria está descontente com a disposição de lixo nas estradas e com os desmatamentos e erosões, ações que resultaram em impactos ambientais. Outros entrevistados (13%) citaram a praça como um local feio, por não ser arborizada.

Ao serem questionados sobre o que poderia melhorar na comunidade, 36,4% mencionaram a praça, 40,9% se queixaram do lixo e do desmatamento e 9% mencionaram a estrada.

Quando os entrevistados foram questionados sobre o que poderia ser feito para as pessoas se educarem *ambientalmente*, 13,6% deles disseram que poderiam ser realizadas palestras para a população, ser fornecida assistência técnica aos agricultores e serem elaboradas ações que conscientizassem os moradores e agricultores da importância de cuidar do meio ambiente.

4. Conclusão

Concluiu-se que a proposta de pesquisa-ação em Santa Bárbara I foi pertinente, pois os moradores esperam o desenvolvimento de ações para a revitalização ambiental dessa comunidade localizada na bacia hidrográfica do rio Pacuí.

Concluiu-se, também, que a metodologia para primeira etapa da pesquisa-ação foi adequada ao privilegiar a participação popular, a presença sistemática do grupo de pesquisa na preparação das ações a serem desenvolvidas junto aos moradores e a escola municipal, conciliando técnicas de pesquisa participativa e ações de extensão rural.

A fim de contemplar os anseios dos moradores, o projeto de Educação Ambiental: Reconstruindo a Harmonia do Homem com a Natureza será desenvolvido abordando os temas disposição inadequada do lixo, desmatamento e adequação ambiental da praça de Santa Bárbara I.

5. Referências bibliográficas

BORDENAVE, Juan D. *O que é participação*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BRASIL, Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil* – 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRUGGER, P. *Educação ou adestramento ambiental?* Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 1994. 159p. (Coleção Teses).

DALLARI, D. A. *O que é participação Política*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FREIRE, P. *Extensão ou Comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GRUN, M. *Ética e Educação Ambiental*: a conexão necessária. 2. ed. Campinas: Papirus, 2000.

HAGUETE, T. M. F. *Metodologias Qualitativas na Sociologia*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LEONARDI, M. L. A. A Educação Ambiental como um dos instrumentos de superação da insustentabilidade da sociedade atual. In: CAVALCANTI, C. (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. São Paulo: Cortez, 1999.

RICHARDSON, J. R. *Pesquisa Social*: Métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1985.

SAULE-JÚNIOR, N. O tratamento constitucional do Plano Diretor como instrumento de política urbana, In: FERNANDES, E. *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TAMAIO, I. *O professor na construção do conceito de natureza*: uma experiência de Educação Ambiental. São Paulo: Annablume, 2002.

THIOLLENT, M. *Crítica Metodológica, investigação e Enquête Operária*. 13. ed. São Paulo: Cortez. 2004.

THIOLLENT, M. *Metodologia da pesquisa-ação*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1988.

TUAN, Y. F. *Topofilia*: um estudo da percepção, atitudes e valores do meio ambiente. DIFEC. São Paulo, 1984.

VASCONCELLOS, H. S. R. de. A pesquisa-ação em projetos de educação ambiental. In: PEDRINI, A.G. (Org). *Educação ambiental*: reflexões e práticas contemporâneas. Petrópolis: Vozes, 1998.

ANÁLISE SOBRE A REINCIDÊNCIA CRIMINAL NA ABORDAGEM COMPORTAMENTAL[1]

MIRIAM SANSONI TOROSSIAN
Advogada

RESUMO: O objetivo do presente artigo é discutir a questão da violência, especialmente o fenômeno da reincidência criminal, tendo por base a análise do comportamento. A partir dessa discussão, duas hipóteses foram levantadas: a ausência de agentes punidores ou a privação social imposta. Ambos os fatores contribuem para a ação da reincidência, pois atualmente o sistema prisional não prevê o ensino de respostas que visem à *reinserção* do indivíduo na sociedade após o cumprimento de sua pena. Tal sistema visa apenas excluir temporariamente o indivíduo da sociedade, deixando-o à mercê desta quando estiver solto.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência; reforço imediato; privação social; ausência de agentes punitivos.

ABSTRACT: The present article discusses the violence issue, especially the criminal recidivation phenomena based on the Radical Behaviorist Theory. From this discussion, two hypotheses were raised to explain the recidivation: the absence of punishing agents or the imposed social privation. Both factors seem to contribute to relapsing into crime, since the current prison system does not foresee the teaching of responses that seek the reinsertion of an individual into society after the accomplishment of the sentenced time. Such system aims only to temporaly exclude that individual from society, leaving him/her at the mercy of this same society when released.

KEYWORDS: Recidivation; immediately reinforcement; social privation; absence of punishment.

Antônio está desempregado, como milhares. Diariamente, sai às ruas do Centro de São Paulo (que já conhece de ponta a ponta) em busca de emprego. Lê os jornais avidamente, não só em busca de ofertas de emprego, mas, sobretudo, para manter-

[1] Artigo originalmente publicado no Periódico *Psicólogo In*formação, Ano 10, nº 10, jan./dez. 2006.

se atualizado sobre os destaques do momento. Conversa com desenvoltura, gosta de vestir-se bem e sonha em cursar Direito. Um homem comum, como milhares. Mas este homem comum tem de incomum (nem tanto) o fato de ser um egresso do sistema penitenciário. Sem família e sem emprego ("Na entrevista pedem a ficha de antecedentes e aí eu sei que não vou ser contratado"), às vezes passa a noite ao relento. Ele costuma dormir numa pensão próxima à Estação da Luz (R$7,00 a diária). Procura fazer ao menos uma refeição completa todos os dias (um prato feito a R$ 2,50). Porém, há dias em que ele deve optar: a comida ou a cama.

De acordo com o Instituto Ethos e o Conselho de Cidadania do Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo, o serviço público de atendimento a egressos não consegue atender mais que 5% da demanda. Portanto, muitos "Antônios" ficam à mercê da própria sorte (JORNAL DO ADVOGADO, 2003).

Ainda de acordo com essas fontes, mensalmente, no Estado de São Paulo, são "despejados" do sistema penitenciário algo em torno de quatro mil pessoas, sem nenhum apoio para sua reinserção na sociedade.

Financiado pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2001 surgiu o projeto "Clareou", que presta assistência jurídica, psicológica e social a egressos, além de organizar oficinas e cursos de capacitação profissional. Por ali passam cerca de 800 egressos todos os meses, buscando principalmente cursos profissionalizantes com a finalidade de obter melhores possibilidades de recolocação profissional. As vagas, no entanto, são limitadas, pois o projeto depende de convênios que nem sempre são firmados.

A grande questão que se coloca é: sem família e sem emprego, qual o caminho que os "Antônios" poderão tomar para sua reinserção?

Os dados do sistema penitenciário (JORNAL DO ADVOGADO, 2003) apontavam em dezembro de 2002 um índice de reincidência da ordem de 53%, ou seja, dos 88.839 presos, 43.889 eram reincidentes. Assim, muitos "Antônios" "optam" pelo retorno ao crime.

O presente trabalho busca analisar a questão da violência e, particularmente, o fenômeno da reincidência no crime, com base na análise do comportamento.

Para tanto, partimos do seguinte contexto: por que o sujeito volta a delinqüir? Pela ausência dos agentes punidores (uma vez livre dos cárceres) ou pela privação que lhe é socialmente imposta (alimento, emprego, lazer, moradia, saúde etc.)? Tanto os agentes punidores quanto a privação socialmente imposta poderiam ser considerados estímulos aversivos; isso porque, em geral, os indivíduos tendem a emitir respostas que eliminem tais estímulos. Essas respostas podem fazer parte do chamado comportamento agressivo.

Segundo Capelari e Fazzio (1999), o comportamento agressivo está associado com a apresentação de estimulação aversiva a outro organismo. Diante dessa estimulação, o organismo provavelmente terá um de dois comportamentos: fuga ou esquiva.

Tendo em vista as contingências presentes no mundo contemporâneo, particularmente nas grandes cidades, a exemplo de São Paulo, observamos a predominância do controle aversivo como forma de interação (ANDERY; SÉRIO, 1999). E nem sequer nos apercebemos desse controle: não descrevemos como agressivos os mais diversos estímulos aos quais estamos expostos. Ou, por outro lado, podemos simplesmente ter uma resposta de fuga ou esquiva diante de um suposto estímulo aversivo, de uma imaginária ameaça. Assim, a população em geral evita trafegar por determinadas vias em horas específicas, particularmente à noite (esquiva) ou, estando em seu veículo, diante da abordagem de um indivíduo, simplesmente fecha a janela do automóvel (fuga); não presta assistência a uma pessoa caída na rua e tantos outros exemplos que deixam patente o controle aversivo que rege as relações.

Segundo Vânia Siqueira, coordenadora da Comissão de Direitos Humanos do CRP de SP: "Vivemos num mundo em que o vínculo social e os projetos coletivos estão em declínio, levando as pessoas à depressão e ao isolamento. Elas não conseguem ver o outro como um semelhante, mas como um diferente que personaliza o mal e que, obviamente, se torna uma ameaça" (JORNAL DE PSICOLOGIA, 2000). Assim, não enxergamos outras possibilidades de interação.

Concomitantemente, a sociedade clama por mais justiça e maior punição aos criminosos. Parte significativa da opinião pública apóia, por exemplo, o rebaixamento da idade penal. Contudo, não se dá conta de que medidas como essa fazem apenas aumentar a intensidade do estímulo aversivo, que, por sua vez, gera controle também aversivo (ANDERY; SÉRIO, 1999).

Corroborando essa afirmação, basta lembrar um episódio ocorrido em junho de 2000, no Rio de Janeiro. O jovem Sandro do Nascimento, no seqüestro de um ônibus da linha 174, morreu causando a morte também da professora Geisa Firmo Gonçalves. Sandro foi um dos sobreviventes da chacina da Candelária. Lamentavelmente, o público foi estimulado a lastimar não ter este jovem sido executado sumariamente naquela chacina (JORNAL DE PSICOLOGIA, 2000). Contudo, o que podemos inferir é que Sandro, em resposta à violência sofrida anteriormente, reagiu por meio da contra-agressão.

Como bem acentuam Namo e Banaco (1999, p. 193): "[...] pode-se entender a disseminação da violência como uma reação em cadeia, na qual aceita-se a agressão de quem é mais forte e passa-se a agredir aquele que é mais fraco".

A sociedade, no afã por proteção, acaba se isentando social e politicamente (ANDERY; SÉRIO, 1999). Ou, ainda, preferindo "tirar da frente" aquele que lhe está sendo estorvo, em vez de investir em estruturas que em longo prazo possam

efetivamente resolver o problema. “O reforço imediato é mais poderoso que o a longo prazo” (NAMO; BANACO, 1999, p. 204), e é esse poder do reforçamento imediato que produz “efeitos desastrosos para a sociedade a longo prazo” (TODOROV; MOREIRA, 2004, p. 28).

Nesse contexto, o egresso do sistema prisional pode ser visto apenas como mais um estorvo. Tendo uma vez delinqüido, não importa sob quais condições, ele carregará esse estigma.

Como apontam Andery e Sério, esse estigma pode ser formado e mantido pelo estabelecimento de relações operantes e respondentes: “Através de relações respondentes e operantes, a utilização de estímulos aversivos, gradual e sistematicamente, aumenta o número de estímulos aversivos em nosso ambiente, tornando estímulos originalmente `neutros´ e até mesmo originalmente reforçadores em estímulos aversivos” (1999, p. 438).

Assim é que os egressos, que possuem uma folha de antecedentes “suja”, muitas vezes “convertem-se” em estímulos aversivos, pelo simples fato de um dia terem cometido um crime. Ainda que por ele tenham pago, dificilmente terão uma chance de emprego.

Sem nenhum apoio para sua reinserção na sociedade, socialmente privados, não estarão mais motivados a delinqüir? Consoante Skinner (1938, 1953 apud CUNHA, 1999), medimos a motivação a partir de um aumento ou uma diminuição da freqüência de resposta. Esse aumento ou diminuição ocorre a partir do estabelecimento de operações de privação, saciação e estimulação aversiva e dependerá das conseqüências que seguirem às respostas emitidas. Assim, um sujeito que é privado de reforçadores positivos pode aumentar sua freqüência de resposta no sentido de obter esses reforçadores; no caso presente, o sujeito que está socialmente privado, pois não importa a resposta que emita, não tem acesso a reforçadores positivos e volta a delinqüir. O fato de não obter os reforçadores positivos, independente da resposta que emitir, pode ser uma situação aversiva para o sujeito, colaborando para a reincidência.

A máxima “o reforço imediato é mais poderoso que o em longo prazo” (NAMO; BANACO, 1999) também aqui se aplica. Para ter acesso a reforçadores positivos, é possível que o egresso reincida no crime.

Por outro lado, ainda por essa máxima, consideramos que seja possível que o que tenha levado o sujeito a delinqüir tenha sido exatamente o imediato acesso aos reforçadores positivos. Mas, em tendo cometido um delito, sofrerá as sanções da Justiça. Conforme Sidman (1995, p. 81), “Justiça passou a significar punição”.

Ele será então punido, encarcerado, e sofrerá todas as coerções que o sistema permite. A punição funcionará?

Segundo Sidman (1995), a punição apenas ensina o que não fazer; assim, não se sabe quais seriam as decorrências da sua utilização. A punição tem por objetivo diminuir a emissão de uma resposta indesejável. Encarcera-se um criminoso a fim de que ele pare com a emissão de respostas que causam dano à sociedade, ou seja, criminosas; pune-se para que ele não mais viole as leis e a sociedade. Ocorre que se trata apenas de uma supressão da sua presença na sociedade – ele é "arrancado" da sociedade e não se lhe ensina o modo correto de agir.

Para analisar esse contexto, vale inserir o conceito de metacontingência como unidade de análise. Segundo Todorov e Moreira (p. 26, 2004),

> Metacontingências envolvem essencialmente contingências determinadas. O elo de união de comportamentos individuais em uma metacontingência é a conseqüência a longo prazo que afeta toda a sociedade. São essas conseqüências que ligam as ações do dia-a-dia de diferentes pessoas e *que podem ser controladas pelas regras da sociedade*.

Assim, os Códigos Penal e de Processo Penal, por exemplo, definem as metacontingências que controlam a sociedade. Nesses códigos, temos metacontingências cerimoniais (as que garantem a manutenção do *status quo*) e metacontingências tecnológicas (cuja proposta é determinar regras específicas, providenciar conseqüências imediatas para a sua observância e avaliá-las, bem como as conseqüências). Em função do resultado no controle do comportamento, porém, infere-se que, em sua grande maioria, é cerimonial.

Ocorre que, exatamente pelo caráter cerimonial de manutenção do *status quo*, possibilidades de mudanças ou inovações são obstaculizadas (TODOROV; MOREIRA, 2004). Em decorrência, o que se vê na atualidade é um descompasso entre o ambiente e as regras sociais impostas, daí a importância das metacontingências tecnológicas, no sentido de avaliar essas regras continuamente.

Nesse contexto, talvez a medida ideal a ser tomada seria analisar as metacontingências em vigor e, a partir dessa análise, os códigos penal e de processo penal possam ser aplicados, aumentando a possibilidade de sucesso nessa aplicação. Afinal, da maneira como tais códigos têm sido aplicados, não tem havido um preparo para a reinserção do indivíduo na sociedade. Assim, uma vez livre do cárcere e, portanto, dos agentes punidores, qual será a R (resposta) do sujeito, sendo que são mantidas as contingências que vigoravam anteriormente?

Certamente, os programas adotados pelas instituições carcerárias não reeducam, ao contrário, parecem instalar patologias sociais.

Segundo Maria Tereza Claro Gonzaga, professora de psicologia e coordenadora do projeto na Universidade de Maringá (PR), em comparação com as penas privativas de liberdade, o sistema de penas alternativas apresenta um índice de reincidência

pequeno – no máximo 7%, medidos seis meses depois de cometido o delito (JORNAL DO ADVOGADO, 2003).

Ou seja, as penas alternativas, como por exemplo, as prestações de serviço à comunidade ou a entidades públicas têm sido mais eficazes que as penas privativas de liberdade no que tange à questão da reincidência.

Mais que a punição *per se* que segrega e viola, as penas alternativas revelam-se contingências mais educativas. Longe da prisão com sua superlotação desumana, o sujeito pode efetivamente aprender mais que o simples conjunto de regras básicas e necessárias para sua sobrevivência dentro da instituição (NAMO; BANACO, 1999).

A partir dessas reflexões, cremos que há uma conjunção de fatores operando para que um sujeito volte a delinqüir: se há uma desigualdade na distribuição de reforçadores (ANDREY; SÉRIO, 1999); se o reforço imediato é mais poderoso; se os agentes punidores (a instituição e seus atores sociais) não estão mais presentes; se a sociedade priva socialmente o egresso que, no mais das vezes, não conta com o apoio de qualquer programa social, temos aí todos os estímulos que podem efetivamente levar o sujeito de volta ao delito.

No lado mais fraco é onde mora o perigo,
Sangue no zóio e um trabuco nas mãos
Minha paciência está por um fio
É morte na certa para o perdedor!
(Bico do Corvo, Ratos do Porão, 1997)

Referências bibliográficas

AMORIM, C. A possibilidade de usar a análise do comportamento para analisar a violência na imprensa. In: KERBAUY, R.R.; WIELENSKA, R.C. (Orgs.). *Sobre comportamento e cognição*: Psicologia Comportamental e Cognitiva: da reflexão teórica à diversidade na aplicação. Santo André: Arbytes, 1999. p. 184-191.

ANDERY, M.A.P.A.; SÉRIO, T.M.A.P. A violência urbana: aplica-se a análise da coerção. In: KERBAUY, R.R.; WIELENSKA, R.C. (Orgs.). *Sobre comportamento e cognição*: Psicologia Comportamental e Cognitiva: da reflexão teórica à diversidade na aplicação. Santo André: Arbytes, 1999. p. 433-444.

CAPELARI, A.; FAZZIO, B.F.S. O estudo da violência no laboratório. In: KERBAUY, R.R.; WIELENSKA, R.C. (Orgs.). *Sobre comportamento e cognição*: Psicologia Comportamental e Cognitiva: da reflexão teórica à diversidade na aplicação. Santo André: Arbytes, 1999. p. 177-183.

CUNHA. R.N. Motivação: uma tradução comportamental. In: KERBAUY, R.R.; WIELENSKA, R.C. (Orgs.). *Sobre comportamento e cognição.* Santo André: Arbytes, v. 5., 1999. p. 74-78.

JORNAL DE PSICOLOGIA. São Paulo, a.18, n.122, maio/jun. 2000.

JORNAL DO ADVOGADO. São Paulo, n.273, set. 2003.

NAMO, D.; BANACO, R.A. Contribuições do modelo de coerção de Sidman para a análise da violência em São Paulo: relação com o contexto sócio-político-econômico. In: KERBAUY, R.R.; WIELENSKA, R.C. (Orgs.). *Sobre comportamento e cognição*: Psicologia Comportamental e Cognitiva: da reflexão teórica à diversidade na aplicação. Santo André: Arbytes, 1999. p. 192-205.

SIDMAN, M. *Coerção e suas implicações.* São Paulo: Psy, 1995.

TODOROV, J.C.; MOREIRA, M. Análise experimental do comportamento e sociedade:um novo foco de estudo. *Psicologia*: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 17, n.1, 2994, p. 25-29, 2004.

2

Artigo • 165
Comentário à Jurisprudência • 186
Jurisprudência • CD-ROM

Direito Penal

2 Artigo

UMA ABORDAGEM TRIDIMENSIONAL DO ESPAÇO DO CÁRCERE: DA CASA DE CORREÇÃO DA CORTE AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

ROBERTA DUBOC PEDRINHA
Advogada
Doutoranda em Sociologia Criminal no IUPERJ

RESUMO: Este trabalho parte de uma abordagem transdisciplinar acerca do cárcere, que nos leva a confrontar o sistema punitivo. A casa de correção da corte foi o primeiro modelo de pena no isolamento, instituída no Brasil, de 1833 a 1850. Essa casa inaugurou o sistema penitenciário brasileiro com o uso da fotografia como técnica de vigilância. Esse estabelecimento penal obrigou o indivíduo a se auto-regular pelo trabalho, disciplina imposta na ótica capitalista, propiciadora de uma interação entre dimensões espaciais e temporais. Mais adiante, comparativamente, é tomado o regime disciplinar diferenciado, inaugurado de 2001 a 2006, que se constitui na última novidade e sofisticação do isolamento carcerário. Trata-se da prisão dentro da prisão. O regime disciplinar diferenciado substitui a fotografia pela filmadora. Em tempos de desemprego, a violenta auto-regulação da imposição do trabalho ao indivíduo não interessa mais. O que vale é nada fazer. Assim, o isolamento retira o trabalho, transforma a ótica espacial e temporal, aniquila a subjetividade do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Casa de correção da corte; regime disciplinar diferenciado; cárcere; trabalho; tempo.

ABSTRACT: The present work attempts to use a transdisciplinary approach to discuss jail systems in Brazil, what leads one to question the correction system. The Royal Correction Institute was the first model of imprisonment used in Brazil from 1833 to 1850. This correction institution made its début in the Brazilian correction system by using photography as a surveillance technique. Individuals were forced to auto-regulate themselves by means of work, a discipline imposed on them by the capitalist view and that facilitated the interaction between temporal and spatial dimensions. Further, one compares it to the “differentiated” correction system, instituted from 2001 to 2006 and which is the utmost novelty and sofistication of imprisonment. It is a prison within one prison. The “differentiated” correction system substitutes photography by the film recorder. In times of unemployment, the severe

auto-regulation of work imposition is not interesting any more. One does nothing. Therefore, the isolation withdraws work, transforms the spatial and temporal concept and anihilates the subjectivity of the convict.

KEYWORDS: Royal Correction Institute; “differentiated” correction system; jail; work; time.

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias. 2. A implantação do espaço do isolamento e do tempo do trabalho na Casa de Correção da Corte. 3. A consolidação do isolamento, a supressão do trabalho e a prolação do tempo no espaço do regime disciplinar diferenciado. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Noções introdutórias

Vivemos tempos difíceis. Tempo de exacerbação do individualismo, de multiplicação da desigualdade social, de concentração do capital, do crescimento do consumo, de reificação da humanidade. Acompanhamos a difusão do sentimento de medo, a fomentação de novos inimigos, a construção de políticas criminais de extermínio e a expansão de um modelo penal de aniquilação das subjetividades. Diante desse cenário sombrio, surge o desamparo[1], como característica da atualidade, que reverbera o mal-estar (FREUD, 1997 e 1998; BAUMAN, 1998; BIRMAN, 2005).

O desamparo perpassa o sujeito, toma-lhe a subjetividade, apropria-se de sua existência. “A figura do desamparo está no fundamento do sujeito. Este agora assume uma feição trágica, marcado que seria pela finitude, pelo imprevisível e sem ter qualquer garantia absoluta para se sustentar. É o vazio e o abismo que estão permanentemente aos seus pés”. (BIRMAN, 2005, p. 43)

Frente à ruptura com Deus, à falta de garantia e segurança, à violência e barbárie, às dores e angústias, frente à morte, o sujeito busca o prazer. Em uma sociedade consumista, pós-industrial, neoliberal e globalizada, a tentativa de satisfação de todo o desamparo existencial vai incidir na aquisição desmesurada de coisas, chamadas de bens, sendo seu possuidor intitulado: o homem de bem. A busca de prazer passa a se traduzir na busca do supérfluo. O anseio em ter simplifica toda a complexidade humana, suas dúvidas, indagações, questionamentos, vontades e quereres, ao mero consumo de mercadorias, que ganham novas linhas, traços, desenhos industriais,

[1] O desamparo sedimenta-se com a ausência da figura paterna. Desde o século XVII e XVIII, a transformação estrutural do primeiro grupo nuclear, a família, restringiu o poder paterno. Paulatinamente, o aumento da demanda de atividades femininas, no espaço público, humilhou o homem. O desamparo se constitui na ruptura com outra figura paterna: Deus. Há a morte da figura de Deus. O rompimento com o divino traduz o fundamento simbólico do ideal de segurança e proteção. Romper com Deus e a figura do pai reverbera a cisão com todo o patriarcado. A morte de Deus lança o homem à própria sorte e assim cristaliza-se a imposição do desamparo, como base existencial da condição humana. O desamparo revela a fragilidade da subjetividade.

modelos de design. Desse modo, por elevados preços vende-se um pouquinho de felicidade, bem fugaz, até uma nova compra. Nesse processo se constrói a fetichização da mercadoria e a reificação humana.

De acordo com o psicanalista Joel Birman, ao se procurar compreender a essência humana, nota-se que o indivíduo deveria amar e ser amado. Já quanto às coisas deveriam ser simplesmente usadas. Porém, contemporaneamente, vivemos uma inversão disso. As coisas são amadas e as pessoas são usadas, reificadas. E não há nada que mais coisifique o ser humano do que o sistema penal, especialmente através da pena. Isso pode ser confirmado a partir de uma leitura histórica da penalogia. Segundo Ferrajoli (2000, p. 310):

> A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

Vale lembrar que uma das principais formas de se aferir o grau de civilidade de uma nação é verificando a forma como ela pune os seus piores criminosos. E, mundialmente, assiste-se à incivilidade punitiva, especialmente no Brasil, diante da imperatividade penal. Afinal, o Brasil é o quarto país do planeta que mais prende e tem a polícia que mais mata[2]. A nossa barbárie penal não é recente. Em 1850, foi instituída a Casa de Correção da Corte – CCC, o mais antigo modelo de penitenciária; em 2001, o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD; e sua possível nova versão, o RDD – MAX, em tramitação a partir 2006, é o mais novo modelo de prisão. Circunscrevemos com sangue e dor brutais punições que, pelo isolamento, maculam para sempre a nossa História.

2. A implantação do espaço do isolamento e do tempo do trabalho na Casa de Correção da Corte

A Casa de Correção da Corte é a mais antiga penitenciária do Brasil, no Rio de Janeiro, embora a mais antiga prisão seja a do Aljube, de 1731.[3] A Casa de Correção

---

[2] O primeiro país que mais prende no mundo é o Estados Unidos, com mais de 2,5 milhões de presos. Segundo os dados do DEPEN de 2005, a população carcerária brasileira é de 361 mil presos, como demonstra o site <http://www.mj.gov.br/depen>. Em meados de 2007 já superava os 400 mil presos; em 2008, os 500 mil apenados. Já quanto à Polícia Militar brasileira, conforme os dados do Justiça Global, mata três pessoas por dia.

[3] A cadeia do Aljube ficou pronta em 1731, localizava-se na antiga Rua do Aljube - hoje Rua do Acre, perto da Praça Mauá - antes da antiga Rua da Prainha, próxima ao Morro da Conceição. Inicialmente recebia alguns padres desviantes, em penitência. Depois, arruaceiros, vadios, mendigos, contrabandistas, cristãos novos, pobres. O termo Aljube vem do árabe al – jubb, que quer dizer cisterna, masmorra, cárcere. Como denota João do Rio, naquela região havia "[...] uma impressão de vago horror. À noite são mais densas

teve suas obras iniciadas em 1833, a partir dos fundos levantados pela Sociedade Defensora da Liberdade e da Independência Nacional, e ficou pronta em 1850.[4] Hoje é conhecida pelo Complexo Frei Caneca[5].

A Casa de Correção da Corte foi inspirada na Penitenciária de Auburn. Esse modelo preconizava elevado grau de disciplinamento, entre outras coisas: o uso de roupas com listras, a tosa dos cabelos e correntes nos pés. Já a marca registrada de Auburn consistia no isolamento e no trabalho. A prisão de Auburn teve sua construção iniciada em 1817, em seu projeto original estavam previstas 61 celas duplas. Mas, William Britten, seu primeiro diretor, transformou cada cela em solitária, com o intuito de manter o isolamento. Entendia que corrigiria e manipularia melhor os prisioneiros. Copiou a idéia do primeiro modelo prisional de isolamento, o filadélfico, de 1681. Assim, a proposta do isolamento se difundiu pela América e serviu de exemplo para o Brasil.

É interessante investigarmos o funcionamento do modelo prisional no Rio de Janeiro oitocentista, "[...] especialmente a partir da década de 1830, quando se inicia a construção da Casa de Correção da Corte, o marco primeiro do chamado processo de intervenção da Medicina Social no espaço carceral" (THIESEN) pois a Casa de Correção deveria se distinguir do Aljube, local sujo, escuro, úmido e infecto, e consistir em um espaço de correção, disciplina e restabelecimento da saúde mental. Seria o *locus* da transformação, da recuperação do criminoso.

Consoante o grande historiador Vainfas (2000), a noção de uma penitenciária com objetivos correcionais não era encontrada no Antigo Regime, pois ele preconizava a idéia de castigo, e não a de recuperação do apenado. Todavia, em fins do século XVIII, a prisão com fins corretivos foi se esboçando. Como alerta, Machado (1978) afirma que a Casa de Correção da Corte "[...] foi a primeira prisão a se dar como objetivo explícito à recuperação dos criminosos.", pois assistia-se ao depósito e confinamento do apenado, de maneira desordenada, em lugar insalubre, com a produção dos miasmas. A nova prisão propugnava limpeza, salubridade, disciplina e correção, pelos cânones científicos do discurso médico.

---

as sombras, as luzes mais vermelhas, as figuras maiores. Porque terá essa Rua um aspecto assim? Oh! Porque foi sempre má, porque foi ali o Aljube, ali padeceram os negros dos três primeiros trapiches do sal, porque ali a forca espalhou a morte!" (RIO, 1997, p. 58 e 59) O Aljube conduzia à forca, era o chamado Caminho dos Penitentes. Todavia, em razão do protesto dos beneditinos, em 1834 a forca foi desmontada, só sendo remontada em caso de necessidade. O Aljube perdurou até 1856, quando lotado e em péssimas condições foi transformado em uma Casa de Cômodos, uma vez que já havia sido construída uma Penitenciária, a Casa de Correção da Corte. Mais tarde, em 1906, de acordo com a historiadora Elizabeth Cardoso, foi demolido. (CARDOSO, 1987, p.159)

[4] A Sociedade Defensora da Liberdade e da Independência Nacional foi criada em 1831 e tinha o propósito de atuar como foro privilegiado de discussão das diretrizes para o Governo da Regência. Teve como membro Evaristo da Veiga. Esta sociedade conduziu muitos prisioneiros para trabalharem na construção da Casa de Correção.

[5] Cumpre lembrar que o Complexo Frei Caneca está sendo todo desativado. A Penitenciária Lemos Brito foi desativada em fins de 2006, resta ainda o Presídio Hélio Gomes. Em face de sua desativação ocorreu a expansão do Complexo Penitenciário de Bangu, afastando ainda mais os internos de seus familiares e das atividades laborativas vinculadas ao Centro da Cidade.

Muitos foram os dispositivos institucionais desenvolvidos na Casa de Correção da Corte que visavam ao controle do apenado. Merece destaque o panoptismo, ou olho que tudo vê, o qual partia da idéia central de um modelo de vigilância carcerária, que significava ver sem ser visto. (BENTHAM, 1987) Desse modo, a guarda tornava todos os apenados submetidos a uma permanente visibilidade, a um perpétuo controle. Ordenava o espaço prisional. Era a manifestação da função adestradora, disciplinar, que fazia uso da luz. O panoptismo se desenvolveu na Casa de Correção da Corte, destacou a presença constante de iluminação, como dispunha o Regulamento do estabelecimento penal: "Nos corredores das prisões haverá as luzes necessárias, para que não escape à vigilância dos guardas qualquer movimento dos presos" [6].

De qualquer forma, os apenados se submetiam a um controle auspicioso dos guardas, e estes se submetiam aos seus superiores, e estes últimos à Sociedade. Ou seja, o Regulamento da Casa de Correção da Corte, pelo Decreto nº 678, de 1850, em seu artigo 117, especificava a necessidade de meticulosa vigilância aos apenados, que devia culminar com a elaboração de um relatório mensal, por parte do diretor do estabelecimento, dirigido à Comissão Inspetora que, por sua vez, encaminhava ao Ministro, que finalmente enviava para a publicação na imprensa, atingindo toda a sociedade.

O poder disciplinar (FOUCAULT, 1979; 1996) predominava como estratégia de controle, adestrando os corpos, como fulcrado no mencionado Regulamento. Este possuía 168 artigos, que modelavam todo o funcionamento da prisão. O Regulamento esquadrinhava as divisões correcionais, compartimentalizava a administração prisional, estabelecia as funções, as sanções e recompensas dos apenados. Domesticava o comportamento com castigos, disciplinava os condenados pelo uso do uniforme, pela alimentação distribuída, pelo culto religioso ofertado. Identificava e classificava os internos pelo perfil e natureza do crime cometido.

Mas havia muitas outras formas de controle, como o das fichas disciplinares junto às fotografias dos respectivos internos. As informações da ficha e do retrato se complementavam, pois representavam o registro. O retrato inaugurou um dispositivo refinado de controle. Daí, verifica-se a importância da fotografia identificatória[7], como estratégia de vigilância e poder. Não sem motivo, Alphonse Bertilhon criou técnicas de identificação dos presos, através dos traços físicos, com o intuito de auxiliar na captura dos condenados fugitivos. Tal técnica ganhou o nome de bertilhonagem.

---

[6] Vale conferir o Decreto no. 678, artigo 138, de 1850. Contudo, o tradicional efeito da luz e contra luz, previsto nos esboços dos primeiros desenhos da arquitetura prisional de Bentham, cujo reflexo luminoso retiraria a visibilidade dos vigilantes pelos presos e deixaria estes últimos expostos à luz para os vigilantes, não se coadunava à Casa de Correção da Corte. Pois esta não seguia os projetos originais das plantas de Bentham, com estabelecimento penal inscrito em órbita circular ou elíptica. Inclusive, havia um boato de que o atraso na obra teria ocorrido em decorrência da dificuldade de adequação do projeto estrangeiro à execução da obra no Brasil.

[7] A fotografia identificatória utilizava-se do plano americano, retratava os condenados da cintura para cima. Desse modo, as fotografias consubstanciavam-se em retratos individuais e frontais.

Adequava-se aos preceitos lombrosianos ao deslindar as características do delinquente, consoante sua criminologia positivista, pautada no método indutivo de investigação, centrado nos elementos físicos determinantes da degenerescência dos criminosos, pautado na diretriz lombrosiana.

Devemos lembrar o álbum de fotos dos condenados da Casa de Correção da Corte[8], intitulado Galeria dos Condenados, elaborado no período de 1859 a 1876[9], que mostra 320 prisioneiros e duas prisioneiras. As fotografias trazem abaixo o nome do interno, a data de entrada no estabelecimento penal, o número de registro, o crime cometido, a pena aplicada, a data da sentença e a da soltura. Muitas vezes está presente a expressão negro ou crioulo, ao lado do nome do apenado, como um adjetivo pejorativo. O Álbum consiste em um registro histórico do controle impingido pelo sistema penal, na Casa de Correção e também na Polícia[10].

A Casa de Correção da Corte foi a primeira prisão inspirada nas reflexões da Sociedade Inglesa para o Melhoramento das Prisões, de 1826. (BRITO, 1925) Ela propugnava a importância do trabalho. Acreditava na reabilitação do preso através do trabalho regular, em conjunto com outros apenados, nas oficinas, durante o período diurno; e no isolamento, no período noturno. O trabalho era concebido como única forma de reabilitar o condenado. Assim, corrigir pelo trabalho na Casa de Correção era uma questão imperativa. Perceber a nodal relevância do trabalho em sua relação entre a história do sistema carcerário e do sistema de produção capitalista confirma o enquadramento do sistema penal no programa mercantilista do Estado.

Contudo, não sem motivo, vale lembrar que o Brasil da segunda metade do século XIX apresentava uma condição peculiar: o modelo escravista[11], ou seja, para certa categoria de indivíduos, o trabalho se apresentava de modo involuntário, pela servidão

[8] Trata-se de dois álbuns que pertenceram à Coleção de Dona Theresa Christina e estão na Biblioteca Nacional. Foi por intermédio da Professora Icléia Thiesen, de seu aluno pesquisador Gonçalo Belarmino e de sua orientanda do Mestrado, Cristina Cardoso, que tomei conhecimento do Acervo do Álbum, guardado em *cd room* pelo Professor Manolo Florentino da UFRJ, e que pode ser consultado no site: <http://www.studium.iar.unicamp.br/15/condenados/index.html>.

[9] Ao que tudo indica foi o Diretor da Casa de Correção da Corte, o médico Luiz Vianna de Almeida Vale, quem coordenou o Álbum de Fotografias dos condenados, ocasião em que chamou como fotógrafo um apenado, e concluiu o trabalho em 1872, quando informou ao Ministro da Justiça, como dispõe Carta arquivada no Real Gabinete Português. Conforme pesquisa de Christianne Theodoro de Jesus, coordenada pela Professora Icléia Thiesen, na Uni-rio.

[10] Vale rememorar que o modelo de controle inserido na prisão, também se deslocava para a área urbana, que atraía cada vez mais pessoas pelo projeto de industrialização, reordenando a cidade. Estava em formação uma nova sociedade de controle aberto, ao ar livre, por redes de informação e comunicação. Desse modo, os bairros pobres eram vigiados, suas ruas eram esquadrinhadas, e os seus transeuntes eram controlados, vistos como suspeitos. Todos os indivíduos deveriam ser identificados, classificados para fornecer informação à Polícia. (THIESEN, 2005).

[11] O modelo escravista se configurou na sujeição absoluta de um homem por outro, ocasião em que seu trabalho, como qualquer outra coisa, podia ser obtido pela força. A escravidão permitiu a transformação de um homem em propriedade de outro, na força de trabalho compulsória como nova forma de propriedade, também sujeita a outro homem, ou seja, a escravidão reificou o humano. (MATTOS, 2004).

de negros, vindos de Guiné e Angola. Os negros eram rentáveis não apenas pela atividade mercantil do tráfico, como pela atividade laboral desenvolvida. Assim, os negros escravos trabalhavam nas grandes propriedades, latifúndios monocultores para a exportação, na agro-indústria canavieira, cafeeira, nas extrações de ouro e nas áreas urbanas, como prestadores de serviços domésticos.

Os escravos trabalhavam à base dos 3 pês: pão, pau e pano, por cerca de 15 a 18 horas por dia, nos cerca de 250 dias úteis do ano, em ritmo monótono e incessante. O trabalho era compulsório, assegurado através das chicotadas, do tronco, da palmatória, da gargalheira, do ferro de marcar, do bacalhau, do anjinho, da máscara de flandre, golinha, vara de marmelo, pelourinho, e mesmo o calabouço por tempo indeterminado, ficando a critério de seu dono a escolha do tempo necessário[12]. Mesmo a pena de morte ocorria, para os que apresentavam maiores resistências. Em 1838, foram executados 22 escravos oficialmente, pois não cabia pedido de clemência ao imperador. Além de muitos "acidentes de trabalho", expressão designada às ações do Senhor ou do Feitor, quando estes se excediam na punição dos escravos[13].

Foi precisamente em 1850, ocasião da conclusão da obra da Casa de Correção, que veio a Lei do Ventre Livre, que proibiu a compra de escravos, mas eles continuavam vindo clandestinamente. Todavia, se difundia a consciência anti-escravista, e crescia o Movimento Abolicionista, o que paulatinamente restringiu o trabalho escravo. Contudo, após a libertação dos escravos, o trabalho se expandiria, só que de maneira mais sofisticada, pela servidão voluntária, ou seja, pelo trabalho assalariado.

Na Casa de Correção da Corte, foi Miranda Falcão, o diretor que esteve à sua frente, de 1850 a 1863, quem elaborou e desenvolveu as primeiras oficinas de trabalho prisional no Estado do Rio de Janeiro. Foram implantadas quatro oficinas, a destacar: a de carpintaria com marcenaria, a de sapataria, a de alfaiataria e a de encadernação. Os relatórios com os resultados eram encaminhados ao Ministro da Justiça Euzébio de Queiroz. Desse modo, os internos permaneciam com trabalho diurno e em isolamento[14] noturno, visando à reabilitação e à correção.

[12] Foi Feijó, em 1831, quem arbitrou o período máximo de 30 dias de detenção, sendo depois substituído por 6 meses, em 1871. Em 1870, ocorreu que 10 escravos foram mortos no Calabouço do Rio de Janeiro. (PINSKY, 2004).

[13] Diante dos maus tratos e opressões aumentavam as revoltas e fugas para comunidades como o Quilombo dos Palmares. Refúgio dos escravos fugidos e de outros perseguidos, que passam a realizar atividades laborativas necessárias apenas à organização social. (FUNARI; CARVALHO, 2005).

[14] A precariedade das condições do isolamento se perpetua nas instituições prisionais, da Casa de Correção da Corte às solitárias de hoje, conforme relato do apenado William da Silva Lima, acerca do isolamento nas chamadas surdas. "As surdas são celas individuais, hermeticamente fechadas, com portas de aço, onde tudo é proibido e só se sobrevive por inércia e teimosia. Dependendo do humor do carceireiro recebe-se ou não um calção, de todo inútil para sua função natural. Serve, porém, para tapar o buraco do boi – a instalação sanitária feita no chão, sem vazo – garantindo dessa forma um sono menos importunado pela aparição das mais horrorosas de todas as criaturas noturnas, que conosco dividem aqueles espaços sombrios: as ratazanas. As paredes salpicadas de cimento até a altura da nuca eram feitas de forma a tornarem incômodo o precário ato de nelas encostar as costas cansadas. [...] Pequenos buracos de ventilação, quase no teto, cumprem também outra função menos nobre: trazem muitos mosquitos cúmplices do nosso

Os internos presentes na Casa de Correção da Corte, integravam uma categoria de indivíduos excluídos da sociedade. Eram vadios, mendigos, contrabandistas, alcoólatras, vulneráveis ao sistema penal, integrantes de estratos subalternos da população. (PERROT, 1992) Do mesmo modo, os indivíduos internados em hospícios. (BARRETO, 1993, p. 222) O que confirma a estratégica função, retratada nas instituições totais, do isolamento, de pinçar os estigmatizados produzidos pela sociedade e de reforçar tal estigma pelo cárcere.[15] Assim, a estigmatização se perpetua. E com o passar dos anos, se sofistica, adornando com novo revestimento, a já velha prática punitiva, da maximização do isolamento. Pois no século XXI, o "novo isolamento criado" incide nos indivíduos já apenados. Trata-se da estigmatização dos já estigmatizados, da prisão dos já presos, através do regime disciplinar diferenciado.

3. A consolidação do isolamento, a supressão do trabalho, e a prolação do tempo, no espaço do regime disciplinar diferenciado

O regime disciplinar diferenciado consiste em uma prisão dentro da prisão. Um muro intra-muro. Uma grade nas grades. É a maximização da prisão e do isolamento absoluto no Brasil. Surgiu em 2001,[16] pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, ganhou contorno Federal pela edição de Medida Provisória em 2002, e em 2003 rompeu com a inconstitucionalidade formal, quando a Lei de Execução Penal foi alterada em seu artigo 52 pela Lei 10.792/03.

Este regime penal teve como mote um caso célebre ocorrido no Brasil, que partiu do estigma construído de um indivíduo, demonizado pelos meios de comunicação de massa, elevado ao plano de mais perigoso criminoso e maior inimigo do país:

---

castigo. [...] Água só aparecia a cada doze horas. Mijo e merda se acumulavam no boi em quantidade suficiente para tirar qualquer apetite. Alias, não há como descrever a incomível comida, servida sem talheres em marmitas gordurosas. [...] Surge um jornal que, depois de lido e relido, será lido de novo, e servirá de colchão, cobertor, leque, arma de defesa contra os bichos e – supremo conforto – papel higiênico." (LIMA, 2001, p. 32- 34).

[15] O processo de estigmatização faz com que o ser humano, na grandeza de sua dimensão, seja apenas visto como preso, tomado como criminoso. Toda a sua complexidade afetiva, valorativa, inteligível será reduzida a um artigo do Código Penal, que o marcará por toda a vida. (GOFFMAN, 1988). Mesmo após cumprir a pena, o estigma de ex-presidiário o acompanhará, obstará sua inserção social, impossibilitará sua subsistência e ingresso no mercado de trabalho, o fará reincidir (hoje, os dados oficiais da reincidência são em torno de 65% a 70% dos presos. (THOMPSON, 1998, p. 95)

[16] O Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído através de uma Resolução de nº. 26/01, editada pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Sendo flagrante sua natureza inconstitucional. Pois trata-se do Poder Executivo de um Estado, esfera administrativa, decidindo em matéria penal, de competência do Poder Legislativo da União. A despeito de sua natureza inconstitucional, em 2002, inspirou o Legislador Federal a editar a Medida Provisória de nº. 28/02, estabelecendo em âmbito nacional o mencionado regime. Foi com o intuito de desvencilhar-se da inconstitucionalidade formal e com o firme propósito de instituir o regime disciplinar diferenciado que veio a lume a Lei nº. 10.792/03, que alterou o artigo 52 da Lei de Execução Penal, o qual passou a estabelecer as diretrizes e hipóteses de cabimento do novo regime punitivo de execução.

Fernandinho Beira-Mar.[17] Recentemente, a ampliação do regime foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, através do aumento do rigor punitivo, com a prorrogação do prazo de isolamento do apenado, em decorrência do episódio de grande alcance midiático, ocorrido em São Paulo, em maio de 2006[18].

O regime disciplinar diferenciado teve inspiração no antigo modelo do sistema penitenciário filadélfico, que evocava o isolamento e o silêncio por excelência, como forma de retribuição imposta ao condenado e de reflexão sobre seus atos. Portanto, o legislador brasileiro reavivou o sistema pensilvânico, mais especificamente filadélfico[19], celular, de 1681. Trata-se da imposição do isolamento total e absoluto ao apenado, por grande e ininterrupto lapso temporal.

O regime disciplinar diferenciado foi desenhado para ser um espaço de extenso isolamento e sofrimento[20]. O isolamento estava previsto na Lei de Execução Penal

[17] A menção é feita a Luiz Fernando da Costa, conhecido como Fernandinho Beira-Mar em razão de ter nascido na favela Beira-Mar, em Duque de Caxias. Hoje, a figura simbólica que representa passou a transcender plenamente o tipo delitivo previsto. E todo o tipo de pena ou tortura impingida a ele, como a outros traficantes em geral, é legitimada pela sociedade.

[18] Trata-se do fato que culminou com a morte de mais de 260 suspeitos pela polícia e de mais de 30 representantes do Estado por ex-detentos, possíveis integrantes do PCC. As mortes produzidas por estes últimos podem ser interpretadas como violento ato político, sem precedentes na história, de reivindicação à implantação do regime disciplinar diferenciado. Dessa forma, como resposta, no dia 17 de Maio, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou, em menos de 48 horas, o Projeto de Lei de no. 179/05, do Senador Demóstenes Torres (PFL - GO), que criou o regime disciplinar diferenciado Máximo. Trata-se de um pacote fascista, em que o preso poderá ficar isolado por até quatro anos, com no máximo duas visitas mensais, sem nenhum contato físico com seus familiares. O projeto prevê ainda a proibição da entrada de qualquer tipo de alimento e bebida fornecidos por familiares aos apenados, e veda o contato entre o preso e o seu advogado, que só ocorrerá uma vez por mês, cerceando o direito de defesa. Este novo projeto de lei faz parte do chamado pacote anti-violência, embora ele mesmo produza violência, pois o PLS de nº 179/05 agrega ao artigo 52 da LEP um novo dispositivo legal, que prevê o regime disciplinar diferenciado máximo ou *plus*, ficando a possível nova redação assim: "[...] ao preso provisório ou condenado sobre o qual recaírem fundados indícios de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, caberá isolamento com duração máxima de 720 dias, sem prejuízo da repetição ou prorrogação de prazo". Seu objetivo é impedir "ligações" do preso com "organizações criminosas", contudo, até hoje não foi definido no nosso Ordenamento Jurídico o conceito de "organização criminosa", sendo uma expressão aberta, sem clareza alguma e totalmente questionável.

[19] Cumpre lembrar que este antigo sistema filadélfico foi substituído, em 1796, em nome de uma pretensa humanização, porque se constatou que era uma tortura sofisticada, eis que produzia no indivíduo danos que não estavam estampados no corpo, mas na alma. Todavia, o Brasil decidiu retomá-lo. E ainda almeja ampliar o prazo, pelo novo projeto que está em votação no Congresso, ou seja, visa prorrogar o período em que o apenado ficará em isolamento total, até 4 anos, o que lhe imprimirá grande sofrimento. (BITENCOURT, 1993, p. 63)

[20] Nas prisões comuns o sofrimento já é constante, pela incomunicabilidade do interno, pelas torturas físicas e psicológicas (castigos excessivos impostos pela administração dos presídios, como isolamentos e espancamentos), pela ociosidade (pois não há atividades nem trabalho a desenvolver), pela privação da prática sexual, pelo distanciamento da convivência familiar e do meio social, pelos maus tratos impostos à própria família do preso, pela subcultura carcerária que conduz ao processo de reificação (deformação da personalidade); pelo aniquilamento da identidade do apenado (pelo rebaixamento da sua auto-estima, pela depressão e ansiedade - que suscitam tendências ao alcoolismo, ao tabagismo e ao uso de drogas);

em caráter excepcional, somente para os casos de faltas graves, pelo prazo máximo de 30 dias.[21] O que diverge do regime disciplinar diferenciado, cujo isolamento espacial é muito longo, por 360 dias prorrogáveis por mais 360 dias, até o limite de 1/6 da pena, como sanção pela prática de falta grave[22]. Isso pode chegar, nas condenações a 30 anos de prisão, a até 5 anos no regime.

As celas[23] ainda que individuais garantem um ambiente totalmente impessoal. O mundo físico do prisioneiro se reduz a uma distância de três metros. O silêncio angustiante perturba a alma. O silêncio é mantido, na medida em que não é permitido rádio, televisão ou qualquer outro aparelho semelhante. Até a leitura de jornais é proibida e o preso só pode se comunicar com o mundo exterior por correspondência escrita, que é alvo de censura da direção da unidade. Assim, o interno perde o contato com o mundo exterior.

O isolamento[24] é pleno até no campo sensitivo. O apenado não pode ser tocado, e nem mesmo tocar alguém. Os presos só podem receber de seus familiares, uma vez por mês, alimentos previamente determinados pela Secretaria de Administração Penitenciária, que traz à colação suas regulamentações. A visita só ocorre se for autorizada pelo Juiz, e resume-se à suscinta comunicação com um familiar. Não há visita íntima. Não pode sequer haver qualquer contato físico, só será estabelecida

---

pela insalubridade e propensão à doenças (respiratórias, sexuais, alérgicas, dermatológicas, mentais e emocionais). Logo, conclui-se que, no isolamento, conferido pelo Regime Disciplinar Diferenciado, por um período temporal bem mais longo, o sofrimento impingido ao condenado será muito pior.

[21] Conforme Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984, em seu artigo 58. Vale conferir no artigo 53 as sanções previstas para o caso de falta grave (artigo 50), destacando-se no inciso IV - o isolamento, e no inciso V - o Regime Disciplinar Diferenciado. Conforme a redação do artigo 88**:** "O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único - São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m2".

[22] Consoante a previsão do artigo 50 e 52 *caput* da Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984.

[23] As celas são muito pequenas, possuem 2x3 metros, ou seja, um total de seis metros quadrados. Este é o espaço do interno. São feitas em material de aço, que tem como propriedade se aproximar da temperatura ambiente. Assim, no verão, a cela aquece quando a temperatura do ar se eleva. E no inverno, o cela esfria com a queda de temperatura. O piso da cela tem cerca de um metro de espessura, revestido por chapas de aço, para reforçar o efeito da temperatura. Os condenados ficam recolhidos nestes cubículos, com grossas portas de aço, pequena janela com vidro blindado e pesadas grades de ferro. Na cela não há separação entre o banheiro e o dormitório. O acesso ao cubículo se dá por uma porta blindada. A comida é passada através de um buraco, como se faz para alimentar animais em canis. As condições inóspitas e desumanas em que vivem os encarcerados não decorrem de negligência ou brutalidade, mas de um requintado planejamento, de um dispositivo de n que reforça o isolamento. O Regime Disciplinar Diferenciado está difundido no Presídio de Presidente Bernardes, no Paraná. Não se trata de um estabelecimento comum, pois foi projetado e construído em 2002, especialmente para sua finalidade de controle e sofrimento.

[24] O isolamento do apenado em Regime Disciplinar Diferenciado é exacerbado, e elevado ao grau máximo de sofrimento humano. Pois o preso fica absolutamente incomunicável, tendo apenas seus breves banhos de sol diários. Mas não há contato entre os presos do regime, nem sequer no banho de sol. Nesta ocasião só podem caminhar, mesmo assim, sozinhos, em um corredor, sem poder falar com ninguém. Do mesmo modo, ninguém deve lhes dirigir a palavra. Nenhum carcereiro se comunica com o apenado.

uma aproximação mediante um grosso vidro de separação, com o interno algemado. A assistência espiritual e religiosa também é vetada. E ao advogado resta um tempo restrito e controlado, também separado do interno pelo vidro.

Se na prisão comum o isolamento produz a prisonização, no regime disciplinar diferenciado tal efeito se multiplica. A prisonização "[...] corresponde à assimilação dos padrões vigorantes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos propensos a melhoras." (THOMPSON, 1998, p. 95) Ou seja, quanto mais um apenado estiver adaptado à vida na prisão, introjetado seus valores, sido moldado por ela; mais desadaptado estará da vida em sociedade. Assim, o interno sofre a amnésia institucional[25]. Quer dizer: reifica-se ao invés de humanizar-se, diante do peso da instituição total[26].

A prisão comum apropria-se do tempo do indivíduo[27]. Goifman revela a perspectiva temporal presenciada pelo apenado, oposto à vida extra-muros, em que o tempo é valorizado, predomina a máxima *times money,* pois o tempo é veloz. Em contraposição, na prisão o tempo reverbera a morosidade das instituições da Justiça, o tempo é lento, não passa, "[...] é tempo morto pelos presos" (GOIFMAN, 1998, p. 16). Todavia, no regime disciplinar diferenciado a lentidão temporal é ainda mais acirrada, pois surge concomitantemente à aceleração do tempo do século XXI[28].

---

[25] O isolamento está associado à produção da amnésia institucional, que conduz o preso ao destino da invisibilidade. Nesse sentido, comumente, muitos apenados tracejam em si palavras, desenhos, tatuagens. O registro da tatuagem na própria pele simboliza a busca de ruptura do anonimato, caracteriza uma resistência à perda de identidade do preso. A dor de traçar confirma a persistência em deixar uma marca, um registro de consciência, em meio a tanta solidão, na instituição total. (RENNÓ, 1997, p. 19 -20)

[26] Pois se a prisão comum é uma instituição total, conforme afirma Goffman, no Regime Disciplinar Diferenciado temos a maximização de uma instituição total. Na instituição total o apenado tem suas características individuais-pessoais massacradas pela absolutização do fechamento, do isolamento. Assim, os aspectos mais humanos e sensíveis, a multiplicidade de valores positivos, as atitudes ousadas, criativas, vão se deixando solapar; em detrimento do senso comum carcerário, do padrão comportamental exigido, pela disciplina mórbida do Sistema Penitenciário, da uniformidade monótona que descaracteriza a singularidade humana. (GOFFMAN, 1961, p. 16)

[27] A retirada do tempo do preso funciona como uma outra pena. Desde o momento em que ingressa no sistema prisional, o homem perde seu horizonte histórico-temporal, uma especificidade de sua condição humana. A pena imposta pelo Estado corresponde a um determinado lapso de tempo, dito proporcional ao crime cometido. Todavia, tal ligação é fictícia, pois quantas unidades temporais correspondem a cada delito? Como se pode determinar a quantidade da pena? Ana Messuti lembra que "[...] *o* indivíduo, o homem de carne e osso, só existe entre seu nascimento e sua morte. Diferentemente da comunidade, o homem tem um tempo limitado a sua disposição. Na realidade, a única coisa que verdadeiramente lhe pertence nesse mundo é esse tempo." No entanto, o perde na prisão. (MESSUTI, 2003, p. 22)

[28] Na sociedade, para as pessoas em liberdade, no século XXI, o tempo é célere, as distâncias se aproximaram, as comunicações se abreviaram, impera a velocidade das informações, a digitalização das imagens, os *emails*, os telefones celulares, os satélites, os aviões à jato, a rapidez nas decisões e ações. Portanto, enquanto nos dias atuais, assistimos, pela primeira vez na história, à máxima otimização do tempo pela sociedade, simultaneamente, presenciamos na prisão, pelo Regime Disciplinar Diferenciado, o inverso disso, à máxima contração do tempo útil pelo apenado.

Devemos estar atentos, no que tange aos dispositivos de controle, pois eles se sofisticaram, de acordo com os novos conhecimentos técnicos e avanços científicos. Agora, as imagens (antes fixas nas antigas câmaras fotográficas) ganham movimento, pois as câmaras de filmar entram em cena. Há filmadoras permanentemente acionadas, vasculhando todo tipo de movimento realizado pelo apenado. Os filmes diferenciam-se das fotografias, estas com os cortes americanos frontais, típicos dos retratos do século XIX, porque capturam todos os ângulos do sujeito. O panoptismo ganha novos contornos, mais refinados de vigilância, se maximiza. Nenhum momento de privacidade do interno passa despercebido dos agentes penitenciários, nada escapa ao poder das filmadoras, inseridas nas celas em regime disciplinar diferenciado. Vigoram as funções da disciplina e da segurança[29].

O trabalho é assegurado constitucionalmente como direito social de todos, é definido no Diploma Penal como dever do interno, mas o seu oferecimento também consiste em dever do próprio Estado. Está previsto legalmente[30], e conduz ao instituto da remição. Assim, a cada três dias trabalhados, um dia da pena é abatido. O trabalho[31] é tido como o grande valor na atualidade, condição de dignidade humana, na medida em que quem não trabalha não come, não é auto-suficiente, autônomo e independente.

Embora, mereça destaque a perspectiva crítica[32] acerca do trabalho na contemporaneidade, pois moldar pessoas para o trabalho, inculcar-lhes a necessidade laboral, resultou de um árduo processo de enfrentamento, foram séculos para se introjetar o trabalho nas pessoas. Hoje, os indivíduos dedicam toda sua energia, a essência de suas vidas ao trabalho, voluntariamente, com cargas horárias que se alongam, horas-extras intermináveis - levando trabalho para casa, para o fim de

---

[29] Vale lembrar que as ditas funções ou metas formais da pena de prisão, como: a ressocialização (prevenção individual positiva) e a intimidação (prevenção geral negativa), não podem ser viabilizadas, nem mesmo nas prisões comuns. Pois não se pode excluir para incluir e acreditar que se impedirá crime futuro pela exemplaridade. Todavia, existem as chamadas por Thompson metas informais da pena, que traduzem o verdadeiro cotidiano do sistema penitenciário, corroboram na intensificação do controle do preso. Trata-se de duas categorias: a da disciplina e a da segurança, pilares do sistema penitenciário, que tornam o interno absolutamente submisso às investidas totalizantes do poder. Estas metas informais sustentam o Regime Disciplinar Diferenciado. Neste a retribuição e o controle se refinam, seja pela absolutização da segurança, seja pela plenitude da disciplina, com o intuito de reificar os apenados. Isto é, a função do cárcere permanece inalterada: manter os "indesejáveis" longe das vistas dos "cidadãos de bem," pela separação e neutralização. Sob este juízo, o Regime Disciplinar Diferenciado confirma sua agudização. (THOMPSON, 1998)

[30] Vale conferir os artigos 10, 28 a 37, 41 e 126 a 129 da Lei de Execução Penal, Lei no. 7.210 de 1984, além do artigo 39 do Código Penal e do artigo 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

[31] A natureza jurídica do trabalho, no estabelecimento penal, é de cunho obrigatório. Difere do trabalho forçado, pois caso não o realize, não acarreta punição ou ausência de cumprimento de direitos indispensáveis à sobrevivência. No trabalho obrigatório a remuneração também é obrigatória, no mínimo 80% do valor do salário mínimo. O tempo do trabalho consiste no máximo em um período de 8 horas por dia, com todos os direitos trabalhistas garantidos.

[32] Os estudos do grupo alemão Krisis merecem atenção, especialmente o Manifesto contra o trabalho (Grupo Krebs, 2003).

semana. Todos só pensam em trabalhar, em quaisquer classes sociais, da mais subalterna a mais abastada. O trabalho é a nova forma de subjugo, imprescindível para assegurar a própria sobrevivência do indivíduo, bem como para controlá-lo[33]. Contudo, por mais que derivem novas doenças oriundas do excesso de trabalho, por mais nocivo que seja[34], e por mais auto-reguladas que estejam as pessoas em sua busca frenética, não há trabalho para cerca de 10% a 20% da população.

Se não há trabalho fora, dentro do cárcere a regra é da absoluta escassez de oferta aos apenados. São raros os estabelecimentos que apresentam alguma oficina de atividades. Quando apresentam trabalho, apenas alguns internos podem participar. Ficam sem nenhum tipo de remuneração até para aquisição de material higiênico para consumo próprio, o que deveria ser assegurado pelo Estado, mas não é fornecido. Os presos não podem colaborar com seus familiares dependentes. Submetem-se à imposição do ócio. Porém, esses problemas são ampliados diante do regime disciplinar diferenciado.

No regime disciplinar diferenciado o trabalho é vetado. Pois tudo o que o prisioneiro dispõe é do seu isolamento e do seu tempo vago. O direito ao trabalho lhe é retirado, junto com tantos outros direitos imprescindíveis a sua condição humana de sobrevivência. O apenado deve constituir-se da própria agonia da ociosidade, totalmente impotente, preso à inatividade absoluta. O que importa é que fique ali, que nada faça, mas que fique confinado.

Trata-se do biopoder[35] que produz a aniquilação da subjetividade do condenado, pela tortura psicológica que o isolamento pleno gera. A psiquiatra Guanaíra Rodrigues do Amaral descreve detalhadamente as implicações médicas e sociais da tortura psicológica inerente ao regime disciplinar diferenciado sobre o condenado e seus familiares. Alerta que a tortura mental, assim como a física,

> [...] compõe-se de várias modalidades, entre elas, a privação sensorial, causada pelo isolamento em celas fechadas, do tipo solitária, com pouca alimentação, pouca comunicação com outras pessoas, quase nenhum contato físico, pouquíssimos exercícios físicos, nenhuma informação do mundo exterior, por um período de longa duração, chegando a vários meses de isolamento.

---

[33] Vale destacar ainda o novo controle em decorrência dos efeitos da atividade laboral. Ou seja, não é apenas o trabalho que funciona como uma forma de controle. O não trabalho também é controlado, quer dizer, o tempo livre. Até o tempo do lazer, ocasião em que o indivíduo está antenado, ligado, plugado... Ele está no telefone, na televisão, no computador, na internet...

[34] Hoje são muitos os malefícios oriundos do excesso de trabalho, que produzem doenças como: as crises de ansiedade, o estresse, a síndrome do pânico, as depressões. Os sintomas são esgotamentos mentais, tonturas, desmaios, taquicardias, problemas respiratórios, dores e tensões musculares, lesões por esforço repetitivo, vista cansada.

[35] O bem poder consiste em um controle mais requintado, que geri a existência, que deixa viver e que faz morrer, um dispositivo de controle da essência vital. (FOUCAULT, 1999)

Portanto, esse tipo de tortura, com a privação sensorial, foi considerado, por médicos especialistas, como responsável por vários danos mentais, muitas vezes irreversíveis, pois o isolamento maximizado leva a vítima da tortura a sentir-se totalmente à mercê de seu verdugo, sem possuir o mais ínfimo controle dos acontecimentos, passando a depender totalmente da vontade do outro. Este contexto é característico da tortura mental propiciada pelo regime disciplinar diferenciado, que é capaz de suprimir a subjetividade do condenado, levando-o, muitas vezes, ao estado de loucura. O confinamento com isolamento pode ser entendido como um fim lento imposto ao indivíduo.

O estereótipo do indivíduo que recebe o regime disciplinar diferenciado antecede a sua condenação. Ele já era estigmatizado, em função do seu estrato social, antes mesmo de cometer o delito. E como excluído social, facilmente pinçado pelo sistema penal, passa, inicialmente, à prisão comum, até ser pinçado novamente, ao Regime Disciplinar Diferenciado. Afinal, vivemos a criminalização da miséria. Segundo Wacquant (2001a, p. 33): "[...] a participação no consumo tornou-se condição de dignidade social e um passaporte para a cidadania". A sociedade se parte entre o cidadão-consumidor, homem de bem (com bens) e o não-cidadão-despossuído; entre o normal e o anormal; entre o homem bom e o homem criminoso; entre os apenados com penas alternativas e os apenados com prisão comum; e finalmente, entre os apenados com prisão comum e os apenados com o regime disciplinar diferenciado, ou seja, são as vidas úteis e as desperdiçadas, pontuadas por Bauman (2005).

Vale salientar que no campo jurídico assiste-se a uma infâmia legalizada[36], pois no regime disciplinar diferenciado temos tratamento desumano, degradante, pena cruel, aplicação da tortura psicológica, violabilidade da integridade física, transcendência da pena, ruptura com a individualização da pena, com os direitos do preso, com o trabalho remunerado. Ou seja, ocorre tudo o que é proibido pela Constituição da República Federativa brasileira e pelos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. O regime disciplinar diferenciado ofende vários dispositivos da Lei de Execução Penal[37], do Código Penal, além de princípios como: princípio da legalidade,

[36] Vale ressaltar uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, no *Habeas Corpus* nº 978.305.3/0-00, julgou inconstitucional o Regime Disciplinar Diferenciado, considerando que se trata de "uma determinação desumana e degradante (artigo 5º, III, da CF), cruel (artigo 5º, XLVII, da CF), e ofensiva à dignidade humana (artigo 1º, III, da CF)".

[37] Pois mesmo suprimida a inconstitucionalidade formal do regime disciplinar diferenciado, com a alteração do artigo 52 da Lei de Execução Penal, mantém-se a ofensa aos postulados da Constituição. Segundo o artigo 52 da Lei 7.210 de 1984: "A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou à sociedade. Estará sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado o preso provisório ou condenado, sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando." Diante da redação, com exceção do crime doloso, todas as demais hipóteses são eivadas de inconstitucionalidade. O legislador percorreu décadas no tempo, para traz, até buscar na Lei de Segurança Nacional a expressão "subversão da ordem", de conteúdo vazio. (FERNANDES; PEDRINHA, 2007). E a título de preservar

proporcionalidade da pena, presunção de inocência e dignidade humana[38].

4. Considerações finais

Quando a dignidade humana e a liberdade, os pilares axiológicos da civilização ocidental, são banalizadas, e ganha terreno o desamparo, devemos nos preocupar. O desamparo é sintoma e fonte de perturbação psíquica, impossibilidade de ação. Traduz o medo e a fragilidade da condição humana, aquilo que Millan Kundera enunciou em sua obra clássica "a insustentável leveza do ser" (KUNDERA, 1983). E em uma sociedade pós-industrial, com o modo de produção capitalista, neoliberal, cresce o acirramento do individualismo, do centramento no eu, onde impera a máxima: "cada um por si e o resto que se dane". Firma-se, nesse contexto, a ausência de alteridade e tolerância. O sujeito não pode conviver com o seu desamparo, então busca diferentes construções subjetivas para evitar a dor, seja pelo incremento da violência[39], seja pela assimilação da servidão/trabalho[40] ou ainda pelo recrudescimento do sistema

---

a "ordem" abriga toda forma de violência e arbitrariedade. Faz referência ao "alto risco" do indivíduo diante da ordem e da segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, o que é de flagrante imprecisão semântica por parte do legislador. Afinal, o que é alto risco? Como se mensura o risco, a periculosidade que alguém pode ensejar? Para solucionar a celeuma, Nilo Batista adverte acerca da "[...] estafante tarefa da Psicologia Judiciária de construir um 'viológrafo', eis que o fracasso do 'perigômetro' já comemorou um século". (BATISTA, 2002, p. 276). Ainda conforme aduz Nilo formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais", ou de "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular; mas é prática e politicamente mais perigoso e nefasto. (BATISTA, 2001, p. 78). Esta 'técnica' utilizada pelo legislador serve somente para justificar um Ordenamento Jurídico Penal voltado para a repressão e para o controle social.

[38] Quanto ao princípio da dignidade humana, por seu percurso histórico fez com que se tornasse um marco, o grande axioma da civilização ocidental. Consubstancia-se na luta travada contra a história da barbárie das penas. Somente o respeito aos direitos humanos pode conter o regime disciplinar diferenciado, bastião do Direito Penal do Inimigo (BUSATO), pois os direitos humanos funcionam como baliza para a contenção do controle penal. No dizer autorizado do mestre portenho, Zaffaroni: "*um sistema internacional de garantias aos direitos humanos vai configurando o limite positivado do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações*". (ZAFFARONI, e PIERANGELI, 1997, p. 67)

[39] Quanto à violência, esta se reflete na figura onipotente do indivíduo que goza com a fragilidade do outro, alimentando-se da miséria humana, para restaurar a sua própria imagem narcísica, que ligada ao ressentimento da posição servil e dos medos, prescinde de um bode expiatório para ser alvejado. Assim, em episódios catárticos, presenciamos explosões de violência em face do outro.

[40] A servidão enquanto instituição sempre existiu. Mas, na Antiguidade, e mesmo em período que a antecedeu, e até pouco tempo atrás, era involuntária, pois predominava a escravidão. Milhares de pessoas se submetiam ao trabalho escravo, contra a sua vontade, impingido por outro. O período da Modernidade foi imprescindível na transformação da natureza da servidão. A servidão deixou de ser involuntária e passou a ser voluntária. Introduzir o trabalho na ótica da voluntariedade não foi tarefa fácil. Introjetar a auto-regulação, o auto-disciplinamento, engessar a subjetividade, para incutir na natureza humana a ética de uma longa jornada de trabalho, foi por deveras difícil. Demorou bastante para que a professada atividade laboral fosse moldada nos sujeitos, para que aceitassem um controle tão onipotente, a ponto de lhes submeter a essência vital, durante o principal lapso temporal da existência. Não foi sem motivo que resistiram o quanto puderam ao auto-disciplinamento. Hoje não resta alternativa, os indivíduos cedem em média dois terços de suas vidas ao trabalho, voluntariamente. Esta árdua dedicação preenche quase

penal. O sistema penal criminaliza os desempregados e excluídos, eleva-lhes o rigor penal, pois para escapar à dor, o indivíduo propugna a ampliação da pena de prisão, glorifica o regime disciplinar diferenciado.

Nunca se falou tanto em liberdade. Esta faculdade de se auto-determinar, o poder de fazer, a autonomia, a supressão da opressão imoral, ilegítima e anormal. Liberdade esta faculdade de praticar tudo o que é possível. Fala-se tanto em liberdade, e no Brasil, nunca tivemos tantas pessoas presas. O Brasil é o quarto país do mundo que mais prende (perdendo apenas para os Estados Unidos, Rússia e China). Pelos dados do DEPEN, em 1995, havia 140 mil pessoas no cárcere, passados 10 anos, em 2005, a população prisional mais do que dobrou, foi para 361.500. Agora, sabe-se que são mais de 400 mil e a expectativa para 2007 é de ultrapassar os 500 mil presos. Hoje, o déficit no sistema penal é bem superior a 120 mil vagas[41]. E ainda

absolutamente o tempo da vida das pessoas, das férias, aos fins de semana, às horas de lazer, em fim, se suga, se exaure o tempo de todos, dos diferentes estratos sociais. Todavia, o desafio consiste agora em fazer os trabalhadores desaprenderem esta dedicação duramente adquirida e se desapegarem da necessidade laboral conquistada concomitante à sobrevivência. Eis o novo paradoxo: seres humanos moldados ao trabalho, aptos a realizar, pela servidão voluntária, qualquer demanda laborativa, não encontrarem emprego disponível. Subjetividades auto-reguladas e auto-disciplinadas para o trabalho não têm possibilidades de conseguí-lo. Diante do amplo quadro de crise das proteções sociais, notamos que o desemprego cresce em escala mundial, em taxas que variam de 10% a 30% nas populações economicamente ativas. Assim, o que fazer com as multidões desempregadas sem perspectiva alguma de emprego? Verificamos a flexibilização das relações de trabalho, o fim dos direitos adquiridos e das proteções sociais, mas que na prática não passam de estabilidade empregatícia e garantia do recebimento salarial. Nesse viés, a massa de trabalhadores aceita perder benefícios, reduzir salários, fazer horas-extras sem remuneração, ou seja, ceder ao máximo, com o intuito de manter o emprego. (BIRMAN, 2006, p. 21 a 24) Bauman é um dos grandes críticos da contenção da demanda do trabalho na Contemporaneidade. Rechaça os impactos e prejuízos inexpugnáveis a toda a trajetória histórica da classe trabalhadora. (BAUMAN, 2000; BAUMAN, 1999) Segundo Wacquant, acirram-se as desordens suscitadas pela dessocialização do trabalho assalariado e pela desregulamentação da economia, o que produz a pauperização de amplos contingentes do proletariado urbano. As dificuldades encontradas em decorrência da redução do trabalho formal assalariado conduzem os indivíduos ao trabalho informal, como forma de garantia da subsistência. Desse modo, propiciam o aumento na intensidade da intervenção do aparato policial e do judiciário, ou seja, do sistema penal. (WACQUANT, 2001a)

[41] Vale conferir o site do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN: <http://www.mj.gov.br/depen>. Estima-se para 2007, um total de mais de 500.000 apenados, pois a cada ano temos mais de 40.000 presos. Cumpre salientar que no Rio de Janeiro a população carcerária era de mais de 25 mil presos, segundo os dados de 2005 do DEPEN. A de São Paulo, no mesmo período, tinha mais de 120 mil presos; o que correspondia a mais de 40% de todos os apenados brasileiros. O déficit de São Paulo era de mais de 35 mil vagas, em 2005, sendo hoje bem superior. E a cada mês são em média mais de 700 novos condenados no Estado. Na mesma direção, os dados do DEPEN de 2005 revelam que cerca de 60% dos presos pertencem às minorias étnicas. A maioria dos crimes estão ligados à drogas, e mais da metade dos crimes são ofensivos ao patrimônio. Estes são praticados por jovens com idade entre 18 e 21 anos. Trata-se de crimes cometidos pelas classes subalternas. Um montante superior a 2/3 dos prisioneiros não completou o 1º. grau. E mais de 12% dos apenados é totalmente analfabeto. Ou seja, hoje, residem na prisão em torno de 95% de homens pobres. Falamos tanto em liberdade e o mapa penal global se configura de maneira devastadora. Em nosso continente, nos EUA, temos a maior população de apenados do mundo, mais de 2,5 milhões de pessoas. O sistema penitenciário dos americanos consubstancia-se no terceiro maior empregador do país. O governo Clinton tratou de reduzir o contingente de empregos públicos. Foram construídas mais

temos a falta de liberdade da falta de liberdade, ou seja, a prisão da prisão: o regime disciplinar diferenciado.

Em tempos de desamparo, de vidas apropriadas pelo Estado, em tempos de prisão e isolamento, da Casa de Correção da Corte ao regime disciplinar diferenciado, nota-se a dificuldade nas interações humanas[42]. A objeção na relação com o outro, a relutância na alteridade, (BIRMAN, 2006) possibilita a extração do gozo do corpo do outro, custe o que custar. Propicia o lucro com o trabalho do outro, o lucro no outro, o saque ao outro. A alteridade consiste no atributo de reconhecer o outro na diferença, com suas singularidades, confronta a subjetividade na cultura narcísica. O sujeito na cultura do espetáculo encara o outro apenas como objeto para a sua fruição, instrumento da sua auto-imagem, mesmo no aspecto negativo, é o bode expiatório, sendo depois eliminado como dejeto. Especificamente o outro estereotipado, desviante, circunscrito no universo penal, que por ter afrontado a ordem será afrontado, e mesmo sem barbarizar, será barbarizado pelo Estado e por toda a sociedade.

O outro, diante do sistema penal, é mero refugo. O cárcere, especialmente com o isolamento, confina e esquece, torna invisível, enquanto depósito de gente que é, pena neutralizante, como pontua Batista (2004, p. 83) O interno é lixo, sobra, resto. Na mesma linha, assinala Bauman (2005, p. 107): "[...] o que importa é que fiquem ali. [...] O apenado é depósito final, definitivo. Uma vez rejeitado sempre rejeitado. [...] Para um ex-presidiário é quase certo retornar à prisão". E para um presidiário também é quase certa a ida à prisão da prisão, ou seja, o encaminhamento da prisão comum ao regime disciplinar diferenciado"; da sanidade ao enlouquecimento; da natureza humana à reificação.

---

239 prisões. E o que dizer do governo de Bush? Na medida em que crescem os investimentos nas prisões se reduzem os investimentos sociais. (WACQUANT, 2001b) Do mesmo modo, assistimos às prisões de milhares de imigrantes pobres por toda parte, nos países ricos. Em 2005, os imigrantes internacionais estavam entre os 185 e 192 milhões de indivíduos. Hoje, estima-se em mais de 200 milhões. Isso representa aproximadamente 3,5% da população mundial, e é comparável à população do Brasil. O encarceramento ocorre em razão da diferença e da sensação de falta de segurança. Na França triplicou o número de presos imigrantes, como também em toda a Europa, sem falar dos EUA, o campeão em prisões de imigrantes. (Wacquant, 2001c) Nunca falamos tanto em liberdade, e convivemos com a Prisão de Guantánamo, tão perto de nós. Antes com 558 presos, agora com 440. São internos de 41 países diferentes. Em sua maioria do Afeganistão e da Arábia Saudita. Ficam subsumidos à celas de 2,4 por 2 metros. As condições de higiene e salubridade são precárias. Sob um calor tropical, tomam banho apenas duas vezes por semana. Todos os direitos humanos são desrespeitados. São presos provisórios que nem mesmo foram julgados e submetem-se ao sigilo processual, não sabem sequer o crime pelo qual são acusados, não há contraditório, nem ampla defesa, nem acusação formal, estão vetadas as visitas dos familiares, sofrem tortura. A tortura impingida em Guantânamo assemelha-se à garrucha, do período inquisitorial (com penetração de fio na garganta e abrupta retirada), da mesma maneira o sigilo processual, entre outras práticas... O isolamento imposto por anos a fio, a proibição de contato com os familiares, a proibição de visitas do advogado, em fim, o impedimento de comunicação e a ruptura com todas as formas de sociabilidade produzem danos muitas vezes irreversíveis, além de suicídios.

[42] As relações ficam prejudicadas na desestruturação do núcleo familiar, na falta de socialização entre os espaços de formação e constituição de valores (através da educação, cultura, arte, religião, esportes), e especialmente, na ausência de uma política social estatal.

É nesse sentido que reside a importância da sabedoria descrita por Saint Exupéry (2000), para que não sejamos meramente geógrafos, restritos à confecção técnica dos mapas, para que sigamos o conselho do *pequeno príncipe*: sejamos exploradores, que almejam conhecer com profundidade os lugares em questão. Devemos primar para que todos os operadores jurídicos e sociais sejam exploradores e desmitifiquem o cárcere. E sejamos, nós também, aguerridos exploradores, na busca de ruptura com as práticas punitivas, que como o regime disciplinar diferenciado, suprimem a alteridade, aniquilam o ser humano.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, G. R. do. A tortura no regime disciplinar diferenciado. *Jornal da Federação Internacional da Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura*. Disponível em: <http://www.aspsolutions.com.br/acatbrasil/index.asp>. Acesso em: 13 jan. 2009.

BARRETO, L. *Diário do Hospício*: o cemitério dos vivos. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, 1993.

BATISTA, N. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. In: _____. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências, pareceres.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. v. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas.* Tradução C. A. Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BENTHAM, J. Panóptico: memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões. Tradução A. E. R. Montoia. *Revista Brasileira de História,* São Paulo, v. 7, n. 14, mar./ago. 1987.

BIRMAN, J. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. *Mal-estar na atualidade*: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRITO, J. G. L. de. *Os sistemas penitenciários no Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

BUSATO, P. C. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo*. Disponível em: <http://www.iecerj.org>. Acesso em: 13 jan. 2009.

CARDOSO, E. D. et al. *Saúde, Gamboa e Santo Cristo*. Rio de Janeiro: João Fortes Engenharia, 1987.

CASTRO, L. A. de. A criminologia crítica no século XXI como criminologia dos direitos humanos. In.: PEDRINHA, R. D.; PINAUD, J. L. D. (Org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva.* Tradução R. D. Pedrinha e M. G. P. da Fonseca. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. (prelo)

FERNANDES, M. A; PEDRINHA, R. D. Regime disciplinar diferenciado: uma (re) leitura constitucional. In: ALONSO, D. (Org.). *Rediscutindo a execução penal:* estudos sobre os 20 anos da Lei 7.210 de 1984 e sua leitura à luz do paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*. Tradução J. T. e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade.* Tradução M. E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Microfísica do poder.* Tradução R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Vigiar e punir.* Tradução R. Ramalhete. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREUD, S. *O mal estar na civilização*. Tradução J. O. de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

_____. *Além do princípio do prazer*. Tradução C. M. Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1998.

FUNARI, Pedro Paulo; e CARVALHO, Aline Vieira. *Palmares, ontem e hoje*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

GOFFMAN, E. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução D. M. Leite. São Paulo: Perspectiva, 1961.

GOIFMAN, K. Sobre o tempo na prisão. *Revista Discursos Sediciosos*: *crime, direito e sociedade.* Rio de Janeiro, n. 5, 1998.

GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho*. Tradução Heinz Dietermann e Cláudio Roberto Duarte. Coleção Baderna. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

KUNDERA, M. *A insustentável leveza do ser.* Tradução T. da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 1983.

LIMA, W. da S. *Quatrocentos contra um*: uma história do Comando Vermelho. São Paulo: Labortexto, 2001.

MACHADO, R. et. al. (Org.). *A danação da norma:* medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e cidadania no Brasil monárquico.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MESSUTI, A. *O tempo como pena*. Tradução T. A. D. Silva e M. C. V. de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERROT, M. Prisioneiros. In. *Os excluídos da história*: operários, mulheres e prisioneiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINSKY, James. *A escravidão no Brasil.* 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RENNÓ, R. Cicatriz. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 4, 1997.

RIO, J. do. *A alma encantadora das ruas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 58 e 59.

SAINT-EXUPÉRY, A. *The little prince*. Tradução R. Howard. London: Mammoth, 2000.

THIESEN, I. Identificar, classificar e informar: dispositivos institucionais na Casa de Correção da Corte. *Revista da Ciência da Informação,* v. 6, n. 1. fev. 2005.

_____. *Informação, memória e espaço prisional no Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.dgzero.org>. Acesso em: 15 jan. 2009.

THOMPSON, A. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VAINFAS, R. Organizador. Cárceres. In. *Dicionário do Brasil Colonial (1500 – 1808).* Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001a.

_____. *Os condenados da cidade.* Tradução J. R. Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001b.

_____. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001c.

ZAFFARONI, E. R.; e PIERANGELI, J. E. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. Disponível em: <http://www.studium.iar.unicamp.br/15/condenados/index.html>. Acesso em: 13 jan. 2009.

IMPOSSIBILIDADE DE PROCESSAR EXCLUSIVAMENTE A PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL

RODRIGO IENNACO DE MORAES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Ementa do julgado

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais *desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício*, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07).
> 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia.[...] (grifo nosso).

2. A questão

No dia 10 de setembro de 2009, no julgamento do Recurso Especial 865.864 - PR (2006/0230607-6), por unanimidade (os Ministros Jorge Mussi e Felix Fischer acompanharam voto do relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima), a Quinta Turma do STJ acolheu pretensão recursal do Ministério Público do Estado do Paraná, que se insurgiu contra o seguinte acórdão do TJPR:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL, REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL.

> OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DAS ATIVIDADES DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE SOCIAL. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.
> 1. A lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por danos causados ao meio ambiente.
> 2. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.
> 3. A lei ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

O recorrente sustentava violação dos arts. 381, III, 619 e 620 do CPP, 3º e 41 da Lei nº 9.605/98 e, apontando dissídio jurisprudencial sobre a matéria, aduzia a impossibilidade de oferecimento da denúncia unicamente contra a pessoa jurídica, para que fosse, então, anulado o acórdão do Tribunal de Justiça local e restabelecida a decisão de primeiro grau que rejeitara a denúncia.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso especial.

No voto do ministro relator, não se vê nenhum argumento, senão o registro de que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, porém, *desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física*. Cita o relator, então, julgado emblemático do próprio STJ:

> CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. *ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES*

EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

[...]

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. *A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.*

VIII. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.

IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas

> e floras aquáticas e silvestres.
> XIII. *A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral*.
> XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.
> XV. *A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.*
> XVI. Recurso desprovido. (REsp 610.114/RN, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 19/12/05) (grifos nossos)

E o STJ, então, concluiu que o acórdão o qual determinou o recebimento de denúncia devia ser anulado, "[...] uma vez que não houve denúncia contra pessoa física responsável pela empresa".

3. Comentário

A responsabilidade penal da pessoa jurídica pressupõe o rompimento com o paradigma da culpabilidade psicológica em favor de um modelo de imputação que abstrai as dificuldades impostas pelas categorias normativas do delito: tipicidade, ilicitude etc.

Impõe-se, para sua admissão, o estabelecimento de um sistema que se apoia na responsabilização da pessoa jurídica em virtude de ação praticada por pessoa física em nome ou proveito da empresa. Então, outro paradigma rompido, funcionalmente, é a irresponsabilidade penal por fato de outrem.

Noutras palavras, a pessoa jurídica recebe a pena, embora não tenha praticado, senão mediatamente, a conduta criminosa. Fala-se em responsabilidade penal por empréstimo ou por ricochete, por opção de política criminal quanto à pessoa a ser apenada, em razão da complexa rede de funções desempenhadas pelas pessoas agregadas em torno da pessoa jurídica, desempenhando atividades de alto impacto socioambiental e de risco incrementado.

A respeito, a Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro trazendo a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais.

Prescreve o seu art. 225, § 3º, que: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

O legislador infraconstitucional materializou essa norma constitucional com a edição da Lei nº 9.605/98, que, em seu art. 3º, consagrou a criminalização da pessoa coletiva por danos causados ao meio ambiente. Esse foi o entendimento trazido pelo voto do Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, do TRF da 4ª Região, no acórdão decorrente da Apelação Criminal 2001.72.04.002225-0/SC, que confirmou a primeira condenação penal de uma pessoa jurídica por crime ambiental na América Latina.

Digno de registro o comentário de Walter Claudius Rothenburg:

> O Direito Criminal em geral e o conceito de 'vontade criminosa' em particular foram construídos em função exclusiva da pessoa física. A própria necessidade de referência a aspectos 'subjetivos' (dogma da culpabilidade) traz ínsita uma implicação antropomórfica. Então, mister se faz 'adaptar' essas noções à realidade dos entes coletivos, para se poder trabalhar a 'imputabilidade' da pessoa jurídica com o instrumental teórico sugerido pela Dogmática tradicional. A partir daí – de reformulações e construções –, pode-se chegar à sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, sem ter de prescindir da culpa nos moldes de uma responsabilidade objetiva. [...] tal imputação de condutas faticamente desempenhadas por seres humanos, à conta da pessoa jurídica, é ditada, assim, pela própria ordem estatal, e pouco importa que haja limitações estatutárias: estas valem apenas internamente, para o próprio ente coletivo, ao passo que a determinação de aspectos material e subjetivo das incriminações é de caráter público (cogente).[1]

Depois de ver afirmada a possibilidade de responsabilização do ente coletivo, passou-se a argumentar a impossibilidade de imputação exclusiva à pessoa jurídica, instituindo-se argumentação que conduziria a verdadeiro concurso necessário de pessoas (física e jurídica) – argumento de Direito Material – ou, no mínimo, litisconsórcio passivo necessário – argumento de Direito Processual.

Em processos em tramitação perante a Turma Recursal de Sete Lagoas, os promotores de Justiça Ernane Geraldo de Araújo e Angelo Alexandre Marzano já enfrentaram essa questão, com argumentos que aproveito como seguro ponto de partida.

Vale dizer, de início, que a argumentação constante dos recentes julgados do STJ nos parece equivocada. Não há necessidade inexorável de imputação do fato à pessoa física, bastando que, da narrativa do fato constante da denúncia, se extraia que alguém (pessoa física) tenha obrado em nome ou proveito da empresa. Se o sistema obrigasse o oferecimento da denúncia também contra o ente humano, estaríamos desconsiderando a previsão de benefícios despenalizantes, como a transação penal, que devem ser apreciados individualmente. E mais, estaríamos obrigando o Estado a denunciar preposto que eventualmente atue sob amparo

[1] ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.

de causa excludente da ilicitude ou até da culpabilidade, como no caso de inexigibilidade de conduta diversa.

O que não se admite é a atribuição à pessoa jurídica de evento para o qual não tenha concorrido nenhuma pessoa física – que atuasse como emanação da determinação da vontade empresarial – aí, sim, teríamos responsabilidade objetiva absoluta.

Os juízes Guilherme Doehler e Carlos Olavo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Mandado de Segurança 01.00.058946-8/TO, decidiram, respectivamente:

> Se o legislador sentiu necessidade de dizer que a responsabilidade penal, civil ou administrativa da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade das pessoas, dos representantes, das pessoas física que lidam na direção da empresa, *contrario sensu*, está se dizendo que pode ser excluída essa responsabilidade.
>
> O parágrafo do artigo, que é um desdobramento do *caput* e com ele não pode conflitar, diz que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a dos seus sócios e dirigentes. O que significa não exclui? Que pode excluir. A letra da lei diz que não exclui. Então, ela pode responder, *in solidum* ou *separadamente*.

Há quem argumente que se trata de hipótese de concurso necessário (a pluralidade subjetiva é legalmente prevista como forma ou modo de realização do tipo penal).

Ora, inequivocadamente, os crimes previstos na Lei Ambiental – pelos quais as empresas podem ser processadas – são em regra monossubjetivos, podendo, assim, ser praticados por um ou mais agentes. Quisesse o legislador transformá-los em crimes plurissubjetivos, teria estabelecido a necessidade a partir da técnica legislativa, obrigando a presença de mais de um autor – no caso, pessoa física e jurídica. Ou, então, teria previsto crimes sob o manto da tipificação de atividade do ente coletivo – em vez de ação humana.

O que não fez: concurso eventual, portanto. Uma vez afirmada, no plano hipotético, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em sede constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial, não se nega que tal responsabilidade é indireta – vale dizer, ao ente coletivo é aplicada a pena em virtude de ação ou omissão de pessoa física que atua em seu nome ou proveito. Isso não significa, por outro lado, que seja imprescindível, do ponto de vista processual, a formação de um litisconsórcio passivo.

Além disso, ao estabelecer, no parágrafo único do artigo 3º da Lei n.º 9.605/98, que "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, *autora*, co-autora ou partícipes do mesmo fato", o que o legislador determinou foi a *possibilidade* de processar criminalmente ambas, ou seja, a pessoa jurídica e a pessoa física – não sua *obrigatoriedade.*

Do contrário, como conceber a previsão da responsabilidade da pessoa jurídica independentemente da pessoa física AUTORA do mesmo fato? Fosse caso de concurso necessário, a lei apenas faria referência ao coautor ou partícipe. E, mesmo se fosse caso de concurso necessário, não haveria necessidade de qualificação e processamento de todos os participantes compulsórios, como acontece, por exemplo, no crime de quadrilha, em que se demonstra a presença de mais de três integrantes do bando, embora nem todos identificados (ou a demonstração de que alguns eram inimputáveis pela menoridade), o que não obsta a responsabilidade criminal de uma única pessoa pelo crime plurissubjetivo.

Claro está, portanto, que não estamos diante de hipótese de concurso necessário de agentes (até porque a pessoa jurídica não pratica ação, primeiro requisito do concurso de pessoas). Nem de litisconsórcio passivo necessário. *Aliás, a razão prática da opção político-criminal reside na circunstância da dificuldade de identificação, na investigação, das pessoas físicas que efetivamente deliberam em nome da empresa, em situações de lesão ao meio ambiente decorrente da atuação societária.*

Conclui-se que o julgado do STJ é equivocado, pois desconsidera a insuperável dificuldade de individualização da conduta de cada pessoa vinculada à pessoa jurídica, viabilizando o legislador, por isso mesmo, a imputação do resultado (e da pena) ao próprio ente coletivo. A rigor, não se trata propriamente de responsabilidade penal objetiva, mas *responsabilidade normativa*, porque a análise da culpa (sentido lato) da pessoa jurídica é realizada mediatamente, sendo necessária a demonstração de que alguém (pessoa física não necessariamente identificada pela investigação) realizou a conduta, ainda que implicitamente narrada na denúncia e referida no suporte probatório. Não necessariamente, como consta na conclusão do julgado, "a pessoa física responsável pela empresa".

Questão interessante a ser observada é que, ordinariamente, os crimes ambientais imputados à pessoa jurídica são infrações de pequeno potencial ofensivo. Assim, as pessoas jurídicas seriam processadas e julgadas pelos Juizados Especiais Criminais e, em grau de apelação, pelas Turmas Recursais. Sendo assim, a última palavra sobre a matéria será dada, em tese, pelo STF – e não pelo STJ, dado o não cabimento de REsp.

De qualquer maneira, a jurisprudência que vem servindo de norte às próprias Turmas Recursais, atualmente, traz novos obstáculos para a efetividade da tutela penal ambiental no caso específico das pessoas jurídicas.

3

Artigo • 197
Comentário à Jurisprudência • 229
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Processual Penal

3 Artigo

O CRIME DE ESTUPRO E A *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 12.015/2009

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO
Graduando em Direito pela PUC/MG
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Neste trabalho realizamos um estudo sobre as recentes modificações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, particularmente no que concerne ao crime de estupro. Seu objetivo principal foi analisar a mudança legislativa benéfica ao reunir no mesmo tipo legal os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, chegamos à conclusão de que o novo tipo de estupro deve ser entendido como tipo misto alternativo ao fundamento de que passou a ser um crime de ação múltipla, ou de conteúdo variado. Defendemos, por fim, a possibilidade de ser proferida decisão pelo juiz de execução penal, no sentido de aplicar a nova lei aos casos julgados definitivamente, bem como a possibilidade de ser aplicada a *novatio legis in mellius* pelos tribunais, em grau de recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; crime de estupro; Lei nº 12.015/2009; *novatio legis in mellius*.

ABSTRACT: In this work one conducted a study on the recent changes introduced by the Law nº 12.015/2009, particularly with respect to rape. Its main objective was to analyze the beneficial legislative change that gathered rape and indecent assault as one legal offense type. Thus, one concludes that the new type concerning rape must be understood as an alternative mixed type, based on the fact that it became a crime of multiple action or diverse content. One finally suggests the possibility of a decision made by the judge and the possibility of application of Novatio Mellius by the courts in the appeal decision.

KEY WORDS: Criminal Law; rape; Law nº 12.015/2009; *novatio legis in mellius*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de crime. 2.1. Termos e etimologia. 2.2. Conceito formal ou nominal. 2.3. Conceito material ou substancial. 2.4. Conceito

analítico ou dogmático. 3. Antecedentes e evolução normativa do crime de estupro. 3.1. Definição. 3.2. Elementos descritivos (ou objetivos) e subjetivos do tipo. 4. A *novatio legis in mellius* no novo tipo penal de estupro. 4.1. O novo crime de estupro entendido como "tipo misto alternativo". 4.2. Da *novatio legis in mellius*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os crimes contra a dignidade sexual foram alterados após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, publicada em 7 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (CPB) bem como o art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, revogando, ainda, a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que tratava da corrupção de menores relacionada com a prática de crimes, inserindo-se o conteúdo deste delito no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a Lei nº 12.015/2009, ao tratar do Título VI da Parte Especial do CPB, alterou a nomenclatura "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual", introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos penais antigos e modificando normas em geral.

Sentimo-nos motivados a fazer um estudo sobre as recentes modificações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, certos de que não se sanaram todas as questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência. Em particular, propusemo-nos a contribuir para a discussão acerca das modificações promovidas no crime de estupro e a *novatio legis in mellius*.

É de se notar, ainda, a oportunidade deste estudo, uma vez que percebemos uma questão amplamente estudada na doutrina e discutida em nossos tribunais pátrios sobre os requisitos necessários para efeito do reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Portanto, o tema ora tratado tem-se mostrado pertinente nos dias atuais, o que nos demonstra a sua relevância para os operadores do Direito e os legisladores.

Assim, em um primeiro momento, buscaremos traçar o conceito de crime, fazendo uma regressão à sua gênese e buscando delinear seus conceitos: formal, material e analítico. No item seguinte será alvo de nosso trabalho o crime de estupro, com suas especificidades, seus elementos descritivos e subjetivos, mas não sem antes, contudo, fazermos um breve relato sobre seus antecedentes e sua evolução normativa. E, finalmente, no último item pontuaremos alguns aspectos sobre o novo tipo de estupro entendido como tipo misto alternativo para analisarmos a *novatio legis in mellius*, que é o objetivo principal de nosso estudo.

No presente trabalho, não buscamos esgotar o assunto sobre o qual nos propusemos discorrer, tendo a clara noção de que o tema ainda encontra-se incipiente na doutrina pátria e sua total aplicação está condicionada às decisões de nossos órgãos judiciais, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

2. Conceito de crime

O conceito de crime (ou delito) é uma construção fundamentalmente jurídico-penal, embora possa ser objeto de exame das mais variadas ciências, tais como criminologia, política criminal, sociologia, medicina legal dentre outras (PRADO, 2005). "É assim através do crime que podemos lançar um olhar sobre este mundo, já que a lei penal é o espelho do grau de moralidade de um povo e dos critérios éticos nos quais o legislador se inspirou". (BETTIOL, 2000, p. 172).

Não podemos esquecer, entretanto, que é o princípio da legalidade dos crimes e das penas que impede que existam ações ou comportamentos humanos, relevantes para o Direito Penal, sem prévia descrição legal. O crime, portanto, é, antes de tudo, um fato que vem previsto em lei e do qual pode resultar a pena cominada na regra sancionadora da norma penal. Assim, o princípio da legalidade limita o *imperium* estatal. (NORONHA, 1995).

Ainda dentro deste prisma, necessitaremos abraçar a orientação dada pela doutrina para analisarmos o conceito de crime, o que não é tarefa das mais simples, pois tanto doutrinadores nacionais quanto estrangeiros não são uniformes quanto à extensão e ao âmbito do conceito de crime.

2.1. Termos e etimologia

A palavra "crime" provém do latim *crimen* e provém do grego *cerno*, indicando os mais graves delitos. Não obstante, paralelamente, outra denominação aceita para crime no Direito Penal brasileiro é o vocábulo "delito". A palavra "delito" deriva de *delinquere*, abandonar, resvalar, desviar-se, significando ignorar a disposição expressa de um texto legal.

É importante ressaltar que o Código Penal do Império de 1830 e o Código Penal Republicano de 1890 já tentavam conceituar crime, *in verbis*:

> Código Penal do Império de 1830
> Art. 2º. Julgar-se-ha crime ou delicto:
> § 1º Toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes. (PIERANGELLI, 1980, p. 167).

> Código Penal Republicano de 1890
> Art. 2º A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção. (PIERANGELLI, 1980, p. 269).

Modernamente, utiliza-se o termo genérico "infração" para abranger tanto crime ou delito, uma vez que, usualmente, ambos os termos têm o mesmo sentido. As expressões crime, delito e infração, portanto, enunciam o mesmo significado. Não obstante, ressalte-se que o atual CPB apresenta em seus termos as expressões "infração" ou "crime". (FRAGOSO, 2003).

Sublinhe-se, ainda, que não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. A diferença entre eles é meramente quantitativa, pois a contravenção constitui a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena de prisão simples e multa, enquanto que o crime (ou delito) é punido com pena privativa de liberdade, restritiva de direito e de multa (PRADO, 2005). Portanto, atentando exclusivamente à pena cominada, saberemos se um ilícito penal constitui crime ou contravenção.

É justamente o que dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao CPB e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.914/41), ainda em vigor, que traz a definição legal de crime no Brasil:

> Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2009, p. 215).

Essa lei de introdução ao CPB se limitou apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, sem um cunho científico-doutrinário, pois se restringiu somente à natureza da pena de prisão aplicável (BITENCOURT, 2006).

No entanto, o atual CPB (1940, com a reforma penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. Sobre esse aspecto, Fragoso (2003, p. 175), com objetividade, enuncia que as definições legais de crime foram abandonadas por serem puramente formais e incompletas ou defeituosas, podendo trazer dificuldades à aplicação da lei.

A literatura sobre a matéria é vasta. Não é nossa tarefa expor todas as opiniões manifestadas porque isso nos levaria a ultrapassar as fronteiras deste trabalho. Fixaremos apenas aquelas questões que tenham desempenhado uma influência decisiva na história das doutrinas gerais do crime.

Sendo assim, passemos à análise do conceito de crime na doutrina, que se debate entre si, abordando o conceito sob três aspectos: formal, material ou substancial e analítico.

2.2. Conceito formal ou nominal

A formulação de um conceito formal de crime não apresenta grandes divergências na nossa doutrina, que o apresenta, em regra, como “Toda a ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena”. (FRAGOSO, 2003, p. 175).

Tal definição, contudo, é insuficiente, pois abrange somente um dos aspectos do crime: a contradição do fato a uma norma de direito penal, sob ameaça de sanção, não abordando, portanto, sua essência. Percebemos, ainda, que o conceito formal oferecido pela doutrina é comparável às definições legais a que já aludimos. Nesse sentido é a lição de Magalhães Noronha (1995, p. 93):

> Todavia a definição formal não esgota o assunto. Há nela sempre uma petição de princípio. Por que essa conduta transgride a lei? Qual a razão que levou o legislador a puni-la? Qual o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas? Diversas outras questões podem ainda ser formuladas.

Ora, a simples adequação do fato aos conceitos formais apresentados pela lei não leva à lógica consequência de ele constituir crime, pois, para tanto, deverão ser observados aspectos materiais e sequenciais analíticos, apresentados a seguir.

2.3. Conceito material ou substancial

O conceito material do crime diz respeito ao conteúdo do ilícito penal (caráter danoso da ação ou seu desvalor social), colocando em destaque a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção, quer dizer, "[...] o que determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal". (PRADO, 2005, p. 253). É certo que, sem descrição legal, nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, procura-se estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso "[...] dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos". (JESUS, 2005, p. 151).

Assim, para o conceito material ou substancial, crime é toda a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena. Nesse sentido, citamos o doutrinador italiano Giuseppe Bettiol (2000, p. 172), que aduz:

> Há, antes, mais nada, numerosos crimes que não comprometem de forma alguma as condições de existência da sociedade; se alguns indivíduos se injuriam entre si, se outros blasfemam, se dois cavalheiros se desafiam e se batem duelo, a sociedade continua a manter-se nas suas condições de equilíbrio físico e tanto é verdade que há ordenamentos jurídico-penais que não consideram crime a injúria, a blasfêmia, o duelo. Se se afirma que as condições de existência da sociedade são correlatas ao grau de civilização que uma sociedade atingiu, estão superados aqueles limites de caráter naturalístico que se atribuíram à expressão em foco. E é precisamente a isto que queremos chegar: concluir que o conteúdo substancial do crime deva ser investigado na ofensa a uma condição

> de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade, privando-se, porém esta expressão de todo conteúdo que recorde uma concepção positivista da realidade social. Para existir e para conservar-se a sociedade não necessita apenas de um 'equilíbrio físico', que constitui a expressão de uma concepção utilitarista-materialista da vida social, mas sobretudo de um 'equilíbrio moral' que é rompido quando as supremas exigências éticas do indivíduo, da família e do Estado não se espelham na legislação. Quando todavia numa legislação estas exigências éticas tenham encontrado a sua tradução em termos de lei, é sobre esta que o crime deve apoiar-se na sua noção substancial. É a ética social que fornece conteúdo à noção formal do crime, que de outro modo termina um esquema árido, sem vida e sem finalidade.

É oportuno ressaltar aqui o entendimento de Bettiol (2000), quando afirma que a noção formal do crime na legislação se apresenta como um esquema árido, sem vida e sem finalidade quando não tutela bem jurídico que atende a um equilíbrio moral que se espelha nas exigências éticas do indivíduo, da família e do Estado. No entanto, essa definição, embora importante, também é insuficiente para a dogmática penal, pois não permite uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Conforme os conceitos formal e material, preleciona Rogério Greco (2009, p. 142-143) que, na verdade,

> [...] os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.

2.4. Conceito analítico ou dogmático

Sendo a conceituação formal e a material insuficientes por não mostrarem os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do crime, faz-se necessária a adoção de uma concepção analítica. Não obstante o crime constituir um todo unitário, por razões práticas, é decomposto em suas partes com o fim de criar um caminho mais racional e seguro para averiguar a ocorrência ou não de um crime no caso concreto (PRADO, 2005). Na realidade, não se estratifica o delito, mas o seu conceito. Conforme a lição de José Frederico Marques (2002, p. 13), não resta dúvida de que o crime é,

> [...] em si, fato jurídico uno, como proclamam os sequazes do unitarismo. Isso, todavia, não significa que, para uma tarefa eficiente de pesquisa, e para melhor aplicação dos cânones legais, a análise não se torne necessária, e dela resulte a decomposição do conceito nos seus elementos essenciais e fundamentais. Só o irracionalismo de concepções intuicionistas pode prescindir desse trabalho analítico, no qual os elementos estruturais do instituto jurídico sejam separadamente estudados, para que se realize uma decomposição do todo, que possibilite um conhecimento mais perfeito dos fenômenos jurídico-penais, e uma aplicação mais segura, justa e acertada das normas que disciplinam o crime.

A respeito das controvérsias existentes na doutrina sobre o conceito analítico de crime, citamos, inicialmente, a ideia – defendida por Basileu Garcia e Francisco Muñoz Conde, dentre outros – de considerar o crime como um fato típico, ilícito, culpável e punível (concepção quadripartida). Essa teoria sofre crítica no sentido de que a punibilidade é consequência do crime, e não parte dele. Com efeito, Francisco de Assis Toledo (1999, p. 81) lembra que "A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser *elemento constitutivo*, isto é, estar dentro do conceito do crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado".

Ora, se a punibilidade fosse elemento do crime, este deixaria de existir em razão da exclusão daquela. Isso tanto é verdade que, em algumas situações, como a de escusa obrigatória (como exemplos, temos o artigo 181, incisos I e II, e o artigo 348, § 2º, ambos do CPB) ou de extinção da punibilidade (artigo 107, incisos I a IX, do CPB), o crime persiste, mas sua punibilidade é que deixa de existir. Assim, entendemos que a punibilidade não deve ser tratada como elemento do crime, mas sim como sua consequência.

Citamos, ainda, os defensores da concepção bipartida, que conceituam crime como sendo um fato típico e ilícito, ou seja, há crime, porém não está presente a condição indispensável para a imposição de pena, que é a culpabilidade. Essa teoria foi sustentada no Brasil, pela primeira vez, por René Ariel Dotti, mas a ideia foi logo abraçada pelos penalistas Damásio Evangelista de Jesus, Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Flávio Augusto Monteiro de Barros, dentre outros.

O fundamento desse raciocínio deve-se ao fato de nosso CPB utilizar, em muitas passagens, expressões ligadas à aplicação da pena, quando está referindo-se à culpabilidade (como exemplo, citamos os arts. 21 e 26, que contêm a expressão "isento de pena"). Assim, segundo esse entendimento, crime, sob o aspecto analítico, é o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena e não um elemento do delito (GRECO, 2009). Porém, a maior parte da doutrina critica esse posicionamento. Nucci (1999, p. 71) acentua:

> Sendo um fenômeno complexo, não se pode retirar do conceito de crime o fator *culpabilidade*, que vem a ser essencial para a exata compreensão da ação humana de praticar um fato típico e antijurídico. Seria razoável dizer que um homem constrangido terrivelmente por uma coação moral grave e inafastável cometa um crime, somente porque praticou uma conduta típica e ilícita? Parece-nos que não. A melhor e mais ampla compreensão do delito exige a participação, na sua estrutura, do elemento *culpabilidade*.

Ainda, se considerarmos que nosso CPB utiliza a expressão "isento de pena" quando quer referir-se às causas dirimentes da culpabilidade, tal opção legislativa não nos permite concluir que o crime é, tão somente, um fato típico e antijurídico. Ademais, não podemos concordar com esta afirmação de Barros (2001, p. 106):

> [...] dentro de uma visão tripartida, os inimputáveis não seriam vítimas do delito de calúnia, porque caluniar é imputar falsamente um fato definido como crime. Dizer que um rapaz de 17 anos furtou o carro de Beltrano configura delito de calúnia para a teoria bipartida, ao passo que os adeptos da teoria tripartida encontram dificuldades para enquadrar o fato como calúnia.

Ora, se aceitarmos que a culpabilidade não se inclui no conceito analítico de crime, teríamos de admitir que um rapaz de dezessete anos estaria cometendo o crime de furto como assinalado por Barros, ou até mesmo admitir que uma criança poderia cometê-lo e estaria sujeita a uma ação penal, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico.

Dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, adotamos aquela, defendida pela maior parte dos doutrinadores, como Cezar Roberto Bitencourt, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco e Jair Leonardo Lopes, de que o crime, sob o aspecto analítico, é um fato típico, ilícito e culpável (concepção tripartida). Esses são os elementos essenciais da concepção do fenômeno crime, ou seja, aqueles sem os quais o conceito se desfaz ou não se aperfeiçoa. Portanto, para concluirmos se houve um delito, devemos passar por essa tríplice ordem de valoração.

3. Antecedentes e evolução normativa do crime de estupro

Os povos antigos reprimiam com grande severidade o estupro. Na legislação hebraica, aplicava-se a execução capital (pena de morte) ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia pagar dote ao pai da vítima e casar com ela. Nesse sentido, é o livro de Deuteronômio da Bíblia, *in verbis*:

> Porém, se algum homem no campo achar moça desposada, e a forçar, e se deitar com ela, então, morrerá só o homem que se deitou com ela. (Dt 22, 25).
>
> Se um homem achar moça virgem, que não está desposada, e a pegar, e se deitar com ela, e forem apanhados, então, o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e, uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não poderá mandá-la embora durante a sua vida. (Dt 22, 28-29).

Enquanto no Egito a pena era a mutilação, na velha Atenas, primeiramente era imposta simples multa e, posteriormente, passou-se a aplicar a pena de morte. Da mesma forma, na antiga Roma, sob a égide da *Lex Julia de vi publica*, punia-se a violência carnal com a pena de morte. Nesse caso, considerava-se *crimen vis*, porque se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente. (NORONHA, 2002).

O estupro é, invariavelmente, considerado crime por todas as legislações dos povos civilizados. Em quase todas as leis, os elementos do delito são os mesmos: as relações carnais e a violência física ou moral. Assim é nos Códigos da Suíça (art. 187), da Itália (art. 519, *caput*), da Polônia (art. 204), do Uruguai (art. 272), da Argentina (art. 119), do Peru (art. 196), da Espanha (art. 431), de Portugal (art. 393) e da Alemanha (§ 177), dentre outros. (NORONHA, 2002).

No Brasil, as primeiras normas e reprimendas presentes no ordenamento nacional incriminando o estupro foram contempladas a partir do Livro V das Ordenações do Reino (Código Filipino), que aplicava a pena capital. Nesse sentido, é o título XVIII, sob a rubrica "[...] do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade" do Código Filipino, *in verbis*:

> Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, se seja scrava, morra por ello.
> Porém, quando fôr com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nolo fazerem saber, e per nosso mandado.
> E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força dér ajuda, favor ou conselho. (PIERANGELLI, 1980, p. 29).

Lado outro, o Código Criminal do Império de 1830, em seu bojo, consagrou a denominação "estupro" na Seção I do Capítulo II "dos crimes contra a segurança da honra", excluindo a pena de morte e enunciando sanção de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida. Mantendo a pena diferenciada se a vítima fosse prostituta. Nesse sentido, é o artigo 222, que dispunha, *in verbis*:

> Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida [...]
> Se a violentada fôr prostituta. Penas – de prisão por um mez a dous annos. (PIERANGELLI, 1980, p. 243).

Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) manteve a pena diferenciada nos estupros cometidos contra mulher honesta e prostituta, previstos no Título VIII "dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor", Capítulo I "da violência carnal". Nesses termos são os artigos 268 e 269, *in verbis*:

> Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta.
> Pena – de prisão cellular por um a seis annos.
> § 1º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta.
> Pena – de prisão cellular por seis meses a dois annos.
>
> Art. 269 Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não.
> Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcóticos. (PIERANGELLI, 1980, p. 299).

É importante pontuar que a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, não alterou a redação dos artigos 268 e 269 do Código Penal de 1890.

Assim é que, vislumbrando o tratamento jurídico dado ao estupro em nossa evolução normativa, finalmente, em 1940, instituiu-se no Brasil o atual CPB com a promulgação do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que tipificou o estupro, no artigo 213, com pena de reclusão de três a oito anos. Com o surgimento da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o estupro foi caracterizado como crime hediondo, elevando a pena para reclusão de seis a dez anos.

Percebemos nitidamente que o atual CPB, diferentemente dos Códigos anteriores, deixou de abordar a questão acerca da posição social ou das virtudes morais da vítima de estupro, focando apenas o fato de a vítima ter o direito de dispor livremente de seu próprio corpo nas relações sexuais. Assim, tanto faz se a vítima é prostituta, honesta ou virgem, pois a pena-base fixada é a mesma. Claro que compete ao magistrado, no caso concreto, verificar a gravidade e as consequências do crime para aplicar penas diferentes.

Observamos, ainda, que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969), que não chegou a entrar em vigor, manteve inalterada a redação e a pena-base do tipo penal de estupro, apesar de transferi-lo para o artigo 238.

Por fim, com a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve alteração do artigo 213 do CPB, reunindo no mesmo tipo penal estupro e atentado violento ao pudor.

3.1. Definição

O estupro, do latim *stuprum*, tinha conceito muito amplo, "[...] abrangendo todas as relações carnais ilícitas. Mais tarde, os práticos ainda adotaram esse conceito, apenas com a modificação de que à conjunção carnal violenta denominaram *stuprum violentum*". (NORONHA, 2002, p. 67).

No atual CPB, nos moldes dos códigos anteriores, o legislador apontou várias modalidades de crimes contra a liberdade sexual restringindo o crime de estupro a um tipo penal específico. Com a nova redação do artigo 213 do CPB, promovida pela Lei nº 12.015/2009, o estupro passou a ser definido como o ato de constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça. Assim, a descrição típica prevista no artigo 214 foi reunida no novo tipo previsto no artigo 213, sendo revogado o artigo 214. Segundo Nucci (2009, p. 16), "O legislador foi além, unificando os crimes similares estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo".

Por outro lado, não houve *abolitio criminis*, pois o gênero de tipo, que é o ato libidinoso, manteve a conjunção carnal e passou a envolver outro ato libidinoso qualquer, conforme descrito a seguir:

> Estupro (redação anterior à Lei 12.015/2009)
> Artigo 213: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
> Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 2009, p. 298).
>
> Atentado violento ao pudor (redação anterior à Lei 12.015/2009)
> Artigo 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
> Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 2009, p. 298).
>
> Estupro (redação dada pela Lei 12.015/2009)
> Artigo 213: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
> Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASÍLIA, Presidência da República, Lei nº 12.015, 2009).

3.2. Elementos descritivos (ou objetivos) e subjetivos do tipo

No que diz respeito ao bem jurídico protegido, assinala Nucci (2009) que a Lei nº 12.015/2009 não trouxe inovação, pois o novo tipo de estupro tutela penalmente a dignidade sexual do ofendido, especificamente a proteção da liberdade nas relações sexuais, ou seja, o direito de dispor do próprio corpo, da mesma maneira que os antigos tipos de estupro e atentado violento ao pudor.

Ademais, mantiveram-se os conceitos anteriores de violência (coação física) e grave ameaça (violência moral, com intimidação séria), mas a modificação trazida no tipo penal do estupro eliminou a exigência do contato físico para a sua configuração, salvo para a prática de conjunção carnal.

Ora, menciona-se a conjunção carnal (esta, sim, física) ou outro ato libidinoso. Assim, segundo Gonçalves (2003), para a prática do ato libidinoso, é desnecessário o contato físico entre a vítima e o sujeito ativo, como, por exemplo, quando o sujeito obriga a vítima a se masturbar ou a realizar o ato sexual com animais. Nesses casos há o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem, diferentemente do caso da vítima simplesmente ser obrigada a assistir a um ato sexual envolvendo outras pessoas, pois este fato caracterizará constrangimento ilegal (art. 146 do CPB). Nesse sentido já era o entendimento de Magalhães Noronha (2002, p. 93) sobre o antigo crime de atentado violento ao pudor:

> [...] perante nosso Código, não cometeria crime o indivíduo que violentamente obrigasse a vítima a assistir o ato de libidinagem executado por terceiros, pois, então, ela não estaria praticando o ato, nem tampouco permitindo que com ela se praticasse; ou melhor, não estaria suportando, sofrendo esse ato, o qual sem ela não deixaria de existir em sua materialidade.

Segundo Nucci (2009), o delito de estupro passa a ser crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); danoso (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa) e plurissubsistente (é praticado em vários atos).

Quanto à consumação, afirma, ainda, Guilherme de Souza Nucci que depende da forma eleita pelo sujeito ativo. Tratando-se de conjunção carnal, será com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina, sendo desnecessária a ejaculação. No tocante a outro ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação. Porém, somente o caso concreto poderá delimitar,

com eficiência, a consumação do crime. Nessa mesma diretriz, Noronha (2002), comentando a respeito do antigo delito de atentado violento ao pudor, aduziu que há atos imorais e indecentes que não encerram um potencial de libidinagem suficiente para caracterizá-los como integrantes do crime; dentre eles, cita o autor: palavras, discursos e escritos, ou seja, nem todo ato atentatório ao pudor é libidinoso. Assim, a unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais (LEP). Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro, comportando tipificação no cenário da contravenção. (NUCCI, 2009).

A tentativa para o novo tipo de estupro é possível, desde que o agente não consiga realizá-lo por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse caso, ainda que não se identifique a real intenção do agente (praticar conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso), haverá tentativa de estupro, pois se trata de um tipo penal misto alternativo (que explicaremos no tópico 4.2), ou seja, o agente responde por crime único.

Atualmente, como a nova descrição do delito de estupro exige a realização de ato libidinoso ou conjunção carnal, podemos concluir que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher.

Sublinhe-se que a mulher já podia responder pelo antigo crime de estupro, mas somente em concurso de pessoas. Nesse caso o outro sujeito ativo deveria ser um homem. Assim, a mulher poderia ser: i) autora mediata, situação em que induzia um doente mental ou menor a forçar outra mulher à conjunção carnal; ii) partícipe, quando realizava atividade secundária que contribuía, estimulava ou favorecia a execução do crime; iii) coautora, quando ajudava diretamente no estupro cometido por um homem, seja apontando uma arma de fogo ou segurando a vítima. Nesse sentido, afirma Bitencourt (2006, p. 521-522):

> A co-autoria fundamenta-se no princípio da 'divisão de trabalho' em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor. É o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de crimes de 'ação dupla', como, por exemplo, no crime de estupro: enquanto um dos agentes segura a vítima, o outro a possui sexualmente.

Assim, com o novo tipo de estupro, a mulher pode ser sujeito ativo independente do concurso de pessoas. Dessa maneira "[...] é possível sustentar a viabilidade de haver estupro cometido por agente *homem* contra vítima *mulher*, por agente *homem* contra vítima *homem*, por agente *mulher* contra vítima *homem* e por agente *mulher* contra vítima *mulher*". (NUCCI, 2009, p.16).

Mantém-se a possibilidade de o marido praticar o crime de estupro contra a esposa. Magalhães Noronha (2002, p. 70) acrescenta que:

> O marido, como tem deveres, também tem direitos no matrimônio, e entre estes se alinha o de relações sexuais com a esposa. Mas esse direito, como qualquer outro, tem limite, o qual transpondo fará com que ele se degenere em desmando e abuso. O coito normal, lícito entre esposos, pode, assim, tornar-se ilícito, quando a ele se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante.

Aliás, hoje, podemos admitir a esposa como sujeito ativo do delito de estupro, tendo por vítima o marido (NUCCI, 2009). Ora, somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, que tinha o homem como seu sujeito ativo. Após a alteração implementada, não há mais restrições de gêneros quanto aos sujeitos passivos do crime, ou seja, homem ou mulher podem ser vítimas. Todavia, devemos observar que o homem somente poderá ser vítima da figura prevista na segunda parte do referido artigo. Assim, o gênero é o ato de libidinagem, que envolve a conjunção carnal, mas para efeito de tipificação de estupro, há que se respeitar a separação dos atos libidinosos: conjunção carnal ou outro ato libidinoso qualquer. (NUCCI, 2009).

Acerca do elemento subjetivo do novo tipo penal do estupro, entendemos que é o dolo genérico (vontade, representação do resultado e consciência da antijuridicidade), não havendo que se falar em dolo específico e não se punindo a culpa, pois a lei não criminalizou o estupro culposo e omitiu o fim do agente.

Para demonstrarmos que a essência do dolo no novo tipo de estupro é sempre a mesma, qual seja, praticar um ato que lesa a liberdade sexual da vítima, faz-se necessário abordarmos alguns conceitos da doutrina, da qual destacamos o doutrinador alemão Hans Welzel (2003), que sobre a essência do dolo afirma que toda ação consciente:

> [...] é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o elemento intelectual –, e a decisão de querer realizá-lo – o elemento volitivo. Ambos elementos juntos, como fatores criadores de uma ação real, constituem o dolo. A ação objetiva é a execução finalista do dolo. Esta execução pode ficar detida em seu estado inicial: na tentativa; aqui o dolo vai além do alcançado. Quando a decisão do fato é executada de maneira completa, até seu final, estamos diante do fato consumado. Aqui, todo o fato não é somente desejado com dolo, mas também realizado com dolo. O dolo é em toda sua extensão, um elemento finalista da ação. (WELZEL, 2003, p. 119).

> Ao lado do dolo, como elemento genérico pessoal-subjetivo, que leva e forma a ação como um acontecer dirigido até um fim, aparecem no tipo, freqüentemente, elementos especiais-subjetivos que colorem o conteúdo ético-social da ação em um sentido determinado. (WELZEL, 2003, p. 131).

Destacamos, ainda, o entendimento de Barros (2001) sobre dolo genérico e dolo específico:

> A noção de dolo genérico e específico gera em torno do conceito de fato material, que, por sua vez, compreende os elementos objetivos do crime.
> Verifica-se o dolo genérico nos tipos penais em que a vontade do agente se esgota com a prática da conduta objetivamente criminosa. Exemplo: 'matar alguém' (CP, art. 121).
> Já o dolo específico projeta-se nos tipos penais que exigem do agente uma finalidade particular, que ultrapassa os limites do fato material. Exemplo: "raptar mulher honesta para fim libidinoso" (CP, art. 219). Outros exemplos: 'com o fim de transmitir' (CP, art. 131); 'para satisfazer interesse ou sentimento pessoal' (art. 319).
>
> Na verdade, o dolo específico não passa de elemento subjetivo do tipo. Por isso diversos autores repudiam essa classificação, acoimando-a de inócua. (BARROS, 2001, p. 195-196).

De mais a mais, o legislador já havia abandonado no nosso atual código o elemento subjetivo específico previsto no crime de violência carnal do artigo 266 do Código Penal Republicano de 1890, *in verbis*:

> Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral.
> Pena – de prisão cellular por um a seis annos.
> Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. (PIERANGELLI, 1980, p. 299).

Como pudemos perceber, o Código de 1890 empregava a sequencia "[...] com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral", indicando o elemento subjetivo específico do tipo penal. Por outro lado, o antigo delito de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 omitiu o fim do agente. (NORONHA, 2002).

Ademais, consideramos que a ação lasciva é "[...] somente a lesão objetiva contra o sentimento do pudor, levada por uma tendência voluptuosa-subjetiva" (WELZEL, 2003, p. 133). No entanto, não podemos esquecer que sobre o antigo delito de atentado violento ao pudor divergia a doutrina acerca da necessidade do agente visar com o ato a satisfação de sua lascívia, de seu apetite sexual. Nélson Hungria entendia que, não havendo intenção lasciva, o crime seria o de constrangimento ilegal. Por sua vez, Damásio Evangelista de Jesus, Magalhães Noronha e Júlio Fabbrini Mirabete, dentre outros, entendiam que a lei não exigia esse requisito, bastando a intenção de praticar o ato e a consciência de sua libidinosidade. Para esses autores, portanto, não seria necessário que o agente quisesse satisfazer seus

instintos sexuais e, assim, mesmo que o ato tivesse sido praticado por vingança ou para envergonhar a vítima, estaria constituído crime de atentado violento ao pudor. (GONÇALVES, 2003).

Por conseguinte, o antigo crime de estupro comportava o dolo específico constituído pelo fim do agente de manter conjunção carnal com a ofendida. No entanto, esse elemento servia para diferenciar a tentativa deste delito do atentado violento ao pudor, cuja ação física podia ser a mesma. Barros (2001) já afirmava que o dolo específico auxilia a distinguir um delito do outro.

Fato é que o novo tipo de estupro é um crime contra a liberdade sexual da vítima, e, sob o prisma desta, pouco importa que o ato sexual tenha tido como origem intenção lasciva ou qualquer outra por parte do agente. Assim, basta que o ato seja de caráter sexual e que tenha sido imposto à vítima. Portanto, elogios merece a lei em não se referir ao fim do agente, pois o elemento psíquico do delito está em querer o agente ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso que atente contra o pudor sexual da vítima.

> O elemento subjetivo do tipo permanece o mesmo, vale dizer, é o dolo, não se punindo a forma culposa. Em nosso entendimento, exigi-se o elemento subjetivo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia. Pouco importa se o prazer sexual é mórbido, como, por exemplo, valer-se do crime para vingança ou outro propósito similar. Na realidade, existente a violência sexual, para a configuração do tipo penal do art. 213, diferenciando-o do mero constrangimento ilegal (art. 146, CP), demanda-se o elemento subjetivo específico, calcado na satisfação da libido. (NUCCI, 2009, p. 16).

Apesar de discordar da exigência da satisfação da lascívia comentado pelo eminente professor Nucci, concordamos com a sua afirmação sobre a violência sexual diferenciar o crime do artigo 213 do mero constrangimento ilegal. Há atos, afirma Noronha (2002, p. 99), que,

> [...] para se identificarem como libidinosos exigem o exame das circunstâncias e dos outros fatos que os rodeiam: assim, por exemplo, o beijo na boca pode não traduzir o impulso da volúpia, tal a maneira por que seja dado. Mas há atos libidinosos em si, não exigindo para a sua caracterização a pesquisa do objetivo do agente. Um indivíduo que, tendo ódio acirrado a um inimigo e sua família, obriga, de revólver em punho, a esposa desse à *fellatio in ore*, ou tem com o filho menor coito *inter femora*, ainda que nenhum prazer ou volúpia sinta, mas antes seja impulsionado pelo ódio cego destituído de qualquer prazer sexual, e só tenha em mira vingar-se do adversário, não terá praticado atos caracteristicamente libidinosos? Não nos parece possível a negativa.

Sendo assim, entendemos que, ainda que o motivo do agente seja outro, como o desprezo, a ridicularização da vítima ou o desejo de vingança, a essência do dolo é sempre a mesma, qual seja, praticar um ato que lesa a liberdade sexual da vítima, sendo que esta não é menos agravada porque o agente não obteve satisfação de sua lascívia.

4. A *novatio legis in mellius* no novo tipo penal de estupro

Percebemos que há diversos precedentes pacificados do STF no sentido da impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, previstos até então nos artigos 213 e 214 do CPB, ao fundamento de que tais crimes não poderiam ser considerados da mesma espécie. De acordo com o entendimento da Suprema Corte, crimes da mesma espécie são aqueles que apresentam a mesma tipificação normativa, ou seja, encontram-se previstos no mesmo dispositivo legal. Essa matéria já foi objeto de amplo debate no STF.

Para entendermos os efeitos práticos gerados pela Lei nº 12.015/2009 com relação ao entendimento da Suprema Corte, devemos, primeiramente, atentar para o nosso vigente CPB, que descreve critérios especiais para a aplicação da pena no concurso de crimes.

O *caput* do artigo 69 e o do artigo 71 do CPB, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84, prescrevem duas modalidades do concurso de crimes: o concurso material e o crime continuado, *in verbis*:

> Concurso material
> Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (BRASIL, 2009, p. 266).
>
> Crime continuado
> Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). (BRASIL, 2009, p. 266-267).

Diante de tais considerações, constatamos que os requisitos para a caracterização do concurso material são objetivos, indispensáveis e simultâneos, a saber: pluralidade de condutas e pluralidade de crimes, idênticos ou não. Já para o reconhecimento do

crime continuado, será necessária a coexistência dos seguintes requisitos, também objetivos, indispensáveis e simultâneos: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e conexão de continuação temporal, espacial e modal que indiquem homogeneidade das ações ou omissões. Diverge a doutrina sobre a existência de um quarto requisito, qual seja, a unidade de desígnio, este subjetivo. (BARROS, 2001).

A respeito da pluralidade de crimes da mesma espécie, há certa controvérsia doutrinária. As duas principais correntes da doutrina podem ser assim resumidas: a) crimes da mesma espécie são aqueles que ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado, apresentando caracteres comuns; b) crimes da mesma espécie são aqueles que apresentam a mesma tipificação normativa, ou seja, encontram-se no mesmo dispositivo legal.

Tal controvérsia se coloca exatamente no cerne para efeito de reconhecer juridicamente o crime continuado entre as ações relacionadas às práticas de estupro e de atentado violento ao pudor, pois, se adotarmos a primeira corrente, será possível esse reconhecimento. Caso contrário, será adotado o concurso material.

Ora, o concurso material "[...] se diz homogêneo quando os crimes são idênticos (p. ex.: dois homicídios) e heterogêneos quando o agente viola diferentes normas penais (p. ex.: homicídio e estupro)." (BARROS, 2001, p. 473). Resumidamente, podemos afirmar que ocorre o concurso material se o agente praticar o mesmo crime, mais de uma vez, em circunstâncias diversas daquelas previstas no *caput* do art. 71 ou se praticar dois crimes distintos, sendo que as penas serão acumuladas.

O concurso de crimes é antes um concurso de penas, visto que o que se focaliza e indaga é qual a sanção penal a ser imposta a quem pratica diversos crimes. Nesse sentido, o instituto do concurso de crimes serve para resolver o problema da multiplicidade de crimes em face da pena.

Com efeito, Fragoso (2003) lembra que a regra do cúmulo material poderia, no caso concreto, conduzir à pena injusta, inteiramente desproporcional à gravidade dos crimes praticados, por isso há a regra da continuidade delitiva para beneficiar o agente. Com efeito, Barros (2001) afirma que o crime continuado é uma espécie do gênero concurso de crimes, consistindo exceção à regra do concurso material, pois este depende da existência de dois ou mais crimes, e não apenas da sucessão de atos integrantes de uma única conduta criminosa. Conforme a lição de José Frederico Marques (2002, p. 418), o crime continuado não é de criação recente,

> [...] suas origens políticas encontram indubitavelmente um favor rei, que levou os juristas medievais a considerar como um furto único uma pluralidade de furtos, para assim evitarem as conseqüências draconianas que de outra forma adviriam, uma vez que se aplicava a pena de morte contra quem cometesse três furtos, ainda que de pequeno valor.

Também de grande valia são os ensinamentos de Barros (2001, p. 478) que afirma,

> No estudo do crime continuado, a primeira questão com que nos defrontamos é a relativa à sua natureza jurídica [...] A teoria da ficção jurídica, também chamada de unidade fictícia limitada, idealizada por Camarra, vislumbra no crime continuado uma pluralidade de crimes, considerando a unidade apenas para efeito de aplicação da pena. Na verdade, há vários crimes, e não crime único.

Por conseguinte, Barros (2001) continua sua lição afirmando que o vigente CPB aplica a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado. Assim, por força da ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo agente são reunidas e consideradas fictamente como delito único, tão somente para o efeito da aplicação da pena. Tanto é assim que a prescrição punitiva e a decadência são analisadas separadamente em relação a cada crime.

> Eliminou-se do direito vigente a regra segundo a qual a prescrição, no crime continuado, começa a correr do dia em que cessa a continuação. Essa regra constava do CP de 1940, em sua redação original (art. 111, c). No direito vigente, a prescrição se regula por cada fato isolado e começa a correr do momento em que cada um desses fatos puníveis se consuma. Para o cálculo da prescrição não se considera o acréscimo decorrente da continuação, pois se assim fosse, o agente estaria em situação menos favorável do que estaria se houvesse cometido crimes em concurso material (art. 119, CP) [...] Para os efeitos da *decadência* (perda do direito de agir em razão do tempo), não prevalece a ficção do crime continuado. Conta-se o prazo de decadência para cada fato isolado da série. (FRAGOSO, 2003, p. 445).

Com relação ao requisito subjetivo – unidade de desígnio – para a caracterização do crime continuado, devemos atentar para o seguinte: a unidade de desígnio se dará quando os diversos delitos são oriundos de um plano único previamente engendrado pelo agente. Assim, o agente, antes de atuar, deverá ter em mente os diversos delitos a serem executados. Percebemos que a teoria objetiva, à qual nos filiamos, afasta esse requisito subjetivo, defendendo, primordialmente, que na identificação do crime continuado há somente elementos objetivos, ou seja, caracteriza-se pela homogeneidade dos elementos exteriores à conduta, sem nenhum questionamento acerca do propósito do agente. Por outro lado, a teoria objetivo-subjetiva exige para a caracterização do crime continuado, além dos elementos objetivos, a unidade de desígnio. (BARROS, 2001).

Assim, novamente, trazemos os termos de José Frederico Marques, que, por sua precisão, merecem transcrição literal:

> O Código pátrio abraçou decididamente a teoria objetiva do crime continuado, razão pela qual a conexão de continuidade se realiza através do processo executivo do crime e de elementos circunstanciais das infrações em continuação. (MARQUES, 2002, p. 422).
>
> Silenciou o Código sobre qualquer dado ou elemento subjetivo, porquanto a homogeneização das condutas deve mesmo assentar-se num plano todo objetivo [...] E, além disso, a unidade de plano nem sempre seria motivo para redução da pena, e sim, ao contrário, para exasperá-la ou aumentar. (MARQUES, 2002, p. 424-425).

Também trazemos os ensinamentos de Fragoso (2003, p. 443) que complementa nosso entendimento:

> Nosso CP adotou a chamada teoria puramente objetiva, que exclui do conceito elementos subjetivos (v. item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral). Assim, é continuado o crime quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro.
> Não se requer que haja qualquer dolo de conjunto ou propósito deliberado de praticar sucessivamente fatos delituosos. É intolerável a jurisprudência firmada pelo STJ, que exige unidade de desígnio para a caracterização do crime continuado.

Ainda dentro desse prisma, certo é que o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do CPB assim dispõe:

> 59. O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva**.** *O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais*. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição

> da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade. (BRASIL, 2009, p. 227, grifo nosso).

Ficou claro, portanto, o reconhecimento de que não haveria crime continuado quando a reiteração delituosa indicasse a ocorrência de profissionalização criminosa, ou seja, quando o agente adotasse o crime como meio de vida. Lado outro, para os criminosos ocasionais, a prova da unidade de desígnio seria muito difícil, o que tornaria o crime continuado, na prática, uma figura meramente decorativa do direito penal. Além do mais, poder-se-ia prestigiar criminosos audaciosos, que realizam um plano antes de atuar, deixando de fora do benefício os delinquentes que atuam sem prévia deliberação, mas que, diante das oportunidades surgidas, não resistem à tentação de delinquir. (BARROS, 2001). O mencionado autor (2001, p. 480) continua sua lição, afirmando:

> O nosso Código não faz qualquer menção à unidade ou pluralidade de desígnio, suprimindo, assim, qualquer indagação acerca do elemento psíquico do agente. Foi adotada a teoria objetiva pura, visto que, para a caracterização do crime continuado, basta a presença dos requisitos externos da conduta.

Além da conexão de continuação temporal, espacial e modal, podemos considerar, também, a conexão ocasional, pois é por meio dela que se forma o verdadeiro elo entre os delitos antecedentes e os subsequentes, de modo que o agente deve praticar o delito subsequente aproveitando-se das mesmas oportunidades ou relações nascidas com o delito antecedente.

Segundo entendimento majoritário do STF, os crimes então previstos no art. 213 e 214 do Código Penal não foram considerados da mesma espécie, pois, apesar de serem delitos do mesmo gênero (ato libidinoso), constituíam espécies diferentes, sendo, portanto, aplicado pela Suprema Corte o concurso material de crimes.

Fato é que tanto o estupro como o atentado violento ao pudor são crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência ou grave ameaça, visando o constrangimento da vítima à prática de um ato sexual, sendo a conjunção carnal espécie do gênero ato libidinoso.

Com efeito, o CPB não define o que são “crimes da mesma espécie”, mas a interpretação do STF foi no sentido de que o legislador quis referir-se a crimes idênticos, porque, como tais, segundo a Suprema Corte, só podem ser entendidos os que têm a mesma descrição legal, para o que teriam de ser objeto do mesmo tipo. Assim, só haveria continuidade delitiva entre estupro e estupro, atentado violento ao pudor e atentado violento ao pudor etc. Nesse sentido, o STF procurou estabelecer uma distinção que o legislador não fez, e que ao intérprete não seria lícito fazer. Ademais, interpretar restritivamente o artigo 71 do CPB é o que de maneira alguma se justifica. (MARQUES, 2002).

Há entendimento contrário de autores renomados, dentre os quais citamos mais uma vez Fragoso (2003, p. 444), em termos que não permitem melhor exposição, por isso os reproduzidos:

> Crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns [...] A continuidade resulta de um conjunto de elementos exteriores comuns. Assim, é preciso que ocorram as mesmas condições de tempo e lugar ou de maneira de execução e outras semelhantes.

Ora, o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do diploma penal – concurso material e formal de delitos. Delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, acepção não pretendida pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva, significando aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes. (MARQUES, 2002).

No dizer de Noronha (1995), os crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo, tanto que o artigo 71 do CPB se refere a penas diversas, mas também os integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos.

Grosso modo, o entendimento adotado pelo STF restringia bastante a aplicação do crime continuado, enquanto se ampliariam as hipóteses de concurso material. Tal colocação fugiria à finalidade de política criminal pela qual fora introduzido nas legislações o crime continuado, qual seja a de evitar penas extremamente exarcebadas que, eventualmente, comparadas com outras, evidenciavam sua injustiça. Complementando esse assunto, o doutrinador alemão Franz Von Liszt (2003, p. 72) nos ensina:

> O reconhecimento de que a pena é um dos *meios à disposição do Estado na luta contra o crime* nos leva além dos limites do direito vigente e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que o Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime. A solução científica de tais questões é objeto da Política Criminal. A esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins. (grifo do autor).

Retornando à alteração prevista pela Lei nº 12.015/2009, que colocou no mesmo tipo penal o estupro, o atentado violento ao pudor ou outro ato libidinoso qualquer (art. 213), revogando-se, por consequência, o art. 214, podemos considerar que não há mais possibilidade de controvérsia acerca do conceito de "crimes da mesma espécie", previsto no *caput* do artigo 71 do CPB, em se tratando de estupro e atentado violento ao pudor. Ao se integrarem ambas as figuras típicas do gênero (ato libidinoso) no mesmo tipo penal, estaria sendo aceito o entendimento defendido pelo STF que, como acima dito, trata-se de um conceito mais restritivo, bem como por parte da doutrina que defendia entendimento diverso, dentre os quais, lembramos novamente o de Heleno Cláudio Fragoso e para corroborar, citamos, também, os ensinamentos do doutrinador Nucci (2009, p. 18-19), que observa que o concurso de crime no novo tipo de estupro

> [...] altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.

Assim é que o crime continuado constitui uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal. Em verdade, não se trata de um só crime; porém, considerou-se que os subsequentes deveriam ser considerados como continuação do primeiro e instituiu-se uma forma especial de punir o autor do crime cometido nas circunstâncias descritas no art. 71 do CPB. Entendemos nós que, quando os crimes da série são previstos no mesmo tipo penal, sejam consumados ou tentados, não há dúvida de que deverão ser todos havidos como crimes da mesma espécie; entretanto, casos podem ocorrer de crimes não previstos no mesmo tipo penal, mas praticados pela mesma pessoa contra o mesmo bem jurídico e unidos pelo laço da continuidade, ou seja, há uma conexão continuativa entre essas infrações que se assemelham pelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, as quais deveriam ser tidas como da mesma espécie, para aplicação da regra do crime continuado. Enfim, a regra do crime continuado deve ser aplicada tendo em vista o caso concreto e sob a inspiração das mesmas razões de política criminal que lhe deram origem.

4.2. O novo crime de estupro entendido como "tipo misto alternativo"

A expressão "tipo" não é empregada pela lei. Ela corresponde à figura puramente conceitual elaborada pela doutrina do Direito Penal que vem trabalhando em seu conceito ao longo dos tempos. Tipo não é o fato delituoso em sua realidade fenomênica, mas sim a construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. (FRAGOSO, 2003).

O tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. Na lição de César Roberto Bitencourt "O tipo exerce uma função *limitadora* e *individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes [...] Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido". (BITENCOURT, 2006, p. 322).

Por natureza, o tipo legal "[...] contém o atributo da síntese, pois lhe é impossível abarcar todas as particularidades do crime, como ocorre na vida real". (BARROS, 2001, p. 170). Assim, busca o legislador concentrar no tipo apenas a essência comum de cada espécie punível. É no verbo ou no núcleo do tipo que está consubstanciada a ação, pelo que é em torno dele que se fundem os elementos da conduta humana.

Interessa-nos, no presente trabalho, tecer algumas considerações acerca do "tipo misto alternativo" presente na redação dada pela Lei nº 12.015/2009 ao artigo 213 do CPB.

Ora, tipos simples contêm uma única espécie de conduta criminosa, isto é, um único núcleo. Exemplificadamente, os verbos "matar" no homicídio (art. 121 do CPB), "ameaçar" no crime de ameaça (art. 147 do CPB) e "subtrair" no furto (art. 155 do CPB) constituem os núcleos de seus respectivos tipos penais. Por outro lado, os tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta, ou seja, possuem dois ou mais núcleos. No entanto, há que se distinguir duas espécies de tipo misto: o alternativo e o cumulativo.(BARROS, 2001).

No tipo misto cumulativo, "A consumação do crime depende da realização das múltiplas condutas". (BARROS, 2001, p. 176). Sendo assim, dá-se a presença de dois verbos cumulativos. Portanto, o agente deve realizar as múltiplas condutas previstas no tipo para consumar o crime, senão haverá somente tentativa. Como exemplo, podemos citar: "[...] ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil" (terceira figura típica do art. 242 do CPB). Há, como se vê, mais de um núcleo: "ocultar" "suprimindo" ou "alterando". Assim, para que o delito se consume, não basta apenas a ocultação; é necessário que o agente, depois de ocultar o recém-nascido, realize ainda a alteração ou supressão de direito inerente ao estado civil; caso contrário, o delito permanecerá apenas na forma tentada.

Não devemos, porém, confundir o tipo misto cumulativo com os denominados tipos acumulados. Nos tipos acumulados não há fungibilidade entre as condutas, "[...] há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há *tipos acumulados*" (FRAGOSO, 2003, p. 194). Nesse sentido, observamos que há autonomia das ações delitivas, que ocorre quando o legislador reúne dentro do mesmo tipo mais de um crime. Nesse caso, haverá sempre a aplicação da regra cumulativa (concurso material) se mais de uma conduta for praticada. Notamos que nos tipos mistos cumulativos não há a soma de penas. Como exemplos, citamos os arts. 208, 242, 244 do CPB, além de outros. Ademais, o art. 242 do CPB, na terceira figura típica, é um tipo cumulativo, mas também é um tipo acumulado, porque contém a definição de mais de uma figura criminosa. (BARROS, 2001).

No que diz respeito aos tipos mistos alternativos, podemos afirmar que "Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor." (FRAGOSO, 2003, p. 193).

No caso em tela, no tipo misto alternativo, "[...] o legislador descreve mais de uma conduta como hipótese de realização do mesmo crime, de modo que a prática sucessiva dessas codutas caracteriza crime único". (BARROS, 2001, p. 176). São os chamados crimes de condutas variáveis ou fungíveis, porque descrevem não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. Portanto, a realização de mais de uma modalidade prevista no tipo não altera a unidade do delito – exemplos: "induzir", "instigar" ou "auxiliar" (art. 122 do CPB). Assim, o agente que, de maneira sucessiva, induz, instiga e depois auxilia a mesma vítima a suicidar-se, responde uma única vez pelo delito do art. 122 do CPB. (BARROS, 2001).

Parece mais que natural que o dolo no novo tipo penal de estupro seja constituído pela vontade do agente de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso. Portanto, o agente que, no mesmo contexto fático, mediante violência ou grave ameaça, constrange uma mulher a ter conjunção carnal com ele (conduta ativa ou passiva da vítima) e a praticar outro ato libidinoso qualquer (conduta ativa da vítima) e a permitir que seja praticado ato libidinoso nela (conduta passiva da vítima), responde por crime único de estupro. Assim é que todos os atos praticados no novo tipo de estupro se aglutinam nos núcleos do tipo: "constranger", "praticar" e "permitir que com ele se pratique" (artigo 213 do CPB). Aliás, como bem assinalou Victor Eduardo Rios Gonçalves (2003, p. 7), no antigo crime de atentado violento ao pudor, já estavam previstas duas condutas típicas. Na primeira delas,

> [...] a vítima é obrigada a praticar ato libidinoso, ou seja, o sujeito exige uma conduta ativa da vítima no ato sexual. Ex.: vítima obrigada a acariciar o pênis do agente ou nele realizar sexo oral etc. Na segunda, a vítima é coagida a permitir que nela seja praticado o ato de libidinagem, isto é, que tenha uma conduta passiva no ato. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima é obrigada a suportar que o agente nela pratique sexo oral ou que introduza o pênis em seu ânus.
>
> É possível que, em um mesmo contexto fático, o agente obrigue a vítima a praticar e também a permitir que nela se pratiquem atos libidinosos. Nesse caso, haverá crime único, mas a maior gravidade da conduta deverá ser sopesada por ocasião da fixação da pena.

Situação diversa seriam os seguintes casos hipóteticos: a) o agente, em momentos diversos, mediante violência ou grave ameaça, mantém conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer com a mesma mulher (crime continuado, desde que presentes os requisitos); b) o agente que, mediante violência ou grave ameaça, mantém conjunção

carnal e outro ato libidinoso qualquer, durante vários meses ou até durante anos (concurso material, desde que ausentes os requisitos do crime continuado).

Restou claro que o tipo previsto no artigo 213 passou a ser classificado como "misto alternativo", pois passou a ser um crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), ou seja, descreve várias hipóteses ou condutas de realização do mesmo fato criminoso. Também pode ser chamado de plurinuclear (porque conta com vários verbos como núcleos do tipo). Exemplo marcante é o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (nova Lei das Drogas), que contém dezoito verbos (dezoito condutas típicas); assim, o agente pode cometer uma, algumas ou todas as ações previstas nesse artigo, mas responderá por um único crime de tráfico de drogas.

4.3. Da *novatio legis in mellius*

No que diz respeito à lei penal no tempo, é sabido que a sua eficácia subordina-se a uma regra geral e a várias exceções, como se infere dos preceitos contidos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e nos artigos 2º e 3º do CPB. A regra geral é a da prevalência da lei do tempo do fato: *tempus regit actum*, isto é, os fatos são regulados pela lei do tempo em que se verificam. Com isso preservamos o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, garantindo a estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo. (BITENCOURT, 2006).

Ora, "[...] as leis não são eternas nem imutáveis. Elas se sucedem e se modificam para melhor corresponderem aos imperativos de sua época". (LOPES, 2005, p. 98). Fato é que, em relação ao direito penal, a irretroatividade de norma incriminadora é consequência do princípio da legalidade, que é garantia constitucional.

Todavia, no campo do direito punitivo, o princípio da irretroatividade sofre a exceção contida no artigo 5º, XL, da Constituição da República de 1988: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Ademais, desde a Constituição da República de 1946, a retroatividade da lei mais benigna é assegura em qualquer fase que se encontre a ação ou a execução penal, sem nenhuma ressalva. Essa exceção também está prevista no artigo 2º do CPB: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória". É o caso da *abolitio criminis* quando a nova lei torna atípico o fato incriminado. De grande valia são os ensinamentos de Barros (2001, p. 54), que afirma que a ocorrência da *abolitio criminis*

> [...] atinge apenas a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Exclui, aliás, todos os efeitos penais, de modo que a sentença condenatória é considerada inexistente, não podendo prevalecer para efeito de reincidência, de maus antecedentes ou de qualquer outro efeito penal.
> Perduram, entretanto, os efeitos de natureza civil da sentença penal condenatória, de tal modo que o réu continua obrigado a reparar o dano causado pelo delito (CP, art. 91, I). Assim, a

> sentença condenatória transitada em julgado continua valendo como titulo executivo na esfera cível. (art. 584, II, do CPC).

Lado outro, estatui o parágrafo único do artigo 2º do CPB: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". É o caso da *novatio legis in mellius* quando a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna menos grave a situação do réu. Em outros termos, a lei penal nova que gerar qualquer situação ou hipótese de benefício ao acusado deve retroagir.

Com as terminologias *novatio legis* incriminadora e *novatio legis in pejus*, refere-se a doutrina às duas categorias de leis penais severas. "Ocorre a *novatio legis* incriminadora quando uma nova lei considera crime fato até então atípico. Já na *novatio legis in pejus*, a nova lei agrava as consequências jurídico-penais do fato criminoso existente, sem criar um novo tipo penal incriminador". (BARROS, 2001, p. 58).

O princípio, portanto, é da irretroatividade da *lex gravior* (lei menos favorável) e da retroatividade da *lex mitior* (lei mais favorável), isto é, irretroatividade *in pejus* e retroatividade *in mellius*. Assim, a lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Portanto, o conflito de leis penais que se sucedem resolve-se sempre pela aplicação de um princípio básico, que é o da retroatividade ou ultratividade da lei mais benigna. Em outras palavras, quando a lei posterior for a mais favorável, poderá retroagir para aplicar-se aos fatos ocorridos antes de sua vigência. Quando mais favorável for a lei anterior, mesmo sendo revogada pela posterior, continuará produzindo efeitos em relação aos fatos verificados durante a sua vigência, nisso consistindo a ultratividade da lei penal segundo a qual, embora decorrido o período de sua vigência, ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, é mantida a eficácia da lei em relação aos fatos praticados no período em que estava em vigor. O princípio da irretroatividade vige, com efeito, somente em relação à lei mais severa. (BITENCOURT, 2006).

Sobre a lei penal no tempo, Noronha (1995, p. 76) nos ensina que se afere a benignidade, no caso concreto,

> confrontando as leis concorrentes. Mais benéfica será a que cominar pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis etc., como também a que der ao delito configuração que favoreça o réu, tanto pela não-incriminação do fato como por ver nele forma menos grave, outorgar-lhe circunstâncias minorativas da pena e dispuser processo mais favorável.

Ponto em que a doutrina não se concilia é a de saber se, na determinação da lei mais benigna aplicável, pode o juiz combinar leis para aplicação ao caso concreto,

tomando os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis das duas leis. A nosso ver, pode o juiz combinar as partes benéficas de cada uma das leis para delas extrair um conteúdo mais favorável ao acusado, pois só assim é cumprido, mais retamente, o mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal benigna.

> Comungam da mesma opinião Basileu Garcia e José Frederico Marques, o primeiro invocando a equidade e o segundo observando que o juiz, em tal caso, obedece a princípio constitucional e joga com elementos fornecidos pelo próprio legislador. Se lhe é dado, na aplicação do mandamento constitucional, escolher entre duas leis a que é mais benigna, não se vê por que não se admitir que as combine para assim melhor obedecer à Lei Magna. Se pode escolher o 'todo' para favorecer o réu, poderá também tirar parte de um todo para combinar com a parte de outro todo, em obediência ainda ao preceito constitucional. (NORONHA, 1995, p. 78).

Em outras palavras, "Nossa opinião é a de que, em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. Nessa área, a realidade é muito mais rica do que pode imaginar a nossa 'vã filosofia'." (TOLEDO, 1999, p. 38). Portanto, entendemos que o juiz que conjuga as leis para beneficiar o acusado não está legislando, mas apenas aplicando ao caso concreto texto legal fornecido pelo próprio legislador. Faz-se oportuno, ainda, o exemplo citado por Barros (2001, p. 57):

> Suponha que a lei 'A' comine pena de um a quatro anos de reclusão e multa de dez a trezentos e sessenta vezes o salário mínimo, e a lei 'B' imponha pena de três a dez anos de reclusão e multa de dez a vinte salários mínimos. No tocante aos crimes cometidos na vigência da lei anterior, o juiz deverá efetuar a combinação das partes benignas das leis. Quanto à reclusão, incide a lei antiga (1 a 4 anos); quanto à multa, incide a lei nova (10 a 20 salários mínimos).

A respeito da situação em que se discute na doutrina se a lei mais benigna deve retroagir ou não no período de *vacatio legis*, colacionamos os ensinamentos de Bitencourt (2006, p. 210), que afirma que no momento:

> [...] em que é publicado um novo texto legal, este passa a existir no mundo jurídico, representa o novo pensamento do legislador sobre o tema de que se ocupa, produto, evidentemente, de novas valorações sociais. Assim, não sendo possível ignorar a existência do novo diploma legal, bem como as transformações que ele representa no ordenamento jurídico-penal, a sua imediata eficácia é inegável, e não pode ser obstaculizada a sua aplicação retroativa quando configurar lei penal mais benéfica, mesmo que ainda se encontre em *vacatio legis*.

Insta salientar que o mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal benigna tem aplicação imediata e não pode ser obstaculizada por nenhum outro motivo. Portanto, adotamos o entendimento de que a lei em período de *vacatio legis* deve ser aplicada, desde logo, se mais favorável ao réu, pois já foi publicada e porque já é existente no mundo jurídico.

Em suma, "Toda a casuística da aplicação da lei penal no tempo se resolve segundo o critério da não retroatividade, salvo quando a aplicação da lei posterior possa beneficiar o agente, seja descriminalizando a conduta, seja por qualquer outro modo". (LOPES, 2005, p. 99).

Enfim, a interpretação do novo tipo penal do estupro como a que está sendo desenhada neste trabalho constata situação mais benigna ao condenado em virtude da mudança legislativa benéfica apesar de manter intacta a pena de seis a dez anos. No caso em tela, houve a absorção do outro ato libidinoso pela conjunção carnal violenta, tornando crime único o estupro e o atentado violento ao pudor (coito anal, por exemplo). Assim, entendemos que deve ser aplicada a pena cominada no art. 213 do CPB, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes, cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena.

5. Conclusão

Ante todos os fundamentos expostos nos tópicos anteriores, partimos do pressuposto de que a Lei nº 12.015/2009, em geral, houve-se com acerto, pois, de modo inconteste, modernizou-se o cenário dos delitos sexuais. Poderá apresentar, por certo, imprecisões, lacunas e deficiências, como qualquer outra lei. Porém não se há de negar justiça ao legislador, que, ao unir os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal, reconheceu que ambos constituíam delitos da mesma espécie, fazendo cair por terra o entendimento majoritário do STF, que não interpretava dessa forma.

Buscamos, com este trabalho, contribuir para a discussão sobre as modificações promovidas no crime de estupro e a *novatio legis in mellius*. Utilizamos, para tanto, a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, os artigos jurídicos publicados sobre o tema bem como as legislações penais e a Constituição da República.

Nesse sentido, concluímos que, com a nova redação do crime de estupro dada pela Lei nº 12.015/2009, houve mudança legislativa benéfica com a absorção do outro ato libidinoso pela conjunção carnal violenta tornando crime único o estupro e o atentado violento ao pudor.

Ora, conforme os fundamentos discorridos no presente trabalho, o novo tipo de estupro deve ser entendido como tipo misto alternativo ao fundamento de que passou a ser um crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), ou seja, o legislador

descreveu mais de uma conduta como hipótese de realização do mesmo crime, de modo que a prática sucessiva dessas codutas caracteriza crime único, quando praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

Ademais, com a *novatio legis in mellius* no novo tipo penal do estupro, defendemos a possibilidade de ser proferida decisão pelo juiz de execução penal, no sentido de aplicar a nova lei aos casos julgados definitivamente; bem como a possibilidade de ser aplicada a *novatio legis in mellius* pelos tribunais, em grau de recurso.

Lado outro, temos a clara noção de que não se sanaram todas as questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência acerca dessa mudança legislativa benéfica a qual defendemos. Aliás, como já dissemos, esse tema ainda encontra-se incipiente na doutrina pátria, e sua total aplicação está condicionada às decisões de nossos órgãos judiciais, como resultado de uma ampla discussão estabelecida entre as partes nos casos concretos.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1 v.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução Edméia Gregório dos Santos. Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código Penal – Código de Processo Penal – Legislação Penal e Processual Penal – Constituição Federal*. GOMES, Luiz Flávio (Org.). 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Presidência da República. *Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 18 ago. 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEUTERONÔMIO. Português. *In*: *A Bíblia Sagrada*: Antigo e o Novo Testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. p.127-154.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. 1 v.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 10 v.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 1 v.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 5 v.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2.v. Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: introdução e parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*: Parte Geral, 1ª Parte. São Paulo: CPC, 1999.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA DO STJ

BRÁULIO LISBOA LOPES
Mestre e especialista em Direito
Professor universitário

1. ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS Nº 76.686 - PR (2007/0026405-6)
RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

EMENTA: Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou a relatoria, seguido pelos votos das Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Data do julgamento: 9 de setembro de 2008.

2. Comentário

No acórdão acima transcrito, observa-se que a Sexta Turma do STJ, ao julgar o HC 76.686-PR, entendeu que é ilícita a prova obtida mediante sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando extrapolam o limite temporal imposto pelo artigo 5º da Lei nº 9.296/96 – quinze dias, renovável por igual período uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova – ou por extrapolar o limite da razoabilidade, sem que a decisão seja exaustivamente fundamentada.

No caso em tela, os pacientes tiveram suas ligações telefônicas interceptadas pelo prazo de dois anos, mediante ordem judicial, motivo pelo qual impetraram *habeas corpus,* sob o fundamento da ilegalidade da interceptação telefônica, que foi renovada sucessivamente, sem fundamentação exaustiva, por prazo superior ao previsto no artigo 5º da Lei nº 9.296/96.

A interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 é tema que gera inúmeras controvérsias no âmbito dos tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, até a data da publicação do acórdão objeto desta análise, a jurisprudência havia-se firmado no sentido de admitir sucessivas interceptações, desde que comprovada a indispensabilidade da diligência, não ficando limitada a uma só, como poderia sugerir a literalidade do artigo 5º da Lei nº 9.296/96.[1]

No entanto, como se observa da decisão proferida no acórdão objeto desta análise (HC 76.686-PR), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou seu posicionamento, à procura de uma solução que melhor se ajuste às reflexões que se colocam diante de conflitos (aparentes) de opostas inspirações ideológicas. A questão se desloca para o plano constitucional, pois, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Mais adiante, em seu inciso XII, o constituinte volta a se referir à proteção da intimidade e da privacidade, dispondo ser inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, nesse último caso, por ordem judicial, nas

[1] Vide STJ – HC 50.193-ES, RHC 13274-RS e RHC 15121.

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais acima referidos, pode-se afirmar que a intimidade e a privacidade decorrentes das comunicações telefônicas podem ser flexibilizadas, por ordem judicial, nos termos da Lei nº 9.296/96. Como bem observa Eugênio Pacelli de Oliveira,

> [...] na ordem constitucional brasileira, não existem direitos absolutos, que permitem seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. E tal ocorre porque a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata. No plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente, situações em que dois ou mais titulares do mesmo direito entrem em confronto, razão pela qual a lei estará autorizada a regulamentar soluções específicas para cada conflito. (OLIVEIRA, 2007, p. 295).

Sendo assim, o sigilo das comunicações telefônicas pode ser relativizado, mas nos estritos termos da Lei nº 9.296/96. Qualquer interpretação ampliativa que se atribua ao artigo 5º da referida lei, por se tratar de interpretação que objetiva restringir direitos fundamentais, só será admitida se presente o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Referido princípio, que não encontra previsão expressa na Constituição, deriva, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, do devido processo legal substantivo, sendo constituído de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação refere-se à idoneidade ou pertinência da medida que se impõe (no caso, a interceptação telefônica), a qual deve ser apta a atingir o objetivo pretendido (fazer prova do ilícito penal). A necessidade significa que a adoção dessa medida restritiva de direito só será válida se demonstrada a sua indispensabilidade, restando impossibilitada a sua substituição por outro meio de prova menos gravoso. Já a proporcionalidade em sentido estrito deve ser verificada no âmbito do resultado produzido, de forma que se proporcione uma relação ponderada entre o grau de restrição das liberdades públicas e o grau de realização do princípio contraposto.

No decorrer de seu voto, o relator do acórdão em análise cita um trecho da obra de Geraldo Prado, que bem ilustra a falta de razoabilidade e proporcionalidade em que incorrem os tribunais ao permitirem sucessivas prorrogações de interceptações de comunicações telefônicas, extrapolando o prazo definido em lei, conforme vinha decidindo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Cumpre explicitar a passagem da obra mencionada:

> [...] a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável *uma vez* por mais quinze), como única interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações

> telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (art. 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor dos direitos fundamentais. (PRADO, 2005, p. 45-46).

O autor faz uma comparação da restrição do sigilo das comunicações telefônicas deferida em conformidade com o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 com a suspensão de tal sigilo a qual pode ser imposta no estado de defesa, instituto reservado para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades da natureza de grandes proporções. Percebe-se que, no estado de defesa, referidas restrições encontram limites em prazo máximo de sessenta dias (trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período), conforme preceitua o artigo 136, § 2º, da Constituição da República de 1988. Vê-se, pois, que a prorrogação por longos períodos da interceptação telefônica, ao arrepio da lei, fere o princípio da razoabilidade, ao instituir restrições de liberdades mais gravosas que aquelas previstas para a solução de crises constitucionais, que encontram um limite temporal definido na própria Constituição.

Com fundamento nesse raciocínio, acertadamente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou a prova obtida mediante sucessivas e prolongadas prorrogações de ordem de interceptação telefônica como prova ilícita, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988. A prova ilícita é espécie do gênero provas ilegais e pode ser definida como aquela que é obtida com infringência do Direito Material, distinguindo-se da prova ilegítima, que se obtém com afronta ao Direito Processual. Nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo redação dada pela Lei nº 11.690/2008, a prova ilícita é inadmissível, assim entendida a obtida com violação a normas constitucionais ou *legais*.

3. Conclusão

Verifica-se que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao rever seu posicionamento, passou a inadmitir sucessivas renovações de ordem judicial de interceptação de comunicação telefônica, pois entendeu que, nessas hipóteses, a exceção (restrição de direitos fundamentais) acabou se tornando regra, fato que é inadmissível no ordenamento constitucional vigente. Percebe-se, assim, que a decisão de dar interpretação estrita ao artigo 5º da Lei nº 9.296/96 tem maior proximidade com o Estado Democrático de Direito e se revela de acordo com as melhores técnicas de hermenêutica, visto que a interpretação estrita ou declarativa limita-se a declarar – como o próprio nome revela – ou especificar o pensamento

expresso na norma jurídica, sem dilatar ou restringir seus termos. Como já afirmava Karl Larenz, "[...] o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja" (LARENZ, 1983, p. 441).

4. Referências bibliográficas

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas*. Lúmen Júris, 2005.

4

Artigo • 237
Comentário à Jurisprudência • 260
Jurisprudência • CD-ROM

Direito Civil

TUTELA EXTRAJUDICIAL DE INTERESSES INDIVIDUAIS: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADEQUAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

ALEXANDRE CARLOS BOTREL
Superintendente dos Órgãos Colegiados da Administração Superior
do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O Ministério Público tem legitimidade para a tutela de interesses e direitos difusos coletivos e individuais homogêneos. Nas linhas que se seguem, pretendemos perquirir acerca da legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses individuais, como o direito à saúde ou à educação, bem como acerca da adequação do inquérito civil para investigação de eventual lesão a tais interesses e para sua tutela extrajudicial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito individual indisponível; legitimidade; Ministério Público; adequação; inquérito civil.

ABSTRACT: The Brazilian Public Prosecution Service has legitimacy to protect the individual homogeneous and the social diffuse interests and rights. In the present work, one aims at analysing the legitimacy of the Brazilian Public Prosecution Service regarding the protection of individual interests, such as the right to health or to education, as well as regarding the adjustment of the Preliminary Civil Investigation in order to investigate eventual harm to such interests, and concerning the rendering of extrajudicial services.

KEY WORDS: Individual Unavailable Right; legitimacy; Brazilian Public Prosecution Service; adjustment; preliminary civil investigation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Legitimação do Ministério Público. 3. Inquérito civil. 3.1. Breve histórico do inquérito civil no ordenamento. 3.2. Objeto do inquérito civil. 4. Posicionamento da jurisprudência. 5. Posicionamento da doutrina. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Existe uma espécie de interesses que, embora não possa ser chamada difusa ou coletiva *stricto sensu*, recebe tratamento similar – a espécie dos interesses individuais homogêneos.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor[1], interesses ou direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; coletivos são os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

O artigo 81, III, da Lei nº 8.078/90 define os interesses ou direitos individuais homogêneos como sendo aqueles decorrentes de origem comum. Os titulares dos direitos individuais homogêneos são determinados ou, pelo menos, determináveis. O objeto dos direitos individuais homogêneos é divisível.

Ricardo dos Santos Castilho preleciona (2004, p. 48):

> Os interesses individuais homogêneos são divisíveis, ou seja, podem ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem uma origem comum – a homogeneidade decorre dessa origem comum, são tratados de maneira coletiva. Esses interesses originam-se de circunstâncias fáticas, não havendo, nesse sentido, relação jurídica base a unir os interessados.

É pacífica na doutrina e jurisprudência a legitimidade do Ministério Público (MP) para a tutela dos direitos difusos e coletivos, valendo-se o *Parquet* dos instrumentos judiciais e extrajudiciais a ele conferidos pelo legislador, inclusive o inquérito civil. A legitimação do MP para a tutela desses direitos é extraordinária, *ex vi lege* (art. 6º do Código de Processo Civil).

Há, entretanto, certo dissenso doutrinário e jurisprudencial no tocante à legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos e de direitos individuais indisponíveis.

Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 59) preleciona:

> Não raro se fazem perguntas semelhantes a esta: a defesa de contribuinte, de crianças ou de idosos é matéria de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo? Ora, a resposta correta a perguntas desse tipo vai depender do pedido que venha a ser concretamente formulado na ação civil pública ou coletiva.

[1] Lei nº 8.078/90, art. 81, I e II.

A pesquisa ora proposta pretende perquirir acerca da legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses individuais, como o direito à saúde ou à educação, bem como acerca da adequação do inquérito civil para investigação de eventual lesão a tais interesses e para sua tutela extrajudicial.

Em face da rápida evolução da tutela coletiva nos últimos 25 anos e do crescente rol de interesses submetidos à atuação ministerial, surgiram dúvidas, até mesmo entre os membros da Instituição, acerca da legitimidade para a defesa de interesses individuais. A análise do tema é necessária, dada a relevância social dos interesses em estudo e sua ampla abrangência.

2. Legitimação do Ministério Público

Via de regra, a legitimação para a defesa de interesses em juízo é da própria pessoa que entende terem sido seus interesses ou direitos violados. Esta é a regra, a legitimação ordinária, conforme o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

No escólio de Paulo Márcio da Silva (2000, p. 55):

> [...] nossa tradição jurídica – por se apresentar profundamente ligada às demandas cujo objetivo principal seria o de oferecer proteção a valores e bens de caráter subjetivo, de cunho estritamente individual – ainda apresenta severas resistências, que têm se revelado verdadeiros entraves a impedir a maior extensão da legitimidade processual. A maior prova desta constatação é encontrada logo nos artigos 3º e 6º do Código de Processo Civil que, além de exigir interesse, vinculam a legitimidade para a propositura da ação, exclusivamente, ao titular do direito ofendido ('Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei', art. 6º do CPC).

Conforme se dessume do próprio enunciado do artigo 6º, há casos de legitimação extraordinária, pois o legislador vincula a legitimidade à titularidade do interesse, mas ressalva as exceções previstas em lei – "[...] salvo quando autorizado em lei".

Há, portanto, casos de legitimação extraordinária, quando autorizado em lei. Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 61) assevera:

> Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a relação interesse/legitimação, existente nas ações de caráter privado, não é a mesma quando se trata de ações de natureza coletiva; nestas, o bem de vida perseguido não concerne especificamente ao autor, que ali comparece na condição de um adequado representante (*ideological plaintiff*, nas *class actions* do direito norte-americano).

Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 64) preleciona:

> A substituição processual é uma forma de *legitimação extraordinária*, que consiste na possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender em juízo *interesse alheio*.
> A legitimação extraordinária, por meio da *substituição processual*, é, pois, inconfundível com a *representação*. Na representação processual, alguém, *em nome alheio*, defende o interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição processual, alguém, que não é procurador ou mandatário, comparece *em nome próprio* e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio. Pelo nosso sistema, alguém só pode defender em nome próprio direito alheio, se houver expressa autorização legal para isso. (grifo nosso)

Portanto, nosso ordenamento jurídico estatuiu como regra a legitimação ordinária e, como exceção, admitiu a legitimação extraordinária, quando autorizado em lei.

O Ministério Público recebeu, *ex vi legis*, legitimação ativa para a tutela, não somente de interesses e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, mas também para a tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis (*cf.* Lei nº 7.347/85, Lei nº 7.853/89, Lei nº 8.069/90, Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.625/93, Lei Complementar do Estado de Minas Gerais nº 34/1994, Lei nº 10.741/2003, CF/88, arts. 127 e 129, dentre outros – esses atos normativos serão objeto de estudo no próximo capítulo).

3. Inquérito civil

Dentre os diversos instrumentos de que dispõe o Ministério Público para a consecução das graves atribuições a ele cometidas pelo Poder Constituinte Originário – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[2] – está o inquérito civil, art. 129, III, CF/88:

> São funções institucionais do Ministério Público:
> [...]
> III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

O inquérito civil é um procedimento administrativo de caráter inquisitório, prescindível, que tem por escopo amealhar um lastro probatório mínimo para eventual propositura de ação civil pública bem como possibilitar a adoção de medidas incidentais judiciais ou extrajudiciais.

[2] CF/88, art. 127, *caput*.

Mazzilli, em obra coletiva coordenada por Édis Milaré (2005, p. 222), preleciona:

> O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público; seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a seu cargo. Nesse sentido, ele se destina, pois, a colher elemento de convicção para que o Ministério Público possa *identificar ou não* a hipótese em que a lei exige sua iniciativa [...].(grifo nosso)

3.1. Breve histórico do inquérito civil no ordenamento

O inquérito civil é um instrumento eminentemente nacional, surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e, posteriormente, em 1988, com a edição da Constituição Cidadã, recebeu o *status* de instrumento constitucional a cargo do Ministério Público para o desempenho de seu múnus.

O projeto da Lei de Ação Civil Pública inspirou-se na tese apresentada no 11º Seminário de grupos de estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, pelos ilustres membros do *Parquet* paulista Édis Milaré, Nelson Nery Júnior e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz.

O anteprojeto da Lei nº 7.347 – Lei de Ação Civil Pública (LACP) foi elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. No anteprojeto, redigido na prática por Milaré[3], foi contemplada a existência de um instrumento de investigação, conduzido pelo próprio órgão de execução do MP – o inquérito civil.

Paulo Márcio da Silva (2000, p. 97) preleciona que:

> Segundo o fiel e valioso testemunho de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, o termo inquérito civil surgiu entre nós em junho do ano de 1980, a partir das elucubrações e palestras sobre temas jurídicos, intentadas por um 'Grupo de Estudos', formado por Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, lotados na Região da Média Sorocaba.

Posteriormente, diversos diplomas legais disciplinaram acerca do inquérito civil ou o elegeram como instrumento para a investigação de lesão a direitos, coletivos ou individuais, *v.g.* a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio, a integração e a tutela das pessoas portadoras de deficiência.

No citado ato normativo, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade da atuação do *Parquet* "[...] nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam

[3] Disponível em: <http://www.escoladomp.org.br/pub/index.pub.php?s=docente&ss=detalhe&id=1346>. Acesso em 02 jan. 2009.

interesses relacionados à deficiência das pessoas"[4], dispôs acerca da utilização do inquérito civil e, nos parágrafos do art. 6º, ratificou o que já havia sido disciplinado acerca da homologação, ou não, da promoção de arquivamento de inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, cometeu ao Ministério Público diversas funções na tutela dos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes.

O art. 201, V, do ECA dispõe, *in verbis*, que compete ao Ministério Público:

> Art. 201 - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

No artigo 223[5] e parágrafos do referido Estatuto, o legislador também disciplinou a utilização do inquérito civil e ratificou o disposto no artigo 9º da Lei nº 7.347/85 acerca da homologação ou rejeição da promoção de arquivamento. O artigo 224 preceitua a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública à tutela dos interesses da infância e juventude.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a instauração de inquérito civil passou a ser também causa suspensiva[6] do prazo decadencial para reclamar por vícios aparentes ou de fácil

---

[4] Art. 5º. O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

[5] Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.
§ 1º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação cível, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.
§ 2º Os autos do inquérito civil ou as peças de informação arquivados serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.
§ 3º Até que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, em sessão do Conselho Superior do Ministério público, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.
§ 4º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.
§ 5º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

[6] Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.
§ 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
§ 2° Obstam a decadência:

constatação em produtos e serviços. O artigo 90 do CDC previu a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) elencou, entre as funções do *Parquet,* a promoção do inquérito civil para proteção de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos[7]. Note-se que a LONMP faz distinção entre interesses individuais indisponíveis e individuais homogêneos.

A Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – disciplinou[8] o inquérito civil nos mesmos moldes da LONMP.

Mais recentemente, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, também manteve a distinção entre direitos individuais indisponíveis e direitos individuais homogêneos. Nos termos do art. 74, I, do citado diploma legal, "Compete ao Ministério Público instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, *individuais indisponíveis e individuais homogêneos* do idoso". (*grifo nosso*).

Verifica-se, pelo exposto, que o inquérito civil é um instrumento exclusivo do Ministério Público, que surgiu no nosso ordenamento em 1985, e que está em franco desenvolvimento. Os diplomas legais que o disciplinaram após a LACP alargaram seu âmbito de abrangência.

[...]
III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

[7] Lei nº 8.625/93, art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
[...]
IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem."

[8] Art. 66 - Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
[...]
VI - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para:
a) proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
b) anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem."

3.2. Objeto do inquérito civil

No preciso escólio de Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 443) o inquérito civil destina-se:

> [...] basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: *a)* prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; *b)* colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo.

Verifica-se, pelo exposto, que o objeto do inquérito civil é mais abrangente que o objeto da ação civil pública. O inquérito civil é instrumento apto para a coleta de elementos necessários à propositura de qualquer ação pública, bem como para o exercício de qualquer atuação a cargo do *Parquet*.

Em outra passagem, o douto professor e procurador de Justiça paulista Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 446), ressalta: "O inquérito civil presta-se não só a apurar lesões a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como também, por analogia, a colher elementos preparatórios para a instauração de qualquer ação judicial de iniciativa do Ministério Público".

Além disso, segundo Mazzilli (2005, p. 223), o objeto do inquérito civil é, basicamente, a coleta de elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do Ministério Público.

Esse entendimento restou positivado com o advento da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 23, de 17 de setembro de 2007, bem como, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007. O *caput* do art. 1º de ambos os atos normativos dispõe:

> Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Assim como houve uma evolução da tutela coletiva desde 1985 com a edição da LACP até aos dias atuais, em que se discute, inclusive, a edição de um código de processo coletivo, também o inquérito civil evoluiu, sendo, atualmente, seu objeto muito mais abrangente do que quando fora criado.

Nesse sentido, o escólio de Luis Roberto Proença (2001, p. 42):

> [...] Com o decorrer do tempo, foi o legislador percebendo a sua [do inquérito civil] utilidade para a elucidação de qualquer fato relacionado à atuação civil do Ministério Público, passando, assim, a prever o seu uso também para a investigação de lesão (ou perigo de lesão) a direito meramente individual.

Em nota explicativa assevera Proença (2001, p. 42):

> Desde logo cabe ressaltar, aqui, que o *tratamento coletivo* de lesões a direitos individuais *disponíveis* pode, na hipótese concreta, vir a caracterizar um "interesse social", na dicção do art. 127 da Constituição da República, devendo, assim, ser rejeitado o entendimento de que nossa Carta Maior restrinja esta atuação apenas aos chamados direitos individuais *indisponíveis*. O que ela impede é a atuação do Ministério Público na defesa de um direito individual disponível isolado, o qual tem relevância, em última análise, apenas para o seu próprio titular, e não para a coletividade. (grifo nosso)

4. Posicionamento da jurisprudência

A jurisprudência do STJ, que outrora era vacilante em reconhecer a legitimidade do Ministério Público, mesmo para a tutela judicial de interesses individuais homogêneos, hoje se tem firmado no sentido de reconhecê-la:

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A GARANTIR ATENDIMENTO EM CRECHE A DUAS CRIANÇAS MENORES DE SEIS ANOS. DIREITOS INDISPONÍVEIS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. I - A Primeira Seção desta Corte tem entendimento, já reiterado, no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para promover, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), mediante ação civil pública, a tutela dos direitos indisponíveis nele previstos, mesmo que se apresentem como interesse individual. Precedentes: EREsp 466861/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.03.2007, DJ 07.05.2007; EREsp 684.162/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; EREsp 684.594/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12.09.2007, DJ 15.10.2007. II - Embargos de divergência providos. (EREsp 488.427/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 29/09/2008).
>
> PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR DEMANDA VISANDO À INTERNAÇÃO HOSPITALAR E TRATAMENTO DE SAÚDE

> PARA RECÉM-NASCIDO EM UTI NEONATAL. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de recém-nascido prematuro que necessite de internação hospitalar e tratamento de saúde. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. 4. Recurso especial improvido. (REsp 899.820/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 01/07/2008).

Esse tem sido também o entendimento da 2ª Turma do STJ (*v.g.* AgRg na MC 14096 / PR; REsp 927818/RS; REsp 947324/RJ). Nesse sentido, tem-se manifestado também a da Primeira Seção:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL DE PESSOA IDOSA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A Jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Público do STJ tem entendido que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de idoso, ante o disposto nos artigos 74, 15 e 79 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). Precedentes. 2. Embargos de divergência não providos. (EREsp 695.665/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 12/05/2008)

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006. 2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 7.5.2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de

> 6.6.2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.9.2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.4.2006. 3. Embargos de divergência providos. (EREsp 684162/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJ 26/11/2007 p. 112).

No mesmo sentido, tem-se posicionado o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 554088 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-06 PP-01237).

5. Posicionamento da doutrina

A doutrina hodierna reconhece a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos e individuais indisponíveis, *v.g.* Mancuso (2004, p. 63):

> A doutrina tem anotado que, em se tratando do Ministério Público, dado que a propositura dessas ações é sua função institucional (cf. Lei 8.625/93, art. 25, IV), seu interesse de agir já estaria, de alguma sorte, presumido, ou, por outras palavras, decorreria ope legis, sem necessidade de maiores perquirições para que se o reconhecesse num dado caso concreto.
> [...] Nessa mesma linha, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr., invocando Francesco Carnelutti, já afirmavam: No que pertine ao Ministério Público, entende o mestre que o interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Em outras palavras, o interesse está pressuposto (*in re ipsa*) na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador; o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação.

6. Conclusões

1. A legitimação do Ministério Público para a tutela de interesses e direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis é legitimação extraordinária.

2. Essa legitimação decorre de diversos diplomas legislativos, *v.g.* Lei nº 7.347/85, Lei nº 7.853/89, Lei nº 8.069/90, Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.625/93, Lei Complementar do Estado de Minas Gerais nº 34/1994, Lei nº 10.741/2003, CF/88, arts. 127 e 129.

3. O inquérito civil é um procedimento administrativo privativo do Ministério Público, de caráter inquisitório, prescindível, que tem por escopo amealhar um lastro probatório mínimo para eventual atuação judicial ou extrajudicial do *Parquet*.

4. O inquérito civil foi criado no Brasil, parcialmente inspirado no inquérito policial. Integra o ordenamento jurídico desde 1985. Com o advento da Constituição Cidadã em 1988, foi alçado ao *status* de instrumento constitucional a cargo do Ministério Público para o desempenho de seu múnus.

5. Diversos diplomas legais editados após 1985 alargaram o âmbito de abrangência do inquérito civil, *v.g.* o Estatuto da Criança e do Adolescente, que incluiu no objeto do instituto a tutela de direitos individuais, CDC e Estatuto do Idoso.

6. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público bem como a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais dispõem que incumbe ao *Parquet* promover o inquérito civil para a proteção, prevenção e reparação de danos a interesses individuais indisponíveis e individuais homogêneos, dentre outros.

7. O inquérito civil é instrumento apto para a coleta de elementos necessários à propositura de qualquer ação pública, bem como para o exercício de qualquer atuação a cargo do *Parquet.*

8. Assim como houve uma evolução da tutela coletiva desde 1985 com a edição da LACP até aos dias atuais, também o inquérito civil evoluiu, sendo, atualmente, seu objeto muito mais abrangente do que quando fora criado.

9. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é remansosa em reconhecer a legitimidade do Ministério Público, mesmo para a tutela judicial de interesses individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

10. Também a doutrina hodierna reconhece a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

11. Há supedâneo legislativo, doutrinário e jurisprudencial para afirmar que o Ministério Público tem legitimação extraordinária para a tutela de direitos individuais indisponíveis como o direito à saúde ou à educação básica, mesmo que não homogêneos.

12. Pode o *Parquet* propor as ações cabíveis para a tutela de interesses individuais indisponíveis ou homogêneos bem como tutelar tais interesses extrajudicialmente, por meio dos instrumentos a ele afetos, como o inquérito civil.

13. O Ministério Público tem legitimidade para a tutela de interesses individuais como o direito de uma só pessoa a ter acesso a medicamentos ou tratamento médico de que necessita.

14. Pode o promotor de Justiça atuar na defesa judicial ou extrajudicial do interesse de uma só criança à educação, valendo-se para tal do inquérito civil, de compromissos de ajustamento de conduta, requisições e recomendações exaradas em seu bojo.

15. O inquérito civil é instrumento apto e adequado à tutela de interesses individuais homogêneos e até mesmo individuais indisponíveis.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*: ação civil pública, coisa julgada e legitimidade ativa do Ministério Público. Campinas: LZN Editora, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública*: instrumentos da tutela coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INVALIDADES NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: INEXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL E O SURGIMENTO DE TEORIAS ESPECÍFICAS

RICARDO LUIZ PEREIRA MARQUES
Professor de Direito dos Contratos e Direito Empresarial da Faculdade Novos Horizontes - Belo Horizonte

RESUMO: As hipóteses de invalidade dos atos e negócios jurídicos são várias, motivo pelo qual o tratamento sistemático dessas diferentes situações é perseguido pelos doutrinadores. Porém, diante da maneira como esse instituto vem sendo regulamentado pelas mais recentes figuras normativas de Direito Privado, objetiva este estudo investigar até que ponto ainda é possível falar em uma teoria geral das invalidades, suas vantagens e limitações. Para tanto, inicia-se pela definição do que sejam as invalidades e pelas dificuldades de abordagem do tema. Em seguida, são levantados tratamentos doutrinários até então realizados, reunindo-os em uma hipotética teoria única, para facilidade de sua análise crítica. E, a partir desta análise crítica, conclui-se pela impossibilidade de se sustentar atualmente uma única teoria das invalidades no Direito Privado brasileiro, seja diante de excessiva abertura a exceções da teoria já construída, seja porque se mostra impossível a regulamentação adequada dos fatos cotidianos, cada vez mais complexos, a partir de regras gerais de conduta.

PALAVRAS-CHAVE: invalidades; teoria geral; nulidades; anulabilidades; Direito Privado.

ABSTRACT: The hypothesis of invalidity of acts and contracts are many, thus the systematic treatment of these different situations is pursued by the doctrine. However, due to the way in which this institute has been regulated by recent laws, the present work aims at investigating up to what point it is still possible to apply a general theory of invalidity with its advantages and limitations. In order to do so, one begins by defining invalidity and listing the difficulties that the topic arouses. After, the study presents doctrine treatments and pool them in an unique and hypothetical theory, in order to make its critical analysis easier. By means of this critical analysis, one concludes that it is impossible to consider currently only one theory of invalidities in the Brazilian Private Law because of the large number of exceptions and because of fact that it is impossible to properly regulate everyday situations ranging from general behaviour rules, which have become more and more complex.

KEYWORDS: invalidities; general theory; absolute nullities; relative nullities; Private Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Invalidade no Direito Privado brasileiro. 3. A teoria geral clássica das invalidades. 4. Análise crítica da teoria geral clássica das invalidades. 4.1 Interesse protegido. 4.2. Legitimidade para argüição. 4.3. Atuação jurisdicional. 4.4 Eficácia da declaração judicial. 4.5 Convalescimento pelo decurso do tempo. 5. Impossibilidade atual de uma teoria geral das invalidades. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo se propõe a analisar a viabilidade de uma teoria geral das invalidades no atual Direito Privado brasileiro. Para tanto, percorrerá algumas etapas, a começar pela definição do que sejam as invalidades e pelas dificuldades de abordagem do tema. Em seguida, serão levantados tratamentos doutrinários até então realizados, reunindo-os em uma hipotética teoria única, para facilidade de sua análise crítica. E, a partir desta análise crítica, pretende-se apresentar uma resposta à pergunta constante do título deste texto.

2. Invalidades no Direito Privado brasileiro

A invalidade (ou nulidade em sentido genérico) é a conseqüência prevista pelo Direito para os negócios jurídicos – e também para os atos jurídicos, por força do art. 185 do Código Civil – firmados mediante circunstâncias específicas ou sem a observância de certas exigências previamente fixadas nas normas jurídicas. E a natureza dessa conseqüência pode ser deduzida de sua própria nomenclatura: isto é, deixa o ordenamento de reconhecer validade àquele ato, relegando-o à margem de seu âmbito de ação e influência. Ele é até reconhecido como existente – e, portanto, capaz de gerar certos efeitos, ainda que transitoriamente[1] –, porém não encontrará proteção, a menos que a condição geradora da invalidade seja, de certo modo e, quando possível, reparada em tempo e modo igualmente estabelecidos em lei.

Atualmente, as hipóteses de invalidade e suas respectivas conseqüências são inúmeras. Assim, a utilidade prática e didática de um esquema que sistematize o tratamento dessas diferentes situações é inegável, e praticamente todos os estudos sobre teoria geral do Direito Privado se debruçam sobre a tentativa de cumprir essa missão. Todavia, ela não é uma tarefa fácil.

[1] Sobre a separação e análise dos atos ou dos negócios jurídicos em planos distintos de existência, validade e eficácia – que não são objeto deste estudo – sugere-se a leitura da obra "Negócio jurídico: existência, validade e eficácia", de Azevedo (2002).

A grande maioria dos textos sobre invalidade dos negócios jurídicos no Brasil menciona o quão tormentoso é tratar a matéria em nosso Direito, diante da absoluta falta de uniformidade entre os autores:

> São por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais completo das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em conseqüência da opinião divergente dos autores. Estes, na exposição de suas pesquisas, além de variarem na linguagem e na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares. (FERREIRA, 1963, p. 29).

Tal desencontro acaba por se refletir nos textos legais que, sem uma sólida base doutrinária a lhes subsidiar, adotam diferentes soluções entre si:

> As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas-mestras. Ao contrário, a matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa. (PEREIRA, 2004, p. 629).

E, num círculo vicioso, essas normas provocam a elaboração de novos estudos, que, tratando e valendo-se das expressões e disposições específicas das regras por eles analisadas, ao invés de corrigir, acentuam a distância entre as diferentes abordagens de invalidades levadas a efeito.

Entretanto, e até pelo acima exposto, uma dúvida se coloca ao estudioso do Direito Privado no Brasil: a despeito de desejável, é possível, ainda hoje, falar em uma teoria das invalidades dos negócios jurídicos no Direito Privado brasileiro?

Os privatistas, em geral,[2] defendem que sim – ainda que parte deles apresente suas ressalvas.[3] Nesse sentido, alguns elaboram teorias mais complexas, com comparações a partir de vários critérios de distinção – os interesses protegidos, por exemplo, ou a legitimidade para sua argüição, passando pelos efeitos e eficácia do reconhecimento. Outros, mais precisos talvez, elaboram distinções a partir de apenas um ou dois critérios.

Uma breve reunião dessas teorias,[4] sintetizando os diferentes aspectos por elas

---

[2] *Vide* as referências bibliográficas.

[3] Como é o caso de Amaral que, inicialmente, argumenta no sentido de concluir pela impossibilidade (AMARAL, 2006, p. 510-511), mas, em momento posterior, como se verá adiante, apresenta sua proposta de teoria geral.

[4] Cumpre destacar que somente foram analisadas teorias elaboradas à luz do Código Civil de 2002 e da

propostos no que será chamado a partir deste ponto de "teoria geral clássica das invalidades", é o objeto do próximo tópico.

3. A teoria geral clássica das invalidades

Os doutrinadores fixam, inicialmente, o que seriam duas espécies de invalidades: as nulidades (em sentido específico) e as anulabilidades.[5] E, a partir desse ponto, estabelecem distinções entre ambas, decorrentes dos seguintes critérios:

a) o interesse protegido:[6] as nulidades[7] protegeriam o interesse social ou público; as anulabilidades buscariam somente o interesse privado das partes que firmaram o negócio jurídico;[8]
b) legitimidade de argüição: enquanto as nulidades poderiam ser invocadas por qualquer interessado, até mesmo o Ministério Público, as anulabilidades somente poderiam ser argüidas pela parte que firmou o negócio e que por elas foi prejudicada;
c) atuação jurisdicional: as nulidades poderiam ser julgadas e declaradas de ofício pelos magistrados; já as anulabilidades somente poderiam ser analisadas após provocação da parte legitimada para argüi-la;
d) eficácia da declaração judicial: que, tratando-se de nulidades, teria efeitos retroativos e, quando de anulabilidades, somente a partir da data em que for proferida;
e) convalescimento pelo decurso do tempo: também impossível nos negócios eivados de nulidade, mas ocorrente naqueles viciados por anulabilidades;
f) possibilidade de ratificação: impossível quando se trata de nulidades, o contrário ocorrendo nas anulabilidades.

Valendo-se dessa teoria geral, restaria ao intérprete, no caso concreto, apenas definir se o vício incidente sobre o negócio jurídico sob sua análise seria uma nulidade ou anulabilidade, pois todas as conseqüências daí advindas, especialmente a forma de atuar em face do problema, seriam dadas pelas distinções acima estabelecidas. Dessa praticidade na operacionalização das normas, bem como da facilidade proporcionada ao estudo desse instituto, é que decorre o sentido de buscar uma

---

legislação anterior por este não revogada, uma vez que o referido diploma normativo trouxe mudanças no tratamento normativo das invalidades.

[5] Textos mais antigos fazem referência, ainda, às "nulidades de pleno direito", que representariam defeitos tão graves que nem sequer dependeriam de declaração judicial para serem invalidados. Contudo, essa categoria não encontra lugar no Direito moderno, ao menos não no plano da validade, como bem observa o professor Valle Ferreira em seu conhecido texto. (FERREIRA, 1963).

[6] Distinção realizada por AMARAL (2006), MATTIETTO (2007), PEREIRA (2004) e TEPEDINO; BARBOZA; MORAES (2004).

[7] Para se evitar mal-entendidos, a partir deste ponto, as nulidades em sentido específico serão tratadas apenas pela expressão "nulidades" e as nulidades em sentido genérico, pelo termo "invalidades".

[8] As demais distinções – exceto as das alíneas "d" e "e", com a qual não concordam Tepedino, Barboza e Morais e, respectivamente, Pereira – são propostas em AMARAL (2006), COELHO (2006), PEREIRA (2004) e TEPEDINO; BARBOZA; MORAES (2004).

teoria geral das invalidades. Todavia, como dedutivo, qualquer teoria geral somente se mostra apta a cumprir esse papel se não apresentar incoerências. E se a teoria aqui mencionada padece ou não de tais problemas é o que o próximo item se propõe a verificar.

4. Análise crítica da teoria geral clássica das invalidades

Conforme já mencionado, uma teoria que se pretenda geral, mas que admita – ou somente se sustente por meio de – uma série de exceções, perde a sua utilidade prática, pois pode, ao contrário do que se propõe, levar, em verdade, a graves enganos. Deixa, também, de ser didática porque, ao invés de contribuir para o entendimento do estudante sobre a matéria, acaba por promover confusões quanto à adequada resolução de um caso concreto:

> Com efeito, uma teoria geral busca, a partir da realidade, enunciar princípios gerais que, harmonicamente estruturados, sintetizem a essência da instituição a que se refere, aplicando-se a todas as situações possíveis. A elaboração de uma teoria geral na área do direito, portanto, tem de partir da análise das normas do direito positivo e num processo gradativo de abstração chegar à enunciação de princípios tão gerais que a eles se ajustem todas as espécies que integram a instituição jurídica respectiva. (MELLO, 2004, p. 14-15).

Portanto, a um teste de sua capacidade de abstração deve-se submeter a teoria geral clássica das invalidades no Direito Privado brasileiro, analisando-se separadamente algumas das distinções defendidas pelos autores privatistas, a começar pela que divide as invalidades pelo suposto "interesse a ser protegido".

4.1. Interesse protegido

Essa distinção, segundo os defensores da teoria em exame, apresenta-se como a mais importante, uma vez que dela decorreriam as demais. Contudo, talvez seja a que tenha sua improcedência mais perceptível, pois o pressuposto de que as regras de nulidades visariam a proteger interesses públicos, supostamente violados em hipóteses que causariam "repulsa social", não resiste a análise para além dos arts. 166 e 167 do Código Civil.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, lei especial pertencente ao Direito Privado (DELGADO, 2004, p. 74), em seu art. 9º, dispõe serem "nulos de pleno direito" (ou seja, casos de nulidade) todos os atos praticados com o intuito de contornar os seus preceitos. Não se discorda de que tentativas de burlar a legislação trabalhista devem ser combatidas, e é por isso que a lei criou referido meio de repressão. Mas também é certo que as normas de Direito do Trabalho cuidam de interesses meramente particulares, ao menos em sua grande maioria.

4.2. Legitimidade para argüição

Avançando na análise da tentativa de sistematização das invalidades, outra regra que se invoca para se diferenciar as nulidades das anulabilidades é a legitimidade supostamente mais ampla para se argüir aquelas. Os autores que assim sustentam se baseiam no art. 168 do Código Civil, que prevê a alegação das nulidades por parte de qualquer interessado e do Ministério Público. Contudo, o que esses estudiosos deixam passar é que o próprio art. 168 é explícito em demonstrar sua aplicabilidade limitada. Com efeito, na sua parte inicial está expresso que a regra de legitimidade ali disposta vale apenas para "as nulidades dos artigos antecedentes". Não se trata de uma regra geral, portanto, mas sim bastante específica, restrita às hipóteses dos arts. 166 e 167.

Assim, as nulidades previstas em outros artigos ao longo do Código Civil, bem como aquelas dispostas em leis especiais de Direito Privado, não estão, obrigatoriamente, submetidas à mesma disciplina. É o caso, por exemplo, das nulidades incidentes sobre os atos de alienação dos imóveis dos filhos praticados pelos pais, sem autorização judicial, que, segundo o parágrafo único do art. 1.691 do Código Civil, somente podem ser reclamadas pelos próprios filhos, herdeiros ou representante legal. Quanto à legislação especial, podem-se citar, dentre outras, as nulidades sobre cláusulas de contratos de consumo, previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), que somente podem ser questionadas pela parte que firmou o negócio jurídico e por ele se prejudicou.

4.3. Atuação jurisdicional

No tocante à possibilidade de declaração de ofício das nulidades por parte dos magistrados – ao contrário das anulabilidades, que sempre demandariam provocação dos legitimados –, também é uma conclusão decorrente do art. 168 do Código Civil, mais especificamente de seu parágrafo único. Desse modo, aqui também vale a observação feita anteriormente, no sentido de que tal dispositivo legal não tem aplicabilidade irrestrita no Direito Privado. E uma demonstração dessa circunstância é a previsão do art. 1.549 do mesmo Código Civil, que dispõe que somente por ação direta (ou seja, jamais de ofício) é que se pode dar a decretação da nulidade do casamento pelos motivos expostos no art. 1.548.

4.4. Eficácia da declaração judicial

Acerca desse critério de distinção – que, conforme mencionado, defende efeitos retroativos apenas à declaração de nulidades –, o que surpreende é que ainda seja mencionado por tantos estudiosos, mesmo não havendo qualquer base para tanto. Uma análise cuidadosa do Código Civil mostra não só que a declaração de anulabilidades pode também ser retroativa, como há hipóteses de nulidades que, mesmo declaradas por sentença, continuam a gerar efeitos.

Desde 1916, o art. 158 do Código Civil então promulgado já dispunha que "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente", disposição repetida literalmente pelo art. 182 do diploma de 2002. Ou seja, há muito resta claro no Código Civil que também a declaração de anulabilidade surte efeitos a partir da data em que o negócio jurídico tenha sido firmado. Curiosamente, porém, essa é uma circunstância que continua a passar despercebida por parte respeitável da doutrina. Na década de 60 o professor Valle Ferreira chamava a atenção para essa questão:

> Noção também infundada, mas muito repetida, é a que se refere ao efeito retroativo das declarações de nulidade. Segundo ficou exposto anteriormente, qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. (FERREIRA, 1963).

Porém, não é o caso de, como procede Ferreira, estabelecer-se uma regra geral contrária, isto é, de que sempre a declaração das nulidades ou anulabilidades terá efeitos retroativos. Isso porque o Código Civil, também há muito, disciplina hipóteses de atos e negócios jurídicos que, mesmo eivados de nulidades reconhecidas em sentença, continuam a surtir eficácia, ou, ao menos, tem mantidos os efeitos gerados até então. Podem-se citar como exemplos o art. 1.597, II (que cuida da presunção de concepção na constância do casamento e dos efeitos dela decorrentes, mantidos mesmo após a anulação do casamento), bem como os arts. 1.561 e 1.563, que regulamentam efeitos do casamento nulo.

4.5. Convalescimento pelo decurso do tempo

Por fim, acerca da possibilidade de convalescimento das invalidades pelo transcorrer de certo período, o art. 169 do Código Civil dispõe que "O negócio jurídico nulo [...] não convalesce pelo decurso do tempo". Ao contrário do que acontece com o artigo antecessor, não há sinal, nessa frase, de limitação à abrangência da prescrição legal. E, por certo, foi tal circunstância que levou os elaboradores da teoria clássica das invalidades a defender que esse preceito legal seria uma regra geral das nulidades, a diferenciá-las das anulabilidades, sempre passíveis de convalidação, segundo leitura dos arts. 178 e 179.

A amplitude desses três dispositivos, porém, não é exatamente essa, pois o art. 48 do mesmo Código Civil, por exemplo, prevê a decadência em três anos do direito de anular as decisões colegiadas das pessoas jurídicas quando violarem a lei ou quando estiverem "eivadas de simulação", ambas causas de nulidade, segundo os arts. 166 e 167. Merece registro, também, a limitação de cinco anos prevista no art. 1.859 para impugnar a validade (seja por causa de anulabilidades, seja em razão de nulidades) do testamento. Caso tais prazos transcorram sem qualquer manifestação das partes legitimadas, as nulidades em referência se convalescerão, contrariando a suposta regra geral ora em análise.

Por outro lado, há hipóteses inversas, ou seja, de anulabilidades que não possuem tempo certo para serem argüidas. É o caso da disposta no art. 1.601 do Código Civil: a ação de contestação de paternidade dos filhos nascidos de sua mulher é imprescritível com relação ao marido, sem qualquer ressalva quanto aos motivos. Portanto, pode essa ação ser fundada em erro, dolo ou coação, por exemplo, causas de anulabilidade, segundo o art. 171 do Código Civil.

5. Impossibilidade atual de uma teoria geral das invalidades

Como se vê, a grande maioria dos critérios integrantes do que aqui se chamou de "teoria geral clássica das invalidades" reconhece bastantes exceções, muitas vezes previstas no próprio Código Civil, outras em legislações esparsas. Tal circunstância é suficiente para descaracterizar aquela construção doutrinária enquanto uma teoria geral pertinente, uma vez que a utilidade que ela possa oferecer depende, como visto, de sua aplicabilidade a todas as situações possíveis.

Não há razão para insistir em uma teoria geral que não exima seus analistas de investigar, caso a caso, a existência ou inexistência de hipóteses excepcionais. Se a teoria não se presta enquanto instrumento prático e didático, merece ser abandonada, pois deixa de possuir qualquer função. Caso contrário, o que foi elaborado com o intuito de facilitar se mostrará como dificultador. Ou pior: uma verdadeira armadilha a estudantes e intérpretes do Direito em geral que, eventualmente, esqueçam ou desconheçam a regra exceptiva.

As exceções aqui apontadas não demonstram apenas a superação da teoria então existente. Elas refletem tratamentos normativos tão distintos que indicam a impossibilidade de também construir uma nova teoria geral atualmente. Concordando com Mello e Gomes (2007), conclui-se que:

> Considerando esse sentido, a elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece uma missão irrealizável, em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções às regras gerais, criam a impossibilidade de serem traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que se possam enunciar regras sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção. (MELLO, 2004, p. 15).

O que se percebe é uma tendência irreversível de divisão das duas espécies reconhecidas de invalidades em incontáveis outras figuras, todas com regras próprias, criadas em lei para, como acima afirmado por Mello, atender-se às complexidades da vida cotidiana. E essa diversidade de regulamentos impede que os novos tipos

de invalidades sejam comparados entre si e enquadrados em apertadas categorias sistemáticas. Portanto, não há mais como se falar em nulidade ou anulabilidade, principalmente em sentido geral, mas sim em tipos específicos de invalidades para as mais diferentes situações, cujo regulamento deverá ser buscado pelo intérprete diretamente na legislação respectiva. Abandona-se a idéia de uma teoria geral e acolhem-se teorias especiais de invalidades, como as incidentes sobre transações, doações, testamentos, casamento, contratos de trabalho, contratos de locação, propriedade intelectual, registros públicos, etc., todas diferentes entre si. É certo que o trabalho do intérprete resta dificultado com essa variedade de objetos de estudo. Entretanto, também é inegável que essa é a única estratégia capaz de dar contar da diversidade de situações que a vida coloca aos cidadãos diariamente.

6. Conclusão

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se sustentar atualmente uma teoria geral das invalidades no Direito Privado brasileiro, seja diante de excessiva abertura a exceções da teoria já construída, seja porque se mostra impossível a regulamentação adequada dos fatos cotidianos, cada vez mais complexos, a partir de regras muito gerais de conduta. Com efeito, o que se infere de exame das mais recentes disposições legais é um movimento em sentido contrário, ou seja, o surgimento de várias teorias específicas de invalidades, a regulamentar os defeitos potencialmente incidentes sobre atos e negócios jurídicos determinados, opção mais acertada de abordagem jurídica.

7. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* Belo Horizonte, ano XIV, n. 3 (Nova Fase), out. 1963.

FIUZA, César. *Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades.* Universo Jurídico. 2004. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1863>. Acesso em: 13 jul. 2007.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 325-360.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil:* introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; MORAES, Maria C. B. *Código Civil Interpretado:* conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO ENTENDE POSSÍVEL A INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA

ADRIANO NAKASHIMA
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a tese de que não é possível indenizar o(a) concubino(a) pelos serviços domésticos prestados durante o transcorrer da relação concubinária.

Vejamos o que consta no informativo de número 421 desse Tribunal Superior:

> CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. Descabe indenização à recorrente, porquanto inexistente a pretendida união estável (art. 1.727 do CC/2002), que pressupõe ausência de impedimentos para o casamento ou separação de fato para permitir aos companheiros a salvaguarda dos direitos patrimoniais. Outrossim, no caso, não há que se falar em indenização por serviços domésticos na constância de relação concubinária concomitante com casamento válido como atalho para atingir os bens da família legítima (art. 226 da CF/1988). Precedente citado: REsp 931.155-RS, DJ 20/8/2007. REsp 988.090-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/2/2010.

Consta no inteiro teor deste julgamento que a autora alegou:

> [...] em novembro de 2002, iniciaram relacionamento amoroso que perdurou por dois anos, sendo que nesse interregno acabou descobrindo que o réu era casado. Aduziu, ainda, que foi obrigada a abandonar emprego de cabeleireira, no qual auferia renda de R$ 1.000,00, conforme exigência do réu. De outra parte, experimentava padrão de vida compatível com uma renda mensal de R$ 2.000,00, razão pela qual entende ser devida indenização nesse patamar, multiplicada pelo tempo em que viveram juntos, o que perfaz montante de R$ 48.000,00.

O Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido de indenização, pelos seguintes fundamentos, conforme consta na ementa do julgado:

> 1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei.
> 2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.
> 3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência.
> 4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família.

Para uma análise crítica deste julgamento, é importante destacar que há impedimento legal previsto no artigo 1.723, § 1º, do Código Civil que veda a possibilidade de uma pessoa casada, que não esteja separada judicialmente ou de fato, constituir uma união estável.

Para parcela da doutrina, poderia ser aplicado analogicamente, nesse caso, o artigo 1.561 do Código Civil, que prevê o casamento putativo.

A jurisprudência vem reiteradamente decidindo pela impossibilidade da união estável putativa.

Cumpre destacar o acerto desse entendimento, tendo-se em vista que, ao contrário do casamento, que é um negócio jurídico, a união estável tem a natureza de um ato-fato. Assim, para a formação da união estável, inexiste o consentimento e a vontade dos companheiros.

Nesse sentido:

> Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe (LÔBO, 2008, p. 152).

À luz dessas considerações, percebe-se que uma união estável existe quando presentes todos os seus requisitos; por sua vez, inexiste quando ausente algumas dessas condições.

Ora, se inexiste a vontade dos companheiros, não há que se falar que um dos cônjuges tenha agido de forma equivocada para que seja aplicada a união estável putativa.

Por outro lado, a fundamentação realizada para indeferir o pedido de indenização não foi realizada de forma correta. Em nenhum momento do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça analisou a presença ou não dos requisitos necessários à indenização.

De fato, o referido julgamento afastou o pleito da autora sem nenhuma análise de uma conduta ilícita, de um dano e de nexo causal, ao argumento de que "[...] nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar".

Para que um pedido de indenização seja devidamente afastado, é imprescindível que seja afastado pelo menos um desses elementos (conduta ilícita, dano e nexo causal).

A propósito:

> Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (TARTUCE, 2009, p. 345).

A conduta praticada pelo concubino de enganar a concubina, dizendo a esta que inexiste impedimento para a formação de uma união estável, pode ser considerada como ilícita por contrariar a boa-fé objetiva. Afinal, conforme dispõe o art. 187 do Código Civil, "[...] comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Sobre a boa-fé objetiva, o ensinamento da doutrina:

> O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece localizar-se no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.
> Conforme lição de Teresa Negreiros, boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas (ROSENVALD, 2005, p. 131).
>
> Na esteira da expressão germânica *Treu und Glauben*, a boa-fé vem geralmente definida como dever de lealdade e confiança recíprocas entre as partes. E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser a boa-fé definida como 'uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa'. Além disto, não são poucos os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral (SCHREIBER, 2005, p. 86).

Há evidente abuso de direito nos casos em que o concubino, encobrindo a existência de uma união estável, afirma para a concubina que quer formar com ela uma união estável.

Segundo Sergio Cavalieri, conceitua-se o dano como sendo:

> [...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71).

Diante dessas considerações, pode-se concluir que poderá existir dano à concubina quando, por exemplo, esta investir recursos na relação afetiva ou abandonar um emprego para cuidar do lar. Afinal, nessa hipótese, é evidente a perda patrimonial da concubina.

Cumpre ressaltar que a simples prestação de serviços domésticos não gera nenhuma obrigação de indenização, pois, nesse caso, inexiste dano, seja patrimonial, seja moral. Para que tal interesse seja indenizável, a concubina tem o ônus de demonstrar a existência de uma finalidade lucrativa e de que há uma subordinação entre ela e o concubino.

Ademais, somente há que se falar em contrato de trabalho, por prestação de serviços domésticos, quando existir uma finalidade lucrativa por parte do empregado e uma relação contratual contínua, subordinada e prestada a pessoa ou à família no âmbito residencial.

A propósito:

> Empregado doméstico é uma modalidade especial da figura jurídica genérica de empregado. Seu tipo legal compõe-se dos mesmos cinco elementos fático-jurídicos característicos de qualquer empregado – embora um desses elementos receba, no tocante à relação empregatícia doméstica, conformação jurídica algo distinta em face do padrão celetista imperante.
> Ao lado desses elementos fático-jurídicos gerais (um recebendo conformação especial, repita-se), apresentam-se, na relação de emprego doméstica, também alguns elementos fático-jurídicos especiais, nitidamente próprios a esta relação específica.
> Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas [...].
> Nessa definição legal, o diploma omite três dos cinco elementos fático-jurídicos genéricos à figura do empregado (pessoalidade, subordinação e onerosidade) – desde que se considere suficientemente englobada na expressão aquele que presta serviços a figura da pessoa física.
> A omissão, contudo, é absolutamente justificável. É que a Lei n. 5.859 quis destacar em seu texto apenas o elemento genérico objeto de conformação sociojurídica especial (continuidade) e os elementos específicos à relação empregatícia. Inexistia, assim, para a lógica da lei especial, qualquer necessidade de se repetirem elementos fático-jurídicos óbvios à existência da figura do empregado doméstico e que comparecem a essa categoria sem qualquer especificidade perante o padrão empregatício genérico celetista. (DELGADO, 2004, p. 365).

No caso em epígrafe, não existe uma relação de subordinação e a concubina não presta os serviços com fins lucrativos. Assim, a simples prestação de serviços domésticos, sem que seja demonstrada a subordinação e a onerosidade, não gera o dever de indenizar.

Nesse sentido:

> Entretanto, não se considera viável, juridicamente, definir-se como relação doméstica de emprego o vínculo firmado entre as partes. É que a própria noção de sociedade informal (sociedade de lato) estaria repelindo, do ponto de vista lógico, a noção de relação assimétrica e hierárquica de emprego. Menos ainda será possível, hoje, semelhante tese no que tange aos casamentos regularmente celebrados. Em ambas as hipóteses, compreende a jurisprudência que a ordem jurídica não admite *animus contrahendi* empregatício pelas partes envolvidas (ou intenção onerosa empregatícia, porém societária).
> Mais: admitir-se relação de emprego em tais situações será acatar-se a existência de subordinação de um dos cônjuges ou companheiros perante o outro – o que é incompatível com a noção de sociedade de fato ou comum (DELGADO, 2004, p. 368).

O ponto nevrálgico para a caracterização do dever indenizatório no caso em epigrafe é a demonstração do nexo causal entre a conduta ilícita praticada e o dano causado.

Haverá nexo causal quando ficar claro que foi o fato praticado pelo agente que causou o dano alegado. Segundo a doutrina majoritária, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é a da causalidade adequada. De acordo com esta teoria, causa é o antecedente não só necessário mas também adequado à produção do resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito.

Nesse sentido:

> Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 49).

Para outra parte da doutrina, o Código Civil, em seu art. 403, adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, ao dispor que "[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]". Tal artigo, para esta corrente doutrinária, deve ser aplicado para a análise de nexo causal nas indenizações contratuais bem como nas extracontratuais.

Esta teoria considera causa jurídica tão somente aquela conduta que se vincula diretamente ao dano provocado, sem a interferência de nenhuma outra condição sucessiva (SCHREIBER, 2007, p. 56).

Por ser excessivamente restritiva, esta teoria de nexo causal acabou sendo relativizada, ocasião em que se criou a subteoria da necessariedade:

> Desenvolveu-se, deste modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessariedade causal, que entende as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessariedade – e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito. Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa. (SCHREIBER, 2007, p 58).

Cumpre ressaltar que ambas as teorias exigem que o nexo causal somente restará configurado quando a conduta ilícita praticada for necessária – e também adequada, para teoria da causalidade adequada – para ocorrência do dano.

Assim, percebe-se que a concubina, para que seja ressarcida, deverá comprovar que a conduta ilícita praticada pelo concubino é necessária à produção do resultado lesivo.

À luz dessas considerações, percebe-se que a conduta praticada pelo concubino de enganar a concubina, dizendo-lhe que não há nenhum impedimento para união estável e fazendo-a largar um emprego por achar que está sendo garantida pela entidade familiar, pode ser considerada como causa imediata e necessária para o dano provocado pelo abandono de emprego.

Em muitos casos, a concubina somente larga o emprego que possuía por acreditar veementemente que está protegida pela união estável. Caso soubesse da existência de impedimento, ela não abandonaria seu antigo emprego para cuidar do lar conjugal.

A conduta ilícita praticada pelo concubino, quando age em desacordo com a boa-fé, enganando a concubina e induzindo-a largar seu antigo emprego, é presumidamente capaz de causar dano no patrimônio dela.

Portanto, pode-se concluir que é possível que em uma relação concubinária exista o dever de indenizar, sendo necessário, para tanto, a comprovação da existência

de uma conduta ilícita (descumprimento da boa-fé objetiva), de um dano (perda patrimonial, o que não ocorre com a simples prestação de serviços domésticos) e de nexo causal entre o dano e a conduta ilícita.

Referências Bibliográficas

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2009. v. 2.

5

Artigo • 271
Comentário à Jurisprudência • 286
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Processual Civil

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: 19 ANOS DE SUBJETIVAÇÕES

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

> Crianças que 'brincam' no pátio da escola ou nas ruas estão construindo e reconstruindo o mundo das normas dos adultos. Quanto mais autonomia tiverem, mais inventivas e democráticas serão para reconstruir a sociedade brasileira em normas mais justas e aceitáveis para todos.
> Bárbara Freitag (1993, p. 49-51)

RESUMO: Nesses dezenove anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente foi possível constatar avanços práticos significativos para a expansão da cidadania infanto-juvenil através da efetivação dos direitos individuais e do asseguramento das garantias fundamentais destinados à proteção integral da infância e da juventude.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente; cidadania; constituição; criança; direitos; emancipação; estatuto; garantias; infância; juventude; subjetivação; subjetividade.

ABSTRACT: In these nineteen years of ruling of the Statute of the Child and Adolescent significant practical developments have been seen regarding the expansion of citizenship to children and adolescents by means of the stablishment of individual rights and the securing of fundamental guarantees for the full protection of children and youth.

KEYWORDS: Adolescent; citizenship; constitution; child; rights; emancipation; statute; guarantees; children; youth; subjectivations; subjectivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Subjetivação. 3. Subjetividade. 4. Cidadania infanto-juvenil. 5. Emancipações subjetivas: avanços e retrocessos. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) para além de regulamentar a proteção integral que se destina a proteger a infância e a juventude (art. 1º) e de designar criança e adolescente como sujeitos de direito (art. 3º) e, assim, conceituá-los (art. 2º), também lhes reconhece a titularidade de garantias fundamentais (art. 4º). A titularidade desses direitos e garantias advém da qualidade jurídico-legal (constitucional e estatutária) de poder ser sujeito de direito. A capacitação de crianças e adolescentes para a titularidade e o exercício de direitos individuais e das garantias fundamentais requer criação e manutenção das estruturas sociais (familiar e comunitária) e estatais (equipamentos, instituições e órgãos públicos) que lhes assegurem o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas.

Essas instâncias estruturais devem articular não só suas ações de atendimento mas também informações, experiências e contribuições multidisciplinares que possam oferecer soluções cada vez mais adequadas à capacitação que potencializa a humanidade, o respeito e a responsabilidade daqueles novos sujeitos de direito. Na área internacional, por exemplo, toda pessoa com idade inferior a dezoito anos é considerada criança, e esta é uma das diretrizes, ideologicamente, orientada pela centralidade da pessoa humana como núcleo irredutível de preocupação de toda norma jurídico-legal.

A criança e o adolescente constituem a matéria-prima da presente e das futuras sociedades (comunidades humanas), as quais deverão ser construídas e reconstruídas por meio da participação ativa desses novos sujeitos de direito na formulação de normas mais justas e democráticas. A mencionada participação é decorrência direta do processo de redemocratização que se deu no Brasil e que culminou com a instalação da Constituinte de 1987/1988, através da qual foram adotadas democraticamente as diretrizes internacionais relativas aos direitos humanos da criança.

Em virtude disso, observa-se que a comunicação entre os segmentos sociais e os poderes públicos é a pedra angular para a articulação das ações governamentais e não-governamentais, isto é, para a construção das “redes de proteção”. As “redes de proteção” se constituem, assim, pelas ações governamentais e não-governamentais de atendimento direto à criança e ao adolescente.

A atuação dos atores e protagonistas sociais não deve ser limitada somente ao cumprimento das funções originárias, mas, diversamente, exige imersão na conflituosa realidade que se apresenta no quotidiano do mundo da *vida vivida*. A mobilização da opinião pública, que constitui uma das diretrizes da política de atendimento – pois numa democracia é indispensável a participação dos diversos segmentos da sociedade, consoante dispõe o inc. VI do art. 88 do Estatuto –, também se caracteriza como meio de comunicação entre a sociedade e o Estado.

As instituições públicas, de seu turno, devem ser estruturadas material – equipamentos adequados – e pessoalmente – por exemplo, com a criação e manutenção de equipes interprofissionais, consoante arts. 150 e 151 do Estatuto. Os operadores que atuam no "sistema de garantia dos direitos" – então, constituído das instâncias legislativa e judiciária (Magistratura, Ministério Público e Advocacia, dentre outros atores jurídico-sociais) – não devem se limitar às suas funções originárias, pois, mais do que nunca, tornou-se imperativa a articulação comunicacional com a "rede de proteção".

Eis, pois, a possibilidade de superação da burocratização funcional das instâncias públicas e sociais, as quais invariavelmente têm reduzido as suas ações ao oferecimento de respostas setoriais dissociadas da confluência transdisciplinar indispensável para a proteção integral da criança e do adolescente. E a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais assegura a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais desse segmento social. É sinal da emancipação humanitária desses novos sujeitos de direito não só para a titularidade mas também, principalmente, para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil.

2. Subjetivação

A subjetivação, em perspectiva emancipatória, é o processo pelo qual se capacita a pessoa humana para ser titular de direitos e garantias. A emancipação subjetiva da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de suas vidas individuais e coletivas, é decorrência direta do asseguramento e efetivação desses direitos e garantias cuja implementação perpassa pela concretização jurídica, política e social do ideário democrático.

O ideário democrático, por sua vez, que orienta a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais especificamente destinados à proteção integral da infância e da juventude, encontra suas orientações político-ideológicas nas "Leis de Regência" (RAMIDOFF, 2008a), quais sejam: a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir dessas bases político-ideológicas, pode ser afirmado que a criança e o adolescente são sujeitos de direito – ou, na feliz conceituação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 154), *sujeitos jurídicos*, pois são titulares de direitos individuais e garantias fundamentais que cabe ao direito objetivo reconhecer e assegurar.

A subjetivação pode ser identificada então como sinal de respeito e responsabilidade pela infância e juventude, pois representa a expressão da condição humana peculiar às pessoas que se encontram numa daquelas fases da vida. Em razão disso, o exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais destinados à proteção da infância e da juventude dependerá do que dispuser cada uma das legislações especiais, as quais, contudo, deverão guardar conformidade com as bases político-ideológicas das "Leis de Regência" do direito da criança e do adolescente.

O direito da criança e do adolescente constitui um subsistema jurídico-legal que também depende de seu "estatuto" próprio, conforme o qual o exercício dos direitos

e garantias atribuídos aos novos sujeitos de direito possibilita o reconhecimento de novos valores (humanitários) bem como assegura proteção integral da infância e da juventude. Como adverte Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 154), o reconhecimento legal – aqui, constitucional e estatutário – de tais direitos e garantias à criança e ao adolescente representa um processo específico de subjetivação, a qual a "[...] própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num *sistema* dentro do qual adquirem sentido".

Esses processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da infância e da juventude também promovem o asseguramento de garantias, em perspectiva absolutamente prioritária, enquanto instrumental adequado para superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, potencializando, assim, a efetivação dos direitos individuais, de cunho fundamental, que são afetos aos novos sujeitos de direito.

Essas "vias de obstrução" são identificadas por Bárbara Freitag (1993) e, assim, exemplificadas pela "[...] exclusão da criança da escola e a imposição feita às crianças fora da escola de se submeterem aos ditames dos mais velhos e das classes dominantes, integrando-as prematuramente no processo de trabalho para assegurarem sua sobrevivência". Nessa passagem doutrinária, é possível constatar que os obstáculos jurídicos, políticos e sociais ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil quando não impedem a efetivação dos direitos individuais e o asseguramento das garantias fundamentais constituem, na verdade, ameaças e violências ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil.

Em virtude disso, a legislação especial (estatutária) foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de que fossem objetivadas as normas que conferem capacidade a essas novas titularidades para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil. Esses avanços práticos são decorrentes da política jurídica – nos moldes do que sempre pontuou Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 131)[1] –, que teve compromisso com o agir *protetivo*, como ainda deve ter "toda ação político-jurídica", a qual se define "como uma operação do fazer ou seja o conjunto de procedimentos que levem o agente à realização de uma idéia, de um querer", aqui, *protetivo*.

Por exemplo, cabe a todo aquele que atua no "sistema de garantia dos direitos" participar sempre que possível das reuniões dos Conselhos dos Direitos; ouvir, orientar e reunir-se para trocas de informações com os Conselheiros Tutelares; visitar equipamentos públicos e comunitários para prevenção de ameaças e violências aos direitos da criança e do adolescente; atender diariamente crianças, adolescentes, pais ou responsável bem como membros de seus respectivos núcleos familiares; manter conversação com as equipes técnicas que atuam nos equipamentos e programas de atendimento bem como com as equipes interprofissionais do Juizado da Infância e

[1] Segundo o autor, os "[...] elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (ente capaz de determinar-se); de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa); e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia). Esses três elementos pois terão que estar presentes em toda ação política-jurídica".

da Juventude; acompanhar, orientar e fiscalizar a execução dos programas sociais de proteção à infância e à juventude – ainda que incompletos, mas que na prática são os que efetivamente atendem crianças e adolescentes –, pois somente assim será possível o seu aperfeiçoamento e a sua adequação.

Essas são, entre tantas outras, atividades extrajudiciais que diariamente se desenvolvem de forma imperceptível nas estatísticas oficiais e nem sequer são contabilizadas na atuação profissional originária daqueles que atuam no "sistema de garantia dos direitos", mas que, indiscutivelmente, previnem demandas judiciais desnecessárias por meio de contribuições transdisciplinares que são decisivas para a resolução adequada e mesmo para efetibilidade social (PERELMAN, 1999) das decisões judiciais.

Enfim, é preciso reconstruir a dimensão política que seja voltada para o direito da criança e do adolescente. E isso é possível através da elaboração de políticas institucionais que incentivem mudanças significativas na atuação profissional para a proteção da infância e da juventude. Porém, a elaboração dessas políticas institucionais deve ser permanente e, acima de tudo, observando a participação paritária daqueles que desenvolvem as atribuições e competências funcionais.

A elaboração participativa (democrática) dessas políticas institucionais deve observar as orientações humanitárias consagradas normativamente tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas políticas institucionais que se destinam a reordenar a atuação profissional na área da infância e da juventude, por certo, não podem mais circunscrevê-las tão-somente às atribuições e competências originárias que são desenvolvidas no interior do sistema de justiça infanto-juvenil, isto é, no âmbito estritamente processual (procedimental).

A atuação político-social (extrajudicial) que não se reduza apenas ao desenvolvimento das atribuições e competências judiciais pelos operadores do "sistema de garantia dos direitos", talvez, mais do que tudo isso, assegure, sim, a plenitude e a expansão dos direitos individuais e da garantias fundamentais que constituem a cidadania infanto-juvenil.

Por isso, a atuação político-social dos operadores do direito também se configura numa significativa contribuição nos processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva da criança e do adolescente, precisamente, por assegurar a efetivação de direitos e garantias que formam a cidadania infanto-juvenil.

3. Subjetividade

A subjetividade jurídica, segundo Dimitri Dimoulis (2007, p. 266), é "uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a determinadas pessoas a qualidade de sujeito de direito". A subjetividade

jurídica (constitucional e estatutária) reconhecida à criança e ao adolescente tem o intuito precípuo de lhes assegurar o protagonismo não só jurídico-legal mas principalmente político-social através da titularização de direitos individuais e garantias fundamentais, em perspectiva emancipatória.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento (art. 6º do Estatuto) e, assim, enquanto cidadãos, constituem os elementos de preocupação central do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual lhes são reconhecidas específicas garantias absolutamente prioritárias. É o que se encontra expressamente consignado tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, então, distinguiu-se esses novos cidadãos pela garantia da absoluta prioridade para o asseguramento (art. 227 da Constituição) e a efetivação (art. 4º do Estatuto) de seus direitos individuais, de cunho fundamental.

A subjetividade jurídica, conforme assegura Mauro Almeida Noleto (1998, p. 27)[2], é identificada pela titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, vale dizer, "[...] o da titularidade emancipatória de direitos, em razão dos quais as identidades individuais e coletivas se constituem em luta pela ampliação dos espaços de liberdade, na coexistência social". A criança e o adolescente, reconhecidos constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito – como titulares de subjetividade jurídica, política e social, em perspectiva emancipatória –, representam o núcleo irredutível de preocupação do novo subsistema jurídico-legal. Esse novo subsistema jurídico-penal denominado de direito da criança e do adolescente, por seu turno, possui orientação teórico-pragmática que lhe permite legitimar e justificar (argumentativa e discursivamente) a intervenção estatal e social que se destina à proteção integral da infância da juventude.

Essas orientações teórico-pragmáticas devem ser desenvolvidas em torno do que se convencionou denominar de "doutrina da proteção integral", a qual sintetiza os direitos humanos que são especificamente destinados à criança e ao adolescente, conforme pode ser constatado pela própria elaboração legislativa do art. 227 da Constituição da República de 1988.

Para Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza (2001, p. 71), a doutrina da proteção integral se compõe de um sistema que possui "duas vertentes: uma positiva e outra negativa". A dimensão positiva da doutrina da proteção integral ensejaria o reconhecimento de uma sistemática de concessões à criança e ao adolescente, isto é, enquanto sujeitos de direitos originários e fundamentais, são merecedores das medidas legais, políticas, sociais, econômicas, entre outras, para a "[...] fruição de tais direitos (informação, saúde, desenvolvimento, etc.)".

A dimensão negativa daquela doutrina determinaria "um sistema de restrições

[2] Segundo o autor: "Analiso a temática dos direitos humanos enquanto bases para uma práxis jurídica emancipatória".

às ações e condutas" que pudessem constituir ameaça ou violação aos direitos individuais (humanos) e às garantias fundamentais afetos à infância e à juventude, inclusive, utilizando-se de medidas legislativas necessárias para tal desiderato (RAMIDOFF, 2008a).

A criança e o adolescente deixam de ser objetos de tutela (objeto de algo) para se transformarem em sujeitos de direito, isto é, em novas subjetividades jurídicas, políticas e sociais. É precisamente esta qualidade de sujeitos de direitos que lhes confere a possibilidade de referenciar seus próprios direitos e garantias especiais. A criança e o adolescente (subjetividades) passam a fazer de algo um objeto apreensível (titularidade), através da referenciabilidade protetiva da existência humana transcendental infanto-juvenil.

Daí ser possível afirmar com Luiz Bicca (1997, p. 181), que, "[...] objetivar, ou seja constituir, fazer de algo um objeto, é uma prerrogativa da subjetividade". Mas, tal subjetividade certamente não se confunde com eventuais individualismos, e sim com a transcendentalidade da proteção integral à infância e à juventude, enquanto fases da existência humana que configuram a cidadania infanto-juvenil.

A objetivação jurídico-legal de direitos individuais e de garantias fundamentais configura-se numa prerrogativa da titularidade de direitos, isto é, numa expressão da própria subjetividade infanto-juvenil. Com efeito, observa-se que a "principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo", de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 63), e, "[...] conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado". Já as garantias fundamentais corresponderiam "[...] às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos", conforme entendimento daqueles doutrinadores.

4. Cidadania infanto-juvenil

A idéia de "cidadania infanto-juvenil" vincula-se hoje indissociavelmente à noção de emancipação da pessoa humana. Neste sentido, Margrit Dutra Schimdt (1993, p.74) tem observado que "[...] falar, portanto, em cidadania é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão, e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade".

A noção de emancipação, assim, vincula-se ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enunciado no inc. III do art. 1º da Constituição da República de 1988, enquanto signo maior da redemocratização das ações e relações sociais, principalmente entre aquelas estabelecidas com as instâncias estatais (poderes públicos).

Paulo Sérgio Pinheiro (1993, p. 79) já havia destacado que a maioria da população brasileira é constituída de pobres, indigentes e miseráveis, que não têm os direitos individuais assegurados efetivamente e que "[...] os direitos individuais somente

podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como direitos sociais para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira".

A emancipação da pessoa deve representar, então, a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, pois somente assim será possível assegurar a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A titularidade e o exercício da subjetividade jurídica, política e social infanto-juvenil – assim como os processos de subjetivação – deverão ser desenvolvidos à luz das orientações humanitárias ideologicamente consagradas, na doutrina da proteção integral, se não através de ações emancipatórias que assegurem a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva para a criança e o adolescente.

Não basta, pois, tão-somente plasmar na Constituição da República de 1998 ou mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente direitos individuais e garantias fundamentais, como, por exemplo, o relativo à não responsabilização penal de crianças e adolescentes. É preciso, diversamente, adotar impeditivos jurídicos, políticos e sociais para o enfrentamento de ameaças e violências à cidadania infanto-juvenil, como, por exemplo, representadas por aprovações parlamentares de propostas legislativas que se destinem a suprimir ou restringir o exercício de direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente.

Nesse sentido, já vaticinara Paulo Sérgio Pinheiro (1993)[3] que o "[...] grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais". A superação dos obstáculos que se verificam no quotidiano brasileiro é a superação emancipatória que se opera em relação às mais diversas formas de ameaças e violências contra direitos, garantias, se não diretamente, sobre a própria transcendência da cidadania infanto-juvenil. A efetivação da cidadania infanto-juvenil corresponde à expansão permanente do atendimento das necessidades pessoais e sociais da criança e do adolescente, com vistas à capacitação para a titularidade e o exercício de direitos individuais e garantias fundamentais que lhes são pertinentes. A capacidade humana para a superação do conjunto de necessidades que circunstanciam a existência das pessoas na área destinada à proteção da criança e do adolescente pode ser potencializada através do apoio institucional a ser oferecido por programas sociais de atendimento desenvolvidos por ações governamentais e não-governamentais.

A superação dessas necessidades passa a ser, na sociedade moderna, uma demanda permanente pela melhoria da qualidade de vida individual e coletiva; e, nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude, verificada com a efetivação dos direitos individuais, se não pelo asseguramento das garantias fundamentais de que são titulares a criança e o adolescente.

[3] "Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população".

Cada uma das superações constitui expressão dos processos de emancipação subjetiva que são intermináveis, cotidianamente verificados durante a infância e a juventude, enquanto fases da existência humana. É o que entende Miracy Barbosa de Sousa Gustin (1999, p. 211) por processo de emancipação humana identificado, pois, por ser um "[...] processo de construção normativa que, através da expansão das relações democráticas, realiza-se no constante desvendamento de novas alienações e das variadas formas de exclusões do mundo contemporâneo".

Com isso, demonstra-se que as necessidades sociais que as pessoas experimentam são estruturantes para qualquer ação humana, seja ela jurídica, política ou social. A mutação que tais necessidades sofreram comprova que o progresso humano não é linear, precisamente quando "[...] é entendido como o aumento da capacidade humana de superar suas privações no sentido de recuperação e ampliação de sua qualidade de vida e de bem-estar e de emancipação individual e coletiva" (GUSTIN, 1999, p. 211).

A efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à infância e à juventude assegura o atendimento das necessidades através da implementação das políticas públicas (programas sociais) e pela intervenção jurídico-legal do Poder Judiciário.

Portanto, tais direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente são indispensáveis para o "desenvolvimento pleno da autonomia" infanto-juvenil, conforme relata Miracy Barbosa de Sousa Gustin (1999, p. 211), ao demonstrar outros autores, entendendo que "O princípio da satisfação de necessidades (das políticas sociais ou da esfera jurídica) deveria orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de carências materiais, mas de atribuírem aos cidadãos capacidades de se auto-regerem e de participarem com autonomia crítica da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa".

Assim como a Constituição da República de 1988 constitui (RAMIDOFF, 2003)[4] o Estatuto da Criança e do Adolescente permanece subjetivando crianças e adolescentes como sujeitos de direito, através do reconhecimento, do asseguramento e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais que lhes são afetos.

5. Emancipações subjetivas: avanços e retrocessos

Em perspectiva, permanecem as proposições afirmativas que têm por objetivo a superação de toda sorte de obstáculos, ameaças e violências aos direitos e garantias destinadas à criança e ao adolescente, como sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento. As orientações políticas e

[4] Isto é, "[...] enquanto possibilidade de constitucionalidade, ou seja, de vínculos mais fortes de substancialidade, entendidos como tais à interpretação do texto constitucional segundo os valores da dignidade e do respeito pela pessoa humana, tornando, desta forma, coerente e compatível toda atividade estatal, precisamente quando assegura a correspondência entre a comunidade e a constituição".

jurídicas oriundas dos fundamentos e princípios derivados da doutrina da proteção integral deverão constituir, por assim dizer, o conteúdo significativo de uma "lógica político-jurídica" *protetiva* que se destine a preservar os valores humanos optados democraticamente como fundamentais para crianças e adolescente – art. 227 da Constituição da República de 1988.

Em que pese aos entendimentos contrários ao reconhecimento do ordenamento jurídico como um "[...] corpo lógico de idéias (norma jurídicas, súmulas jurisprudenciais, interpretações doutrinárias), porque a relação existente entre elas é incompatível com os princípios do pensamento lógico (identidade, não-contradição e terceiro excluído)", segundo Fábio Ulhoa Coelho (1992, p. 124)[5]. Eis, pois, importante limitador dos determinismos e dos fatalismos sociais. Esses determinismos e fatalismos são, por vezes, expressos através de "juízos de realidade" dissociados da "aplicação criteriosa de juízos de valor", segundo Osvaldo Ferreira de Melo (1998, p. 80), em prol dos direitos e da proteção da criança e do adolescente.

A emancipação jurídica, política e social dessas novas subjetividades deve ser permanente, pois somente assim a proteção integral poderá proporcionar à criança e ao adolescente titularidade e exercício de novos direitos que são relativos, por exemplo, ao planejamento familiar, à inclusão digital, à sustentabilidade econômico-ambiental, à responsabilidade empresarial social, à formulação e à execução programas empresariais de atendimento, à destinação orçamentária aos fundos para a infância e juventude (FIA) conjugada com o Plano Plurianual (PPA).

Com tais avanços práticos é possível reduzir desigualdades sociais, de gêneros, econômico-financeiras, políticas, raciais, dentre outras; assegurando, assim, o pleno exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais que integram a cidadania infanto-juvenil. Dessa forma, será possível estabelecer critérios objetivos para a formulação de recomendações aos organismos governamentais e não-governamentais bem como oferecer contribuições técnicas para resoluções cada vez mais adequadas e culturalmente aceitas, através da conversão político-social (ideologicamente) em prol da infância e da juventude.

O convencimento projetado pelo reconhecimento e pela assunção de novos valores (humanitários), por certo, requer mutação ideológica, a qual se constrói estrutural e funcionalmente pela análise reflexiva de um dado conhecimento que passa, assim, a considerar criticamente os objetos estudados e as questões fundamentais que vão se apresentando ao longo da revisitação investigativa.

Não se pode desprezar o fato de que, sazonalmente, existem indícios de retrocessos, como, por exemplo, a recente aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de proposição legislativa que discute a redução da

[5] Mas, "O sistema jurídico não é um agrupamento totalmente desordenado de idéias estranhas entre si; ele possui certa unidade. Essa unidade é retórica. Ou seja, se as pessoas certas da comunidade jurídica [...] se convencerem da pertinência de certa idéia relativa ao direito, então essa idéia passa a integrar o sistema jurídico".

idade de maioridade penal – inimputabilidade penal então reconhecida como direito individual, de cunho fundamental, nos termos do art. 228, combinado com o art. 60, § 4º, inc. IV, ambos da Constituição da República de 1988.

Não fosse apenas isso, recentemente, deparou-se com o denominado "toque de recolher" através do qual administrativamente o órgão julgador estabeleceu por "portaria judicial", de forma genérica, um determinado horário-limite para a circulação de crianças e adolescentes nas vias públicas. As "Leis de Regência" são firmes em assegurar à criança e ao adolescente o direito individual, de cunho fundamental, de ir, vir e permanecer; bem como em determinar a adoção de medidas legais para a prevenção de ocorrências que ameacem ou violentem aqueles sujeitos de direito.

Em que pese às mais diversas motivações para adoção desta "bondade dos bons" (RAMIDOFF, 2008b), inclusive sob o argumento de que seriam salvaguardados os direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente, certamente, não constitui o meio e nem sequer a proteção adequada àqueles sujeitos de direito, consoante dispõe o art. 149 do Estatuto.

É o que já se experimentou no México através de decisões judiciais que configuram critérios jurídico-legais para elaboração de recomendações para o asseguramento dos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente. Tais decisões declaram a inconstitucionalidade de tais medidas, uma vez que a aplicação de um horário restringido para a circulação de crianças e adolescentes viola o direito de liberdade de ir, vir e permanecer, isto é, de "trânsito" daqueles sujeitos de direito.

Vargas afirma "[...] en agravio de los menores de edad, advirtiéndose un trato discriminatorio a ese sector de la poblácion"; bem como que "[...] no constituye el médio legal e idóneo para disminuir o erradicar el vandalismo o la delincuencia juvenil en la localidad y, al contrario, la propia autoridad municipal actúa de manera arbitraria [...] la aplicación de sanciones que no se encuentran contempladas en ningún ordenamiento que emane de una autoridad competente para tal efecto, violando con ello los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica". (VARGAS, 2006, p. 84-85).

Os avanços civilizatórios e humanitários devem servir como orientações ideológicas que impeçam tais retrocessos e isso pode ser muito bem assegurado através da formulação de políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente que contemplem programas sociais em prol da infância e da juventude.

Afigura-se, pois, imprescindível o desenvolvimento doutrinário e pragmático de uma "teoria jurídica da proteção integral" (RAMIDOFF, 2008a), quando não o estabelecimento do direito da criança e do adolescente, como disciplina obrigatória nos cursos de graduação e de pós-graduação relativas às áreas do conhecimento que se destinam ao estudo, pesquisa e extensão protetiva da infância e da juventude, como, por exemplo, direito, medicina, psicologia, pedagogia, serviço social, dentre outros.

Assim será possível distinguir a idéia de direito como ordenamento jurídico ou como um dos seus subsistemas ou mesmo como disciplina jurídica curricular (conhecimento/saber) que deve conter dimensões semânticas acerca do objeto (infância e juventude, como condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana); dos objetivos (proteção integral enquanto cuidado especial dos direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente para emancipação da personalidade humana); dos fundamentos (direitos humanos e direitos fundamentais); da metodologia (estratégias de viés interdisciplinar e transdisciplinar); dos princípios (dignidade da pessoa humana e doutrina da proteção integral) e dos sujeitos de direito (criança e adolescente – subjetividades) (RAMIDOFF, 2008a).

6. Considerações finais

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nesses dezenove anos de vigência, e, assim, de eficácia e validade formal e material, tem proporcionado às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude, a subjetivação necessária para o reconhecimento (titularidade) e o exercício de direitos e garantias (subjetividade jurídica).

A subjetivação é o processo pelo qual são reconhecidos direitos individuais e garantias fundamentais às pessoas. E, aqui, na área jurídico-legal destinada à proteção da infância e da juventude, tal reconhecimento atribui titularidade daqueles direitos e garantias às crianças e aos adolescentes. Assim, eles passam a ter reconhecida a qualidade de sujeitos de direito, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual "[..] atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos" (DIMOULIS, 2007, p. 266).

A criança e o adolescente são sujeitos de direito não só porque são tidos como titulares de direitos mas também porque são reconhecidos como tais (protagonistas) por todo ordenamento jurídico brasileiro através de garantias diferenciadas e especiais, como, por exemplo, a proteção integral e a absoluta prioridade, dentre outros asseguramentos distintivos.

Esses sujeitos são novas subjetividades reconhecidas pelos avanços e conquistas jurídico-legais e sociopolíticos, o que, por certo, possibilitaram não só o exercício de seus direitos individuais mas também o asseguramento de suas garantias fundamentais.

A cidadania infanto-juvenil, assim, deve ser projetada através da compatibilidade entre os processos de subjetivação – reconhecimento, asseguramento e efetivação – e do exercício pleno da subjetividade jurídica, política e social pertinente à criança e ao adolescente. Por isso mesmo, um dos mais significativos conteúdos que se pode atribuir à idéia dessa nova "cidadania infanto-juvenil" é precisamente a noção de emancipação da pessoa humana.

Porém, nesses dezenove anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de se verificarem significativos avanços práticos para a consolidação da cidadania infanto-juvenil, também foi possível constatar retrocessos contundentes à subjetividade jurídica, política e social inerente à infância e à juventude.

Mas, pode-se dizer que a criança e o adolescente, desde o advento da Constituição da República de 1988 e pelas proposições afirmativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos dezenove anos, tiveram ampliada sua cidadania nos âmbitos jurídico, político e social.

Por tudo isso, continua ser plausível, tanto juridicamente quanto político e socialmente, afirmar que as "Leis de Regência" constituem e subjetivam a infância e a juventude, no Brasil, através da destinação de proteção integral, aquelas pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes.

Tanto a Constituição da República de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente permanecem respectivamente a constituir através do reconhecimento e a titularização de direitos e garantias afetos à infância e à juventude, bem como através dos processos de subjetivação desses novos sujeitos de direito que os capacitam em potencialidades para o exercício responsável da cidadania infanto-juvenil.

7. Referências bibliográficas

BICCA, Luiz. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica jurídica*: uma introdução: um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: EDUC, 1992.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAG, Bárbara. A norma social: gênese e conscientização. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica*: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória. Porto Alegre: SAFE, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

MELO, Oswaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica*: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Dialética dos direitos humanos. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1993.

RAMIDOFF, Mário Luiz. A constituição ainda constitui? *Revista Ciência e Opinião do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UniCenP* (Direito; Gestão; Educação; Comunicação). v. 1, n. 1, p. 115-125, jan./jun. 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente*: teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008a.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente*: ato infracional e medidas socioeducativas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008b.

SCHIMDT, Margrit Dutra. A questão da cidadania. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1993.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. v. 1. Brasília: Ed. UnB, 1993.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: SAFE, 2001.

VARGAS, Graciela Sandoval; SOSA, Edgar Corzo. *Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los derechos humanos (1990-2005)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006 (Serie Estúdios Jurídicos, n. 92).

MANDADO DE SEGURANÇA: EXCEÇÃO À PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES
Doutorando pela PUC Minas. Professor do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito pela FIC, pela FCJ Diamantina-MG e pelo Curso Maurício Trigueiro.

1. Introdução

Este comentário à jurisprudência tem como objetivo rediscutir uma peculiaridade do mandado de segurança: a de que, em regra, para demonstração de direito líquido e certo, a prova deve ser pré-constituída, pois o procedimento não admite uma extensão probatória. No entanto, essa regra é mitigada, isto é, admitem-se exceções, das quais trata este artigo, como se visualizará abaixo. Portanto, a análise deste trabalho será apenas dogmática.

2. Jurisprudência escolhida

A ementa elegida para discussão:

> APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0313.07.237451-2/001 - COMARCA DE IPATINGA - APELANTE(S): LÉLIA ADRIANE DOS REIS FERNANDES - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO IPABA - AUTORID COATORA: PREFEITO MUN IPABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO
> DECISÃO
> Data da decisão: 17/04/2008. Data da publicação: 23/04/2008
> O SR. DES. ALMEIDA MELO:
>
> EMENTA: mandado de segurança. Sentença de indeferimento da petição inicial com fundamento de mérito. É inviável o indeferimento de petição inicial de mandado de segurança mediante fundamento de natureza meritória, consistente na falta de prova dos fatos e do direito, especialmente quando requerida, pelo impetrante, a ordem de exibição de documentos prevista no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51[1]. Cassa-se a sentença.

[1] Igualmente estabelece o conteúdo do art. 6º da Lei nº 12.016/2009.

Outros precedentes jurisprudenciais serão abordados no decorrer do texto, inclusive acórdãos análogos para uma melhor compreensão dos assuntos aqui articulados.

Sabe-se que a ação de mandado de segurança não comporta dilação probatória. A prova deve ser pré-constituída. Não se admite extensão probatória em face da celeridade do trâmite procedimental imposto ao mandado de segurança. *Nesse sentido, os julgadores têm indeferido quaisquer tentativas de juntada de documentos endoprocedimental.* Entretanto, pode-se apontar uma exceção: quando os documentos encontram-se em poder da administração pública. Parece que o legislador (o povo, através dos seus representantes membros do legislativo), sensível à possibilidade de existirem obstáculos, como a recusa de prestação de informação ou morosidade por parte da administração pública, excepcionou a regra da produção probatória no *iter* procedimental do *writ*.

Muitas vezes a parte interessada fica "refém" do estabelecimento ou autoridade pública ao elaborar um pedido de informações (direito de certidão) para obter uma certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. É cediço que o estabelecimento ou autoridade pública corriqueiramente *cria entrave*. A administração pública mantém-se inerte diante do pedido ou o atende de forma morosa; situação que pode provocar prejuízos para a parte solicitante, por exemplo, a indispensabilidade das informações para elaborar o mandado de segurança (confecção da petição mandamental) ou para provar o alegado. Outro prejuízo imediato consiste na perda do prazo decadencial para impetração de mandado de segurança, prazo de 120 dias (art. 18 da Lei nº 1.533/51 e art. 23 da Lei nº 12.016/09)[2], para ajuizá-lo, caso o solicitante fique aguardando a certidão além do prazo citado.

Nota-se que a obtenção de certidão em repartições públicas é um dos direitos individuais assegurados pela Constituição da República (CR), em seu art. 5°, inc. XXXIV, "b", que estabelece expressamente:

> Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:
> [...]
> XXXIV – são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
> b) *a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal*. (grifo nosso).

[2] Súmula 632 do STF.

As certidões são para defesa e esclarecimentos de situações requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica. É curial destacar que na solicitação extrajudicial (direito de certidão) devem constar a finalidade e a necessidade da certidão, demonstrando o interesse e a utilidade da certidão, ou como dito por Alexandre de Morais (2007, p. 193), o *legítimo interesse*. Apesar de o art. 5º, XXXIV, "b", da Constituição Federal de 1988 (CF/88) não estabelecer nenhum pressuposto ou condição para o exercício de direito às certidões, a Lei nº 9.051/95 em seu art. 2º[3] condiciona [*sic*] o exercício do direito constitucional de certidão a demonstração dos fins e razões do pedido. Mais uma vez a norma constitucional encontra-se restrita por uma norma infraconstitucional, como aconteceu com as condições da ação em face do exposto no art. 5º, XXXV, CF/88. O importante, em linhas rápidas, é apontar que a omissão constitucional de qualquer requisito ao direito de certidão não autoriza a criação de restrições a um dos direitos fundamentais, ainda mais por norma hierarquicamente inferior, a não ser que a(s) restrição(ões) advenha(m) da própria Constituição. Por outro lado, coloca-se que o art. 5º, § 1º, CF/88 aponta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Importa afirmar que a norma infraconstitucional deve variar de acordo com a Constituição. A existência de limitadores a esse direito humano fundamental é inconstitucional. Essa exigência pode se tornar paradoxal, pois muitas vezes a parte interessada necessita das informações para saber qual a providência que deseja pleitear; antes delas existem apenas meras *conjecturas ou probabilidades*. Logicamente que o direito de certidão não é absoluto, pois a própria constituição impede as informações que possam prejudicar o direito à intimidade, conforme se lê do inciso *X*, do art. 5º: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Cabe destacar que a inércia da administração pública – inexistência de resposta no prazo legal[4] de 15 dias – pode acarretar sérios prejuízos para a parte interessada, que necessita das informações para saber qual a medida adequada para solucionar o impasse com essa administração pública. Como exemplo, pode-se citar o caso de interessado que tem ciência de contratação precária para o cargo que foi aprovado, em plena vigência do concurso público, não sendo o interessado sequer nomeado ou empossado. É interessante perceber que a situação aqui exposta, por si só, possibilitaria a impetração de mandado de segurança para assegurar o direito de certidão garantido pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5°, inc. XXXIV, alínea "b".

---

[3] Art. 2º: "Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido."

[4] Art. 1º da Lei. nº 9.051/95: "As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor."

Nota-se que a utilização do mandado de segurança seria "[...] para garantir o respeito à transparência documental (direito de certidão: art. 5º, XXXIV, "b", da CF/88)". (ALMEIDA, 2007, p. 531).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou sobre a obrigatoriedade da expedição das certidões, no seguinte contexto:

> A garantia constitucional que assegura a todos a *obtenção de certidões* em repartições públicas é de natureza individual, sendo obrigatória a sua expedição quando se destina à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente. Tal garantia não pode ser invocada por advogado que pretende obter cópia de procedimento disciplinar instaurado contra servidor do qual não detém mandato de patrocínio. (6ª T. – RMS n. 3.735-5-MG – rel. Min. Vicente Leal – Ementário STJ, 15/2003).

Como a parte interessada deve observar o prazo decadencial para interposição do mandado de segurança, o melhor seria solicitar as informações no próprio mandado de segurança amparado no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/53 (LMS), lei *revogada pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. A despeito da revogação da Lei nº 1.533/53, o mesmo conteúdo continuou a ser regulamentado pelo art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/2009. O que é importante destacar como ressalta Almeida (2007, p. 539): "[...] o mandado de segurança poderá ser impetrado *sem que a prova pré-constituída* esteja acompanhando a inicial." (grifo nosso).

Como o *impetrante não possui outros meios para conseguir as aludidas certidões, e como os meios possíveis foram tentados* no pedido extrajudicial (direito de certidão) agora, resta, a medida judicial (art. 5º, XXXV, CF/88).

Em face do princípio dos aproveitamentos dos atos processuais e do princípio da economicidade coadunado com o da celeridade (princípio da duração razoável do procedimento, art. 5º, LXXVIII, CF/88), entendemos que a parte interessada deve interpor o mandado de segurança não para assegurar apenas o direito de certidão *negado*, mas para reivindicar o direito que desejaria demonstrar através das informações que se encontram de posse da administração pública. Verifica-se que a própria lei que regulamentava o mandado de segurança, Lei nº 1.533/51, art. 6º, parágrafo único, e a *nova lei* admitiam e admitem essa providência. O julgador que persistir em negar as informações pleiteadas fará o mesmo que reconhecer a inaplicabilidade do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/2009, nova lei que regulamenta o mandado de segurança.

Trata-se de informações que o impetrante não poderia obter sem a devida certidão. A existência de uma tentativa *extrajudicial* do impetrante serve como prova da recusa em expedir as respectivas informações.

Com a nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), a medida antes prevista no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51 permanece compatível com o objetivo desse instrumento e com o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), respeitando o prazo decadencial[5] do mandado de segurança, coadunado com os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas.

O prazo decadencial para o mandado de segurança, coadunado com os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas

Apesar de a Lei nº 1.533/51 ter sido revogada, o conteúdo do artigo 6º, parágrafo único, continua em vigor, já que a redação da nova Lei nº 12.016/2009, no seu art. 6º, §§1º e 2º, reproduziu os dizeres do artigo revogado. *Assim, em nada se altera o conteúdo da jurisprudência e doutrina aqui apresentado*.

A doutrina explica a necessidade das certidões e a aplicação do art. 6º, parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança:

> *Se na inicial houver pedido de requisição de documentos*, e for caso de deferimento, o juiz ordenará, *preliminarmente*, a exibição dos originais *ou* o fornecimento de certidões ou de cópias autenticadas, dentro de dez dias, e, após sua apresentação, ordenará a notificação e as intimações devidas; se os documentos estiverem em poder do próprio coator, a requisição será feita com a notificação (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pela Lei nº 4.166/62). (MEIRELLES, 2007, p. 79-80, grifo nosso).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) manifestou-se sobre aplicabilidade do art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, cassando inclusive a decisão que indeferiu da peça inicial com fundamento de mérito, isto é, ausência de prova documental quanto às alegações exteriorizadas:

> APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0313.07.237451-2/001 - COMARCA DE IPATINGA - APELANTE(S): LÉLIA ADRIANE DOS REIS FERNANDES - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO IPABA - AUTORID COATORA: PREFEITO MUN IPABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO
> DECISÃO
> Data da decisão: 17/04/2008. Data da publicação: 23/04/2008
> O SR. DES. ALMEIDA MELO:
>
> EMENTA: mandado de segurança. Sentença de indeferimento

[5] Cabe esclarecer que o excesso prazo na impetração do *mandamus* não resulta na aplicação do art. 269, IV, do CPC, não há resolução de mérito por pronunciamento de decadência. Trata-se de uma prerrogativa processual, conforme defende Eduardo Sodré (2007, p. 112). O reconhecimento da decadência impede apenas a utilização do mandado de segurança, mas não impede o uso de outro procedimento (ação) adequado. Não há que falar em coisa julgada. Nesse sentido encontra-se a Súmula 304 do STF.

> da petição inicial com fundamento de mérito. É inviável o indeferimento de petição inicial de mandado de segurança mediante fundamento de natureza meritória, consistente na falta de prova dos fatos e do direito, especialmente quando requerida, pelo impetrante, a ordem de exibição de documentos prevista no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51. Cassa-se a sentença.

Verifica-se que a Lei nº 12.016/2009, art. 6º, §§1º e 2º, permite que essa providência no *caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público*, sendo desnecessário, data vênia, solicitar um mandado de segurança inicial (para garantir a transparência documental) para apenas após a obtenção da informação-certidão impetrar um novo mandado de segurança (por exigência de prova pré-constituída) para expurgar a lesão ou ameaça a direito provocada pela administração pública.

Assim estabelecia o art. 6º, parágrafo único (Lei nº 1.533/51):

> Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.
> Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento publico, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o *juiz ordenará, preliminarmente*, por oficio, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de (10) dez dias. *Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação*. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Redação dada pela Lei nº 4.166, de 1962). (grifo nosso).

Igualmente estabelece o art. 6º da *nova lei* (Lei nº 12.016/2009):

> Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.
>
> § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

> § 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a *ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação*. (grifo nosso).

Cabe apontar que a prova pré-constituída não é absoluta. Como preleciona Eduardo Sodré (2007, p. 102), os "[...] documentos que se encontram em repartição pública ou em poder da autoridade impetrada podem ser requisitados pelo magistrado sem prejuízo para liquidez e certeza do direito perseguido e, conseqüentemente, do processamento do *writ*".

Repita-se: existe dispositivo legal que admite essa providência no próprio mandado de segurança. A negativa à aplicação do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 representaria um desrespeito e uma *inaplicabilidade de dispositivo de lei federal*, transformando-o em letra morta. Essa situação é passível de impugnação pelo recurso especial por contrariar lei federal, ou negar-lhe vigência, consoante se lê do art. 105, III, *a*, da CF/88.

O fato de a administração pública simplesmente manter-se inerte ou recusar atender o pedido de informações representa uma violação também ao princípio constitucional da ampla defesa (*vida*) (LEAL, 2008, p. 261) por obstar acesso aos meios de provas para *defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal*, além de tratar-se de um direito fundamental (direito de certidão) assegurado pela norma constitucional (art. 5º, XXXIV, "*b*"), passível de recurso extraordinário.

Portanto, apesar de o mandado de segurança não comportar cognição, isto é, não possuir fase probatória, sendo indispensável a comprovação do direito líquido e certo no ato da sua interposição, pode-se, em face do princípio da celeridade coextenso ao da duração razoável do procedimento e da eficiência (art. 37 CF/88), fazer o pedido no próprio *writ*, conforme inteligência que se extrai do dispositivo legal do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009, independentemente da existência de qualquer documento, principalmente se a fonte probatória da alegação encontra-se de posse de outrem. Assim, basta o impetrante comprovar a tentativa da solicitação das informações com a recusa ou inércia da administração pública.

Entende-se que a cópia do pedido extrajudicial de certidão ou informação pode ser instruída no mesmo ato da impetração do mandado de segurança, a fim de demonstrar que a parte interessada tentou obter as informações que estavam de posse da administração pública, porém sem êxito. Assim o julgador deverá deferir o solicitado com base no disposto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009. Não se aplica a exigência da prova pré-constituída, repita-se, se tal prova se achar em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-la por certidão.

O STJ entende que, para aplicar o disposto no artigo *supra* citado, o impetrante deve comprovar a recusa da autoridade coatora em exibir o solicitado:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXIGÊNCIA. ÔNUS DO IMPETRANTE. POSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO ORDENADA POR OFÍCIO DO JUIZ.
> ART. 6º, § ÚNICO DA LEI Nº 1.533/51. AUSÊNCIA DE ELEMENTO COMPROBATÓRIO DE RECUSA DA AUTORIDADE COATORA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> I - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. Neste contexto, compete aos impetrantes juntar os documentos essenciais para o deslinde da questão.
> II - O art. 6º, parágrafo único da Lei nº 1.533/51 prevê a possibilidade de o juiz ordenar, por ofício, a exibição de documento necessário a prova do alegado, nas hipóteses em que houver recusa da Administração. *In casu*, não há qualquer elemento nos autos que comprove a eventual recusa da Autoridade indicada como coatora.
> III - Agravo interno desprovido.[6]

O difícil será comprovar a recusa da administração pública quando ela simplesmente mantém-se inerte. Daí, ao nosso entender, basta juntar o pedido feito extrajudicialmente com o devido protocolo para viabilizar a providência almejada. A inércia da administração pública em responder no prazo legal é prova mais do que suficiente. Não se pode exigir do impetrante a comprovação de uma recusa quando simplesmente, pelo descaso da autoridade pública, não existe ou não foi apresentada a informação em tempo hábil, isto é, no prazo legal. A possível alegação de que as informações foram prestadas, porém após a impetração do mandado de segurança, não impede que as informações intempestivamente prestadas pela administração pública sejam anexadas aos autos do *mandamus*, quando existir respectiva solicitação na inicial com essa providência. A alegação de que no mandado de segurança não admite extensão probatória ficaria abrandada no caso citado. O fato é que o impetrante não tinha essas informações na data da interposição, apesar de existir um pedido extrajudicial não atendido. Não se pode esperar a boa vontade da administração pública eternamente. Ademais, como existe prazo legal para responder o solicitado, a inércia da administração pública em prestar as informações/certidões cominada com o transcurso do prazo legal para responder caracteriza uma recusa.

Nesse contexto, solicitadas as informações com base no art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 (LMS), sendo espontaneamente atendidas, basta à parte interessada requerer a juntada nos autos do processo.

---

[6] STJ, AgRg no MS 10314 / DF, 2005/0008369-5. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2005, DJ, 17/10/2005, p. 173.

Observa-se que a providência do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 (LMS) é inadequada quando as informações documentais, as quais a administração pública se recusou a fornecer, forem indispensáveis para a elaboração da própria peça – sem esses dados a parte interessada não poderia elaborar o próprio mandado de segurança (causa de pedir). A solução assinalada por Almeida (2007, p. 539-540) seria "[...] ajuizar a medida cautelar de exibição de documento prevista nos arts. 844 e 845 do CPC". Outra providência já abordada seria a utilização de mandado de segurança para garantir o direito fundamental de obter certidões em repartição pública (art. 5º, XXXIV, "b", da CF/88).

Por fim, cabe realçar a possibilidade de a parte interessada juntar provas ligadas à causa de pedir que surjam após a impetração do *mandamus*. Trata-se de direito superveniente que influencie no julgamento da lide (art. 462 do Código de Processo Civil). Podemos citar como exemplo hipotético, além do retro comentado, o fato de existirem candidatos aprovados em concurso ainda não nomeados ou empossados e, dentro do prazo de validade do concurso surgir novo certame para as mesmas vagas do anterior. O candidato aprovado no primeiro concurso impetra um mandado de segurança com pedido liminar. O julgador indefere a liminar alegando o não preenchimento de um dos requisitos para conceder a liminar, qual seja, *periculum in mora*. Dois dias após, a administração pública homologa o segundo concurso e nomeia os aprovados no segundo certame, dentro do prazo de validade do concurso (art. 37, IV, CF/88). Esse ato praticado pela administração pública posteriormente ao ajuizamento de mandado de segurança materializou o requisito entendido pelo juiz como faltante, o perigo da demora jurisdicional, facultando à parte juntar o documento novo para viabilizar o pedido liminar, seja através de pedido de reconsideração ou agravo de instrumento (art. 525, II, c/c art. 517 e art. 527, V, ambos do CPC, art. 7º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

Cabe destacar que, por força do princípio do contraditório e da ampla defesa, após a prestação das informações pela autoridade coatora, oportunizada a manifestação pelo Ministério Público, o impetrante poderá usar sua liberdade de manifestar sobre os documentos juntados e as informações prestadas pela contraparte. Isso se ressalta ainda mais quando o documento ou informação da autoridade coatora refutar diretamente o pretendido pelo impetrante; aqui a interpretação é pela aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois eles são normas jurídicas (princípios e regras) (CHAVES, 2004). A interpretação infraconstitucional deve passar não apenas pelas regras mas também pelos princípios.

Registra-se que a prova não poderá ser vista como mera liberalidade do magistrado, como se extrai do art. 131 do CPC, "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos [...]". Cumpre-se colocar que a prova produzida nos autos será objeto do contraditório, de forma dialógica, isto é, deve ser posta em debate através do contraditório, de forma que o magistrado não extraia dos autos provas não alegadas pelas partes. "A prova é fator de visibilidade da argumentação jurídica". (LEAL, 2004, p. 187).

Falar em livre apreciação ou provas não alegadas pelas partes é admitir que tais provas não passaram pelo contraditório ou não foram observados os meios legalmente previstos para sua obtenção.

As provas objetivam reconstruir os fatos alegados pelas partes, assim, "[...] ao juiz não seria dado reconhecer a existência de um fato que não foi objeto da prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença". (LEAL, 2002, p. 107).

Infere-se que através do procedimento democrático, com participação dialética das partes, respaldados pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, que a prova será produzida. Caso contrário, não há que se falar em prova, pois ela pertence à estrutura do procedimento, e este é assegurado pelo devido processo legal.

Rosemiro Pereira Leal fornece pontos importantes para essa compreensão quando acentua que:

> […] o objeto do *instituto da prova* é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incisos IX e X, da CR/88) do *provimento* (ato decisório), não sendo, portanto, o 'fato' que, como vimos, é tão-somente *elemento* de prova. Também, por igual argumento, o destinatário da prova não é o juiz, mas o *juízo* (órgão jurisdicional estatal) a quem cabe valorizá-la em nome da valoração […]. (LEAL, 2002, p. 183).

3. Conclusão

Dessa forma, não se pode ter a idéia radical de que o mandado de segurança apenas admite prova pré-constituída. Devem-se observar as peculiaridades do caso concreto e os dispositivos legais existentes. A própria lei que regula o mandado de segurança abranda a exigência de prova pré-constituída. Admite-se a possibilidade de ser impetrado *sem que a prova pré-constituída* esteja acompanhando a inicial, consoante se lê do art. 6º da Lei nº 12.016/2009.

Referências:

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual*: coletânea de artigos. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *mandado de segurança*. 30 ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: DIDIER JR. Fredie. (Org). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2007.

6

Artigo • 301
Comentário à Jurisprudência • 348
Jurisprudência • CD-ROM

Direito Coletivo

6 Artigo

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CARLA RIBEIRO VOLPINI SILVA
Coordenadora e professora do curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo estudar os direitos humanos, demonstrando a sua importância e a necessidade de respeitá-los no mundo globalizado. Dessa forma, este estudo dar-se-á através da demonstração dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, demonstrando as características e amplitude desses direitos. Além, far-se-á uma análise da globalização e de seus efeitos no cenário internacional, através de um enfoque nos reflexos da globalização, principalmente no que diz respeito à visão do indivíduo no mundo hodierno e das alterações das manifestações culturais no ocidente. Por fim, instiga-se a uma reflexão sobre a necessidade de uma democracia participativa na consolidação dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; direitos humanos; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The goal in this assignment was to study the human rights, showing yours necessity of respect and importance, around the globalized world. This study happens by the showing of human rights and fundamentals rights concepts, yours characteristic and diffusion. After that, analyze. the globalization, yours effects on the international setting, by the focus on the yours reflections on the individual and the cultural manifestations on the occident. By the end, intend stimulate the reader a reflection about the necessity of a participated democracy for the human rigths consolidation.

KEY WORDS: Globalization; human rights; fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A contextualização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. 3. O fenômeno da globalização na contemporaneidade. 4. A globalização e sua influência nos direitos humanos. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Neste trabalho estudam-se, brevemente, os direitos humanos, ressaltando sua importância no cenário mundial, a fim de demonstrar que esses direitos se vinculam a uma dimensão internacional e que deveriam ser respeitados e resguardados por toda a humanidade. Trata-se aqui dos direitos humanos, demonstrando a diferença entre estes e os direitos fundamentais.

Insere-se, neste estudo, uma reflexão sobre a influência da globalização em todo o mundo, as mudanças significativas que ela provoca nas manifestações e expressões culturais das mais diversas localidades do globo terrestre.

Reflete-se sobre a globalização e seus efeitos, observando que algumas partes do planeta absorvem mais esse fenômeno do que outras, como acontece com o Ocidente. A globalização propicia a homogeneização de culturas e, a partir daí, o indivíduo torna-se multidentitário e descentralizado. É neste cenário que se apresenta a necessidade de políticas públicas no sentido de favorecer uma democracia participativa, na qual o indivíduo possa manifestar seus sistemas de valores em face do mundo globalizado.

2. A contextualização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos

Os direitos humanos, conforme Jayme (2005), são aqueles direitos que garantem a qualquer pessoa uma vida digna:

> Estes direitos são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Assegurado o respeito à pessoa humana, assegura-se, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. (JAYME, 2005, p. 1).

Eles possuem um vasto campo de aplicabilidade e validade, o que o traz uma característica de universalidade. Dessa forma, Franco (2007) demonstra que os direitos humanos funcionam como paradigma moral de respeito aos direitos mais elementares do ser humano:

> Dessa forma, os direitos humanos, pela própria concepção universal de 'Homem' que finalizam resguardar, adquirem uma intensa carga axiológica, impondo a toda e qualquer ordem jurídica, bem como a seus próprios destinatários, o dever de respeitarem o *valor humano*. (FRANCO, 2007, p. 9).

Suas características essenciais de indivisibilidade e universalidade demonstram sua importância. Ambas as características se consolidaram através de uma concepção inovadora advinda da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948:

> Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966. (PIOVESAN, 2003, p. 93).

Franco (2007) argumenta que os direitos humanos podem se vincular a uma dimensão internacional – referindo-se aos direitos de toda a humanidade global; ou ao plano filosófico, tratando-se daqueles direitos resguardados em sua concepção maior de "Homem":

> A orientação doutrinária para retratar duas realidades ou vertentes divisadas: ora se vincula à dimensão internacional, ou seja, referindo-se aos direitos válidos e vigentes para todos os povos em sua concepção de Humanidade global, independentemente do contexto político-social em que se ache imerso, transcendendo fronteiras nacionais, conjunturas históricas, contingências jurídicas e culturas étnicas específicas; ora se liga ao plano filosófico, para denotar aqueles direitos resguardados em sua concepção maior de 'Homem'. (FRANCO, 2007, p. 7).

Já os direitos fundamentais são direitos estabelecidos juridicamente a uma determinada nação através de sua Constituição. Mais do que isso, eles constituem um elemento básico para a concretização do princípio democrático:

> Tal como elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder. (CANOTILHO, 2003, p. 290).

No entanto, os direitos humanos e os direitos fundamentais, em alguns momentos, referem-se aos mesmos direitos, pois estes são oriundos de institutos internacionais, mas consagrados nas Constituições dos Estados:

> Materialmente, porém, tantos os direitos humanos como os direitos fundamentais, quando consagrados em um Estado que adote o regime democrático, costumam denotar as mesmas espécies de garantias jurídicas. Vale frisar que, sobretudo a partir da promulgação das Constituições pós-Segunda Guerra Mundial, que se inspiraram nas disposições consagradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se, cada vez mais, a intensificação do vínculo entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que contribui para o 'processo de aproximação e de harmonização entre o conteúdo

> das declarações internacionais e os textos constitucionais, o que se vem denominando de Direito Constitucional Internacional'. (FRANCO, 2007, p.10).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata de forma especial os direitos humanos, quando consagra, em seu artigo 4°, inciso II,[1] o princípio da prevalência desses direitos. Ainda, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, o artigo 5°, § 3°, da CF/88[2] concede o caráter hierárquico de Constituição aos tratados e convenções internacionais sobre diretos humanos, desde que cumpridos os requisitos legais.

Dessa forma, percebe-se que os direitos humanos são direitos que, no plano global, definem normas que estabelecem condições mínimas para uma vida digna e, por isso, devem ser resguardados independentemente de qualquer situação fática.

3. O fenômeno da globalização na contemporaneidade

> Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada. (SANTOS, 2003, p. 24).

A globalização é um fenômeno que se encontra involuntariamente na vida de praticamente todos os seres humanos. Mas quais são as implicações da globalização para os direitos humanos? Ela, conforme Donelly (2007a), é, em geral, entendida literalmente com o significado de criação de estruturas e processos que abrangem todo o globo. Pessoas, produtos e idéias incrivelmente mudam e se interagem com outras fronteiras que não as do território nacional. Política, mercados e cultura tornam-se transnacionais e mesmo globais em vez de nacionais.[3]

---

[1] *Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 4°.* A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – independência nacional;
II – prevalência dos direitos humanos;
III – autodeterminação dos povos;
IV – não-intervenção;
V – igualdade entre os Estados;
VI – defesa da paz.

[2] *Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5°, § 3°.* 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.

[3] *Globalization is generally understood literally to mean the creation of structures and processes that span the entire globe. People, goods, and ideas increasingly move and interact across – even irrespective – national territorial boundaries. Politics, markets, and culture become transnational and even global rather than national.*(DONNELY, 2007a, p. 88).

Assim sendo, a globalização é um processo no qual o encolhimento do mundo e as difusões culturais se tornam inevitáveis. Isso ocorre principalmente porque as distâncias se encurtam, a tecnologia se torna instantânea e os reflexos das ações são, praticamente, simultâneos.

Como exemplo, pode-se citar Ribeiro:

> Os grandes nós do sistema mundial possuem uma segmentação étnica extremamente complexa. Na cidade de Nova York, onde isso se dá no aspecto mais evidente, fala-se mais de cem línguas. É o exemplo mais vivido do tamanho e da diversidade de fluxos migratórios que o sistema transnacionalizado gera, articulando uma malha de alteridades também nunca dantes vivenciada. Cria-se, por outro lado, uma fragmentação da constituição do sujeito e de sua identidade em uma escala sem precedentes. (RIBEIRO, 2000, p. 29).

A globalização inclui várias dimensões (a política, a econômica, a cultural e a tecnológica), que possibilitam uma conexão de indivíduos e instituições por todo o mundo. Neste diapasão, ela leva a tecnologia, conhecimento e também afirmação de direitos humanos.

Sob essa ótica, ela seria o caminho para a prosperidade em todas as *esquinas do globo terrestre*, com o espalhar dos mais altos valores de democracia, liberdade e justiça. Porém, a globalização, invariavelmente, gera mudanças políticas, econômicas e também culturais. As mudanças culturais ocorrem através das várias manifestações, dentre elas, dos acordos internacionais ratificados pelos Estados. Isso explica porque os direitos humanos têm-se tornado uma parte integral do processo de globalização de várias maneiras. Na verdade, a globalização é freqüentemente vista como força que instiga homogeneidade de atitudes, valores e hábitos.

Ao mesmo tempo, a globalização intensifica o aumento da pobreza, a falta de segurança, a fragmentação da sociedade e, então, a violação dos direitos humanos e da dignidade humana de milhões de povos.

Dessa forma, como resultado, há a intensificação dos conflitos e das violências étnicas e religiosas. Sob este aspecto, claramente, a globalização tem tido um efeito deteriorizante em todo o complexo de direitos humanos, resultando na transformação significante no comportamento de valores de massas da humanidade através do globo.

Para tanto, Magalhães (2008a) argumenta que o Estado tem um papel muito importante no mundo globalizado, no sentido de “reagir” contra os abusos advindos da globalização:

> Assim, o Estado tem como finalidade importante a função de reagir e conservar. Conservar o modelo de sociedade

> e reagir com sua força a qualquer tentativa de mudança fora das permitidas pelo modelo posto. Mesmo com o atual enfraquecimento do Estado Nacional, este ainda é importante no sistema globalizado para reagir a qualquer tentativa de mudança fora dos limites estabelecidos, agora, pelo grande capital globalizado, conservando o modelo existente e seus interesses e sistemas de privilégios. (MAGALHÃES, 2008a, p. 50).

Conforme Santos (2003, p.147), "[...] uma outra globalização supõe uma mudança radical das condições atuais, de modo que a centralidade de todas as ações seja localizada no homem. [...]". Nas presentes circunstâncias, a centralidade é ocupada pelo dinheiro.

Dessa forma, percebe-se que está em curso uma negação crescente da possibilidade de existência de uma *Cultura da Paz*, que perde espaço para o incremento de políticas de avanço do capitalismo no mundo globalizado.

3. A globalização e sua influência nos direitos humanos

Hodiernamente, o que ocorre é que o multiculturalismo, em um cenário globalizado, absorve culturas diferentes que sejam minoritárias ou "mais fracas". É "a história local em um projeto global".[4] Sendo assim, tudo é permitido, desde que esteja dentro dos padrões de um projeto global. E as minorias culturais fragilizadas vão sendo engolidas neste processo.

Donelly (2007b) argumenta que a cultura de direitos humanos do "não-ocidente" ainda é traçada pelas características de unidade, integralidade e homogeneidade. No entanto, e conforme Donelly reverencia Preis, a cultura na atualidade deve ser vista como algo dinâmico, sendo marcada por traços complexos de variações intersubjetivas de identidades e práticas culturais:

> Ann-Belinda Preis, no qual é considerado como o mais importante artigo sobre cultura e direitos humanos publicado na década de 90, demonstra que a antropologia tem largamente abandonado o entendimento de cultura como 'homogêneo, integral, e coerente unidade que sublinha a maioria das literaturas da concepção de direitos humanos do não-ocidente' (1996:288-289) – minha própria contribuição incluída. Nesta literatura, Preis continua, 'cultura é implícita ou explicitamente conceitualizado como uma estática, homogênea, e certamente entidade definida pelos traços específicos.' Em fato, entretanto, cultura é complexo, variável, multivozes, e acima de tudo contestada. Apesar das coisas estáticas, 'culturas' são fluidos complexos de significados intersubjetivos significando práticas. (DONELLY, 2007b, p. 87, tradução nossa).[5]

[4] Expressão utilizada por Walter D. Mignolo em sua obra *Histórias locais/Projetos globais*.

[5] *Ann-Belinda Preis, in what I consider the most important article on culture and human rights published*

Atualmente vive-se num mundo cosmopolita multidentitário, onde a pessoa humana possui várias identificações ao mesmo tempo, o que torna a identidade cultural algo cada vez mais complexo.

No mundo atual, extremamente globalizado, pode-se perceber facilmente que as culturas são manifestações em constante mudança. Algumas de cunho positivo, como as trocas e relações com povos diferentes, provenientes das novas oportunidades advindas de um "mundo aberto", e outras de cunho negativo, tais como as ameaças de homogeneização de culturas, através da imposição de culturas hegemônicas.

Nesta idéia contemporânea de que as culturas estão em mutação, Donelly (2007b) explicita o fato de que as pessoas não se preocupam com o respeito aos direitos humanos, quiçá aos direitos culturais:

> Simplesmente não é verdade que todas as pessoas, a todo o momento, têm tido idéias e práticas voltada para os direitos humanos, se pelos 'direitos humanos' entendemos direitos iguais e inalienáveis amparados na moral seguros por todos os membros de espécies. A maioria das práticas políticas e leis tradicionais não são propriamente direitos humanos vestido, em roupas diferentes. E quem insiste que os são, independentemente de quais são suas intenções, constrói um argumento que não só pode ser, mas regularmente tem sido usado por regimes repressivos para suportar a negação dos direitos humanos reconhecidos por seus cidadãos internacionalmente. Meu trabalho representa algum valor porque há um mundo no qual ditadores regularmente tentam esconder através do manto da 'cultura' nativa, mesmo no limite do desmascaramento. (DONELLY, 2007b, p.87, tradução nossa).[6]

Com isso, a maioria das identidades modernas está entrando em colapso, pois uma mudança estrutural vem transformando as sociedades modernas e, assim, fragmentando as paisagens culturais, o gênero, as formas de expressar a sexualidade, as etnias e raças e as questões pertinentes à nacionalidade e cidadania.

---

in the 1990s, shows that anthropology has largely abandoned the understanding of culture as "a homogenous, integral, and coherent unity" that underlies most of literature on non-Western conceptions of human rights (1996:288-289)- my own contributions included. In this literature, Preis continues, " 'culture' is implicity or explicity conceptions as a static, homogenous, and bounded entity, defined by its specific 'traits'"(1996: 289) In fact, however, cultures are complex, variable, multivocal, and above all contested. Rather than static things, "cultures" are fluid complexes of intersubjetive meanings and practices.

[6] *It simply is not true that all peoples at all times had human rights ideas and practices, if by "human rights" we mean equal and inalienable paramount moral rights held by all members of the species. Most traditional legal and political practices are not just human rights practices dressed up in different clothing. And those who insist that they are, whatever their intention may be, make an argument that not only can be but regularly has been used by repressive regimes to support denying their citizens internationally recognized human rights. In a world in which dictators regularly try to hide behind the cloak of indigenous "culture", even the limited sort of unmasking that my work represents may be of some value.*

O sujeito pós-moderno está conceitualizado como não possuidor de uma identidade fixa, mas de uma pluralidade de identidades, resultado de um mundo cosmopolita e multi-identitário, no qual o sujeito é um ser complexo que se identifica com várias identidades.

Mignolo (2003) acredita que atualmente vive-se uma nova forma de colonialismo, um *colonialismo global*:

> O fim da guerra fria e, conseqüentemente, a falência dos estudos da área corresponde ao momento no qual uma nova forma de colonialismo, um colonialismo global, continua reproduzindo a diferença colonial em escala mundial, embora sem localizar-se em um determinado estado-nação. (MIGNOLO, 2003, p.10).

A globalização é um ente invisível que não se preocupa com o "localismo"; o que se percebe é que ela traz as localidades, valores são universais. Neste diapasão, o indivíduo deixa de perceber sua cultura local para se tornar global e assim ele se identifica com o mundo, mas não com o outro. O contato com o mundo é mais fácil do que o contato local.

Há quebra de paradigma cultural e, mais especificamente, de identidade cultural a todo o momento; no entanto, a universalização – ou homogeneização – de culturas, levando-as para uma cultura global única, é um processo ainda inacabado, em andamento. A quebra de identidade cultural pode ser percebida analisando-se a universalização de alguns hábitos alimentares, como o *fast food*, a convenção da necessidade da vestimenta de terno para eventos formais ou solenes, a utilização de marcas transnacionais, tais como a Nike, a recusa de jovens em manifestar a sua cultura local com vergonha dela, etc.

A globalização e os projetos globais são fatores que influenciam as culturas locais, transformando-as e, em alguns casos, substituindo-as gradativamente. É interessante então observar que cada cultura receberá os novos subsídios de culturas de forma diferente, transformando-se em uma cultura que, ainda assim, poderá ser diferente das demais que também foram afetadas pela globalização, mas incorporando hábitos e modos de vida globalizados. Os povos recebem a cultura global cada um a sua maneira e incorporam-nas também de formas diferentes. Todas as culturas, de algum modo, são alteradas, mas ainda assim há modos de vida que vão, aos poucos, tornando-se universalizados, sob a influência da cultura global.

Na atualidade, o sujeito pós-contemporâneo está fragmentado. Ele não é composto por uma identidade única, mas é fruto de uma miscelânea de identidades, que surgiu através de suas experiências e contatos com o mundo exterior: "O sujeito, previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não-resolvidas". (HALL, 2005, p.12).

Tudo isto é fruto da globalização – fenômeno que infiltra nas sociedades e, através de um discurso global, transforma as culturas locais e, conseqüentemente, suas identidades. Para tanto, Magalhães (2008) defende um fortalecimento da estrutura local através de um espaço de cidadania, de modo que o Estado encontre uma maneira de se estruturar em face dos acontecimentos mundiais, principalmente com relação aos efeitos da globalização:

> O Estado Social está em crise de difícil solução, pois que mergulhado num mundo globalizado. Para onde ir?
> A resposta está na construção da sexta fase de evolução do Estado, uma alternativa de uma democracia participativa que deve ser construída em nível local, na cidade – espaço cidadania –, encontrando um novo papel para o Estado e para a Constituição. (MAGALHÃES, 2008a, p. 50).

É importante verificar que o global acontece localmente; no entanto, é necessário que as manifestações locais, com objetivo contra-hegemônico, também aconteçam globalmente.

4. Considerações finais

Na atualidade, a globalização invariavelmente gera mudanças políticas, econômicas e também culturais. As mudanças culturais ocorrem através de várias manifestações, dentre elas, dos acordos internacionais ratificados pelos Estados. Na verdade, a globalização é freqüentemente vista como uma força que promove a homogeneidade de atitudes, valores e hábitos. Cabe à Sociedade Internacional encontrar meios de amenizar os impactos da globalização.

Uma destas maneiras, como explicitou Magalhães, é o fortalecimento da estrutura local, através de um espaço de cidadania, pois é através da democracia que se podem consolidar os direitos humanos. Para tanto, o Estado tem a árdua tarefa de encontrar uma maneira de se estruturar em face dos acontecimentos mundiais, através da efetivação de uma democracia participativa.

Percebe-se a necessidade de focar o olhar para o respeito aos direitos humanos e para a aplicação de formas de relacionamento entre os vários povos, como uma necessidade para se conviver em um mundo globalizado, cada vez menor, mais condensado, no qual, sem o respeito à cultura de paz, pode se autopulverizar.

5. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo*: para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

DONELLY, Jack. *Internacional human rights*. Colorado: West View Press, 2007a.

DONELLY, Jack. *Universal human rights in theory and pratice*. New York: Cornell Universal Press, 2007b.

FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos humanos X direitos fundamentais: matriz histórica sob o prisma da tutela da dignidade da pessoa humana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: Interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HALL, Stuart. *Da diáspora*: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional*: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008a.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Princípios universais de direitos humanos e o novo Estado democrático de direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 12, maio 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=74>. Acesso em: fev. 2008b.

MATTELART, Armand. Mundialização, cultura e diversidade. *Revista famecos*. Porto Alegre: n. 31, quadrimestral, dez/2006.

MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/projetos globais*: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

MORAES. Alexandre de. *Direitos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Gustavo Lins. *Cultura e política no mundo contemporâneo*. Brasília: UnB, 2000.

ROJO, Grínor. *Globalización e identidades nacionales y postnacionales... ¿de qué estamos hablando?* Santiago: LOM Ediciones, 2006.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Geopolítica y geocultura*: ensayos sobre el moderno sistema mundial. Barcelona: Kairós, 2007.

WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A crise do Estado-Nação em face da globalização: mito ou realidade?. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). *O Brasil que queremos reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. v. 1, p.119-130.

Artigo

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: A necessidade de fundamentação de uma teoria jurídica que reconheça normatividade aos direitos sociais fundamentais e, portanto, vinculação a eles dos Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) é o objeto deste trabalho, por meio da análise da construção teórica formulada por Robert Alexy, no Direito alemão, marco teórico este apto a justificar a legalidade e legitimidade do controle e, até mesmo, da implementação de políticas públicas através da jurisdição, considerando os direitos sociais eleitos e positivados na Constituição Federal como direitos fundamentais e a omissão do Poder Executivo em efetivar tais direitos. Parte-se, ainda, da recusa em identificar o controle jurisdicional com ativismo judicial, no sentido de tomada de postura política pelo órgão jurisdicional como definidor dos direitos sociais a serem implementados, porque não se trata de protagonismo de tipo político, mas que afirma o primado do Direito e o fortalecimento da normatividade dos direitos fundamentais através do sistema judiciário eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais fundamentais; Robert Alexy; políticas públicas; controle jurisdicional.

ABSTRACT: The need for substantiation of a legal theory that recognizes the normative nature of fundamental social rights, and therefore, a link between them and the Government Branches (Executive, Legislative and Judicial) is the object of this study, through an analysis of the theoretical construction formulated by Robert Alexy, in German Law. This framework can justify the legality and legitimacy of the control, and even of the implementation of public policies through the courts, considering the social rights as elected and positivated in the Federal Constitutuion to be fundamental rights, and the omission of the Executive Branch in making rights effective. It is also based on the refusal to identify jurisdictional control with judicial activism, in the sense of the jurisdictional organ assuming a political posture as the definer of the social rights to be implemented, because this is not a matter of political leadership, but rather an affirmation of the primacy of Law and the strengthening of the normativity of the fundamental rights through an effective judicial system.

KEY WORDS: Fundamental social rights; Robert Alexy; public policies; jurisdictional control.

SUMÁRIO: 1. Os direitos fundamentais constitucionalizados. Da aplicabilidade imediata e efetividade dos direitos fundamentais. 2. A contribuição de Alexy – Teorias de princípios e regras e sopesamento. 2.1. Teoria dos princípios e regras. 2.2. Sopesamento. 2.3. Direitos subjetivos. 2.4. Consequência de uma teoria de princípios – a racionalidade de restrição aos direitos fundamentais. 3. Refutação às críticas feitas ao sopesamento. 4. Inafastabilidade do controle jurisdicional. 5. Judicialização da política pública. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Os direitos fundamentais constitucionalizados – da aplicabilidade imediata e efetividade dos direitos fundamentais

Uma vez constitucionalizados os direitos, fundamentais, eis o grande desafio que impõe o constitucionalismo contemporâneo: o de superar a programaticidade de suas normas e determinar seu caráter normativo, a sua aplicabilidade imediata e o seu grau de eficácia. Isso porque, consoante a lição do constitucionalista português Canotilho, a mera positivação, enquanto incorporação na ordem jurídica dos direitos fundamentais, por si só, não efetiva o direito. Há de serem seguidos dois outros passos pelos direitos "naturais" e "inalienáveis" para a sua efetivação: a constitucionalização, vale dizer, a vinculação do legislador e do aplicador do direito aos direitos constitucionalizados, tornando-os indisponíveis; a fundamentalização, significando a outorga constitucional de especial dignidade de proteção, não só formal mas também material. (BONAVIDES, 2005, p. 377-379).

Na mesma esteira, Bonavides (2005, p. 257) sustenta que, em sendo os princípios normas vinculantes, não se pode mais tê-los como "[...] conteúdo inócuo da programaticidade mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais [...]". Ele formula o conceito principial de Direito – o princípio como fonte material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, "[...] com virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los". Assim, consistem os princípios em uma "superfonte", emprestando a expressão de Flórez-Valdés citado por Bonavides (2005, p. 288). O que propõe é a superioridade dos princípios no sistema jurídico, pelo que Bonavides bem a sintetiza: é a evolução do Estado de Direito para o Estado Principial. (BONAVIDES, 2005, p. 288).

Por tais motivos, propõe Bonavides (2005, p. 596) uma nova hermenêutica dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais já não teriam eficácia "[...] em função da lei [...]" mas, ao contrário, as leis ganham eficácia "[...] em função dos direitos fundamentais [...]". Em tal ponto, difere da construção doutrinária de Alexy, e no presente estudo pretende-se analisar sua viabilidade enquanto também

proposta de reforço da normatividade e natureza vinculante dos princípios, ainda que estes não sejam tidos como superiores à regra.

Em que pese a divergência entre Bonavides e Alexy, este doutrinador pátrio propõe, em seu capítulo 17, que o chama de nova hermenêutica, em que a interpretação deve ser orientada para a concretização, enquanto método hermenêutico que parte do caso concreto, e não do texto da norma. Esta hermenêutica, que visa à concretização dos direitos fundamentais, não só esclarece, mas confere sentido à norma, pela imposição da necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2005).

Assim, assente Barroso (2009a, p. 359) à concretização das normas constitucionais:

> Nesse ambiente, a Constituição passa a não ser apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição.

No mesmo esteio, Hesse (1991, p. 13) propõe o que denomina "[...] condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social [...]", em que rejeita a radical separação entre norma e realidade, entre ser e dever ser, sustentada pelo positivismo jurídico, e repudia qualquer tentativa de enfraquecer a força normativa da Constituição, por conter "[...] uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado [...]". (HESSE, 1991, p. 11). Assim, expressa:

> Mas [...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não de confunde com as condições de sua realização [...]. A Constituição [...] significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela [...]. (HESSE, 1991, p. 15).

Mais adiante, conclui pela necessidade da interpretação concretizadora que não se evite a tensão entre norma e realidade, e que reforce a normatividade das normas constitucionais, em respeito ao que denomina princípio da ótima concretização da norma:

> Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma *(Gebot optimaler Verwirklichung der Norm)*. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ele há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido *(Sinn)* da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (HESSE, 1991, p. 22-23, grifo do autor).

A efetividade dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pelo estudo do alcance do dispositivo constitucional do parágrafo 1º do art. 5º.

Sarlet (2006, p. 271) vai ao Direito comparado e encontra dispositivo semelhante que impõe a aplicabilidade imediata na Constituição portuguesa, porém a se referir apenas aos direitos de defesa. No Uruguai, interpretou a seguinte dicção normativa como aplicabilidade imediata: "[...] *no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas*". Por fim, informa que, na Alemanha, fala a norma em vigência e validade, mas não as confunde com aplicabilidade:

> Por derradeiro, embora cronologicamente anterior, cite-se o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha (de 1949), por vezes objeto de equivocada tradução para o vernáculo, de acordo com o qual 'os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente' ('Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmitterlbar geltendes Recht'). (SARLET, 2006, p. 271 e nota n. 64, grifo do autor).

No Direito pátrio, o citado parágrafo 1º utiliza-se da expressão genérica *direitos e garantias fundamentais*, sem distinção entre os de natureza de defesa e os sociais, não se podendo acatar pretensões de restrição de seu alcance aos direitos elencados no art. 5º. Portanto, mesmo os direitos fundamentais localizados em outras partes da Constituição, ou até em tratados internacionais, têm aplicabilidade imediata, como resultado de interpretação sistemática dos parágrafos 1º e 2º.

Sarlet (2006, p. 282), na esteira de Canotilho, sustenta que a norma do art. 5º, parágrafo 1º, tem "[...] cunho inequivocamente principiológico [...]", pois estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer "[...] a maior eficácia possível [...]" aos direitos fundamentais, como mandado de otimização. Assim, o alcance, vale dizer, o grau de aplicabilidade e eficácia dependerá do exame da hipótese em concreto. Ademais, acrescenta que o parágrafo 1º gera presunção de aplicabilidade imediata, porém sustenta presunção de natureza relativa, consoante a lição de Dürig no Direito alemão (DURIG *apud* SARLET, 2006, p. 283 e nota n. 97).

Esse é um problema recorrente dos direitos sociais, que não atinge direitos de defesa contra os quais não se opõe controvérsia sobre sua eficácia, já que os direitos de matriz liberal-burguesa têm a seu favor o fato de contarem, no mais das vezes, apenas com a omissão estatal para serem efetivos. Portanto, direitos de defesa têm contado com consenso quanto à aplicabilidade imediata e à plenitude eficacial, até mesmo na perspectiva subjetiva.

Por seu turno, os direitos sociais, que têm por objeto a conduta positiva do Estado, objetivam realização da igualdade material, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens. Portanto, grande parte das objeções teóricas que se levantam contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, sob argumentos de economia, pode levar aos desvirtuados[1] fundamentos marxistas por seus pretensos seguidores, em que a infraestrutura econômica comanda (leia-se: restringe) até mesmo a eficácia de direitos fundamentais já escolhidos e positivados na Constituição.

Sarlet (2006, p. 297) ressalta que grande parte da dificuldade oposta à aplicabilidade imediata dos direitos sociais está em que o conteúdo da prestação devida pelo Estado dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, para que possa ser efetivado imediatamente, sem dependência de intermediação legislativa.

Ousa-se complementar o entendimento exposto, pois que até mesmo a integração legislativa infraconstitucional dificilmente garantirá definição completa do conteúdo do direito ou do procedimento para garanti-lo, em razão da generalidade que também a lei, e não somente a Constituição, tem de atender, e pela evolução dos fatos sociais, que não consegue ser acompanhada em tempo real pelo normativo.

---

[1] Afirma-se serem desvirtuados, de acordo com a lição de Collin (2008, p. 122-123): "Se se pode compreender bem o que está em questão, vê-se o quanto pode estar errada a representação tradicional do marxismo que o explica com base na determinação da superestrutura pela infra-estrutura econômica, sendo a superestrutura ideológica, política e jurídica apenas o reflexo da pretensa infra-estrutura econômica. [...] Quando os marxistas tentam 'dialetizar' a relação entre infra-estrutura e superestrutura, evocar os efeitos do ideológico sobre o econômico ou da consciência sobre o ser, apenas confirmam que não compreendem o que Marx diz, quase com todas as letras: o econômico, enquanto tal, é tão pouco 'material' como a religião ou a filosofia; se passa na cabeça! Material é o processo de produção, esse processo que tem como fonte a força e a inteligência dos homens e que produz objetos nos quais se extingue."

Vê-se, portanto, que a decisão no caso concreto, mediante a análise de todos os elementos e circunstâncias que o cercam, bem como mediante o sopesamento entre direitos colidentes, será inevitável.

Conclui-se que há uma graduação da aplicabilidade dos direitos fundamentais dependente não somente da forma de positivação mas também da função e do objeto de cada direito fundamental, além da análise, no caso concreto, das colisões entre direitos. Por tal motivo é que se ousa afirmar que uma recusa de aplicabilidade imediata, que é frequentemente oposta aos direitos fundamentais não regulamentados em nível infraconstitucional, deve ser excepcional e fundamentada no caso concreto.

Por fim, a disposição constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, além de referir-se à eficácia jurídica como a aptidão para produzir efeitos – consoante o entendimento consolidado por Silva (1982, p. 56) de que "[...] diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma [...]", também deve ser lida como comando de efetividade.

Para tanto, inicialmente, Barroso conceitua a efetividade como o cumprimento efetivo do Direito pela sociedade, o reconhecimento do Direito e de sua força operativa no mundo dos fatos, a materialização de seus preceitos no mundo dos fatos. Preconiza que ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, e Paolo Biscaretti di Ruffia citado por Barroso (2009a, p. 84) manifesta a necessidade de reforço da normatividade da Constituição: "O Direito existe para realizar-se [...] sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia [...]".

Verifica-se que Barroso não está a propor a impossível utopia, dissociada da realidade social, porém a própria aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, até porque aceita exceção à efetividade do direito na existência de situações anômalas, quando o efeito jurídico pretendido pela norma é irrealizável, em que "[...] não há efetividade possível [...]" (BARROSO, 2009a, p. 83), como em casos de deliberada manipulação por meio de promessas antecipadamente frustradas, como um mito de dominação ideológica. Assim, tais situações, por sua excepcionalidade, por constituírem ocorrências isoladas, não podem servir como desculpas para se recusar efetividade ao sistema jurídico como um todo ou a normas de direito fundamental que não incorrem em tal vício de impossibilidade de efetivação.

O que propõe Barroso é que a efetividade do Direito decorre de seu caráter normativo, e que a estruturação da positivação do sistema deve propiciar que a situação jurídica do cidadão seja facilmente identificada e garantida por instrumentos de tutela, inclusive jurisdicionais. Nesse sentido, entendo que um marco teórico que deve ser aprofundado, para que o Direito pátrio logre a efetividade de direitos fundamentais, é a teoria de Alexy que se passa a expor.

2. A contribuição de Alexy – teorias de princípios e regras – sopesamento de princípios

A análise de aplicabilidade dos direitos fundamentais não pode ser restringida ao âmbito político porque, além de já terem sido tais direitos eleitos como fundamentais e constitucionalizados, são eles fundamentos de todo o ordenamento jurídico, não podendo ser tomados, como visto, como meros programas não vinculantes ao legislador e ao administrador. Assim, pretende este trabalho analisar a teoria jurídica proposta por Alexy (2008), como capaz de levar à efetivação dos direitos fundamentais, não se podendo contentar em atribuir aos direitos fundamentais tão somente natureza política.

Se a ciência jurídica deve, inicialmente, analisar os direitos fundamentais sob o aspecto analítico (preocupando-se com os conceitos de que se utiliza, com sua sistematização e com a sua validade), não poderá deixar de atentar também para o aspecto normativo, dentro do qual a preocupação é com a decisão correta no caso concreto.

Porém, a decisão jurídica do caso concreto implica, no entendimento de Alexy (2008, p. 36), valoração, pois que "[...] a dogmática jurídica é uma tentativa de dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado [...]".

Portanto, a proposta de Alexy para o estudo dos direitos fundamentais é de uma teoria estrutural, porque prima inicialmente pela clareza analítico-conceitual. Mas não se restringe a tal tratamento lógico do direito, de certa origem positivista, rechaçando junto a Ihering citado por Alexy (2008, p. 49) o "[...] culto ao lógico, que imagina elevar a jurisprudência a uma matemática do direito [...]".

A valoração torna-se indispensável, na medida em que o Direito não é despido de valores, ele os contém.

2.1 Teoria dos princípios e regras

Tendo em mente a necessidade de uma teoria jurídica, Alexy tem a preocupação de reforçar a normatividade dos direitos fundamentais, por meio da especificação de dois tipos de normas – as regras e os princípios, não sendo a ambos negada a força vinculante deontológica resultante de sua normatividade.

O que faz é rechaçar uma concepção que contrapõe o princípio à norma; admite a contraposição do princípio à regra. E Galuppo (1998, p. 135-136) analisa como Alexy chega a tal conclusão:

> [...] Alexy adota um conceito 'semântico' da norma, segundo o qual esta é essencialmente, como já indicara o próprio Kelsen 'o significado de um enunciado normativo'.

> [...] Portanto, uma norma, para Alexy, é o significado de um enunciado que diz que algo deve-ser. Como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve (juridicamente) ser, ambos devem ser entendidos como tipos de normas jurídicas.

Por tal diferenciação, as regras já contêm, em sua disposição, as determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Portanto, são consideradas razões definitivas, e o conflito entre regras será solucionado – se já não o foi pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras – pela declaração de invalidade de uma das regras colidentes. (GALUPPO, 1998, p. 92).

Por seu turno, os princípios sustentam uma diferença em face das regras, que Alexy (2008, p. 167) toma como diferença de natureza qualitativa: os princípios, ao contrário de já terem o possível por conteúdo, têm como critério de aplicação o "mandamento de otimização", na medida em que os "[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]".

Assim sendo, admite Alexy (2008) a restrição à plena satisfação do princípio, restrição esta fundada no fato de que há princípios que são colidentes entre si, e que não poderiam ser aplicados todos com máxima efetividade ao mesmo tempo. Assim, as possibilidades jurídicas restringem aquilo que é exigido pelo princípio. Tal restrição, porém, será extraída da relação concreta entre a exigência do princípio *versus* aquilo que seja exigido pelo princípio colidente. Por tal motivo sustenta que os princípios podem "ser satisfeitos em graus variados". (ALEXY, 2008, p. 90).

Na colisão entre princípio, portanto, a solução não pode dar-se nos termos de invalidar um deles, mas a partir do reconhecimento de precedência de um princípio sobre o outro, em face de determinadas circunstâncias. Enquanto o conflito de regras ocorre na dimensão da validade, em que uma delas será inválida, a colisão de princípios ocorre na dimensão de peso, em que um dos princípios terá prevalência no caso concreto. (ALEXY, 2008, p. 94).

A conclusão a que se chega com a diferenciação proposta é de que os princípios são comandos de dever-ser inicialmente aparentes, enquanto não se considera o caso concreto. É o que Alexy (2008, p. 103) denomina por comando "*prima facie*", cuja definitividade somente poderá ser constatada *in* concreto. E o critério para tal constatação da definitividade é o sopesamento entre os princípios que se mostrem colidentes.

2.2. Sopesamento

Ocorre que o peso – ou precedência – de um princípio sobre o outro não se dá por uma racionalização abstrata, como se diferenciados pesos os princípios já possuíssem de forma imanente. É necessário um sopesamento de princípios, em

que nenhum dos colidentes pode exigir uma precedência geral e abstrata, para toda e qualquer ocorrência possível no mundo real, mas em que é essencial decidir qual interesse deve ceder e qual dever prevalecer, levando-se em conta a configuração típica do caso.

Para nortear o procedimento do sopesamento, Alexy (2008, p. 99) cria a "lei de colisão", segundo a qual "[...] as condições, sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, são o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio que tem precedência [...]".

De seu enunciado depreende-se que, do sopesamento entre princípios colidentes no caso concreto, extrai-se uma regra, a qual cominará definitivamente, diante de determinadas condições, a conseqüência jurídica do princípio prevalente. (ALEXY, 2008, p. 165).

Fixando tais diferenciações entre regras e princípios, como espécie de normas, Alexy (2008, p. 141) reconhece que há normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios e outras com estrutura de regras. O que sustenta é que, portanto, direitos fundamentais que se expressem em normas estruturadas como princípios exigem que seu objeto seja realizado na maior medida do possível fático e jurídico e, portanto, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Porém, Alexy (2008, p. 104) vai mais adiante e sustenta que, embora as regras sejam, no mais das vezes, razões definitivas por serem positivadas com a determinação da extensão de seu conteúdo e já analisadas as possibilidades, podem não ter sempre caráter definitivo, quando uma exceção for posta a ela por um princípio, pelo que também as regras podem ter um caráter *prima facie*. Assim, em que pese admitir hierarquização entre os níveis do princípio e da regra, pois que, pelo postulado da vinculação à Constituição, há primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios que deixa muitas questões em aberto, Alexy lembra que a jurisprudência demonstra que o Tribunal Constitucional Federal alemão não pressupõe sempre e em todo caso a primazia das regras, pois também o postulado da vinculação ao teor literal da Constituição pode ser afastado:

> A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal demonstra que ele não pressupõe uma primazia inafastável das determinações fixadas pelo texto constitucional. Um exemplo disso é a decisão em um caso envolvendo farmácias. De acordo com o texto do art. 12, parágrafo 1º, 1, da Constituição alemã, a liberdade de escolha profissional, ao contrário do que ocorre com a liberdade do exercício profissional, não está sujeita a nenhum tipo de reserva. O argumento do Tribunal segundo o qual a tentativa de 'rejeitar *qualquer* possibilidade de intervenção do legislador na liberdade de escolha profissional [...] não corresponderia à realidade social e, por conseguinte, não conduziria a resultados jurídicos plausíveis' pode ser entendido de forma a que um desvio do teor literal do texto constitucional

> seja justificado caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham um peso muito maior que o peso da liberdade de escolha profissional. Trata-se, portanto, de um caso em que não corresponde à primazia do nível das regras – definidas por meio do teor literal da Constituição – diante do nível dos princípios. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional. (ALEXY, 2008, p. 140-141).

Alexy procede à tomada de posição pela normatividade do princípio e, neste ponto, faz-se pequena pausa para ilustrar como tem sido efetiva a normatividade principial no Direito pátrio, com a citação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal[2] na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12 (relator Ministro Carlos Britto) e no Recurso Extraordinário n. 578.951/RN (relator Ministro Ricardo Lewandowiski), em que se declarou a constitucionalidade da Resolução n. 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, e na Súmula Vinculante nº 13, que vedou nepotismo nos Poderes Executivo e Legislativo, todas fundadas nas premissas constitucionais principiológicas da moralidade e impessoalidade, mesmo ausente expressa proibição em regra legal.

Por seu turno, um princípio nunca é razão definitiva em si mesmo porque, segundo a lei de colisão, quando se define uma preferência, está se definindo uma regra. E será essa regra, definida pelo sopesamento, que terá natureza definitiva.

Assim, a natureza *prima facie* do princípio – que de início pode causar certa surpresa e uma falsa noção de que se está enfraquecendo a normatividade e vinculação que lhe devem ser inerentes – afigura-se coerente com a própria noção de Direito. Isso porque o sistema jurídico não se compatibiliza com a existência de princípios absolutos, até porque tal não poderia existir em um ordenamento jurídico que inclui direitos fundamentais. A própria noção técnica de direito, assim mesmo como a noção do senso comum, impele o seu conceito para que já seja o de uma esfera limitada na qual o titular pode decidir-se e agir. A delimitação do âmbito de um direito é pressuposto necessário da sua própria existência e realização, especialmente considerada a coletividade de pessoas e seus direitos próprios que, se não delimitados, a todo tempo colidirão e impedirão que cada um exerça seus direitos.

Portanto, o mérito da teoria de Alexy é exatamente fortalecer a normatividade e força vinculante das normas de direitos fundamentais, sem cair na quimera de um modelo tão somente de regras, no qual as normas de direitos fundamentais seriam sempre aplicáveis sem necessidade de nenhum sopesamento. Tal ilusão se desfaz em

[2] Disponível em: <www.stf.jus.br>

razão de que até mesmo direitos fundamentais, contra os quais a Constituição não traz nenhuma disposição de reserva (restrição), podem ser restringidos por direitos fundamentais de terceiros e princípios de hierarquia constitucional.

Isso deriva de um sistema que protege direitos fundamentais diversos, que devem ser dialéticos, no sentido hegeliano de síntese dos opostos. Isso porque a diversidade de direitos consagrados constitucionalmente exige que eles dialoguem entre si, por ser, no mais das vezes, impossível a concomitante aplicação imediata e com total carga de efetividade de todos eles, ao mesmo tempo, sem que se proceda ao sopesamento para identificar qual dos princípios terá prevalência. Nesse sentido, propõe-se a dialética, com fulcro na lição de Konder:

> A dialética – observa Carlos Nelson Coutinho – 'não pensa o todo negando as partes, nem pensa as partes abstraídas do todo. Ela pensa tanto as contradições entre as partes (a diferença entre elas: o que faz de uma obra de arte algo distinto de um panfleto político) como a união entre elas (o que leva a arte e a política a se relacionarem no seio da sociedade enquanto totalidade)'.
> [...]
> As conexões íntimas que existem entre realidades diferentes criam *unidades contraditórias*. Em tais unidades, a contradição é essencial: não é um mero defeito do raciocínio. Num sentido amplo, filosófico, que não se confunde com o sentido que a lógica confere ao termo, a *contradição* é reconhecida pela dialética como princípio básico do movimento pelo qual os seres existem. A dialética não se contrapõe á lógica, mas vai além da lógica, desbravando um espaço que a lógica não consegue ocupar. (KONDER, 2008, p. 44;47, grifo do autor).

Também o sopesamento será necessário em direitos fundamentais previstos com reserva, os quais estão à disposição da vontade restritiva do legislador, porém até apenas atingir o limite do seu conteúdo essencial, a fim de evitar o esvaziamento do direito fundamental. Tal empreitada restritiva pelo legislador somente será bem sucedida ser realizada pela via do sopesamento entre o conteúdo do direito e a proporcionalidade das restrições que se pretende impor. (KONDER, 2008, p. 130). O sopesamento não é, porém, uma operação abstrata e desregrada.

Como regramento ao sopesamento, Alexy (2008, p. 167) propõe duas relações de importância que devem ser seguidas: "[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro." Também: "[...] sopesamento global entre a intensidade da intervenção e o peso e a urgência das razões que a justificam [...]".

Portanto, o sopesamento oferece critérios para sua realização, pois necessariamente sopesa os dados da realidade e a afetação de princípios colidentes. O sopesamento de princípios não exclui, em absoluto, a análise da realidade fática e as limitações que esta impõe; ao contrário, pressupõe-nas. Não se trata, portanto, de separar real

e ideal, em que o dogmatismo ideal do dever-ser se dissociasse da realidade em que deveria ser aplicado.

Ademais, verifica-se coesa a teoria de sopesamento de Alexy em razão de ela própria trazer balizas para sua realização. São os seguintes os critérios que o próprio sopesamento impõe: a proporcionalidade e suas três máximas parciais, quais sejam, a adequação e necessidade, que exigem que, dentre dois meios, a escolha seja pelo que intervenha de modo menos intenso, vedando sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais, e que expressam a proporcionalidade em relação às possibilidades fáticas; e proporcionalidade em sentido estrito que, em relação às possibilidades jurídicas, expressa nada mais do que a "lei do sopesamento", segundo a qual, quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do princípio colidente. Vale dizer, deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a não-satisfação ou a afetação do princípio fundamental. (ALEXY, 2006, p. 593-594).

Nítida, portanto, é a conclusão no sentido de que é possível, por meio de sopesamento, elaborar juízos racionais a respeito da precedência dada a um princípio sobre outro e, a partir dessa análise, formar regras que decidirão o caso concreto.

2.3. Direitos subjetivos

Em que pese a distinção entre direitos *prima facie* e definitivos auxiliar a encontrar o caminho para a determinação do grau de efetividade que terá o direito fundamental em cada caso concreto, não é, porém, suficiente para sustentar sua sindicabilidade judicial, pois há que se perquirir a constituição de direito subjetivo ao seu titular.

Para a solução do problema de saber quando uma norma jurídica confere direito subjetivo ao seu titular, apenas o procedimento de dedução a partir do material normativo preexistente não é suficiente, tendo em vista que são muito diversas as técnicas de positivação utilizadas na Constituição, sendo necessário o recurso a outras valorações.

Alexy propõe tratar direito subjetivo como posição e como relação entre pessoas ou entre pessoas e ações, elencando níveis de posições que podem decorrer de um direito fundamental: os enunciados de proteção para o direito ("*a* pode alegar a violação de seu direito a *G* por meio de uma demanda judicial") e os enunciados de direito ("*a* tem um direito a *G*"). (ALEXY, 2008, p. 187, grifo do autor).

Os enunciados de proteção e de direito expressam posições jurídicas, e o de proteção também expressa a capacidade jurídica.

Se o positivismo jurídico, de matriz kelseniana, entende que só há direito subjetivo se houver uma capacidade jurídica para exigi-lo, disso não se pode depreender que o enunciado de direito seja supérfluo e não tenha alguma eficácia. A tal raciocínio contrapõe-se Alexy, para quem a resposta a uma simples pergunta torna claro o

equívoco positivista:

> [...] a um ordenamento jurídico pertence somente aquilo que é passível de ser exigido judicialmente, ou podem a ele pertencer também posições que não sejam exigíveis judicialmente, seja porque o papel que elas desempenham no ordenamento é incompatível com essa exigibilidade, seja porque essa exigibilidade não é reconhecida, mesmo que possa ser exigida a partir da perspectiva do ordenamento jurídico? [...] A resposta a essa pergunta depende de se saber se o conceito de norma jurídica válida implica que aquilo que por ela é ordenado pode ser exigido por meio de atos de coerção previstos no sistema jurídico. O fato de que isso seja verdadeiro para a maioria das normas jurídicas válidas não justifica a conclusão de que isso decorre do conceito de norma jurídica válida. Também da necessária existência, em todo ordenamento jurídico, de normas garantidas por sanções estatais não resulta que todas as normas jurídicas, em todos os ordenamentos jurídicos, sejam assim garantidas. (ALEXY, 2008, p. 190).

A partir de seu entendimento sobre direitos subjetivos como posições jurídicas, e apropriando-se da Teoria dos *status* de Jellinek (e sua quádrupla divisão entre *status* passivo, negativo, positivo e ativo), Alexy propõe uma tríplice divisão das posições que podem ser designadas como direitos:

> Sob a denominação '1. Direitos a algo', aborda a pretensão que se dirige contra alguém, e o objeto é um fazer ou uma abstenção, e que comportam nova divisão em '1.1.1 direitos a ações negativas', como direitos de defesa; e '1.1.2 direitos a ações positivas', como direitos à ação positiva fática e direito a ação positiva normativa de criação de normas. (ALEXY, 2008, p. 193-203).

Também as "2. Liberdades" – que são classicamente relacionadas a um conceito negativo, como em Hobbes que as entende como ausência de obstáculos (LEVIATÃ *apud* MORRIS, 2002, p. 118) – Alexy insiste na necessidade de diferenciar se o objeto da liberdade é alternativo de ação ou se é somente uma ação. O autor expõe que se, para Spinoza, Hegel e Kant – com seu imperativo categórico – há uma só ação, que é necessária ou razoável – a ação correta –, entende Alexy que o que interessa ao direito é a liberdade jurídica, e esta ocorre quando ao titular não sejam vedadas alternativas de ação, o que consistiria em um aspecto negativo de seu conceito negativo. Liberdade jurídica tem, portanto, por objeto a alternativa de ação (ALEXY, 2008, p. 222) e, assim, a partir dessa posição, especialmente de sua vertente de liberdade fática, também possibilita que esta enseje um direito subjetivo a prestações positivas. Assim:

> Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver de ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a

> ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal *positiva*. (ALEXY, 2008, p. 223).
> [...]
> Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, ***a*** é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido. (ALEXY, 2008, p. 226).

A liberdade fática é a possibilidade real de fazer aquilo que lhe é garantido constitucionalmente, pelo que não se pode restringir a liberdade a seu âmbito meramente jurídico, da ausência de impedimentos jurídicos, mas devem-se garantir condições fáticas e materiais ao titular para que ele possa efetivamente ser livre para escolher e agir. Nesse sentido, é que se sustenta que a posição jurídica liberdade deve ensejar um direito subjetivo ao titular, inclusive oponível ao Estado.

Por fim, sob a denominação "3. Competências", que podem ser conceituadas como poder de alterar situação jurídica, seja criando normas individuais ou gerais, seja alterando diretamente a situação jurídica, entende Alexy (2008, p. 245) pela existência de um direito fundamental *prima facie* a uma competência, como direito à não-eliminação de uma posição, a qual denomina teoria da garantia de institutos (ALEXY, 2008, p. 245), em que há proibição ao legislador de eliminação ou alteração substancial de determinados institutos jurídicos de direito privado, e à qual (garantia) pode corresponder proteção meramente objetiva, mas também pode constituir direito subjetivo: "Se à proibição correspondem direitos dos cidadãos, então, a proteção é (também) subjetiva [...]" (ALEXY, 2008, p. 246). Também com relação às competências do Estado, os direitos fundamentais atuam como normas negativas, restringindo as competências positivas do Estado e colocando o cidadão em posição de não-sujeição, significando a proibição ao Estado de agir no âmbito de sua não-competência. (ALEXY, 2008, p. 248).

Verifica-se o acerto de Alexy, na medida em que sua identificação de direitos com posições possibilita racionalmente diferenciar as diversas posições nas quais um direito fundamental pode constituir o cidadão bem como ainda diferenciar se estas posições lhe concederão direito subjetivo e, consequentemente, uma pretensão passível de dedução perante o Judiciário. Isso porque considera que de um *status* podem decorrer direitos públicos subjetivos.

A diversidade de posições é possível, tendo em vista que o direito fundamental deve ser considerado por completo, não somente como a posição individual mas também como um feixe de posições de direitos fundamentais, em que cada uma das posições é reconhecida pela norma de direito fundamental. Assim, de um direito fundamental completo, podem decorrer três posições diferentes, que terão natureza *prima facie* ou definitiva, sendo uma liberdade jurídica para realizar atos; um direito a que o Estado não os embarace; ou mesmo um direito à ação positiva que proteja os atos.

Importa que Alexy (2008, p. 253, grifo do autor) firma posição no sentido da sindicabilidade do direito subjetivo:

> O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento.

É exatamente essa arguta observação de Alexy que importa para que não se admita o afastamento da jurisdição, pois contrariaria a dicção do inciso XXXV do art. 5º, que por si só também consiste em um direito fundamental.

2.4. Consequência de uma teoria de princípios – a racionalidade da restrição aos direitos fundamentais

A questão tormentosa da possibilidade e limites da restrição aos direitos fundamentais não foi olvidada por Alexy, que recusa a posição estremada do Jusnaturalismo, a qual se opõe ao conceito de restrição a disposições de direitos fundamentais, entendendo que a definição do direito contida na norma já comporta os limites desse direito, e que todo direito já possui uma restrição imanente, que é o seu limite. (ALEXY, 2008, p. 277).

Diversamente, a Teoria de Princípios de Alexy possibilita a consideração da existência de dois institutos diversos: há o direito em si, concebido sem restrições, e há o direito restringido. A relação entre direito e restrição seria externa ao direito em si, surgindo esta relação da exigência de conciliar os direitos de diversos indivíduos, direitos e interesses coletivos. Isso porque, "[...] nos termos da teoria dos princípios, que aquilo que é restringido não são as posições definitivas, mas posições *prima facie*." (ALEXY, 2008, p. 280). Assim, seria correto e racional falar em restrições a direitos fundamentais.

Verifica-se que a racionalidade da construção de restrições se pode observar em Alexy, pois também as conceitua (as restrições) como normas (ALEXY, 2008, p. 281) que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Em assim sendo, também as restrições podem assumir natureza de regra ou de princípio e, portanto, de restrição definitiva ou *prima facie* (p. 282).

Alexy (2008) explicita que, neste último caso, em que também a restrição se revela por uma norma *prima facie* (com natureza de princípio) – como exemplo de restrições *prima facie* são os direitos fundamentais de terceiros ou outros princípios de hierarquia constitucional – poderá ainda assim haver restrição definitiva a direito fundamental, através da regra que seja resultado da lei de colisão. Portanto, um princípio pode ser uma restrição a um direito fundamental, se do princípio surgir uma regra (definitiva):

> Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (ALEXY, 2008, p. 285).

Admite Alexy (2008, p. 294) também que a racionalidade da teoria de princípios, aplicada às restrições, possibilita o reconhecimento da restrição a um direito fundamental, ainda que tal restrição tenha apenas indireta hierarquia constitucional. Tal possibilidade deverá considerar, porém, a hierarquia constitucional de que são dotados os direitos fundamentais. Portanto, a restrição ou é norma de hierarquia também constitucional (seja escrita ou não-escrita, como os direitos fundamentais de terceiros ou outros valores jurídicos de hierarquia constitucional), ou é norma infraconstitucional cuja criação é autorizada por norma constitucional. Admite que haja, portanto, restrições indiretamente constitucionais, que consistem nas cláusulas de reserva de lei, expressas ou implícitas, que conferem poder ao legislador para estabelecer restrições, as quais são, porém, limitadas formalmente quanto à competência e procedimento, e materialmente quanto ao conteúdo essencial e pela necessidade de sopesamento.

Constata-se que a teoria de Alexy tem sido recepcionada no Direito pátrio, especialmente no que tange à garantia do conteúdo essencial do direito fundamental como restrição às próprias restrições. Logicamente, se da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre a restringibilidade destes direitos, também dos princípios decorrem limites às próprias restrições. Tem-se que os direitos fundamentais são restrições à sua própria restrição, se resultarem os direitos como o mais importante no sopesamento, e tal garantia protege contra o esvaziamento do direito, seja enquanto posição individual seja enquanto garantia geral.

Alexy (2008, p. 296) leciona que, no direito constitucional alemão, há restrição expressa no art. 19, parágrafo 2º, que proíbe a afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e disserta sobre os entendimentos doutrinários em seu país quanto à natureza relativa ou absoluta desse limite. Assim é que há quem entenda que o limite do conteúdo essencial é relativo, confundindo-se com a proporcionalidade e, portanto, se uma restrição respeita a proporcionalidade, ela não viola o conteúdo essencial, ainda que no caso concreto nada reste do direito fundamental. Porém, em outro extremo, entendem que é limite absoluto, havendo em cada direito fundamental um núcleo no qual não é possível intervir nunca, mesmo por meio do sopesamento, sendo denominado este núcleo como "última área intocável" referida pelo Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2008, p. 298). Alexy sustenta, porém, a natureza relativa do limite, não considerando possível a existência de um núcleo inviolável que independa de sopesamento. Será protegido este núcleo apenas se tiver maior valor no sopesamento.

Este estudo se posiciona pela limitação absoluta a restrições, que constitui o conteúdo essencial de seu núcleo, sob pena de violação da Constituição. Com fulcro em tal racionalização das restrições é que se entende que, no esteio da lição de Alexy, se possa sustentar que as reservas legais constitucionais que dão competência ao legislador para estabelecer restrições aos direitos fundamentais, exatamente por constituírem normas de competência, não restringem imediatamente os direitos fundamentais:

> Esses tipos de normas de competência não *restringem* os direitos fundamentais, apenas fundamentam sua *restringibilidade*. Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a *possibilidade jurídica* das restrições. Isso pode ser claramente percebido na possibilidade de haver uma competência para estabelecer restrições sem que dela se faça uso. [...] O caráter restritivo da norma de competência é apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva de suas normas que podem ser criadas em razão da competência. (ALEXY, 2008, p. 282, grifo do autor).

Tal construção importa na solução de casos concretos que têm impactos sobre direitos fundamentais importantes e sobre posições jurídicas não somente individuais mas também sobre direitos coletivos e difusos.

Isso porque não se pode aceitar o raciocínio de que a omissão legislativa quanto à regulamentação de um direito fundamental impediria a fruição deste direito, pois incorre no erro de não vislumbrar que o direito já foi garantido, havendo tão somente a possibilidade de sua restrição, como competência legislativa que pode ou não ser exercida.

Assim é que, mesmo no Estado de Minas Gerais, não tendo o legislador feito uso da competência para restringir o direito, a falta de regulamentação da gratuidade do transporte intermunicipal para pessoas idosas levou a entendimento judicial de impossibilidade de fruição desse direito.

Por fim, a teoria de princípios ainda contribui para a clareza na definição dos requisitos para um direito *prima facie* se tornar definitivo. Isso porque o suporte fático dos direitos fundamentais, vale dizer, os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica, tem também natureza *prima facie*.

Não é diferente do que ocorre com o âmbito de proteção da norma, isto é, do que é *prima facie* proibido pelo direito fundamental, que também tem natureza *prima facie*. Assim sendo, a decisão sobre se algo é proibido, ou não, pelos direitos fundamentais deve ser tomada com recurso direto aos princípios envolvidos.

A racionalidade dos requisitos para a definitividade das consequências jurídicas de uma norma de direito fundamental é assim exposta por Alexy: para produzir a consequência jurídica definitiva, é necessário que seja preenchido o suporte fático,

isto é, que estejam presentes pressupostos materiais, combinado com o fato e não ser preenchida a cláusula de restrição. Somente nessas condições é que se pode falar em consequências jurídicas definitivas de uma norma de direito material. Por outro lado, há três hipóteses em que não se sustenta definitivamente a consequência jurídica que *prima facie* era depreendida da norma: 1. se preenchido o suporte fático, porém também preenchida a restrição; 2. se não preenchido o suporte fático e não preenchida a restrição; 3. se não preenchido o suporte fático e, ainda, preenchida a restrição (ALEXY, 2008, p. 308).

Nesse sentido, adota Alexy uma concepção ampla de suporte fático, que inclui no âmbito de proteção de um direito todo aquilo que milite em favor da proteção, aceitando-se a tipicidade de toda razão em favor da proteção do direito.

Contrariamente aos dois extremos posicionamentos que teorizam a Constituição como moldura do Direito – a moldura formal, puramente procedimental, que não admite que a Constituição contenha limites substanciais, mas tão somente restrições de competência, procedimento e forma ao legislador, porque tal teoria nega vinculação substancial à Constituição; e a moldura material que enxerga a Constituição como contendo deveres e proibições para todas as decisões legislativas imagináveis (ALEXY, 2008, p. 580-581) – Alexy sustenta uma teoria material-procedimental, na qual a Constituição, a par de estabelecer para o legislador o constitucionalmente necessário (deveres) e o constitucionalmente impossível (proibições), também estabelece o constitucionalmente possível (p. 583). É o que se poderia chamar de faculdades discricionárias.

Neste momento, faz-se necessário que uma observação seja feita sobre o que entende Alexy por discricionariedade, que concluo não deva ser tomada no sentido corrente pela doutrina administrativista de zona de livre escolha.

Consoante exposto, a teoria de Alexy toma por otimização um comando para a máxima realização do direito. Portanto, trata-se da realização não no nível do ideal, e sim do real, limitado que é pelas possibilidades jurídicas e fáticas que a realidade apresenta e, ainda, de acordo com a máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 588).

Assim, admite Alexy o que denomina por “discricionariedade epistêmica”, como resultante da insegurança de premissas empíricas (em que há incerteza sobre a cognição de um fato relevante), que deve ser, porém, contrastada com a observância do princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, chamado princípio procedimental (ALEXY, 2008, p. 615), no sopesamento para decisões relevantes para a sociedade. É a velha relação de tensão entre direitos fundamentais e democracia: se se admitir precedência absoluta, e em todos os casos, ao princípio material de direito fundamental sobre o princípio procedimental, gera-se incapacidade total do legislador; por outro lado, se se admitir precedência absoluta ao princípio procedimental, a discricionariedade do legislador seria infensa ao controle da jurisdição.

Assim sendo, a solução proposta por Alexy (2008, p. 617) para a discricionariedade é a segunda lei de colisão:

> [...] que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for esta intervenção [...] Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.

Também admite Alexy o que denomina por "discricionariedade normativa", decorrente da incerteza na cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultativo ao legislador, em virtude dos direitos fundamentais. Há incerteza quanto à melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo, reconhecendo ao legislador opção de decisão por meio de sua própria valoração, citando o Tribunal Constitucional Federal: "[...] avaliação do complexo de interesses, ou seja, a quantificação dos interesses contrapostos e a determinação da necessidade de sua proteção". (ALEXY, 2008, p. 621).

Porém é criterioso Alexy (2008, p. 622) ao asseverar que só poderá haver discricionariedade normativa se os princípios materiais de direitos fundamentais colidentes tiverem o mesmo peso e, em sendo a relação entre eles neutra, não se pode afastar a discricionariedade que decorrerá do princípio procedimental de competência decisória do legislador democraticamente legitimado.

Portanto, contrariamente a uma visão procedimentalista, Alexy entende que, para que a discricionariedade, que também sopesa o princípio procedimental, não viole a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, não se pode ignorar que o princípio da competência decisória do legislador, considerado em si mesmo, não é suficiente para superar um princípio material de direito fundamental. Assim, formula a lei da conexão, segundo a qual princípios formais somente podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais (ALEXY, 2008, p. 625). Portanto, a discricionariedade cognitiva somente surge se os pesos dos princípios colidentes são incertos. Assim que a incerteza desaparece, também desaparecem os princípios formais.

Conclui-se que, apenas no caso em que o sopesamento não seja capaz de apontar qual dos princípios colidentes deve prevalecer, o princípio formal da competência legislativa concederá discricionariedade ao legislador para optar entre eles.

Alexy finaliza sua teoria dos direitos fundamentais com uma última construção, em que demonstra conhecimento quanto à controvérsia que sua proposta de sopesamento causa, mas que reforça a necessidade da normatividade e vinculação dos direitos fundamentais:

> Embora a divergência permaneça no princípio material de direito fundamental como um espinho, esse espinho é um tributo

> que o ideal dos direitos fundamentais tem necessariamente que pagar em razão do ganho dificilmente superestimável decorrente de sua institucionalização no mundo tal como ele é. (ALEXY, 2008, p. 627).

3. Refutação às críticas feitas ao sopesamento

O próprio Alexy não desconsidera as críticas que são dirigidas à sua teoria de direitos fundamentais, especialmente àquelas que lhe imputam uma excessividade da proteção constitucional; uma não-seriedade quanto à vinculação ao texto constitucional; e desonestidade por eliminar pelas restrições aquilo que anteriormente havia protegido pelo suporte fático, segundo Marx citado por Alexy (2008, p. 235, grifo do autor) que, em seu relato sobre a Constituição da República Francesa, classificou como "[...] um ardil a promessa de liberdade total e a garantia dos mais belos princípios se se deixa a sua aplicação, os *detalhes*, para decisão da 'legislação posterior'".

Porém rebate-as ao argumento de que sua suposta não-vinculação à Constituição, por admitir restrições, não é mais grave do que a não-vinculação à Constituição pelas teorias que mais restringem o âmbito do suporte fático e, portanto, restringem o direito fundamental *prima facie*, por considerar que dele devem fazer parte apenas as modalidades "materialmente específicas" de exercício de direitos fundamentais, de acordo com o critério de ser "não-intercambiável" (ALEXY, 2008, p. 311-312) com outro exercício equivalente. Assim, se o modo de exercício de um direito for intercambiável com outro modo, ele não será específico do direito fundamental, mas sim será apenas uma "circunstância acidental casualmente associada" a um direito fundamental.

A correta avaliação de Alexy dá-se no sentido de que o critério da não-intercambialidade é insuficiente, vale dizer, o fato de que determinado exercício de um direito seja o único possível (e não cambiável por outro modo de exercício deste mesmo direito) não é o bastante para garantir o núcleo deste direito fundamental, pois quase sempre há intercambialidade com um novo lugar, data ou modo para o exercício de um direito e, portanto, não haveria nenhum o modo de exercício do direito que pudesse ser preservado. Por isso insiste Alexy em que o melhor critério é o sopesamento, através da cláusula de restrição.

Também Alexy (2008, p. 325) refuta imputação de desonestidade atacando que a verdadeira honestidade é a de que a não-garantia de um direito fundamental seja fundamentada na existência de direitos fundamentais de outros ou interesses coletivos constitucionalmente protegidos. Entendo que o que defende o autor é uma expansão da proteção *prima facie*, e não a proteção definitiva, pelo que o aumento no quantitativo de concorrência de direitos não é negativo, na medida em que é positivo que, em um determinado caso, todos os pontos de vista relevantes devem ser considerados.

Ademais, a desonestidade que se imputa à teoria de Alexy, entendo deva ser mesmo imputada a teorias que admitem apenas uma efetividade formal aos direitos fundamentais e que fazem exercícios teóricos para recusar eficácia *in concreto*, como brilhantemente previu Grau:

> Desídia do Executivo e do Legislativo, no entanto, associadas à fragilidade e subserviência do Judiciário poderão então, no futuro, dar lugar à conclusão de que o novo texto constitucional não foi produzido senão para propiciar avanços nominais, que terá prosperado apenas para restaurar a ideologia jurídica entre nós.
> [...]
> 'Não tinha mais como recusar, o Poder Judiciário, *efetividade jurídica ou formal* aos direitos a que nos referimos; por isso lhe era esta (*efetividade formal*) conferida; mas lhes era recusada efetividade material e, por isso mesmo – porque lhes era negada esta última – resultaram eles dotados de *eficácia*; pois é certo que alguns deles foram institucionalizados exclusivamente para que não viessem a ser realizado'. (GRAU, 2006, p. 333).

Assim, a contribuição de Alexy é o reforço da normatividade dos direitos fundamentais, levando em consideração a idéia de que, independentemente de formulação mais ou menos precisa, têm eles natureza de princípios e são mandamentos de otimização.

Por tal motivo é que o que se verifica plausível de crítica seria não exatamente uma impropriedade da teoria de Alexy, mas o seu eventual desvirtuamento, que enseje desmerecimento da importância das regras, com a consequência de não-vinculatividade aos direitos positivados.

Tal desvirtuamento da teoria de Alexy seria a confusão com a jurisprudência de valores, em que a cognição desses valores se daria pela intuição.

O filósofo italiano Nicola (ABBAGNANO, 2003, p. 989), em seu dicionário, explica os valores como tendo um ser em si, independente das opiniões do sujeito e que constituem autênticos objetos. Por seu turno, a intuição sentimental dos valores é um ato de escolha preferencial que segue a hierarquia objetiva dos valores. Utilizando-se do conceito de valor do filósofo, desvincula-se o valor do subjetivismo, portanto, afastando o decisionismo judicial e interpretativo e o risco a que se expõe a efetiva aplicação dos direitos fundamentais a uma escolha de preferência pessoal do aplicador do Direito.

A crítica formulada por Habermas, quanto ao risco que o sopesamento cria por utilizar-se de supostos juízos irracionais, arbitrários, e por não possuir parâmetros racionais, é afastada por esse conceito de valor. Ademais, a interpretação de Galuppo (1999, p. 191-209, nota 19) ressalva que, ao fazer crítica à concepção axiológica, não quer dizer que normas não contenham valores, mas que o caráter vinculante das normas não decorre dos valores que contêm, mas sim do fato mesmo de serem

normas. Admite ainda Galuppo, com suporte em Günther, que princípios podem ser concorrentes, e que, com base nos fatos envolvidos no caso concreto, é possível fazer um princípio concorrente passar para um segundo plano, a fim de solucionar o caso que não permita a compatibilização dos dois princípios concorrentes (nota 24).

Assim, refutando as críticas que recebe, Alexy (2008, p. 146) sustenta que, em sua teoria, os princípios não se confundem com valores, por serem (os princípios) pertencentes à categoria de conceito prático deontológico, reduzido ao conceito básico do dever-ser. Novamente recorrendo-se à filosofia, Abbagnano define como deontológicas as ciências normativas, que indagam como deve ser o ente para ser perfeito e, citando Rosmini, sendo o ápice de tais ciências a ética. (ABBAGNANO, 2003, p. 240).

Conclui-se que os princípios são mandamentos de otimização que pertencem ao âmbito deontológico do dever-ser e, portanto, são normas. A ética é deontológica, preconizando o dever-ser que não é desvinculado da realidade. Os valores, por si sós, fazem parte do nível axiológico, porém o Direito tem em seu conteúdo valores que não podem ser desprezados.

Fazendo tal diferenciação, Alexy (2008, p. 161) consegue provar que o que pode levar a uma tirania de valores não é a lógica dos valores, mas sim uma concepção equivocada que se esquece de que "O conceito de princípio inclui referência àquilo que o princípio contraposto exige".

Por tal motivo, ainda que seja impossível ordenação de valores rígida e apriorística, é possível uma ordenação concreta, por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências extraídas pelo julgador através do sopesamento – decisões estas que formam a jurisprudência. Por fim, há que se ressaltar que não há uma derrocada da dedução pelo sopesamento. Ambos os critérios hermenêuticos são compatibilizados para o encontro da solução para o caso concreto.

Também um suposto caráter não-racional é argumento que se costuma levantar contra a proposta de sopesamento, porque que os princípios não trariam a disciplina de sua própria aplicação. Ocorre que Alexy (2008, p. 165) atenta para tal risco de um modelo decisionista, mas o difere daquele que propõe, que é um modelo que denomina "fundamentado", em que o sopesamento é racional quando a norma eleita como de preferência possa ser fundamentada de forma racional.

É possível fazer um paralelo entre o modelo proposto por Alexy e o sistema adotado no Direito pátrio de avaliação da prova: o sistema da persuasão racional, contra o qual não é feita a objeção de decisionismo. A doutrina majoritária pátria, sem embargo de outros posicionamentos divergentes, não objeta à valoração de provas e ao sistema da apreciação racional, em razão de que a fundamentação racional feita pelo juiz é que sustenta uma valoração das provas, e na qual não é levada em consideração a idiossincrasia, mas sim argumentos racionais. Nesse sentido, a lição de Silva (2000,

p. 305): “[...] o dever de fundamentar a sentença, indicando os elementos de prova de que se valeu para formar sua convicção, é uma garantia contra o arbítrio que o sistema do livre convencimento poderia gerar”.

E, mesmo no âmbito da interpretação tradicional do Direito, é frequente a realização de sopesamentos, assim como quando é necessário fixar o âmbito de conceitos jurídicos indeterminados, necessidade esta que pode dar-se mesmo em lides fundadas em direito privado, e às quais a doutrina majoritária não costuma opor-se com o argumento de decisionismo, também sem embargo de posicionamentos divergentes. Assim é que quando se refere à lei à função social da propriedade, como contemporaneamente se condiciona o exercício do direito de propriedade, é mister que o aplicador do Direito sopese e racionalmente fundamente os limites desta função social, vale dizer, estabeleça se determinado exercício concreto do direito de propriedade efetivamente cumpre tal função ou não.

Consoante demonstrado na explanação sobre sua teoria de sopesamento, entende-se que Alexy formula uma sistematização coesa, racional e segura, pois que ela própria traz balizas para a operação do sopesamento. Assim é que os critérios da proporcionalidade, incluindo suas acepções de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nitidamente possibilitam, por meio de sopesamento, elaborar juízos racionais sobre a precedência de um princípio sobre o outro.

Conclui-se que é possível elaborar juízos racionais sobre intensidade de intervenções e graus de importância de princípios.

Assim, foram sintetizadas as principais objeções que se costuma fazer ao sopesamento, sem olvidar críticas fundadas em hipotética violação de separação de poderes e ativismo judicial, que devem ser a seguir analisadas.

4. Inafastabilidade do controle jurisdicional

A despeito da clareza textual do dispositivo contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, um dos argumentos que tem sido desvirtuado para fundamentar a impossibilidade de controle jurisdicional de direitos fundamentais e implementação ou aperfeiçoamento de políticas públicas que os efetive através de ordens judiciais é o princípio da separação de poderes.

É de interesse a transcrição do pensamento do liberal Ruy Barbosa, *in* Tribuna Parlamentar – República III, p. 61, em que magistralmente concebe a separação de poderes como garantia de harmonia e contrapeso:

> Sob o título de garantias constitucionais compreende a ciência, por outro lado, com a mesma justeza de linguagem, a organização dos poderes públicos graças à combinação que os divide, que os harmoniza, que os contrapesa; uns aos outros

> se limitam, se moderam, se coíbem no seio da ordem jurídica, tranqüilizando, mediante esta ação recíproca, os cidadãos contra os arbítrios, os excessos, os crimes da autoridade [...]. Garantias constitucionais vêm a ser, por conseguinte, acima de tudo, as providências que na Constituição se destinam a manter os poderes públicos no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição. (BONAVIDES, 2004, p. 639-640).

Verifica-se que a lição de Barbosa se dá no sentido de que o princípio da separação de poderes é, ele próprio, uma garantia de limites dos poderes públicos, para que não extrapolem ou não se omitam em suas funções. Caso contrário, se vigente pretensa independência absoluta, dela decorriam poderes também absolutos para cada uma destas funções estatais.

Bonavides (2004, p. 640) ainda cita o publicista italiano Arangio Ruiz, *in* Delle Guarantegie Costituzionali, v. I/XI:

> A verdadeira garantia constitucional está na própria organização dos poderes públicos, gizada de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer na ordem jurídica, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos e reparar-lhe os agravos sofridos [...] esta é a verdadeira liberdade, a verdadeira garantia.

Ora, se a decisão política, que, por sua fundamentalidade, fez-se constar na Constituição, deve vincular todos os poderes estatais, a nenhum deles é conferido poder absoluto, a ponto de desprezar aqueles direitos constitucionalizados.

Novamente ressalta-se que a maior contribuição da teoria de princípios e de sopesamento de Alexy é a de reforçar a normatividade dos direitos fundamentais, e a força vinculante da Constituição, com efeitos irradiados para todo o sistema. Assim, devido à natureza predominantemente principiológica dos direitos fundamentais, o sistema é determinado substancialmente pela Constituição – que não estabelece meros limites formais de procedimento ou legitimação procedimental – porém dependente de sopesamento, o qual não leva sempre a uma única solução correta, pois o sopesamento é um procedimento aberto, conduzindo a um sistema jurídico aberto. Claramente é aberto o sistema que contém e se funda em conceitos materiais básicos de dignidade, liberdade e igualdade e, irradiando os direitos fundamentais para todos os âmbitos do sistema jurídico, também irradia a idéia de justiça.

Assim, o problema do equilíbrio entre a competência da jurisdição e a competência do legislador solve-se, pois a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê garantia da jurisdição, além do que um princípio procedimental

não é condição suficiente para sobrepor-se a um princípio substancial (consoante já exposto na alínea 5.5).

O princípio da separação dos poderes, que é melhor sintetizado na expressão interdependência de poderes, não é aviltado pela simples existência de direitos que vinculam o legislador. Se assim não fosse, o próprio princípio democrático correria o risco de submeter-se ao poder absoluto do legislador dotado de mero poder constituído.

A preocupação com a eliminação de uma liberdade de conformação política do legislador conferida pelo Estado Democrático, que exige participação significativa do Legislativo na elaboração e aperfeiçoamento da ordem jurídica justifica-se apenas na medida em que significasse esvaziamento da função legislativa, o que é refutado por Alexy (2008, p. 546):

> O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação se constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.
> Isso significa que não está em discussão ***se*** o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua ***extensão***.

Portanto, inafastável é o controle jurisdicional, pois sua possibilidade nem sequer pode ser discutida. Há, porém, critérios para sua extensão, os quais Alexy (2008, p. 547) classifica em: critérios materiais (importância dos bens jurídicos em jogo); de competência (características dos tomadores de decisão, isto é, legitimação mais democrática e maior capacidade de avaliar situações fáticas do legislador *versus* maior grau de imparcialidade e menor sujeição a pressões momentâneas do tribunal) e epistemológicos (argumentos favoráveis ou contrários à possibilidade de fundamentação racional de decisões no âmbito dos direitos fundamentais).

A solução proposta por Alexy (2008, p. 547) está em considerar os três níveis de argumentos e a primazia dos níveis material e epistemológico sobre o nível de competência, pois "[...] sempre que se pode fundamentar, com suficiente clareza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder [...]".

Ademais, em análise específica dos direitos sociais, Alexy não deixa de abordar a sua cumpliciabilidade:

> Em geral, pode-se dizer: a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida; pelo contrário, se um direito existe, ele é justificável. O fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois também competências e procedimentos dependem desse tipo de regulação. O mesmo vale para outros tipos de direitos fundamentais. Razões processuais também não são capazes de sustentar a tese da não-justiciabilidade. Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omisso. O espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição. (ALEXY, 2008, p. 514).

Essa linha de raciocínio também segue a doutrina pátria, tendo Barroso (2009a, p. 133) sustentado que, "[...] embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo [...]", e isto "[...] não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por outros critérios, que não o sufrágio político [...]". Assim é que Barroso lista como imprescindíveis dois institutos jurídicos fundamentais, que também o são para a garantia da própria democracia:

> [...] o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal. Através da função jurisdicional, o Estado submete à imperatividade do Direito as condutas que dele discrepam, formulando e fazendo atuar praticamente a regra jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. (BARROSO, 2009a, p. 135).

Conclui Barroso que, mesmo na reduzida esfera de cunho estritamente político, em que há conveniência e oportunidade e não haveria sanção acionável, "[...] nem por isso haverá margem para o arbítrio, pois é justamente em questões dessa natureza que avulta o controle recíproco entre os Poderes do Estado, dentro do sistema de freios e contrapesos [...]". (BARROSO, 2009a, p. 85).

Salgado também aborda a preocupação com o argumento de usurpação de competência legislativa, porém o recusa ao fundamento de que:

> [...] o poder constituído (Legislativo, Executivo e Judiciário) não pode obstaculizar a vontade maior do constituinte, por ação

> restritiva dos direitos declarados ou omissão. Se não pode restringir, não há que esperar o Judiciário lei complementar que regulamente o exercício dos direitos fundamentais. A lei complementar tem natureza, no caso dos direitos fundamentais, meramente explicitadora ou orientadora, dado que restringi-los não pode. Quanto à omissão, ela não pode ocorrer no âmbito dos direitos fundamentais, pois que independem de qualquer ação dos poderes constituídos. O mandado de injunção deve aparecer, portanto, como instrumento supletivo para a garantia da plena eficácia dos direitos fundamentais. [...] Nesse caso, não poderia o tribunal proferir decisão mandamental ao órgão legislativo, nem substituí-lo na emissão de uma norma geral, o que seria interferência política no outro poder (uma ordem dirigida não ao órgão, mas ao parlamentar, se prevista sanção na constituição, traria também implicações políticas); entretanto, pode o tribunal, pois está na esfera de sua competência, preencher a lacuna existente, se necessário, criando norma de decisão para o caso concreto. (SALGADO, 2001, p. 259-260).

A processualista Grinover, em artigo em que sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas, sem olvidar os seus limites, teoriza que tal não ofende o princípio da separação dos Poderes estatais, para o que cita Oswaldo Canela Júnior:

> Afirma o autor, com toda razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.
> Continua Oswaldo Canela Junior:
> 'E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No *exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca*: é este o sentido da independência dos poderes'.
> Mas os poderes, além de independentes, devem também ser *harmônicos* entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo Oswaldo Canela Junior, '*cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF/88)*'. (GRINOVER, 2008, p. 12, grifo nosso).

Ao final de sua exposição, Grinover (2008, p. 28) conclui:

> [...] a – o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/88); b – esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado;

A intensa pesquisa que foi necessária para o desenvolvimento deste estudo leva à conclusão de que a afastabilidade do controle jurisdicional dos direitos fundamentais, fundada em suposta rejeição da natureza principiológica, levaria a uma limitação por demais restritiva dos direitos fundamentais à clássica função de direitos de defesa, vale dizer, somente se considerando legítima a exigência de abstenções estatais e nunca prestações.

Tal posicionamento, que leva à redução liberal da Constituição, pois considera os direitos fundamentais de defesa tão somente, também não é livre de uma ideologia, *in casu* liberal, certamente mascarada de uma pretensa neutralidade que não existe. Assim, ainda que se reconheça que a ideologia nunca pode ser completamente afastada, ocultá-la será ainda mais pernicioso.

5. Judicialização da política pública

A crítica mais contundente que se costuma dirigir à constitucionalização e à jurisdicionalização do controle dos direitos fundamentais é a de constituir um ativismo judicial, ou verdadeiro governo de juízes. Assim, é mister que se estude a maior referência que há sobre ativismo judicial – a experiência norte-americana.

Observa Dworkin (2001, p. 80) que as primeiras manifestações de ativismo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América foram de inspiração conservadora, tendo por paradigma o caso *Lochner v. New York* (1905), em que se invalidou lei que estabelecia limites para carga horária de empregados, por influência do liberalismo econômico, momento que é denominado pelo autor como a Era *Lochner*.

Por seu turno, o sociólogo Santos menciona e saúda o progressismo judicial iniciado nos EUA por Earl Warren, que exerceu o cargo de *Chief of Justice* de 1953 a 1969, especialmente em decisões que rechaçaram o racismo em políticas públicas e realçaram a prevalência de direitos civis.

Assim é em *Brown v. Board of Education* (1954), no qual reputou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas no Sul dos EUA, por unanimidade, fundada no princípio da igualdade, e refutando a doutrina “separados, mas iguais” até então vigente. (BARACHO, 2006, p. 750).

Em pesquisa no próprio Tribunal americano, podem ser encontradas algumas das decisões emblemáticas, que, sob a presidência de Warren, demonstram o progressismo.[3]

É oportuno mencionar que não somente a decisão *Brown* citada mas também a sua implementação provocaram controvérsias. Assim, em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971), a *Supreme Court* manteve a decisão em que, dada a recalcitrância das autoridades administrativas em cumprir a decisão *Brown*, ordenou a implementação de plano de dessegregação elaborado por perito judicial e que envolvia também a modificação do sistema de transporte escolar. O que se observa é que a implementação da decisão *Brown* levou à adoção de política pública por meio da jurisdição, sob o fundamento de reparar inconstitucionalidade, contribuindo para o movimento dos direitos civis norte-americanos.

Em outra decisão emblemática, *Baker v. Carr* (1962), o Tribunal admitiu que a ordenação de distritos eleitorais (e do quantitativo de eleitores que compunha cada um desses distritos) era matéria sujeita à revisão judicial, rechaçando entendimento de que constituiria apenas questão política não-sindicável, uma vez que, em Estados como a Califórnia, a maioria dos senadores poderia ser eleita por menos de 20% do eleitorado, o que contrariava materialmente o princípio democrático. Há que se referir à semelhança com a decisão proferida, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 197.917/2004, em que julgou inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP e fixou o número de vereadores aos limites constitucionais, em verdadeiro respeito ao princípio da proporcionalidade. Essa decisão originou a edição da Resolução nº 21.702/2004, em 2 de abril de 2004, pelo Superior Tribunal Eleitoral, que estendeu para todo o País a proporcionalidade das vagas legislativas municipais com seu número de habitantes.

Não se pode olvidar que a experiência judicial nos Estados Unidos diferencia-se enormemente do Direito pátrio, até mesmo pela diversidade das características do sistema consuetudinário anglo-saxão, em contraponto com nossa influência européia. Isso sem contar a filosofia de Estado liberal, que tem refutado qualquer tentativa de socialização, inclusive de direitos.

O ativismo judicial norte-americano também foi objeto de análise por Alexy, especialmente o conceito de *integridade do sistema* proposto por Dworkin (2007, p. 213), segundo o qual a integridade seria garantida por uma única resposta correta para cada um dos casos – a *right answer* –, através da atividade do juiz ideal "Hércules", que, com habilidade e sabedoria, estaria em situação de encontrar a única resposta correta, da tarefa do juiz real de aproximar-se do ideal.

A análise que Alexy dela faz é correta, especialmente quando expõe que, na realidade, não existe nenhum procedimento que permita, com segurança intersubjetiva, chegar em cada caso a uma única resposta correta. Contudo, compatibiliza tal idéia de

[3] Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com>

única resposta com a possibilidade de encontrar uma resposta correta (ainda que não única). Assim, prescreve que os participantes do discurso devem ter a pretensão de que sua resposta é a única correta, como uma idéia regulativa, no sentido de que, pressupondo que em alguns casos há uma única resposta correta e que não se sabe quais casos são, vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. Por tal procedimento, a resposta encontrada, com base nas regras e nos princípios, de acordo com os critérios de argumentação jurídica racional, ainda que não seja a única resposta correta, atenderá à exigência de razão prática e será correta. (ALEXY, 1988, p. 151).

Assim, verifica-se que a busca pela solução correta não pode ser abandonada e, considerando a escolha constituinte por um Estado Social, a violação de direitos coletivos deve ser enfrentada pela jurisdição com fundamentos em argumentos de princípios políticos. Se se verifica que a ação administrativa – ou omissão – viola direitos fundamentais de natureza coletiva, a jurisdição deve decidir com recurso aos princípios inseridos na Constituição para estancar essa violação.

A correlação entre norma e realidade, em tensão dialética permanente, não pode ser abandonada sob o argumento de que os fatos políticos e sociais têm primazia absoluta sobre a Constituição jurídica. Dessa forma, interpreta-se a lição de Hesse, para quem se deve reforçar a normatividade da Constituição – e sua potencialidade de conformar a realidade, sem olvidar o mútuo condicionamento entre norma e fato:

> As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser *(Sein)* e dever ser *(Sollen)*.
>
> A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.
> [...]
> A política interna afigura-se, em grande medida, 'juridicizada'. [...] O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. (HESSE, 1991, p. 24-28, grifo nosso).

Não se pretende sustentar, com uma visão substancialista do Direito e com o controle e implementação de direitos sociais fundamentais pela jurisdição, um ativismo judicial de conotação política.

No esteio da lição de Santos, que introduz sua pequena, porém valiosa, análise da justiça democrática com o protagonismo judicial, este último não se confunde com

o protagonismo de um tipo político, "[...] antes parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente [...]". (SANTOS, 2007, p. 15, grifo nosso).

Com tal análise, Santos (2007, p. 23) identifica que há um campo hegemônico do Judiciário, no qual está a maioria das reformas dos sistemas judiciais no mundo (que são quase exclusivamente orientadas pela idéia de rapidez, assim como no Brasil com o "Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais ágil e republicano", que resultou em reformas de legislação de recursos, execução e processos eletrônicos, e preocupação com a agilidade como um fim em si mesmo), que é o sistema de mercado que exige Judiciário forte e eficiente para garantir tão somente a segurança jurídica e o direito de propriedade.

Acrescentaria à análise do autor que, contra esse protagonismo, o qual serve mormente à manutenção do *status quo* dos detentores de poder econômico, não há notícia de nenhuma insurgência.

O que sugere Santos (2007, p. 35) é que o campo contra-hegemônico, dos direitos sociais e econômicos, em que o cidadão tem a expectativa de ser incluído no contrato social deve ser abrangido pelo Poder Judiciário. Entende que não há alternativa que não seja assumir o Judiciário sua responsabilidade, ainda que politizando-se e enfrentando tensões com outros Poderes, pois há que encampar a justiça social através de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos, levando a sério os direitos sociais e econômicos e sem proclamações exaltantes, porém vazias, de direitos fundamentais.

Nesse sentido, afirma que "O Judiciário é parte na tarefa de execução de políticas públicas, e tem que o assumir [...]" e dá o exemplo da Colômbia e do seu Tribunal Constitucional que obrigou o Município a implementar saneamento básico, gerando comoção e fazendo com que o poder central remetesse dinheiro ao Município para tanto. (SANTOS, 2007, p. 102).

Por fim, Santos (2007, p. 111) ainda preocupa-se com os instrumentos legais para que sejam garantidos os direitos sociais e econômicos, pelo que vaticina que "[...] havendo direitos coletivos, há que haver ações coletivas [...]".

Também Grinover (2008, p. 12-13) apreende o sentido da judicialização da política:

> Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de *neutralizar* o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

> [...]
> Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de 'atos de governo' ou 'questões políticas', sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF/88), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.
> O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição, pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.
> E continua o autor:
> 'Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política'*, (muito diferente, acrescente-se, da *politização do Judiciário*) 'contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo a dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle'.

Assim, não se trata de endossar atuação político-partidária, ou mesmo política, no sentido de decidir o juiz, isoladamente, quais direitos sociais devem ser efetivados; a Constituição já o fez. As normas constitucionais já priorizaram direitos sociais em detrimento de outros. Assim, é possível afirmar que os direitos expressamente consagrados no art. 6º (salário mínimo, assistência social, previdência social, saúde e moradia), assim como o direito à educação (em cuja norma refere-se expressamente a direito público subjetivo), são prioritários.

Portanto, sustenta-se que seja analisado pela jurisdição quais os direitos sociais possuem os cidadãos por decisão constituinte, a qual fundamenta o controle e até mesmo a implementação de políticas sociais por via judicial.

6. Conclusão

Conclui-se pela legalidade e legitimidade do controle e, até mesmo, da implementação de políticas públicas através de mecanismos processuais constitucionais, considerando os direitos sociais eleitos e positivados na Constituição Federal como direitos fundamentais e a omissão do Poder Executivo em efetivá-los.

Recusa-se em identificar o controle jurisdicional com ativismo judicial, no sentido de tomada de postura política pelo órgão jurisdicional como definidor dos direitos sociais a serem implementados, porque se considera que tais direitos já foram escolhidos pelo constituinte, tratando-se da busca de sua aplicação constitucionalmente adequada, que entende-se como o regular exercício da função jurisdicional, sem transbordamento da divisão de poderes.

Por tais conclusões, o estudo crítico da teoria jurídica exposta por Alexy, que reconhece normatividade aos direitos sociais fundamentais, que vinculam os Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), e que considerem também as limitações que outros direitos fundamentais e que a realidade fática e jurídica possam a eles impor, sem que se esvazie a sua fundamentalidade e efetividade, afigura-se como importante contribuição.

Constata-se que o princípio democrático contém âmbito material, no qual há que haver preocupação com a efetividade da participação popular, que não pode ser garantida apenas formalmente. A produção de justiça meramente formal é insatisfatória, senão impossível se desvinculada da ética, porque impossível completa disparidade entre ser e dever-ser. A técnica normativa não pode desvincular-se da prudência, no sentido aristotélico de sabedoria prática, conhecimento das atividades humanas e da melhor maneira de conduzi-las.

Por consistir o processo em espaço público discursivo, não há razão para excluir a apreciação pelo Judiciário de políticas públicas sociais, sempre respeitando o contraditório e o "círculo dialógico" em que consiste a hermenêutica proposta por Freitas (2004, p. 22-23):

> Múltiplas se apresentam as maneiras de sistematizar, mas interpretar o Direito é realizar uma sistematização daquilo que aparece como fragmentário e isolado. Na realidade, o intérprete sistemático, no círculo dialógico, refunde o sistema sem cair no sociologismo, sabendo que o Direito busca seus conteúdos dentro e a partir de si.
> [...]
> [...] se tem a plena ciência de que sem liberdade não há interpretação. Mas a liberdade não deve significar a supressão das demais liberdades, inclusive daquelas que veicularam um tipo de vontade normativa que não pode ser arbitrariamente desconsiderada. Por isso, este livro enfatizará, com argumentos variados, que a exegese jurídica, em nosso sistema, não tem o condão de revogar o Direito, mas o de suspender a eficácia e, em alguns casos, de anular dispositivos contrários à efetividade do sistema, especialmente dos seus princípios fundamentais.

Salgado, ainda que defensor do ativismo, também ressalta a importância do verdadeiro contraditório no processo, que evitará a decisão arbitrária do juiz:

> É através do Judiciário que se extrai o Direito da norma e da realidade para restaurá-la, e é através dele também que o povo faz o seu direito, pelas propostas em juízo, pelas teses levantadas e debatidas por seus advogados, pela reflexão teórica dos seus juristas levadas ao debate e pela decisão refletida sobre o conteúdo da ação. O poder do juiz não está na facilidade da decisão do arbítrio que põe fim ao conflito, o que um computador faz com menor margem de erro e sem o risco de parcialidade, mas no joeirar o Direito debatido e

> exportar na matéria do processo, parcialmente, para resolver o conflito com a realização do valor polar do Direito: o justo. (SALGADO, 2001, p. 259-260).

Ressalte-se novamente que se está a defender a judicialização (ou processualização) de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais constitucionalizados, e não a judicialização das decisões político-ideológicas.

O Direito, enquanto ciência deontológica, não prescinde da política na prescrição do dever-ser, por ser esta uma decisão política que se exterioriza pelo Direito. Assim, o poder transforma-se de político em jurídico, por meio de normas jurídicas dotadas de imperatividade.

Dentre as garantias políticas para o exercício do poder, avulta a separação dos Poderes estatais, que significa a especialização funcional e a independência orgânica, porém não significa exclusão da indispensável harmonia que deve presidir as relações entre eles, pelo mecanismo de controle recíproco de freios e contrapesos – *checks and balances* da doutrina anglo-saxônica.

Conclui-se que a jurisdicialização das decisões políticas já tomadas, pelo que o Direito não estará desconsiderando outras forças, dentre as quais a força política da sociedade civil, que intervém no momento da tomada da decisão pelo constituinte e deve continuar a intervir pela dedução de pretensões perante órgãos jurisdicionais, como um dos caminhos – e não o único – para efetivação de direitos democraticamente escolhidos. Assim é que, no que tange aos direitos fundamentais, não há usurpação de função legislativa pela jurisdição, na medida em que as decisões políticas fundamentais já foram tomadas e positivadas na Constituição.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Disponível em: http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/124717309825707396878 91/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. Acesso em: 31 maio 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*: aspectos contemporâneos. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COLLIN, Denis. *Compreender Marx*. Petrópolis: Vozes, 2008.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS. Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: A contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, jul./dez. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e Direito Pressuposto.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 709.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *RePro* – Revista de Processo, n. 164, p. 9-28, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção primeiros passos, 23).

MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito.* 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. *Revista da FDUFMG*, Belo Horizonte, n. 39, jan./jun. 2001.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE PROCESSO INDIVIDUAL PELO JUIZ, DE OFÍCIO, QUANDO PENDENTE JULGAMENTO DE PROCESSO COLETIVO EM QUE SE DISCUTA O MESMO TEMA

SILVIA FONSECA SILVA
Advogada

1. Acórdão

Recurso especial nº 1.110.549 – RS (2009/0007009-2)
Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Edviges Misleri Fernandes
Advogado: Maria de Fátima Tonet
Recorrido: Banco Santander S/A
Advogado: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)

EMENTA*:* RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3- Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO*:* Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao Recurso Especial, vencido o Sr. Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ/AP). Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, ajuizada ação coletiva, suspendem-se as ações individuais até o julgamento da

ação coletiva. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Data do Julgamento: 28 de outubro de 2009.

2. Apresentação do caso

Edviges Misleri Fernandes interpôs Recurso Especial contra acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck) em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, que confirmou a decisão de 1º Grau, proferida em ação movida pela recorrente, depositante de caderneta de poupança, visando ao recebimento de correção monetária que seria devida em virtude de planos econômicos, suspendendo o processo individual em andamento cujo objeto em discussão era o mesmo de ação coletiva já existente.

Alega a recorrente violação aos artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil e 2º e 6º do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese, o descabimento da suspensão da demanda individual em virtude do ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público. Argumenta que não tem interesse que sua ação fique suspensa e baixada até o trânsito em julgado da ação coletiva, tendo em vista que, além de aumentar o tempo de conclusão da sua ação individual, os seus pedidos sucessivos ao principal são diversos dos formulados na ação coletiva, causando prejuízo à demandante.

O Recurso Especial foi admitido na origem e selecionado como representativo da controvérsia, conforme o disposto no art. 543-C, § 1º, do CPC.

O STJ, no julgamento deste recurso, manteve a suspensão do processo individual determinada pelo tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, em especial da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008), que alterou o art. 543-C do CPC, sem contradizer a orientação que só levava em consideração os dispositivos da Lei de Ação Civil Pública.

Firmou-se o entendimento na decisão do recurso ora em análise de que a suspensão do processo individual pelo juiz, de ofício, não viola os artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, os artigos 122 e 166 do Código Civil e os artigos 2º e 6º do Código de Processo Civil. Pelo contrário, com eles se harmoniza em razão da atual interpretação extraída do sistema jurídico.

Por fim, afirmou o STJ que as questões incidentais alegadas, por acaso existentes no processo individual suspenso, não ficarão prejudicadas, pois, além da grande probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, se estas forem julgadas procedentes, as matérias poderão ser trazidas pelas partes na execução individual que porventura se instaure.

3. Comentários

Dispõe o art.104 do CDC que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Podem a ação individual e a coletiva, portanto, coexistir.

A ausência de litispendência se justifica pelo fato de serem diversas as ações coletivas e as individuais. Nas ações individuais, a pretensão diz respeito à tutela de direitos individuais, enquanto nas ações coletivas o direito pleiteado é o coletivo *lato sensu* (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

A coisa julgada coletiva, em regra, não prejudica o indivíduo (art. 103, CDC). Este poderá, todavia, valer-se dos benefícios da coisa julgada coletiva. Para tanto, basta que ajuíze ação de liquidação e execução da respectiva sentença da ação coletiva, nos termos dos artigos 96 a 100 do CDC. É o chamado *transporte in utilibus secundum eventum litis*.

Ressalva, porém, o art.104 do CDC que o indivíduo, ao ajuizar a demanda individual, somente poderá beneficiar-se dos efeitos da coisa julgada coletiva, já em andamento, se tiver requerido a suspensão daquela demanda, no prazo de trinta dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Isso significa que se o indivíduo, mesmo ciente da ação coletiva, não requerer a suspensão da demanda individual, será excluído dos efeitos da coisa julgada coletiva.

> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O prosseguimento do processo individual somente prejudicará o indivíduo se a ele tiver sido dada ciência inequívoca da existência do processo coletivo. Cabendo ao réu proceder a esta informação. É preciso, portanto, que o indivíduo, ciente da existência de uma demanda coletiva, tenha optado pela continuação do seu processo individual para que não seja atingido pelos efeitos da coisa julgada coletiva.

O STJ, contudo, no que diz respeito à suspensão da ação individual, em importantíssima decisão do Recurso Especial nº 1.110.549 – RS (2009/0007009-2), deu nova interpretação aos textos normativos existentes, diversa da que vinha sendo adotada pelos juízes e tribunais inferiores. Entendeu que no curso de ação coletiva o juiz pode, de ofício, determinar a suspensão da ação individual.

Trata-se de providência que já vinha sendo defendida por alguns doutrinadores. Nesse sentido, Fredie Didier Junior (2009, p.179):

> A jurisprudência poderia, de maneira criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (não ficando na dependência da vontade do particular, que muitas vezes desconhece a existência de uma ação coletiva) a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma exigência de ordem pública, não só decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade. A aplicação dessa regra, permitindo a suspensão dos processos individuais por prejudicialidade, conforme o dispositivo do art. 265, IV, *a*, do CPC, já foi utilizada com sucesso em diversos precedentes do Rio Grande do Sul no caso dos expurgos inflacionários da poupança. Trata-se de evidente aplicação do princípio da adequação e da flexibilização dos procedimentos aos processos coletivos.

A existência de vários processos com a mesma lide inviabiliza a atuação do Poder Judiciário e a efetiva tutela jurisdicional. Ficam também prejudicados os princípios constitucionais que preconizam a razoável duração do processo e o princípio da igualdade (decisões divergentes sobre a mesma questão de direito). Com o intuito de evitar tais prejuízos é que se criou, por exemplo, a súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004); a permissão do julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal nº 11.277/2006) e a introdução, pela Lei dos Processos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008), no CPC, do art.543-C.

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo, nos últimos anos, grandes transformações à procura de soluções para processos que possuem a mesma lide, em busca da efetiva tutela jurisdicional. É desnecessário tumultuar a atuação do Judiciário com inúmeros processos, se apenas alguns deles são suficientes para o conhecimento e a decisão sobre todos os aspectos da lide.

Com a finalidade de garantir efetiva tutela jurisdicional aos litigantes, as normas infraconstitucionais receberam nova interpretação teleológica pelo STJ, ao decidir, no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.549 – RS (2009/0007009-2), que as ações individuais podem ser suspensas pelo juiz, de ofício, quando em curso ação coletiva.

A decisão do STJ não ofende o art. 81, *caput*, do CDC (“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.”). Pelo contrário, assegura a sua aplicação, ou seja, o indivíduo pode, quando do curso de uma ação coletiva, ajuizar uma demanda individual com a mesma causa de pedir. Porém, nada impede que o juiz, para assegurar a devida prestação da tutela jurisdicional, de ofício, suspenda a demanda individual.

A suspensão da demanda individual não prejudica o indivíduo, visto que, quando julgada definitivamente a demanda coletiva, o andamento daquela será retomado. Ocorrido isso, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), com a extinção do processo no caso de improcedência da ação coletiva ou, no caso de procedência da aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

A possibilidade de suspensão da tutela individual de ofício pelo juiz foi também uma forma que o STJ encontrou para harmonizar o processo coletivo e individual com a sistemática de julgamento dos recursos especiais prevista no art. 543-C do CPC. Nada adiantaria não possibilitar a suspensão da demanda individual, de ofício, se, posteriormente, quando do julgamento dos recursos especiais provenientes dessas causas repetitivas, o ministro, de ofício, suspendesse o curso dessas ações. Seria uma incongruência. Convém, nesse sentido, transcrever trechos do voto do Ministro Relator Sidnei Beneti (p. 7):

> Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

O STJ deixou claro que a suspensão de ofício da demanda individual não viola os artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; os artigos 122 e 166 do Código Civil e os artigos 2º e 6º do Código de Processo Civil. O que houve foi apenas uma nova interpretação desses dispositivos de forma a conciliá-los com a atual tendência da jurisprudência e do ordenamento jurídico brasileiro em garantir a todo custo a efetiva tutela jurisdicional.

É mister ressaltar que, na proposta do Código Brasileiro de Processos Coletivos, feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, há regulação desse tema nos §§3º e 4º do art. 7º, que se coaduna com o atual entendimento do STJ.

> §3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva

versando sobre o mesmo bem jurídico.
§4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

4. Considerações finais

É cada dia mais freqüente a coexistência de centenas de processos que repetem a mesma lide. A multiplicidade de processos com o mesmo objeto tem colocado em risco diversos princípios fundamentais constitucionais, tais como: duração razoável do processo, isonomia, efetiva tutela jurisdicional, segurança jurídica. Isso, porém, vem sendo amplamente combatido por diversas inovações legislativas e novos entendimentos jurisprudenciais, de modo a garantir a observância desses princípios.

O STJ, nesse sentido, com a finalidade de assegurar a efetiva tutela jurisdicional, possibilitou ao juiz suspender, de ofício, as demandas individuais, quando em curso uma demanda coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico. Tal providência não impede, todavia, que a parte, objetivando se beneficiar da coisa julgada coletiva, requeira a suspensão da demanda individual (art.104 do CDC).

A decisão do STJ não é contrária à redação do art. 104 do CDC, mas com ela se harmoniza. O STJ apenas deu nova interpretação às normas infraconstitucionais existentes de forma a conciliá-las com a nova tendência jurídica brasileira de "enxugamento" da "multidão" de processos em poucos processos pelos quais seja julgada a mesma lide.

A faculdade de suspensão das demandas individuais pelo juiz, de ofício, é, portanto, resultado do interesse público na preservação da efetividade da Justiça, que se frustra por centenas de processos com a mesma lide. A decisão do STJ, nesse ponto, representou grande avanço no nosso ordenamento jurídico, o que já deveria ter sido providenciado pelo nosso Legislativo.

5. Referências bibliográficas

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 4.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e Litispendência em ações coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

7

Artigo • 357
Comentário à Jurisprudência • 365
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Processual Coletivo

REFLEXÕES ACERCA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

PAULO MOSCONI
paulomosconi@hotmail.com

RESUMO: A partir do ano de 1985 com o advento da Lei nº 7.347/85, o Brasil ingressa na segunda onda renovatória do acesso à Justiça a da representação em juízo dos interesses difusos. A citada lei conhecida no ordenamento jurídico pátrio como a Lei da Ação Civil Pública é o marco do novo enfrentamento que aquece debates doutrinários no País; porém, o novo paradigma encontra, hoje, seu principal fundamento na Constituição da República de 1988, que rompe com os ditames ortodoxo, liberal e individualista. Procuramos, dentro dos ensinamentos do prof. Dr. Gregório Assagra, traçar comentários acerca da necessidade de se proceder ou não à codificação desse novo ramo do Direito, embasado atualmente na Carta Magna de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual coletivo; acesso à Justiça; direitos massificados; direitos difusos; tutela jurisdicional; Constituição Federal de 1988; codificação.

ABSTRACT: From 1985 on after Law nº 7347/85, Brazil has seen a second wave of renovation concerning access to justice and diffuse interest attorneyship. The aforementioned law is acknowledged as the Law of Public Class Actions and represents the milestone of a new era of passionate debates amongst jurists around the country. Moreover, this new paradigm is mainly based on the Brazilian Federal Constitution of 1988 and represents a breach from the orthodox liberal individual diktats. Based on the assumptions of Prof. Gregório Assagra de Almeida, one comments on the necessity of defining whether to carry out the codification of this new sub-area of Law, according to the Brazilina Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Collective proceedings law; acess to Justice; massified rights; diffuse rights; jurisdictional guardianship; Brazilian Federal Constitution of 1988; codification.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mudança de paradigma. 3. Direito processual coletivo brasileiro. 4. Codificação do Direito processual coletivo brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O séc. XIX foi o século das grandes codificações; na época, os modelos adotados eram rígidos, fechados, estáticos e totalizantes, frutos do positivismo neutralizante, liberalismo e racionalismo da época. Os códigos de processo civil existentes hoje seguem os modelos ultrapassados do séc. XIX, assim, não são instrumentos adequados para a proteção dos direitos e dos interesses massificados, o que originou a criação de microssistemas próprios que atendam aos anseios sociais de proteção dos direitos e interesses massificados.

Tem-se hoje a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. No último século, direitos como a saúde, educação, cultura, meio ambiente e outros de igual natureza fluida tornaram-se base dos conflitos sociais e sua titularidade foi atribuída a qualquer cidadão. Essa nova categoria de direito, mesmo mantendo seu caráter individual, tem enfoque direto na sociedade de massa e, por conseguinte, transcendência à esfera individual.

Dessa feita, notabilizou-se a necessidade de um sistema que privilegia o tratamento coletivo dos problemas que são enfrentados por um número considerável de pessoas. Sistema esse que possibilita o acesso à tutela jurisdicional por indivíduos que se encontrariam à margem do sistema.

Diante da necessidade de enfrentamento desses problemas de modo eficiente, surgiram alguns institutos jurídicos aptos a propiciar o atendimento dessas necessidades da coletividade, tais como ação popular, ação civil pública, ação popular ambiental, mandado de segurança coletivo, ação por descumprimento de preceito fundamental, e, ainda, meios que são oriundos do próprio Direito processual civil, como o disposto do artigo 83, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: "[...] para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Como se pode notar, o Direito pátrio é rico em meios que garantem a tutela desses interesses, o debate aqui proposto se norteará pela necessidade ou não de uma codificação própria do sistema de tutela jurisdicional coletiva.

1.1. Microssistemas

Como já dito, devido a sua generalidade, abstração e impermeabilidade às mudanças sociais, o sistema processual civil não corresponde aos anseios sociais massificados, principalmente àqueles relacionados a questões relativas à criança, ao ambiente etc.

Surgiu então, a necessidade da criação dos chamados microssistemas, também conhecidos como códigos setorizados ou estatutos.

A criação desses microssistemas abalou drasticamente a concepção dos sistemas auto-suficientes e impermeáveis até então existentes. Muitos até passaram a sustentar a tese de esgotamento do processo histórico-cultural da codificação e defendiam a criação desses microssistemas.

Foram apontadas por Orlando Gomes três razões para a caducidade dos sistemas até então implantados:

a) impossibilidade de conservar o estilo dos códigos;
b) esvaziamento do Código Civil e conseqüente perda de sua função;
c) aumento das leis especiais.

Devido aos fatores apontados e à crise do modelo hierárquico e axiológico do Direito dos séculos XVIII e XIX, Theodor Vieghwy defende a concepção do Direito como problema, que seria juízos normativos constituídos em face dos problemas concretos.

Descartadas as críticas a serem traçadas a esse pensamento, ocorreu que esse fator, somado aos outros já apontados, levariam à concepção de modelos de codificações móveis, dinâmicos e até abertos, onde prevalecem princípios e cláusulas gerais, que possibilitam, além do dinamismo, uma harmonia decorrente do diálogo com outras fontes normativas.

Surge, então, o chamado pós-positivismo, que abrange todas as concepções de pensamentos que valorizam os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta a valores, que abarca a atual concepção de neoconstitucionalismo.

O pós-positivismo mudou a concepção de sistema jurídico, alterando o sistema fechado e auto-suficiente para o sistema aberto, móvel e composto de valores.

Podemos concluir, então, para não nos alongarmos na evolução da concepção atual de sistema de direito, ao ultrapassar os modelos de codificação antigos e a crise das codificações modernas, a nova concepção de direito como problema juntamente com a concepção de sistema, oriunda do pós-positivismo, resultaram numa nova visão do que seria uma codificação que possibilitaria a efetivação do direito. Sendo certo que a adequada individuação dos problemas deve ser alcançada com fundamento no sistema como um todo.

No Brasil, existem no ordenamento dois microssistemas de tutela jurisdicional coletiva (microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum e especial), que, juntamente com o advento da CF/88, trouxeram uma grande discussão doutrinária relativa à codificação do Direito processual coletivo brasileiro. A análise desses institutos

demonstra que a doutrina brasileira e seu sistema jurídico encontram-se bastante avançados no que tange à proteção dos direitos ou interesses massificados, porém não esgotam a necessária discussão sobre a codificação do sistema.

2. Mudança de Paradigma

A evolução histórica do sistema jurídico brasileiro encontra três principais divisões: Brasil-Colônia, Brasil-Império e Brasil-República.

Durante o Brasil-Colônia, vigiam no País as ordenações portuguesas: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas. Tais ordenações não se enquadram em uma conceituação rígida e moderna de codificação.

Após a independência do Brasil, já, portanto, Brasil-Império, as Ordenações Filipinas continuaram a compor o sistema jurídico brasileiro.

Grande avanço ocorreu com a Constituição do Império, de 1824, que determinou a elaboração de um código criminal fundado na Justiça e eqüidade, fazendo com que, em 1830, fosse criado o Código Criminal do Império, marco histórico de criação do primeiro código brasileiro.

Logo em seguida, em 1832, foi promulgado o primeiro Código de Processo Penal de Primeira Instância, o qual, também, dispunha sobre processo civil. O regulamento nº 737, de 1850, que completava o Código Comercial, também foi um marco do Direito processual brasileiro pela economia processual e simplicidade do procedimento.

Durante todo este intervalo, as causas cíveis continuavam disciplinadas pelas Ordenações Filipinas e por outras leis complementares e modificativas, fazendo com que o governo imperial incumbisse ao professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a tarefa de reunir as leis em um único corpo, dando origem a *Consolidação das Leis de Processo Civil*, que adquiriu força de lei pela resolução imperial de 18 de dezembro de 1876.

A Constituição da República de 1891, a primeira, instituiu a dualidade da Justiça, possibilitando, assim, que os Estados organizassem suas próprias Justiças, o que foi alterado pela Constituição de 1934, que restabeleceu o sistema da unidade do Direito processual para todo o País.

Nota-se que o movimento de codificação inaugurado com a codificação napoleônica no início do século XIX, que recebeu destaque com o BGB (Código Civil alemão), espalhou-se pelo mundo, atingindo o Brasil assim como outros países da América Latina.

O Brasil, acompanhando essa onda de codificação, só veio conhecer seu primeiro código civil em 1916, fruto do trabalho de Clóvis Beviláqua, que se pautou pela visão

liberal individualista de sua época e pela sistematização do BGB alemão (parte geral e parte especial).

Em seqüência, outros códigos foram criados no Brasil-República, como o CPC/39, o CP/40, o CPP/41, o CPC/73 e até o novo Código Civil de 2002, que já é resultado de uma nova metódica mais flexível, móvel e permeável a mudanças sociais.

A impermeabilidade e a estrutura fechada dos códigos atuais que foram implantados no século passado ocasionaram no Brasil a criação de microssistemas jurídicos, criação intensificada nas décadas de 1960 e 1970 por força da massificação e complexidade das relações sociais. Dentre muitos, podemos destacar o microssistema de defesa do consumidor, nascido com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, entre outras.

Merecem maior destaque, ainda, dois microssistemas: o *microssistema da tutela jurisdicional coletiva comum* – formado pela integração entre a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no seu art. 21, e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu art. 90 – e o *microssistema da tutela coletiva especial* (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade) – que, no plano infraconstitucional, compõe-se pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Nota-se, então, apesar de ser o Brasil rico em disposições legais de tutela dos direitos coletivos, que foi com o advento da CF/88 que a terceira onda renovatória do Direito se assentou com toda sua potencialidade, por força dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e, ainda, 129, III, da CF/88, entre outros.

3. Direito processual coletivo brasileiro

Na esteira do entendimento do ilustre Prof. Gregório Assagra, sustentamos a vertente de ser o Direito processual coletivo brasileiro um novo ramo do Direito processual.

O conjunto de disposições legais e os fundamentos constitucionais que embasam a tutela jurisdicional coletiva no Brasil o colocam como um dos mais avançados do mundo. Já havendo sido consagrada de forma ampla a tutela jurídica material massificada, inclusive dentro da teoria dos direitos fundamentais, necessária é a concepção de um Direito processual que garanta a efetivação desses direitos massificados resguardados constitucionalmente.

A própria Constituição Federal determina esse novo ramo do Direito pátrio nos seguintes dispositivos: art. 1º, art. 5º, art. 129, II, art. 125 e dentre outros. Restando, assim, superada a divisão do Direito processual em civil e penal por força constitucional, impõe-se uma nova forma de ver os institutos clássicos do Direto processual civil, como a legitimidade, o pedido, a coisa julgada etc., pois, como são elaborados com base na técnica do liberalismo individualista, não se prestam às diretrizes do processo coletivo.

Na esteira dos ensinamentos do Prof. Gregório Assagra, os princípios relacionados com o Direito processual coletivo comum são: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; princípio da presunção da legitimidade "*ad causam*" ativa pela afirmação do direito; princípio da não-taxatividade da ação coletiva; princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; princípio da máxima efetividade do processo coletivo; princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum e o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público.

Aqueles relacionados com o Direito processual coletivo especial são: princípio da proteção do Estado Democrático de Direito; princípio do devido processo legal como cláusula constitucional interpretativa vinculatória genérica de dimensão processual e substancial; princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação; princípio da supremacia da Constituição; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da presunção de legitimidade da lei e dos atos normativos do poder público e princípio da indesistibilidade da ação objetiva de controle em abstrato da constitucionalidade.

Propõe, ainda, o Prof. Assagra, em sua obra, as regras de interpretação e aplicação do Direito processual coletivo. A primeira regra de interpretação a ser analisada pelo operador do Direito na aplicação do Direito processual coletivo é a da completa integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, no intuito de resolução de problemas pertinentes à aplicabilidade do processo coletivo comum.

Também temos como regra a aplicação subsidiária do CPC no processo coletivo, por força dos arts. 19 da LACP e 90 do CDC, desde que haja compatibilidade formal e material entre os institutos processuais. A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são normas de superdireito processual coletivo comum.E, por fim, a aplicabilidade das regras de interpretação constitucionais, por ter o Direito processual coletivo essa natureza.

4. Codificação do Direito processual coletivo brasileiro

Cabe-nos, de forma sucinta, primeiramente, diferenciar código, consolidação, compilação e microssistema.

O código é um sistema de regras jurídicas, com conteúdo histórico e político, formado por um espírito inovador e novo corpo legislativo. A consolidação é um recolhimento de normas já existentes, principalmente nos momentos de exaustão legislativa, de forma harmônica e orgânica e, ainda, leva em consideração a matéria, sendo realizado pelo Estado, caracterizando-se mais avançado que a compilação, que era feita por particulares e não tinha caráter legislativo. Já o microssistema é o conjunto de leis de cunho social que abandonam a técnica legislativa de comando genérico

e abstrato da norma para subjetivá-la. Utilizam linguagens setoriais e tratam de forma exaustiva as matérias pertinentes, abrangendo questões de Direito material interdisciplinar e processual.

A principal vantagem da codificação seria a uniformização de seu objeto formal, tornando-o mais visível. Além disso, simplifica o sistema jurídico codificado, permitindo sua melhor compreensão, e ordena os métodos de interpretação e princípios.

Ao revés, a codificação pode representar retrocessos no plano constitucional e infraconstitucional, além de engessar o sistema. E, ainda, a precoce codificação, valendo-se de modelos estrangeiros sem a devida discussão, pode fazer ruir o sistema avançado do País.

A visão adequada para a criação de um código de Direito processual coletivo é a constitucional, com base nos princípios do Estado Democrático de Direito, orientada pelas garantias fundamentais consagradas na Carta da República. Assim, a visão instrumentalista não é suficiente para a criação de um código processual coletivo, ao menos que se a redimensione à luz dos direitos e garantias constitucionais, de forma que listaremos alguns princípios arrolados pelo Prof. Assagra que norteariam a concepção de um código processual coletivo: princípio democrático; princípio da proibição de retrocesso; princípio do devido processo legal; além de dever guardar obediência aos princípios e regras de interpretação e aplicação do Direito constitucional e aos direitos e garantias individuais.

As diretrizes são:

- Afastar-se da importação de modelos estrangeiros;
- Evitar dispor sobre inúmeros requisitos específicos de admissibilidade processual;
- Disciplinar de forma global os institutos estruturais do Direito processual coletivo;
- Romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do CPC;
- Ter boa técnica jurídica, baseada, sempre que possível, na linguagem constitucional;
- Manter a coerência entre os modelos de Direito processual coletivo especial e comum;
- Preservar as peculiaridades de cada área do Direito material coletivo;
- Evitar a orientação unicamente pelo método teleológico do resultado;
- Desviar-se da idéia de um código pequeno em seu objeto formal para a busca da sua aprovação no Congresso Nacional.

5. Conclusão

Nos tempos atuais, é muito difícil conceituar *código*. Primeiro por que sua conceituação esbarra na idéia de código como um sistema de normas, de acordo com o conceito

ultrapassado de código totalizante e fechado; depois porque a conceituação também depende do contexto histórico em que é elaborada. A complexidade das relações, a multiplicidade de teorias sobre o Direito e a transformação da visão fechada em uma visão aberta e móvel, que procura soluções mais justas e adequadas à sociedade, dificultam mais ainda a conceituação de código.

Muitos autores tentaram conceituar código; porém, o mais importante ao tentarmos conceituá-lo é levar em consideração a visão técnica de sistema como ordem e unidade. Deve-se elaborar um código delimitando o objeto da codificação, a natureza jurídica desse objeto, os objetivos especiais e gerais, as vantagens, a metodologia e as diretrizes principiológicas.

A pergunta que nos parece restar é: *O Brasil necessita realmente de um código de Direito processual coletivo?*

Certo é que a codificação pode ser benéfica ao Direito processual coletivo; porém, no caso do Brasil que já possui um microssistema de tutela coletiva avançado, devemos ser cautelosos diante da codificação. Os riscos encontram-se no pouco debate acerca do tema, a falta de consolidação técnica e principiológica para estruturação do código, sob pena de incorrermos em retrocesso das conquistas já conseguidas no ordenamento.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro:* um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

INADEQUAÇÃO DE DEPÓSITO DE LIXO URBANO: DESCUMPRIMENTO DE DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO E IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO DE RENDA ADICIONAL PELO MUNICÍPIO

MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO
Mestre em Direito de Empresa pela Universidade de Itaúna

1. Acórdão

Número do processo: 1.0183.06.109679-2/003(1)-Numeração Única:-1096792-88.2006.8.13.0183
Relator: EDUARDO ANDRADE
Relator do Acórdão: EDUARDO ANDRADE
Data do Julgamento: 30/09/2008
Data da Publicação: 17/10/2008

EMENTA: AÇÃO CIIVL PÚBLICA – MUNICÍPIO – DEPÓSITO DE LIXO EM LOCAL INADEQUADO – DANO AMBIENTAL – OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER – CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE. Restando demonstrado que o Município vem utilizando-se de um local inadequado para fins de depósito de resíduos sólidos (lixo), diretamente no solo, sem qualquer estudo prévio, monitoramento, tratamento ou licenciamento, em contrariedade às normas que regem a espécie, causando danos e degradação ao meio ambiente, o Poder Judiciário pode determinar que a pessoa jurídica de direito público interno, no caso o Município, construa um aterro sanitário adequado, promova a recuperação da área degradada e promova medidas necessárias para dirimir os impactos ambientais na área atualmente utilizada para despejo de lixo até que o aterro sanitário seja construído.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0183.06.109679-2/003 – COMARCA DE CONSELHEIRO LAFAIETE – REMETENTE: JD 4 V CV COMARCA CONSELHEIRO LAFAIETE – APELANTE(S): MUNICÍPIO CONSELHEIRO LAFAIETE – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. EDUARDO ANDRADE

ACÓRDÃO
Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008.

2. Apresentação do caso

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor do Município de Conselheiro Lafaiete, contra quem o *Parquet* pedia a condenação em obrigações de fazer que, conforme reproduzidas no acórdão, consistiam em:

> a) implantação de sistema de drenagem pluvial em todo o terreno destinado ao depósito de lixo;
> b) compactação e recobrimento do lixo com terra ou entulho diariamente;
> c) isolamento da área com cerca, complementada com arbustos;
> d) impedir a presença, no local, de animais e pessoas para fins de captação de lixo;
> e) cadastro, junto à FEAM, de um responsável técnico pela implementação e supervisão das condições de operação do local;
> f) implantação de um aterro sanitário ou outro sistema de tratamento de resíduos, com o devido licenciamento ambiental, no prazo de seis meses, sob pena de multa diária de R$ 15.000,00;
> g) e recuperação integral dos ambientes degradados com o depósito de lixo.

O juízo singular acolheu os pedidos formulados na inicial e condenou o município a:

> a) implantar sistema de drenagem pluvial em todo o terreno, de modo a minimizar o ingresso das águas de chuva na massa de lixo aterrado, no prazo de trinta dias;
> b) promover a compactação e recobrimento do lixo com terra ou entulho diariamente, de modo que não haja afloramento de resíduos, no prazo de trinta dias;
> c) promover o isolamento da área com cerca, complementada com arbustos, de modo a dificultar o acesso ao local por pessoas e animais, no prazo de trinta dias;
> d) impedir a presença, no local, de animais e pessoas para fins de catação de lixo, imediatamente;
> e) cadastrar junto à FEAM um responsável técnico pela

> implementação e supervisão das condições de operação no local, no prazo de dez dias, sob pena de multa de R$10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento de algum desses itens; e
> f) recuperar integralmente os ambientes degradados das áreas onde anteriormente depositou lixo, com apresentação, no prazo de sessenta dias, dos respectivos projetos de recuperação das áreas degradadas à FEAM ou ao IEF, para aprovação, sob pena de multa diária de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O município apelou, suscitando preliminar de nulidade de citação e informando suas razões recursais de mérito que as partes firmaram acordo extrajudicial para por fim à demanda. Também informou que por conta de tal composição apresentou projeto de lei em que autorizava a transferência de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) ao Consórcio Intermunicipal de Tratamento de Resíduos Sólidos (ECOTRES), formado pelos Municípios de Congonhas, Conselheiro Lafaiete e Ouro Branco.

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, examinando o recurso apresentado, rejeitou a preliminar e, no mérito, deu parcial provimento para reduzir as multas diárias aplicadas para R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso na execução das obrigações de fazer.

É sobre essa decisão que passamos a tecer alguns comentários.

3. Comentários ao acórdão

Informava o r. Ministério Público mineiro na ação civil pública que o município réu não possuía local apropriado para depósito de resíduos sólidos da produzidos pela comunidade ali residente.

A nosso ver, a falta de tratamento de área conhecida como *lixão*, em pleno século XXI, pode ser classificada como uma excrescência. Mereceria, sem exagero, ser trabalhada na esfera de responsabilização penal do administrador municipal desidioso.

No entanto, não é sob esse prisma que comentaremos o acórdão transcrito, mas sim sob o prisma da má atuação do administrador público que, desidioso no dever de garantir a correta destinação dos resíduos sólidos produzidos, não só descumpre determinação legal como também fere direito fundamental de dimensão transindividual, chegando até a deixar de garantir receitas ao município. Vejamos.

De fato, em nosso estágio de modernidade já deveríamos ter superado essa fase de cobrar, em juízo, o que é direito fundamental do cidadão e da coletividade.

No caso em exame, foram identificadas diversas irregularidades na área em que o Município de Conselheiro Lafaiete acondicionava os resíduos sólidos produzidos na cidade, conforme atestado em vistoria realizada pela Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM) no dia 8 de novembro de 2002.

E sabidamente a falta de local adequado para a deposição de lixo acarreta diversos males: contaminação do solo e de lençóis freáticos por chorume, proliferação de doenças por meio de animais – urubus, ratos, baratas e outros –, poluição do ar pela emissão de gases, tais quais o metano e o gás carbônico, etc.

Das alegações formuladas pelo município em suas razões recursais, não nos interessam as que tratam da preliminar, matéria meramente processual que diz respeito à regularidade da citação do réu na ação civil pública.

Debruçar-nos-emos, sem a profundidade que o tema exige, sobre o exame de poucos dos aspectos das razões meritórias, a partir das quais analisamos se é exigível a obrigação de fazer pretendida pelo Ministério Público, por que, e o que perde o município com essa conduta desidiosa do seu administrador.

Quanto a saber se é exigível a obrigação de fazer pretendida pelo *Parquet*, nenhuma dúvida.

A própria Constituição Federal já trata de garantir, como direito fundamental, o ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> [...]
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

E ainda a mesma Constituição garante a proteção aos direitos individuais e coletivos, alçados à condição de nova *summa divisio* constitucional relativizada, conforme ensina Gregório Assagra de Almeida. Nessa esteira, a proteção ao meio ambiente, que interessa a toda a coletividade, encontra guarida no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, é valorosa a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, para quem:

> [...] as normas constitucionais que disciplinam a preservação, recuperação e melhoria do meio ambiente são normas informadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em sua interdependência com outros direitos e garantias a direitos fundamentais, como liberdade, propriedade e o princípio da proteção judiciária. Formam um todo indivisível no plano da validade jurídica.
> É importante, entretanto, considerar que no paradigma do Estado Democrático de Direito há uma multiplicidade de direitos fundamentais, que são indivisíveis no plano da validade jurídica, mas estão em constante tensão no plano da aplicação.

E a proteção ao meio ambiente é matéria atual e dever irrenunciável do Estado, conforme se extrai do voto do min. Celso de Melo na ADI-MC 3540/DF, *verbis*:

> Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.
> [...]
> Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (ADI-MC 3540/DF – Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 01/09/2005, Pleno, DJ 03/02/2006)

A observância da proteção ao meio ambiente interessa à coletividade e seu descumprimento afronta cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, como se extrai do acórdão proferido no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a saber:

> Deveras, não há dúvida de que o Poder Público Municipal foi omisso quanto à concretização dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde pública, o que extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, haja vista ser o aterro sanitário indispensável para a vida saudável de toda a coletividade.

> Há situações em que a ação estatal é exigível em decorrência do próprio texto constitucional, independentemente da existência de programas, objetivos ou metas fixados pela administração pública ou legislação infraconstitucional.
> Nesses casos, normalmente correlacionados à concretização de direitos fundamentais de segunda e terceira gerações (ou dimensões, no dizer de alguns doutrinadores), revela-se a necessidade da atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, esta entendida, no dizer de NAGIBE DE MELO JORGE NETO, como 'toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública, que tenha por fim efetivar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões'.
> Essa concretização de direitos fundamentais, no entanto, está condicionada pelo princípio da reserva do possível, traduzida no binômio razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas. (TRF 5ª R, - REO 2005.82.02.001168-0, 4ª T. – Rel. Des. Fed. Subs. Paulo Machado Cordeiro – DJE 11.02.2009)

Dessa forma, indubitavelmente concluímos que é acertada a decisão de exigir do município a conduta ativa pleiteada nas obrigações de fazer pretendidas. Mesmo porque, importante ressaltar, compete ao município o dever de proteção do meio ambiente, a teor do que dispõe o parágrafo único do artigo 22 do Código Florestal, a saber:

> Art. 22. A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.
> Parágrafo único. Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do art. 2º desta Lei, a fiscalização é da competência dos municípios, atuando a União supletivamente.

A fiscalização e autorização de tais empreendimentos ficam a cargo do órgão estadual competente, podendo o IBAMA atuar supletivamente, conforme se extrai da Lei nº 6.938/81:

> Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.
> § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva

> concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.
> § 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação da IBAMA.
> § 3º O órgão estadual do meio ambiente e IBAMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.
> § 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

No entanto, não é só sob o prisma do descumprimento de obrigação legal e da negativa de vigência de direito fundamental que se pode analisar a conduta do administrador público tal qual tratada no acórdão, que falha na obrigação de dar boa destinação ao lixo produzido.

Ora, ao cumprir sua obrigação de conferir boa destinação aos resíduos sólidos produzidos em seu município, o diligente administrador público, ao mesmo tempo em que cumpre exigência da legislação ambiental e garante direito fundamental, é brindado com a possibilidade de administrar o que a iniciativa privada já trata como ativo e o cobiça. Isso porque o tratamento do lixo é, nas complexas relações econômicas modernas, capaz de ser revertido em renda para os municípios que corretamente o exploram.

São inúmeros os exemplos nesse sentido, pois atualmente diversos municípios brasileiros já veem o tratamento de lixo como ativo e deles auferem renda. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar casos como o do aterro sanitário do Município de Duque de Caxias – RJ, que produz renda com a comercialização de gás metano resultante dos processos de decomposição de lixos ali depositados. Também vemos, exultantes, outros exemplos como o do Município de São Paulo – SP, que recebe milhões de reais pela venda de créditos de carbono resultantes do controle de gases que deixam de ser lançados na atmosfera.

São exemplos de que o tratamento de resíduos sólidos de lixo não só se justifica pela proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como pode, para além, laborar como mecanismo de incremento da verba destinada aos municípios, de cuja escassez seus administradores diuturnamente reclamam.

As políticas públicas acima descritas resultam de simples análise, do ponto de vista econômico, dos benefícios resultantes do mero cumprimento da obrigação constitucional e legal de proteção ao meio ambiente. É o que propõe o *Direito e Economia*, que, para Postner (1975, p. 42), compreende "[...] a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico", e que, para Nicholas Mercuro e Steven Medema, (1999, p. 3), trata-se da "[...] aplicação da teoria econômica para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais".

É sabido que a possibilidade de percepção de renda pelo bom tratamento de lixo decorre, principalmente, de duas fontes: a venda da bioenergia produzida pela decomposição dos resíduos sólidos e a comercialização de créditos de carbono, que nada mais são que os direitos advindos da poluição que o município deixou de produzir.

A venda da bioenergia é simples e possibilitada pela aplicação de tecnologias de manuseio e tratamento do lixo. A comercialização de créditos de carbono, por seu turno, dá-se, muitas das vezes, mediante negociação em bolsa, pela celebração de contrato de venda-e-compra entre o município e o licitante vencedor de leilão desses créditos.

Não resta dúvida que o contrato o qual contempla a possibilidade de comercialização de crédito de carbono é fruto de releitura a partir dos novos paradigmas estabelecidos no Estado Democrático de Direito. O *pós-positivismo* fundamenta a análise dessas ideias sob um prisma normativo-constitucional, e a Constituição embasa tal possibilidade ao admitir, no parágrafo 2º do artigo 5º, que "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

E o Brasil, signatário do Protocolo de Quioto, desde a publicação do Decreto nº 5.445/2005, traz para seu ordenamento jurídico expressamente essa possibilidade, *verbis*:

> 10. Qualquer unidade de redução de emissões, ou qualquer parte de uma quantidade atribuída, que uma Parte adquira de outra Parte em conformidade com as disposições do Artigo 6 ou do Artigo 17 deve ser acrescentada à quantidade atribuída à Parte adquirente.
> 11. Qualquer unidade de redução de emissões, ou qualquer parte de uma quantidade atribuída, que uma Parte transfira para outra Parte em conformidade com as disposições do Artigo 6 ou do Artigo 17 deve ser subtraída da quantidade

> atribuída à Parte transferidora.
> 12. Qualquer redução certificada de emissões que uma Parte adquira de outra Parte em conformidade com as disposições do Artigo 12 deve ser acrescentada à quantidade atribuída à Parte adquirente.

Isso posto, ao deixar de cumprir o encargo que lhe cabe, o administrador municipal não só afronta direito fundamental de caráter coletivo como descumpre a legislação ambiental e deixa de levar divisas ao município.

Dadas as breves considerações lançadas, vemos que a conduta do administrador público tratada na ação em exame causa prejuízos não só ao meio ambiente e à coletividade – notadamente mais graves e relevantes – como também pode ser vista como ineficiente e ineficaz do ponto de vista da análise econômica da administração municipal.

4. Conclusão

Vimos, superficialmente, um acórdão que trata da má atuação da administração pública municipal que, desidiosa no dever de garantir a correta destinação dos resíduos sólidos produzidos, descumpre determinação legal, fere direito fundamental de dimensão transindividual em conduta que, ademais, deixa de garantir receitas ao município.

Vimos que, desde a adesão da República Federativa do Brasil ao Protocolo de Quioto, abriu-se a possibilidade da comercialização de créditos de carbono não emitidos, o que já vem sendo explorado não só pela iniciativa privada mas também pelo poder público.

Entendemos que a conduta desidiosa do administrador público que não dá boa destinação aos resíduos sólidos – obrigação que lhe cabe a teor da legislação ambiental, como dispõe entre outros o artigo 22 do Código Florestal –, além de acarretar prejuízos ao meio ambiente e à coletividade, importa em prejuízo econômico ao município.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: Superação da 'Summa Divisio': Direito Público e Direito Privado: por uma nova 'Summa Divisio' Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARACHO Jr., José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 set. 1965.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1981.

_____. Decreto 5.445, de 12 de maio de 2005. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 maio 2005.

PETROBRÁS. *Lixo transformado em energia*. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/minisite/ambiental/noticias/lixo-transformado-em-energia/default.asp>. Acesso em: 1 mar. 2010.

POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975

_____. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law* : From Posner to Post-Modernism, Princeton: Princeton University Press, 1999.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Créditos de carbono da Prefeitura são arrematados em leilão por R$ 34,05 milhões*. Disponível em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/noticias/index.php?p=18835>. Acesso em: 1 mar. 2010.

STRUCHEL, Andréa; SERVILHA, Élson Roney. O direito, as leis e a gestão das florestas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 17-40, abr./jun. 2007.

8

Artigo • 379
Comentário à Jurisprudência • 398
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Público Constitucional

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INCONSTITUCIONALIDADE

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Propõe-se um estudo sobre a constitucionalidade da lei que dá legitimidade para a Defensoria Pública propor ação civil pública. Analisa sua compatibilidade à luz dos preceitos constitucionais que organizaram a instituição, concluindo pela inconstitucionalidade da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade; representação judicial; proibição de retrocesso social.

RESUMEN: Se propone un estudio sobre la constitucionalidad de la Ley que da legitimidad a el Defensor del Pueblo proponer acción civil pública. Analiza su compatibilidad a luz de los preceptos constitucionales que organizan la Institución, concluyendo por la inconstitucionalidad de la Ley.

PALABRAS-LLHAVES: Constitucionalidad; representación judicial; prohibición de retroceso social.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O aspecto histórico. 3. Lei federal que confere legitimação *ad causam* ativa à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. Distinção entre substituição processual e representação processual como premissa inafastável a ser observada pela norma infraconstitucional. Dogma constitucional que se impõe. Princípio da supremacia da Constituição. 4. Lei federal. Ensejo ao afastamento das diretrizes constitucionalmente previstas à Defensoria Pública. Direito fundamental à garantia constitucional de proteção e defesa dos necessitados colocada em segundo plano. Proibição do retrocesso social. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em 15 de janeiro de 2007, veio a lume a Lei federal nº 11.448, a qual, modificando o inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), conferiu legitimidade ativa concorrente à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, objetivando a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conquanto se mostre, em princípio, uma razoável política pública de defesa jurídica dos necessitados – aqueles com insuficiência de recursos – tem o presente estudo por escopo demonstrar a incompatibilidade da referida Lei com a Constituição da República, notadamente quanto à argumentação segundo a qual a Defensoria Pública está incumbida, por expressa cláusula constitucional, de *representar judicialmente* os necessitados e não de atuar como substituta processual nas hipóteses de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*.

Antes, porém, insta evidenciar o pensamento segundo o qual os argumentos de política não podem sobrepor-se aos argumentos de princípio, como fundamento de uma decisão estatal, notadamente a decisão judicial. Isso porque, como anota Dworkin (2005, p. 31):

> Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.

Daí eventuais políticas públicas que objetivem a melhoria do bem-estar social sob alguma perspectiva determinada não poderão estabelecer mitigação ou *malferimento* a nenhum direito fundamental, na medida em que este se traduz em elemento de uma convicção política mais ampla absorvida e exposta no documento constitucional pela sociedade. Portanto, a vontade das ocasionais maiorias congressuais não poderá sobrepor-se àqueles padrões éticos estabelecidos em textos constitucionais como fundamento do sentimento social.

Nesse sentido, afirma Dworkin (2005, p. IX):

> Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.

Portanto, na medida em que os juízes são vinculados, quanto à fundamentação de suas decisões, à utilização de argumentos de princípio político, devem sobrepor os direitos fundamentais insculpidos nos textos constitucionais às políticas públicas que, conquanto melhore a vida social como um todo, malferem direitos que se traduzem no fundamento da existência dos membros da sociedade.

Assim: “Mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata.” (DWORKIN, 2005, p. X).

Dessa forma, as decisões políticas realizadas pelo departamento judicial do Estado deverão ter como fundamento os princípios e não as políticas públicas, à medida que estas violem aqueles, conquanto aumentem o bem-estar social.

> O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumento de procedimento político. (DWORKIN, 2005, p. 6).

Entretanto, como ainda observa Dworkin, faz-se mister que, na concretização dessa concepção ampla de justiça, imponha-se a *coerência*.

Com efeito, o modelo construtivista adotado pelo jurista não ignora a existência de incoerências aparentes registradas em decisões judiciais. No entanto, exige que as decisões tomadas em nome da Justiça nunca extrapolem a capacidade de um tribunal explicá-las no contexto de uma teoria da justiça mais ampla. Na realidade, "[...] exige que atuemos com base em princípios, e não por fé" (DWORKIN, 2002, p. 252). Em outras palavras, esclarece Dworkin (2002, p. 253):

> O modelo construtivo insiste na coerência com convicção como uma exigência independente, que não decorre do pressuposto de que essas convicções sejam relatos verdadeiros, mas do pressuposto diferente de que é injusto que os funcionários públicos atuem se não for com base numa teoria pública geral que os obrigue à coerência, que lhes forneça um padrão público para testar, discutir ou prever o que fazem, sem permitir que apelem a intuições singulares que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal. Assim, o modelo construtivo requer coerência por razões independentes de moralidade política.

Dessarte, a sustentação da teoria – ou de uma teoria mais ampla de justiça – impõe seja reconhecida também como uma teoria coerente, no sentido de que se evite a utilização de fé (irracionalidade) e se acolha a decisão por princípios (racionalidade), os quais devem refletir os padrões éticos da sociedade.

2. O aspecto histórico

Ab initio, mister ressaltar, por imprescindível, a importância histórica da instituição da Defensoria Pública no constitucionalismo nacional e sua origem nos ordenamentos internacionais.

O acesso facilitado à Justiça, como é sabido, tem sua origem na Antigüidade. O Código de *Hamurabi*, *v.g.*, garantia a defesa dos mais fracos perante a opressão dos mais fortes (CARNEIRO, 1999, p. 4).

De efeito, essa preocupação com a proteção e a defesa jurídica dos necessitados deu origem, na modernidade, a dois sistemas referentes àquela assistência, que, embora não se excluam, são marcantemente distintos.

Nesse sentido, asseveram Cappelletti e Garth (1988, p. 35):

> A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado *sistema judicare*. Trata-se de um

> sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares*, *então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe. (Grifo dos autores)

A outro giro, em outros países, como no Brasil, a assistência judiciária para a defesa dos direitos dos necessitados é patrocinada por advogados remunerados pelos cofres públicos (CAPPELLETTI; GARTH, p. 39 e ss).

Em razão das vantagens e desvantagens que cada sistema engendra, determinados países optaram pelo sistema misto, combinando as características próprias de cada um em prol de sua comunidade carente (CAPPELLETTI; GARTH, p. 43 *et seq*.).

No Brasil, o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos prevalece, alcançando a respectiva instituição *status* constitucional, a partir de 1988, com o advento da Constituição da República, que expressamente prevê, em seu artigo 134, os delineamentos da instituição, abordada como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, do mesmo Texto Constitucional.

Malgrado os problemas existentes com esse sistema (CAPPELLETTI; GARTH, p. 41 e ss), importa pôr a lume que a Defensoria Pública, no Brasil, constitui importante meio de acesso à Justiça, entendida esta tanto como um julgamento justo quanto como no sentido de facilidades de se dirigir ao Poder Judiciário.

Por derradeiro, impende frisar que a Defensoria Pública representa importante instrumento de cidadania, com o desiderato primeiro de pôr fim à opressão e à desigualdade sociais brasileiras, em defesa dos necessitados, ou seja, de todos os cidadãos comprovadamente hipossuficientes, comprovada a insuficiência de recursos econômicos próprios.

Vem a calhar, não obstante, a profunda advertência encetada por José Afonso da Silva (1994, p. 200-1), no sentido de que:

> A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art.134). Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: *Cura pauperibus clausa est*. Ou as Defensorias Públicas

> federais e estaduais serão mais uma instituição falha? *Cabe aos Defensores Públicos abrir os Tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também, se não cumprida convenientemente, será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram*. (Grifo nosso).

3. Lei federal que confere legitimação *ad causam* ativa à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. Distinção entre substituição processual e representação processual como premissa inafastável a ser observada pela norma infraconstitucional. Dogma constitucional que se impõe. Princípio da supremacia da Constituição.

Como é cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil, norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a disposição de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício e limites de sua atuação, além de assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar seus fins socioeconômicos bem como os fundamentos da ordem econômica, social e cultural.

Nessa linha de raciocínio, as instituições, consubstanciadoras do Estado brasileiro, possuem suas diretrizes plasmadas no Texto Constitucional, cuja observância, por óbvio, não pode ser deslembrada pelo legislador infraconstitucional em razão do princípio da *supremacia* da Constituição.

De efeito (CANOTILHO, 2002, p. 245-6):

> O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – *supremacia da constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o "*primado do direito*" do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. (Grifos do autor).

Fixada, portanto, a premissa segundo a qual os princípios institucionais/organizativos (princípios constitucionais estabelecidos) insertos na Constituição, como de resto, todo seu corpo, devem ser observados pelas leis de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fim institucionais a *representação judicial* dos necessitados e não, como previsto na Lei federal sob comento, a *substituição processual*; institutos que, como veremos na seqüência, divergem tanto na sua estrutura, quanto nos seus efeitos.

Cabe não deslembrar, ainda, que, por toda relevância e gravidade da função que foi atribuída à Defensoria Pública, faz-se necessária a fiel observância dos ditames e limites constitucionais que a regem, a fim de se evitar o seu desvirtuamento funcional, o que representaria imensurável prejuízo para seus destinatários – a população necessitada.

Com efeito, impende reconhecer, com as clássicas lições de Chiovenda (2000, p. 327), segundo as quais a *representação judicial* ocorre dentro das seguintes circunstâncias:

> Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar diretamente os atos ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial [...] Daí, outro dos pressupostos processuais é a capacidade de requerer em juízo (*ius postulandi*).

Ensinando sobre a natureza da relação entre a parte processual e seu defensor, Carnelutti (2000, p. 237-8) aponta, também em escólios clássicos: "O defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de poder (procuração); esse nome se refere em particular ao patrocínio ativo, e provém certamente da opinião de que o defensor ativo é um *representante*". (Grifo nosso)

Divisa-se, assim, que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de interesse ou direito alheio.

Desse entendimento não se afasta a doutrina moderna, notadamente a pátria que, à luz dos ensinamentos de um dos maiores doutrinadores contemporâneos, prescreve quanto à representação processual (NERY JUNIOR; NERY, 1997, p. 278-9): "[...] é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não é parte no processo".

Sob outra perspectiva radica a *substituição processual*, que, ainda em ensinamentos clássicos, pode ser conceituada da seguinte forma (CARNELUTTI, p. 222): "Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio."

E ainda, nas precisas palavras de Calamandrei, a substituição processual deve ser descrita em contraposição à representação processual, pois assim se revelará, com maior facilidade, a distinção entre ambas (CALAMANDREI, 1999, p. 295).

Com efeito (CALAMANDREI, p. 295):

> Estudada por Chiovenda quando ainda o antigo – Art. 81 – código não a disciplinava expressamente, a substituição processual

> (também esta denominação é de origem chiovendiano), está agora admitida indiretamente pelo art. 81 do C. p. c., segundo o qual 'fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio'. Este artigo, como proíbe normalmente a substituição, assim também a permite excepcionalmente nos só casos 'expressamente previstos pela lei': é, então, um instituto excepcional, cuja característica, colocada de manifesto nesta fórmula legislativa, está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido ('direito *alheio*'), que seria o *substituído* e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo 'em nome *próprio*', que seria o *substituto*.

E, com precisão cirúrgica, assevera ainda o ilustre doutrinador italiano (CALAMANDREI, p. 295):

> Basta ter presente esta contraposição para – Representação e substituição – captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio* (é dizer, um direito do representado a nome do representado), o substituo faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos sob exame reside na coincidência ou não das pessoas do titular do direito material e do titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*; em não havendo, *substituição*.

Destarte, impõe-se considerar, quanto à questão constitucional que se quer expor neste estudo, as seguintes proposições: a) se os legitimados à propositura da ação civil pública estão na qualidade de substitutos processuais ou meros representantes processuais; b) se a Defensoria Pública pode litigar na qualidade de substituta processual.

No que concerne à primeira, forçoso reconhecer que os referidos legitimados (art. 5º, Lei federal n.º 7.347/85) litigam, em sua maioria, na qualidade de substitutos processuais (legitimação extraordinária) e não de representantes processuais.

Isso porquanto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 244), após descortinar as correntes doutrinárias sobre o assunto, informa que tem-se entendido, majoritariamente, que os legitimados à Ação Civil Pública agem em substituição processual, referindo-se especificamente a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (2000) sobre o tema, cuja ementa se transcreve:

> CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.
> Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4.°, da Lei 8.429/92).

Impõe-se, pois, a premissa segundo a qual alguns legitimados para a propositura da ação civil pública se colocam no processo como substitutos processuais.

Tal assertiva se mostra verdadeira quanto à legitimação conferida pela Lei Federal n.º 11.448/2007 à Defensoria Pública.

Entretanto, põe-se a questão: pode, à luz das diretrizes constitucionais de regência, a Defensoria atuar na qualidade de substituta processual?

Realizando-se uma interpretação exclusivamente literal do artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 (alterada pela Lei n.º 11.448/2007), poder-se-ia entender pela plenitude de legitimação da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública, tendo em vista que a referida lei, em si, não traz nenhum limite ou condicionante para essa propositura.

Não obstante, a resposta negativa se impõe à questão. Isso porque é necessário asseverar que os delineamentos constitucionais quanto à Defensoria Pública a impedem de litigar na qualidade de legitimada extraordinariamente, residindo suas atribuições na *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados.

Daí se infere a inconstitucionalidade da Lei federal n.º 11.448/2007, tendo em vista que confere a qualidade de substituta processual à instituição que, por determinação constitucional, somente poderá figurar em processos judiciais como representante processual da parte necessitada, comprovada a insuficiência de recursos.

É o que vem decidindo nossa Suprema Corte, segundo a qual as atribuições da Defensoria Pública confinam-se nos estreitos limites da *representação judicial*.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 558-8/RJ, já sedimentou o pensamento segundo o qual a Defensoria Pública atua, no processo, como *representante processual* dos necessitados. É o que se extrai do voto do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence (STF, 1991):

> 27. Essa suposição [...] parte, *data venia* da confusão indevida entre a *legitimação ativa do Ministério Público para a promoção, em nome próprio e incondicionada, da ação civil pública* (CF, art. 129, III), a função de assistência judiciária, *confiada à Defensoria Pública para a representação em juízo* de outras pessoas físicas ou jurídicas concorrentemente legitimadas pela lei federal à defesa de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, § 1º). (Grifos nossos).

Na linha do raciocínio exposto, impossível se mostra figurar a Defensoria Pública na qualidade de *substituto processual*, uma vez que, à luz dos direcionamentos institucionais e da jurisprudência da nossa Corte Suprema, cabe àquela Instituição tão-somente a *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Tal pensamento se justifica exatamente pelos termos constitucionais utilizados para a Defensoria Pública e, de outro lado, para o Ministério Público. Neste, vislumbra-se a afetação, dentre outras atribuições, da defesa dos interesses ou direitos meta e transindividuais (art. 129, CF/88) (ALMEIDA, 2004). Quanto àquela, o confinamento na representação judicial dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV, CF/88).

Na hipótese corrente, forçoso asseverar que somente a Constituição – no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro e na sua preponderância no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) – poderia conferir, em tese, atribuições à Defensoria Pública cujo caráter processual redundaria na *substituição processual* (legitimação extraordinária), no que toca à defesa de direitos ou interesses meta e/ou transindividuais.

À lei infraconstitucional não concedeu a Constituição espaço – como o fez para o Ministério Público (art. 129, IX, CF/88) – para conferir outras atribuições à Defensoria Pública, senão a representação judicial (processual) dos comprovadamente necessitados.

Frise-se, ademais, que ao Ministério Público está vedada a *representação processual* (CF/88, art. 129, IX, *fine*), o que demonstra, às escâncaras, a intenção constituinte no moldar tal arquitetura constitucional.

Sob este aspecto, portanto, a Lei federal n.º 11.448/2007 padece do vício incontornável de inconstitucionalidade, pois confere qualidade processual (*substituto processual*) à Defensoria Pública ao arrepio das diretrizes constitucionais de regência.

4. Lei federal. Ensejo ao afastamento das diretrizes constitucionalmente previstas à Defensoria Pública. Direito fundamental à garantia constitucional de proteção e defesa dos necessitados colocada em segundo plano. Proibição do retrocesso social.

Não só sob este prisma a atitude perpetrada pelo legislador federal vai de encontro à arquitetura da Constituição. De efeito, impende frisar algumas premissas que, sem

as quais, impossível demonstrar uma nova perspectiva da inconstitucionalidade da referida lei.

No sistema liberal-burguês, inaugurado oficialmente pela Revolução Francesa de 1789, como é cediço, o aspecto processual da garantia dos direitos se restringia ao titular do direito subjetivo material, é dizer, somente o titular do direito subjetivo violado teria legitimação para a causa, quando de sua propositura perante o órgão competente (legitimação ordinária).

Com efeito, essa onda ideológica, como não poderia deixar de ser, afetou o Direito pátrio, notadamente o Direito Processual, que ainda está demasiadamente contaminado pelos postulados liberais, criados por ocasião daquela Revolução de fins do século XVIII.

Naquela época, primou-se por dar ênfase ao indivíduo enquanto indivíduo, na onda da corrente liberal-burguesa onde se pregava a absoluta liberdade de iniciativa do cidadão.

> Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A '*atomização*' da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estádio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos caos que nos apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí [...] Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais 'autónomos' nas suas práticas e nas suas representações ideológicas. (MIAILLE, 1994, p. 117).

Por conseqüência, sob o aspecto processual, tão-só o titular do interesse conflituoso – de outro lado o titular do dever – poderia propor a demanda – e ser demandado – cabível no caso concreto para a salvaguarda dos seus interesses ali em conflituosidade.

Tal ideologia chegou ao nosso ordenamento jurídico, hodiernamente, pelo artigo 6º do Estatuto Processual Civil, o qual estabelece a legitimação *ordinária* para a propositura de demandas.

Não obstante a recepção do dispositivo legal mencionado pelo Texto Constitucional, impende frisar que a Constituição da República, a par de autorizar o litígio intersubjetivo, conferiu poderes a determinadas instituições, públicas ou privadas, para a proteção e defesa, em nome próprio, de interesses que escapam ao atomismo liberal-burguês.

Assim, o legislador infraconstitucional, antes mesmo do advento do atual Texto Constitucional, inseriu no ordenamento jurídico instrumento de caráter jurídico-processual para a salvaguarda de interesses grupais, materializada na Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Importa ressaltar que tal instrumento jurídico ganhou magnitude constitucional, a partir de 1988 (CF/88, art. 129, II e § 1º).

Com efeito, na dicção de autorizada doutrina, a ação civil pública vem a ser "[...] o direito expresso em lei de fazer autuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional". (MILARÉ, 1990, p. 6).

Divisa-se, de pronto, que, pela ação civil pública, defendem-se interesses e direitos que não radicam tão-somente na esfera jurídica do indivíduo atomizado. Antes, protegem-se através desse instrumento jurídico-processual interesses meta-individuais e transindividuais (ALMEIDA, 2004). Quanto a estes, tal se deu em razão da redação conferida à Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei federal n.º 8.078/90), que inseriu naquela os *interesses ou direitos individuais homogêneos* (transindividuais).

Percebe-se daí que, por meio da ação civil pública, estão conferidas aos respectivos legitimados a proteção e a defesa dos interesses e direitos meta-individuais (difusos e coletivos) e transindividuais (individuais homogêneos), os quais ganharam contornos conceituais no Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Vislumbra-se que, quanto aos interesses ou direitos difusos, prepondera para sua caracterização a indeterminabilidade do titular do direito ou interesse violado e a indivisibilidade de seu objeto; em relação aos coletivos *stricto sensu*, avulta o interesse do grupo ou categoria, assim como, da mesma forma que os difusos, a indivisibilidade de seu objeto.

Por último, impende ressaltar que o tipo contido nos interesses *individuais homogêneos*, em verdade, não se configura em nova forma de interesse coletivo sob o aspecto material, senão de nova forma *processual* de se defender interesses individuais disponíveis, cujos titulares são perfeitamente determinados. Pode-se afirmar, destarte, que, na defesa dos interesses individuais homogêneos, o que há é uma demanda *coletiva* (e não intersubjetiva plúrima – litisconsórcio) para defesa de direitos individuais.

> Os interesses e direitos individuais homogêneos são os que tenham tido origem comum. São direitos que, embora refiram-se a pessoas consideradas individualmente, são tratados coletivamente por terem a mesma causa, e envolveram mais de uma pessoa. (GONÇALVES, 1993, p. 57).

Nada impede, antes fomenta, que a defesa em juízo se dê de *forma* coletiva, sendo, todavia, os direitos, ali defendidos, ainda de caráter materialmente individual.

É o que afirma o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p. 120-1):

> O processo civil, sob essa óptica, aparece como um instrumento a serviço dos direitos subjetivos, conquanto estes possam ser exercidos individualmente (ações individuais) ou coletivamente (ações coletivas, *stricto sensu*); neste último caso, o conteúdo e a finalidade da ação continuam a ser privados (é o interesse dos indivíduos reunidos em grupo que está em jogo); apenas o exercício, a forma, é que é coletiva.

Firmado o entendimento segundo o qual, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública se tornou instrumento de proteção e defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, além dos já previstos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, devemos questionar como serão, a partir da vigência da lei sob estudo, protegidos os direitos individuais dos necessitados que se traduzem em direito fundamental? (CF/88, art. 5º, LXXIV).

De início, poderemos afirmar caber ao Ministério Público essa defesa, assim como, concorrentemente, aos demais legitimados, na redação original da Lei n.º 7.347/85.

Não obstante, no que toca à Defensoria Pública, impõe-se uma ressalva.

De efeito, à luz da realidade institucional da Defensoria Pública em todo o país, é notório que a ampliação de suas atribuições operada pela Lei sob comento tem o condão de, obliquamente, mitigar a concretização de direito fundamental estampado no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, em flagrante violação ao princípio da *proibição do retrocesso*.

Isso porquanto, consoante nos ensina Canotilho (2002, p. 336):

> O princípio da democracia económica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática [...] No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discricionariedade legislativa* quanto ao 'se' da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização. (Grifos do autor).

E acrescenta (CANOTILHO, 2002, p. 336-7):

> O princípio da democracia, económica e social aponta para a *proibição de retrocesso social*. [...]

> Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [...] O reconhecimento desta proteção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. [...] (Grifo do autor).

Destarte, impõe-se reconhecer que a atuação legislativa conformadora deve se restringir à maior concretização dos direitos sociais *lato sensu* e não operar um retrocesso social em relação à legislação infraconstitucional em vigor.

Nessa linha de raciocínio, podemos afirmar que a Lei n.º 11.448/2007 se traduz em claro retrocesso social, no sentido que demonstraremos a seguir.

Mostra-se patente, a nosso aviso, que, por expressa determinação constitucional, a Defensoria Pública tem por objetivo *representar* em juízo os necessitados, aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, ensejando essa proteção um direito fundamental (CF, art. 134 c/c art. 5º, LXXIV).

Assim, ao conferir atribuições à instituição para demandar em defesa de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, a lei sob exame realiza um retrocesso social, na medida em que a Defensoria Pública deixará, em parte, de prover, na realidade material, tal proteção.

Ninguém desconhece a realidade pela qual passam as Defensorias Públicas em todo o país, quanto à carência de membros, de materiais para trabalho, além da exígua remuneração. Realidade essa que não fugiu da apreciação da nossa Suprema Corte (1997).

Nessa perspectiva, portanto, divisa-se incontestável que os destinatários da proteção e defesa jurídicas ofertadas pela instituição perderão, em qualidade e quantidade, em relação aos serviços prestados, uma vez que não há condições materiais – frise-se: nem jurídicas – de a Defensoria Pública absorver mais essa atribuição, além das suas constitucionais.

Daí afirmar Canotilho (2002, p. 337), de forma escorreita, que:

> O princípio da *proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios,

> se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Nessa medida, observada a diminuição da eficiência da instituição na proteção e defesa dos necessitados através da representação judicial, impende reconhecer que, no particular, a Lei n.º 11.448/2007 enseja um retrocesso social, na medida em que diminui o nível de concretização já alcançado legislativamente do direito fundamental referente à proteção e defesa dos necessitados, por sinal, cláusula constitucional pétrea. (CF/88, art. 60, § 4º, IV).

De efeito, quaisquer outras atitudes interpretativas que possam ser conferidas à Lei n.º 11.448/2007 ensejarão sua inconstitucionalidade, tendo em vista que poderão direcionar a Defensoria Pública para a defesa de direitos cujos titulares não são constitucionalmente qualificados de *necessitados*.

Destarte, a possibilidade de atuação da Defensoria Pública pressupõe, por força normativa da Constituição da República de 1988, a existência de dois requisitos básicos: a) possibilidade de representação processual; b) ser direcionada aos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos.

Ademais, em oportunidade recente, nossa Suprema Corte consagrou esse entendimento. É o que se infere da ementa produzida na ADI n.º 3.022-1/RS, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (STF, 2005):

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZAO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134) , o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.
>
> 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "*bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais*", contida na alínea a do Anexo II da Lei

> Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.
>
> 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.
>
> 4. Ação julgada parcialmente procedente. (Grifo nosso)

Impende, por oportuna, a transcrição do voto do eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, o qual, além de convergir com as teses aqui expostas, coloca *uma pá de cal no assunto*, *verbis* (STF, 2005):

> Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5°, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estendendo seu raciocínio, o Ministro Relator expõe, com agudeza, o problema colocado (STF, 2005):

> Talvez a questão se resolvesse sob o prisma da regra de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, de regras da Constituição Federal. Por esse enfoque, o texto da Constituição estadual foge, por excesso, ao padrão definido na Constituição Federal de 1988.
>
> A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele – o Constituinte estadual – extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988.
> É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.
>
> A defesa de servidores pela Defensoria Pública gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constituição de 1988. Por via transversa, a não-reprodução exata do sistema institucional previsto na Carta Magna importa

> o risco objetivo de não-concretização adequada (conforme os parâmetros da CF/1988) do direito fundamental à assistência jurídica.

Como é possível perceber do aresto proferido pela nossa Suprema Corte, a lei *sub examen* malfere o Texto Constitucional, na medida em que extrapola os condicionamentos estruturais da Defensoria Pública ofertados pela Constituição, a qual restringe as atribuições daquela instituição à representação processual dos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos, assim como se traduz em um retrocesso social, proibido constitucionalmente.

Nunca é demais lembrar as palavras de Luís Roberto Barroso (1998, p. 54), segundo as quais:

> A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.

Conferir legitimidade constitucional à lei em estudo representa ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, representa séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não podemos olvidar, portanto, a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) esta se sujeitar ao poder dos fatos ou a eventuais políticas públicas engendradas por ocasionais maiorias congressuais. Nem mesmo um eventual estado de necessidade suprapositivo, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. Aliás, como imporíamos limites a esse estado de necessidade? Impossível renunciar a vontade da Constituição. A preservação e o fortalecimento do poder normativo constitucional são uma medida fundamental que se impõe ao intérprete. Essas as lições de Konrad Hesse (1991, p. 32):

> As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos. (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta

apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

5. Conclusão

Em compêndio, mostra-se imperioso asseverar que a Lei n.º 11.448/2007 não é adequada constitucionalmente, tendo em vista que subverte a estrutura organizacional conferida à Defensoria, Pública plasmada na Constituição de outubro e malfere a proibição do retrocesso social.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Renato Franco de. A competência nas ações coletivas do CDC. *Revista CEJ*: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 25, p. 97-103, jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n.º 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 558-8/RJ. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 16 ago 91. DJ 26.03.93.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 70.514/RS. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 23 mar 1994. DJ 27.06.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 208.790/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Pleno. DJ 15.12.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.022-1/RS. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 02 ago 2004. DJ 04.03.2005.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso á justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. 5. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. O ministério público e a defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 57-74, jul./set. 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e Legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIAILLE, Michel, *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*: legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1994.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429 DE 1992 EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS

ALINE MARIA PEREIRA
Bacharelanda em Direito - UNIFOR / MG

1. Introdução

O Brasil sempre teve sua história marcada pela corrupção. Exemplo disso são os esquemas de apadrinhamento, compra de votos, superfaturamento em obras públicas e evasão de divisas. Diante desse contexto, tem sido cada vez maior a preocupação do sistema jurídico brasileiro em criar mecanismos de controle das atividades exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e seus agentes.

Com esse objetivo, a Constituição da República de 1988, promulgada logo após um período ditatorial, implementa vários instrumentos de combate à corrupção. Dentre esses, pode-se destacar a previsão constitucional contida no artigo 37, que instituiu princípios aos quais estão vinculados os agentes responsáveis pelo exercício de qualquer atividade pública.

Entre eles, o princípio da moralidade merece especial atenção, pois visa exigir uma postura cada vez mais honesta e proba nas atividades do Estado, obtendo o combate à corrupção em quaisquer de suas formas.

Com o fim de garantir que a moralidade seja respeitada, a Lei Fundamental instituiu sanções aos seus violadores, conforme disposição do artigo 37, § 4º, e, ainda, a necessidade de uma lei posterior regulamentar o tema.

E foi com esse objetivo que foi publicada, em 2 de junho de 1992, a Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), descrevendo sanções para atos violadores da probidade e que tenham por causa o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentem contra os princípios da administração pública. Contudo, há mais de 17 anos em vigência, a referida lei ainda suscita muitas divergências. Uma delas diz respeito a sua aplicabilidade em face dos agentes políticos.

Alvo inclusive de análise no Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não é pacífica, suportando entendimentos diversos tanto no âmbito dos tribunais brasileiros como pelos doutrinadores, o que revela a importância e a atualidade do tema.

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar se houve um consenso em relação à aplicação da Lei da Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

2. Agente político como alvo das sanções previstas na Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92, em seu artigo 1º, descreve que os atos de improbidade administrativa podem ser praticados por *qualquer agente público, servidor ou não,* demonstrando a existência de dois tipos de sujeitos ativos: os agentes públicos e os terceiros.

Quanto aos agentes públicos, o artigo 2º do diploma legal em estudo [1] descreve:

> Reputa-se agente público, *para os efeitos desta lei*, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (grifo nosso)

Desse conceito se extrai que a expressão *agentes públicos* é gênero, do qual figuram como espécie, entre outros, os agentes políticos. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello melhor explica:

> Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

Assim, em uma análise rápida do tema, chegar-se-ia à conclusão que aos agentes políticos aplicam-se as sanções inerentes à Lei da Improbidade Administrativa, contudo a comunidade jurídica brasileira tem dissentido em tal aplicação.

Os primeiros vestígios da controvérsia surgiram na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, proposta no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Membros

[1] BRASIL. Lei n. 8.492, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 21 set. 2009.

do Ministério Público, cujo mérito visava analisar a extensão da competência por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal na Ação de Improbidade Administrativa, em virtude da introdução do § 2º no artigo 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/2002.

A referida disposição introduzida no artigo 84 do Código de Processo Penal inovava ao criar o foro por prerrogativa de função aos agentes julgados pela ação de improbidade administrativa, surgindo, pois, o questionamento sobre aplicar o novo preceito.

Em votação, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, argumentou pela inconstitucionalidade da nova disposição, uma vez que a competência para julgar em virtude da prerrogativa de função decorre das hipóteses previstas na Constituição da República, não cabendo ao legislador ordinário criar novas situações.

Por seu turno, os defensores da constitucionalidade[2] argumentavam que a Lei nº 8.429/92 trazia em seu bojo crimes de responsabilidade, aos quais são inerentes o foro pela prerrogativa de função em virtude de preceito constitucional (artigo 102, I, *c*, da Constituição da República de 1988). Afirmavam, ainda, que os agentes políticos, em razão do cargo que ocupam, necessitam de maior liberdade funcional, o que ensejaria a prerrogativa de função para a ação de improbidade administrativa.

Ao final a tese vencedora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 foi a que fundamentou a inconstitucionalidade do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal.

Contudo, enquanto processava-se a referida ação, já havia naquela corte uma reclamação envolvendo o tema. Tratava-se da Reclamação nº 2.138,[3] da relatoria do ministro Nelson Jobim, na qual se buscava a declaração de que o juízo de origem usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o agente político por ato de improbidade.

A Advocacia-Geral da União alegava que o ex-ministro da ciência e tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, deveria ser julgado por crime de responsabilidade e não por ato de improbidade administrativa por se tratar de agente político, o qual se sujeitaria a um regime de responsabilidade distinto dos demais agentes públicos, em virtude do disposto no artigo 102, I, *b* e *c*, da *Lex mater.*

Cinge-se que, ao final, em um placar apertado de seis votos a cinco, a tese vencedora afirmou não estarem os agentes políticos sujeitos à Lei da Improbidade Administrativa. Não obstante, após o término do julgamento da Reclamação nº

[2] Nesse sentido se manifestaram os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, pelo Supremo Tribunal Federal.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138. Relator Ministro Nelson Jobim. Data da publicação: 18/04/2008.

2.138, em 13/06/2007, o ministro Joaquim Barbosa levou a julgamento em plenário, como relator, a Petição nº 3.923, oportunidade na qual tentou reavivar a discussão realizada no julgamento anterior.

Tratava-se, na Petição nº 3.923, de causa envolvendo o ex-prefeito da cidade de São Paulo, Paulo Maluf, contra quem o Ministério Público daquele estado ajuizou ação civil pública com a finalidade de aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Em primeira instância, foi o ex-prefeito condenado, tendo sido a sentença mantida pelo Tribunal de Justiça Paulista, o que ocasionou, posteriormente, a coisa julgada e a fase de cumprimento de sentença.

De modo que, já sendo a decisão condenatória objeto de cumprimento de sentença, o ex-prefeito aviou ao juízo da execução pedido no sentido de que fosse o processo extinto sem resolução do mérito ou que se enviassem os autos ao Supremo Tribunal Federal tendo em vista a sua eleição como deputado federal, ao argumento de que, sendo agente político, não estaria sujeito à Lei nº 8.429/92 - primeiro porque a aludida lei ostenta caráter penal e segundo porque ainda estava pendente de julgamento a Reclamação nº 2.138 (processo em que esses temas estavam sendo discutidos).

Ao acatar, parcialmente, o pedido formulado, o juízo da execução remeteu os autos à Suprema Corte brasileira sustentando a aplicação ao caso do artigo 102, I, *b*, da Constituição da República de 1988. No entanto, à unanimidade, os membros daquele tribunal decidiram que não caberia o deslocamento da competência para o cumprimento da sentença, devendo ocorrer o retorno dos autos à primeira instância.

Em síntese, a divergência iniciada no Supremo Tribunal Federal questionava a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 em face dos agentes políticos em virtude já existirem no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-lei nº 201/67, que, em tese, regulamentam matérias semelhantes àquela descrita na Lei 8429/92.

A Lei nº 1.079/50 define crimes de responsabilidade praticados pelo presidente da República, governadores dos Estados e seus secretários, os ministros de Estado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e procurador-geral da República.

Já o Decreto-lei nº 201/67 dispõe sobre a responsabilidade do prefeito municipal e dos vereadores[4] por atos cometidos durante o exercício do mandato.

---

[4] É importante destacar, que no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.797, o Supremo Tribunal Federal afirmou: "[...] os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade". Assim, poderia concluir-se que a corte não incluiu os vereadores no rol de sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade, o que não quer dizer que tal entendimento prevalecente. É que o julgamento não tinha o objetivo de julgar a matéria, mas sim a previsão do artigo 84, § 2º do Código de Processo Penal, sendo portanto, matéria segunda, sem efeitos vinculantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconsti-

Assim, questiona-se, nos tribunais pátrios e na doutrina brasileira, a aplicabilidade ou não da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos principalmente depois de várias manifestações da Suprema Corte brasileira, sendo esse questionamento alvo de análise no próximo tópico.

3. As decisões do Supremo Tribunal Federal e a força normativa da Constituição

Feitas essas considerações, poderia o intérprete questionar se a divergência já não estaria resolvida quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, a Reclamação nº 2.138, a Petição nº 3.923 e no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 579.799. No entanto, em cada uma dessas manifestações proferidas pela Corte Suprema, há peculiaridades que impedem a vinculação de seus resultados a qualquer conclusão que se chegue neste estudo.

3.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, conforme esclarecido acima, analisou a disposição do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal, que dispunha a respeito da prerrogativa de foro aos agentes políticos, isto é, matéria processual concernente à competência, surgindo, a título de argumentação secundária, por parte de alguns ministros, a tese de que os agentes políticos não estariam sujeitos à Lei da Improbidade Administrativa.

Ora, se o mérito da ação direta consistia em saber se o Supremo Tribunal Federal era ou não o órgão competente para o julgamento da ação de improbidade administrativa acrescentada ao art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, deve se perquirir acerca da abrangência dos efeitos vinculantes de tal decisão.

É que o Brasil, influenciado por países que adotam o sistema jurídico do *common law*, distingue dois tipos de argumentos com relevâncias específicas a serem proferidos pelos julgadores: argumentos principais e secundários.

Os argumentos principais são aqueles fundamentais para o julgamento do caso em análise, sem os quais a decisão não seria proferida nos moldes determinados, habitualmente denominados de *ratio decidendi* (ou *holding*), e possuem caráter vinculativo. Noutro turno, os argumentos secundários são aqueles ditos de passagem pelo julgador, apenas a título ilustrativo, sem, contudo, vincular a decisão. A este se convencionou denominar de *obiter dictum.*[5]

---

tucionalidade nº 2.797. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data da publicação: 19/12/2006).

[5] Ver: Didier Júnior (2007, p. 233-234).

Mas separar o *obiter dictum* da *ratio decidendi* não é tarefa fácil, pois "[...] em uma decisão, o órgão judicial não indica, expressamente, qual é a *ratio decidendi".*[6]

Não há, segundo a doutrina, um procedimento mediante o qual essa destilação possa ser feita. É o que diz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175): *"*Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na [a decisão] como precedente, extrair a norma legal (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta".

Aplicando esses conceitos no tema em análise, verifica-se que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o ministro Marco Aurélio (e o seu voto foi vencedor naquela oportunidade) afirmou que o cerne da questão tratava da ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, pelo legislador ordinário. Nesse sentido o referido ministro delimitou:[7]

> O que temos em jogo, nesta ação direta de inconstitucionalidade, é o primado da Constituição Federal, é a intangibilidade desse documento maior, que não pode, segundo o disposto no artigo 60 nela contido, ser alterada pelo legislador ordinário. Já não cogito nem mesmo do fato de se ter manuseado um diploma para suplantar-se o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 687, relatado pelo ministro Sydney Sanches.
> [...]
> Não vou tecer considerações maiores sobre a dualidade "prerrogativa e privilégio". Caso o fizesse, numa óptica até visando à disciplina constitucional futura, entenderia que deveria tratar-se de competência linear, homenageando-se o princípio da igualdade e, portanto, sujeitando-se todo e qualquer cidadão, pouco importando o cargo exercido, ao respectivo juiz natural, sem a prerrogativa. Mas isso, a meu ver, não está em questão. O que está em jogo é o elastecimento, pelo legislador ordinário, da competência prevista na Constituição.

Por outro lado, alguns ministros posicionaram-se acerca da submissão ou não dos agentes políticos à Lei nº 8.429/92, assim como sobre a natureza das sanções nela cominadas. Por meio da leitura do voto do ministro Marco Aurélio, nota-se que esses argumentos não foram essenciais para o desfecho daquele caso, não tendo, como já ressaltado, sua Excelência se referido a eles em momento algum de seu voto. Consistindo, então, apenas em argumentos ditos de passagem pelos julgadores, não há que se falar em aplicação dos efeitos vinculantes sobre eles, permanecendo a discussão em aberto.[8]

---

[6] Ver: Didier Júnior (2007, p. 235).

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data da publicação: 19/12/2006.

[8] Sobre isso, veja-se passagem de voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes: "Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se,

3.2. A Reclamação nº 2.138

Voltou o Supremo Tribunal Federal, dois anos após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, a discutir se os agentes políticos se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa, desta vez, nos autos da Reclamação nº 2.138.

O instituto jurídico da reclamação, previsto no artigo 102, I, *l*, da Constituição da República de 1988, sem que seja necessário aqui mencionar a sua natureza jurídica, uma vez que se trata de tema objeto de controvérsia na doutrina,[9] objetiva, como elencado no próprio dispositivo legal, garantir a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assim como preservar a sua competência.

No intuito de manter intacta a competência daquela corte (artigo 102, I, *b* e *c*, da Constituição da República), foi então que a União ajuizou a Reclamação nº 2.138, aduzindo que se cuidava de questão envolvendo possível prática de crime de responsabilidade, e não de ato de improbidade administrativa, praticado pelo ex-ministro da ciência e tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, que, por se tratar de agente político, se sujeitaria a um regime de responsabilidade distinto dos demais agentes públicos.

Nesse caso, observe-se, a controvérsia foi resolvida em favor do agente político, por seis votos a cinco, constando, no voto proferido pelo relator, a determinação de arquivamento dos autos.

Todavia, não se pode ter, com base nesse julgamento, também, nenhuma argumentação no sentido que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, definitivamente, sobre a matéria em exame neste relatório monográfico. É que o próprio plenário daquele tribunal já decidiu pela ausência de efeitos vinculantes dessa decisão. Nesse sentido as ementas[10]:

---

tal como em relação à coisa julgada e à força de lei se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta* [...]. Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2475 AgR / MG - Relator(a): Min. Carlos Velloso. Data da publicação: 01/02/2008).

[9] A discrepância doutrinária sobre a natureza jurídica da reclamação pode ser notada em voto proferido pelo ministro Celso de Mello: "[...] a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – ação (PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forence), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, apud Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, "A correição parcial", P. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3°, 2ª parte, P. 199, item n° 653, 9ª edição, 1987, Saraiva), ou medida processual de caráter excepcional (Min. DJACI FALCÃO, RTJ 112/518-522)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 527 AgR / ES. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data da publicação: 26/10/1998).

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.400. Relator(a): Min. Carlos Ayres Britto. Data

> CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. Alegado desrespeito à Rcl 2.318, ainda não definitivamente julgada. Inexistência de decisão do STF, cuja autoridade se pretende garantir. Ademais, em razão da sua índole subjetiva, a decisão a ser tomada na Rcl 2.138 somente gozará de eficácia vinculante quanto às partes nela envolvidas. Agravo regimental desprovido.
>
> RECLAMAÇÃO. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Julgamento da Rcl nº 2.138. Efeito vinculante. Súmula vinculante sobre a matéria. Inexistência. Precedentes. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente da Corte.

3.3. A Petição nº 3.923

Finalizado o julgamento da Reclamação nº 2.138, o Ministro Joaquim Barbosa (voto vencido naquele julgamento) tentou reavivar a discussão da matéria, levando a julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a Petição nº 3.923.[11]

Ocorre que, neste julgamento, isto é, o da Petição nº 3.923, o tribunal decidiu, à unanimidade de votos, no sentido do retorno dos autos à origem, prosseguindo-se o trâmite do processo, em face do agente político, em acórdão assim ementado:[12]

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza

da publicação: 28/09/2007; Reclamação nº 5.393 AgR / PA. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Data da publicação: 25/04/2008.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

> penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou *impeachment*, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de *impeachment* exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.

Diante dessas informações, o intérprete pode estar se questionando se o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento anterior ao proferir essa decisão, ao que se pode responder negativamente. Havia, nesse último julgamento, peculiaridades que nortearam os votos dos ministros. Como ressaltado pelo ministro Cezar Peluso:[13]

> Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator, mas, com o devido respeito, sobretudo quanto ao fundamento da petição, este caso não guarda nenhuma pertinência com a matéria do julgamento anterior, assim, porque parlamentar não pratica crime de responsabilidade e, desse ponto de vista, não é possível nenhuma analogia com a situação considerada no julgamento anterior [...]. Segundo – e esse me parece o argumento fundamental –, ainda que por hipótese tivesse direito a prerrogativa de foro etc., a coisa julgada – ou, conforme dizem os processualistas, a sanatória geral do processo – sepultou todas as nulidades. De modo que não haveria o de que se cogitar neste caso para impedir a execução perante o juízo competente, que é daquele que proferiu a sentença condenatória.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

Em outras palavras, na Petição nº 3.923, a causa cuidava de parlamentar, que, como decidido anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, não pratica crime de responsabilidade, ao que se acrescenta o fato de estar a decisão condenatória, já em fase de cumprimento de sentença, o que impossibilitaria, como dito pelos ministros, o exame de qualquer nulidade.

Esse precedente não pode, pois, ser considerado para os fins de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal considera possível a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Ressalte-se o fato de que do julgamento da Petição nº 3.923 participaram Ministros que não julgaram a Reclamação nº 2.138. É o caso dos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowiski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto, sucessores, respectivamente, dos ministros Nelson Jobim, Carlos Mário da Silva Velloso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão.

Fato importante a ser ressaltado é que, nos votos dos novos integrantes da corte, fazia-se alusão a que os agentes políticos poderiam sujeitar-se à Lei da Improbidade Administrativa, o que leva à conclusão externada por Emerson Garcia (2008, p. 426): "Com isto, pode-se afirmar que, na atual composição, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal rechaçam a tese prevalecente na Reclamação nº 2.138/2002, sendo ainda desconhecido o entendimento do Ministro Menezes Direito". [14]

Essa modificação da composição do Supremo Tribunal Federal pode, conforme é previsto pela doutrina,[15] alterar o posicionamento firmado na Reclamação nº 2.128, quando se discutir mais profundamente o tema, lembrando notícia de que o plenário do Supremo Tribunal Federal poderá vir a enfrentar o tema ao julgar os Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799 (artigo 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

3.4. O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799, o Supremo Tribunal Federal também decidiu sobre o tema em exame; porém, dessa vez, por meio de sua Segunda Turma. E decidiu da seguinte forma[16]:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESEMBARGADOR. AGENTE POLÍTICO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição

[14] Observa-se que da transcrição realizada é importante destacar a sucessão na cadeira de ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o falecimento do ministro Menezes Direito e a posse de seu herdeiro José Antônio Dias Toffoli, cujo entendimento a respeito do tema também é desconhecido.

[15] Ver: Garcia; Alves (2008, p. 426).

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.799 AgR / SP - Relator(a): Min. Eros Grau. Data da publicação: 19/12/2008.

> do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Contudo, o referido acórdão não se presta, por sua vez, a sustentar um posicionamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal. A uma porque, como já visto acima, não transitou em julgado o aludido acórdão, podendo sua decisão ser revista. A duas porque a leitura da ementa do acórdão pode induzir o intérprete a erro.

É que o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799 teve como relator o ministro Eros Grau, que, nesse acórdão, sustentou a decisão recorrida, proferida nos seguintes termos:

> Este Tribunal, em Seção Plenária realizada no dia 15.09.05, concluiu o julgamento da ADI n. 2.797, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02. Assentou que:
> [...]
> b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa, se estiver sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato;
> c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancie crime de responsabilidade, respondem à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função [...].
> 5) O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da RCL n. 2.138, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 20.06.07, ao julgar caso análogo ao presente, fixou o seguinte entendimento:
> Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, *c*, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, *c*, da CF. Vencidos, quanto ao mérito, por julgarem improcedente a reclamação, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, estes acompanhando o primeiro, Sepúlveda Pertence, que se reportava ao voto que proferira na ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), e Joaquim Barbosa. O Min. Carlos Velloso, tecendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF,

> art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluía que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau.

Inicialmente, quanto à menção feita à decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o voto do ministro Eros Grau foi vencido, de modo que a reprodução de seu voto, nessa oportunidade, não pode traduzir o que decidido naquele outro julgado.

No que diz respeito à Reclamação nº 2.138, já foi ela objeto de dissertação anteriormente, nesse mesmo tópico, no sentido de que a sua decisão poderá ser revista, com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, conforme registrado anteriormente, tendo em vista a ausência de efeitos vinculantes.

Não há, portanto, entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Ademais, mesmo que ainda se leve em consideração que a decisão na Reclamação nº 2.138 (momento no qual ocorreu maior ênfase sobre a discussão mencionada) foi tomada pelo plenário daquele tribunal, esse simples fato não basta para o fim de vincular os demais juízes à interpretação constitucional sobre essa matéria, garantindo-se a força normativa da Constituição da República.

É certo que os Regimentos Internos dos Tribunais Superiores têm conferido aos seus respectivos órgãos plenos competências para julgamento de matérias no intuito de uniformizar a jurisprudência no Poder Judiciário, garantindo assim uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados, consistente em uma maior previsibilidade quando do julgamento de casos semelhantes nas instâncias inferiores.

Não se pode exigir que seja seguido determinado posicionamento, ainda que advindo do plenário de algum tribunal, quando os próprios membros dele não o levam em consideração, tornando prevalecentes entendimentos pessoais.

A título ilustrativo, cabe aqui lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, por maioria de votos, ao julgar um *habeas corpus*,[17] decidiu que não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para os fins de estar presente a qualificadora do artigo 157, § 2°, I, do Código Penal. Restaram vencidos, nesta oportunidade, os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, não

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.099 / RS. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Data da publicação: 05/06/2009.

tendo participado dos julgamentos os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Aproximadamente quatro meses depois, a Segunda Turma da mesma corte, composta pelos ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa (esse último novamente ausente), ao julgar caso semelhante,[18] decidiu, também por maioria de votos, e ficando vencida a Ministra Ellen Gracie, em sentido diametralmente oposto. É o que se extrai do Informativo nº 549,[19] daquela corte:

> A Turma, invocando decisão por ela proferida no HC 95142/RS (DJE de 5.12.2008) — segundo a qual não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, a título de emprego da arma de fogo, se esta não foi apreendida e nem periciada, sem prova do disparo — e não obstante reconhecendo a existência de entendimento diverso firmado pelo Plenário no HC 96099/RS (DJE de 10.3.2009), deferiu, por maioria, *habeas corpus* para afastar a mencionada qualificadora e restabelecer a pena proferida pelo tribunal de origem. Na espécie, condenados como incursos nos artigos 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, ambos do CP, pleiteavam o afastamento da qualificadora de emprego de arma de fogo, já que esta não fora devidamente apreendida para comprovar a existência, ou não, de seu potencial lesivo. Vencida a Min. Ellen Gracie que indeferia o *writ*.

Fica assim demonstrada a dificuldade dos próprios membros do Supremo Tribunal Federal em seguir posicionamentos externados pela corte.

4. Força normativa da Constituição

Ademais, poder-se-ia questionar se não haveria desrespeito à força normativa da Constituição ao adotar posicionamento diverso do externado na Reclamação nº 2.138.

O ministro Celso de Mello[20] conceitua a força normativa da Constituição como a "[...] indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico."

---

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94827 / RS. Relator(a). Min. Eros Grau. Data da publicação: 22/10/2009.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 549. Disponível em: https://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/ informativo549.htm. Acesso em: 20 out. 2009.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603 / DF. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data da publicação: 19/12/2008.

Ora, em que pese à dicção constitucional inserida no artigo 102, *caput,* afirmando que a interpretação da Lei Fundamental cabe ao Supremo Tribunal Federal, não podemos esquecer que essa corte é formada por uma composição transitória, afinal os membros se aposentam e outros passam a ocupar os cargos vagos, conforme o que aconteceu no caso discutido.

Em relação a essa mudança de relações fáticas, ou seja, a alteração na composição dos membros do Supremo Tribunal Federal, o doutrinador Konrad Hesse (1991, p. 23) afirma o seguinte: "[...] uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...] Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável".

Portanto, se a Constituição está em constante interpretação e ainda, se os membros da Suprema Corte mudam seus posicionamentos, não há como se afirmar que esse ou aquele entendimento será o mesmo para sempre. Neste sentido é a orientação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:[21]

> O julgamento da RCL 2.138 pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria mínima, que concluiu pela impossibilidade dos agentes políticos responderem por atos de improbidade, mas somente por crimes de responsabilidade, não tem o condão de estabilidade idônea para produzir efeito de precedente persuasivo, pois naquele momento tal posicionamento consagrou uma composição já desfeita daquele órgão.

Além disso, o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira (2009), em um estudo sobre a jurisprudência, afirma que ela se caracteriza pela repetição de um mesmo precedente sobre determinado direito.

De acordo com o referido doutrinador, é preciso primeiro que estejamos tratando de uma jurisprudência e não de um julgado, pois naquela o acórdão já fora reiteradamente reproduzido nos mesmos termos, o que demonstra estabilidade em seguir determinado posicionamento. Afinal, uma decisão isolada não constitui jurisprudência. [22]

Segundo, a jurisprudência só é consolidada quando constitui precedente sólido a impor prestígio à comunidade jurídica.

No caso em análise, só há uma decisão a respeito, sem efeitos vinculantes.

Portanto, afirmar que o Supremo Tribunal Federal já dirimiu a controvérsia em aplicar a Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos não é uma verdade jurídica.

---

[21] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 2001.71.00.005911-8 UF: RS. Relator(a): Juiz Nicolau Konkel Júnior. Data da publicação: 14/10/2009.

[22] Ver: Ferraz Júnior (2003, p. 245-246).

5. Conclusão

Após a realização deste trabalho, a conclusão a que se chega é que, apesar de a aplicação ou não da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos já ter sido alvo de análises no âmbito Supremo Tribunal Federal, nenhuma das decisões proferidas nessa corte teve o condão de pacificar o tema.

Afinal, no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o tema foi analisado de forma passageira, em caráter secundário, caracterizando apenas *obiter dictum*. Já na Reclamação nº 2.138, apesar de haver analisado o tema ora estudado, não há efeito erga *omnes*, vinculando apenas as partes daqueles autos.

Na Petição nº 3.923, por sua vez, havia peculiaridades: a sentença que declarou a submissão do agente político à Lei nº 8.429/92 já havia transitado em julgado; ainda, o Supremo Tribunal Federal já havia externado entendimento que os parlamentares não praticam crimes de responsabilidade e, portanto, não haveria possibilidade de responsabilização do referido parlamentar em outra lei. Some-se a isso que a composição da corte havia-se modificado com essa nova decisão.

Também, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.799, que decidiu pela não aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, não transitou em julgado, encontrando pendente de julgamento Embargos de Divergência no Agravo Regimental do referido Recurso Extraordinário, que poderá dirimir por vez a divergência.

O que se pode afirmar é que já há, no âmbito da Suprema Corte brasileira, precedente de que não se aplica a Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

6. Referências bibliográficas

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podium, 2007. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura.* Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1916/Jurisprud%c3%aancia_Fonte_Direito.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2009.

TUCCI. José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

9

Artigo • 417
Comentário à Jurisprudência • 428
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Público Institucional

TRAJES PARA INGRESSO NOS FÓRUNS EM UMA PERSPECTIVA PROCESSUAL

ENÉIAS XAVIER GOMES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O artigo analisa a exigência de trajes para ingresso nos fóruns de acordo com a instrumentalidade do processo e em observância ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; trajes; fórum.

ABSTRACT: The article analyses the requirement of outfit to enter court rooms in the light of the instrumentality of the proceedings and the democratic lawful state.

KEY WORDS: Democratic lawful state; outfit; court room.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Comumente encontramos nas diversas comarcas do Brasil portarias normatizando o ingresso de pessoas nos fóruns. Corriqueiramente, cidadãos se dirigem aos fóruns e são impedidos de adentrar no recinto sob a alegação de não trajarem adequadamente, conforme portarias dos diretores dos foros.

No dia 12/05/2009, nos autos PCA nº 200910000001233, o Conselho Nacional de Justiça exarou sua primeira manifestação a respeito do tema, cuja notícia foi veiculada em alguns jornais de circulação nacional[1].

[1] O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) julgou improcedente o pedido de anulação dos efeitos de um comunicado da comarca de Vilhena, Rondônia, que restringe o acesso de pessoas ao fórum em função dos trajes que vestem. A questão foi levada ao CNJ pelo advogado Alex André Smaniotto, inconformado

O julgamento se originou de um pedido de providência formulado por um advogado que fotografou uma mensagem na porta do fórum de Vilhena/RO, impedindo o acesso de pessoas utilizando trajes que "ferem o decoro da Justiça", com as seguintes hipóteses: "TIPO: calção, short ou bermudão; camiseta regata; mini saia; mini blusa, blusa com decote acentuado; chapéus, bonés, exceto a serviço".

O requerente alegava na inicial que "[...] presenciou a proibição de entrada de uma pessoa extremamente carente nas dependências do respectivo fórum, só porque estava utilizando uma bermuda abaixo do joelho e uma camiseta com alguns furos pelo motivo de ser velha".

Segundo o voto do relator, Técio Lins e Silva, não houve prova dos fatos, havendo apenas o relato do requerente: "Vê-se, portanto, que os fatos não aconteceram como relatados, ou pelo menos não há nenhum registro do episódio além do relato do requerente, o que me parece insuficiente para uma decisão deste Conselho".

Após ampla discussão, o Plenário proferiu a seguinte decisão:

> Em prosseguimento ao julgamento, o Conselho, por maioria,conheceu do pedido e, no mérito, julgou improcedente. Vencidos quanto à procedência os Conselheiros Paulo Lobo e José Adonis; e pelo não conhecimento ficaram vencidos os

---

com a proibição de entrada no fórum de pessoas com calção, shorts e bermudões, como também com bonés e chapéus.

Na decisão desta terça-feira (12/05), o CNJ entendeu ser legal a determinação do fórum de Vilhena em relação ao tipo de vestimenta exigida para transitar no órgão, visto que a norma respeita o bom senso e a razoabilidade, sem prejudicar o acesso dos cidadãos à Justiça. "A norma da comarca foi traçada de maneira genérica, mas flexível, não implicando discriminação nem vedação do acesso ao Judiciário. Por essa razão não encontrei ilegalidade no ato", ressaltou o conselheiro e ministro João Oreste Dalazen, relator do Procedimento de Controle Administrativo (PCA nº 200910000001233).

No processo, o advogado alega que presenciou uma pessoa "extremamente carente" ser impedida de entrar nas dependências do fórum porque usava bermuda abaixo dos joelhos e camiseta surrada.

Respeito - De acordo com o ministro Dalazen, a lei assegura ao magistrado o direito de zelar pelo decoro nos atos que estão sob sua jurisdição, como audiências e interrogatórios, entre outros. "É uma norma de respeito à civilidade que é adotada em todos os Tribunais Superiores", destacou. Além disso, segundo o relator, ao contrário do que alega o advogado, não existem registros formais de pessoas que tenham sido impedidas de entrar no fórum em decorrência do traje que estavam vestindo.

O ministro ressaltou que a decisão tomada pelo plenário do CNJ diz respeito apenas à legalidade do ato do juiz da Comarca de Vilhena e não à regulamentação da matéria por outros Tribunais. Dalazen reforçou, porém, que uma pessoa não pode ser impedida de entrar em um órgão do Judiciário se, por razões econômicas, estiver portando "trajes humildes".

O conselheiro Técio Lins e Silva, que apresentou voto de vista regimental, vencido, havia decidido pelo não reconhecimento do pedido alegando que não existe norma formalizada (portaria ou resolução) determinando a proibição de determinadas roupas para entrar no fórum, apenas um papel fixado na entrada do órgão. Por esse motivo, o conselheiro entendeu não ser competência do CNJ julgar o caso. "Não há norma administrativa a ser submetida a controle. Não somos agência reguladora do vestuário nos tribunais", disse o Lins e Silva. (MB/SR). Agência CNJ de Notícias. Disponível em <www.cnj.jus.br/notícias>. Acesso em: 19 mai. 2009.

> Conselheiros Andréa Pachá, Jorge Maurique, Felipe Locke, Técio Lins e Silva e Marcelo Nobre. Presidiu o julgamento o Conselheiro Ministro Gilson Dipp. Plenário, 12 de maio de 2009.

Dessa forma, percebe-se que os fatos levados ao CNJ não foram comprovados, impedindo a criação de precedentes quanto ao tema.

Em que pese a ocorrência corriqueira destes fatos, os operadores do direito não os levam ao conhecimento dos órgãos competentes.

Recentemente, no processo n.º 30.888 que tramitava na Auditoria Militar de Minas Gerais, visando à apuração do crime de lesões corporais, expediu-se a Carta Precatória n.º 0525.08.149926-7 à comarca de Pouso Alegre para oitiva de testemunhas. Após alguns meses, a precatória retornou à Auditoria, constando a seguinte decisão no termo de audiência, lavrado aos 19 de março de 2009:

> Aberta a audiência, foram ouvidas duas testemunhas, conforme termos em frente. *Não foi inquirida a testemunha* [...], *cujo ingresso na sala de audiência não foi permitido por encontrar-se trajando bermuda, vestuário incompatível com o ambiente forense*, não obstante a observação constante do mandado de f. 11. Determinou-se a devolução da presente Carta Precatória, cumpridas as formalidades de estilo. (grifo nosso).

Percebendo que a expedição de nova precatória geraria a prescrição da pretensão punitiva, o Promotor de Justiça oficiante, Dr. Fabiano Ferreira Furlan, foi obrigado a desistir da oitiva da testemunha, cujo trecho de sua manifestação citamos:

> MM Juiz,
> Denota-se que uma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público não chegou a ser ouvida, pois, embora tenha comparecido, por estar de bermuda, foi dispensada pelo magistrado da Comarca de Pouso Alegre/MG (fls.242).
> Com todo o respeito devido, a não colheita da oitiva pela fundamentação apresentada é absurda, de onde se evidencia flagrante desrespeito até com a vítima dos autos já que os feitos penais e processuais penais enfrentam o dilema da corrida contra a prescrição [...].

Dessa forma, percebe-se facilmente que a efetividade do processo e o acesso à Justiça vêm sendo obstaculizados em muitos fóruns, ao ser impedido o acesso de pessoas humildes por não trajarem conforme determina o magistrado.

2. Fundamentação

Podemos dividir a evolução do Direito Processual em três fases. A primeira, chamada imanentista, foi marcada pelo processo como apêndice do direito material, negando-se sua autonomia.

Em 1868, com a publicação da obra “Die Lehre von den Processeireden und die Processvoraussetzungen”, do jurista alemão Oskar Von Bülow, iniciou-se a fase científica. Essa época, marcada por grandes processualistas como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Enrico Tulio Liebman, James Goldschmidt, assistiu ao predomínio dos estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais do processo e sua independência.

A partir da sedimentação desses conceitos e visando superar o formalismo exacerbado decorrente da hegemonia processual na fase científica, passou-se à atual, denominada instrumentalista. Grandes nomes carreados por Mauro Cappelletti, no Brasil, José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Dinamarco, evidenciaram a necessidade de maior efetividade no exercício da prestação jurisdicional, na busca por uma Justiça mais célere, a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos.

Nesse sentido, salienta Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 10):

> O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material, e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos. Além disso, passa-se a privilegiar o consumidor do serviço prestado pelo Estado quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Hodiernamente o direito vive uma enorme evolução influenciada pelos princípios norteadores da fase instrumentalista, através de mecanismos facilitadores do acesso à Justiça.

Nesse sentido, constitui-se evidente retrocesso qualquer ato que dificulte ou crie barreiras ao exercício jurisdicional.

Ademais, a Constituição Federal consagra o devido processo legal, em seu art. 5º, LIV, do qual derivam os demais princípios constitucionais do Direito Processual. A garantia do devido processo legal possui índole processual e material. O aspecto material assegura a produção de leis razoáveis, atendendo aos anseios da sociedade. Já a vertente processual, chamada “procedural due process of Law”, constitui-se na garantia de pleno acesso à Justiça.

A garantia do acesso à Justiça deve ser substancial, assegurando-se uma verdadeira e efetiva tutela jurisdicional. A doutrina moderna, influenciada por Mauro Cappelletti, reconhece a existência de três fases na busca desta efetividade, conhecidas como “ondas do acesso à Justiça”.

Acerca do tema, leciona Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 64):

> É de se destacar, outrossim, que Mauro Cappelletti e Bryant Garth explicam que esse despertar em torno do acesso efetivo à Justiça já conduziu a três posições básicas, denominadas por eles ondas renovatórias do acesso à Justiça. Em seqüência mais ou menos cronológica, esses movimentos tiveram início em 1965. A primeira onda, que visava a solução para o acesso à Justiça, foi a assistência judiciária aos necessitados. A segunda se configurou por reformas que objetivavam proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, principalmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor. Já a terceira onda – que seria a mais recente - é a que Cappelletti e Garth chamam simplesmente de um novo enfoque de acesso à Justiça e inclui as ondas anteriores, porém, vai muito além. Representaria, na visão dos mencionados juristas, 'uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo'.

A primeira onda renovatória visa à assistência judiciária gratuita, procurando superar o obstáculo econômico. A segunda consiste na proteção dos interesses metaindividuais. Por fim, a terceira se pauta pela busca por meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional apta a satisfazer os consumidores do serviço Judiciário.

Nesta ótica, encontra-se a garantia da informalidade, atendendo-se ao princípio da instrumentalidade das formas, conforme preceitua Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 40):

> Luta-se, nesse passo, pela 'deformalização das controvérsias' (*rectius*, deformalização dos procedimentos judiciais tendentes à solução de controvérsias). Não se pense que a luta aqui é por uma total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se perderem todas as garantias por que as formas processuais são responsáveis. O movimento pela 'deformalização das controvérsias' não luta contra a forma, mas contra o formalismo, ou seja, contra a extrema deturpação das formas. O exagero formalista é que deve ser abandonado.

Contextualizada a fase atual que vive o Direito Processual, revela-se verdadeiro retrocesso a restrição do acesso dos cidadãos aos ambientes forenses sob alegação de vestimenta inadequada.

Sendo certo que vivemos em um Estado Democrático de Direito, todas as vezes que o poder estatal é exercido, devem ser observadas as características deste tipo de organização estatal.

A restrição no acesso aos fóruns impede que o Estado alcance os escopos da jurisdição, consistente nos aspectos sociais, jurídicos e políticos. Há evidente impedimento à pacificação social, à atuação do direito objetivo, ao exercício da manifestação do Estado, ao culto às liberdades públicas e à participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que confere ao Estado o monopólio da Justiça e cria os organismos responsáveis pela prestação jurisdicional, confere a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a garantia de acesso ao Judiciário, nos termos do art.5º, XXXV[2].

O acesso ao Judiciário é um instrumento constitucional fundamental através do qual a população busca a efetividade de seus direitos, exigindo-se uma atuação transparente, legítima e pública, conforme os ditames da democracia solidária.

O acesso à Justiça, primeiro objetivo do "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", é um dos requisitos para o alcance da missão estatal, traduzindo-se em uma forma efetiva de cidadania.

Entretanto, alguns diretores de foros impedem o acesso à Justiça de pessoas que comparecerem aos fóruns vestidas de bermudas e saias, em que pese a exigência não encontrar amparo na lei e na Constituição. Os magistrados se utilizam do disposto no art.125, II, do Código de Processo Civil, que impõe ao Juiz o dever de "[...] prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça".

Certamente, qualquer juízo de valor no âmbito dessa matéria passa necessariamente pelos limites da razoabilidade.

Evidentemente, garantir o respeito e o decoro nos fóruns é atribuição do magistrado. Incumbe ao Juiz impedir que o jurisdicionado compareça ao fórum com trajes que visam afrontar as autoridades presentes, como por exemplo, de sunga, biquíni ou até mesmo sem camisa. Entretanto, não são estes os acontecimentos cotidianos.

A realidade do Brasil demonstra que grande parte dos jurisdicionados é composta por pessoas rurais pobres, humildes e semi-analfabetos, que, diante de sua rotina de vida, estão acostumadas a vestir bermuda, camiseta e chinelos de dedo. Com estes trajes, exercem todos os atos da vida civil, como comparecer a casamentos, batizados, mercearias, etc. Logo, conforme os costumes locais e suas condições financeiras, assim também se dirigem ao fórum, sem que tenham o propósito de ofender a Justiça.

---

[2] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].

Salienta-se que muitos jurisdicionados se deslocam durante horas para chegar ao fórum, sem sequer saber o que é uma portaria.

Porém, alheios à realidade, alguns magistrados restringem o acesso à Justiça com proibições abusivas, esquecendo-se de que as ofensas à Justiça não decorrem dos trajes simples dos jurisdicionados, mas da impunidade e injustiça reinantes neste país.

Com clareza, salienta Mauro Vasni Parosky (2009):

> A dignidade da Justiça não fica abalada se os trajes não forem apropriados segundo a visão do presidente do ato, mas desde que estejam de acordo, pelo menos, com o senso comum vigorante em dada sociedade ou comunidade. Inegável que as roupas e os calçados de uma pessoa não têm mais importância que o direito de acesso à Justiça.
> Mesmo que modestas e esteticamente desatraentes as vestimentas não merecem avaliação tão rigorosa, até porque a corrupção e a desonestidade de alguns poucos magistrados (conforme visto recentemente pela imprensa), a burocracia exacerbada e a excessiva lentidão processual são situações que se apresentam mais indignas à Justiça que trajes humildes.

Sob o paradigma de um Estado Democrático, não são aceitáveis tais portarias que se constituem em atos ilegais, abusivos e contrários ao interesse público, revelando-se obstáculos à proteção jurídica e impedindo o aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Denotam instrumentos de burla ao comando constitucional, transformando a Constituição apenas em um mecanismo de dominação ideológica, distanciando-se dos fins sociais. Atende-se apenas aos interesses de determinados segmentos politicamente influentes, que certamente comparecem trajados "adequadamente" aos fóruns.

Em entrevista publicada no Jornal "Gazeta do Povo", o Conselheiro do CNJ, Paulo Lobo (2009), salientou[3]:

> Essa medida reforça a cultura de distanciamento do povo do Judiciário. É uma interdição a mais, além da suntuosidade dos prédios, que afasta as pessoas comuns da Justiça. Até porque esse tipo de portaria se dirige ao povo simples, já que os ricos seguem a moda europeia.
> Constituição estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. E não há lei que estabeleça o traje adequado ao decoro do Judiciário. O magistrado não é legislador. A pessoa sai de casa e cumpre todos os seus compromissos com uma roupa, sem qualquer problema. E para ir ao fórum precisa mudar de roupa? Não

[3] Disponível em: <www.portal.rpc.com.br>. Acesso em: 20 mai. 2009.

> faz sentido. Em um período de intenso calor, o vestuário europeu [considerado 'adequado'] chega a ser anti-higiênico. Evidentemente, ninguém vai com roupa de banho ao fórum, por exemplo. As pessoas sabem agir com bom senso.

As portarias violam frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o pilar de todo ordenamento jurídico, encontrando previsão no art. 1º, III, da CF[4].

Ressalta-se que o direito à existência digna impõe ao Estado e à sociedade a realização de ações integradas, visando observar os preceitos constitucionais fundamentais. Abrange as obrigações referentes à natureza do ser humano, inclusive o aspecto psicológico. No caso da vedação de acesso à Justiça, a privação acarreta inclusive danos psicológicos, decorrentes de eventuais sentimentos de inferioridade.

Acerca da abrangência do princípio, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2004, p. 157):

> O fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República Brasileira (CF, art. 1º, III). O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, liberdade, proteção de dados pessoais, *integridade física e moral*, honra, imagem, vida privada, privacidade, intangibilidade da família, *auto-estima*, igualdade, segurança. (grifo nosso).

Como se não bastasse, o ato impugnado viola o princípio da igualdade, na medida em que impede o acesso à Justiça ao conceder tratamento menos digno aos carentes. Não é possível conceber que o cidadão, ao procurar a Justiça, possa estar exposto à sorte de se vestir "adequadamente" ou ao azar de estar, por exemplo, usando bermuda. Essa lógica evidencia o desacerto dos atos administrativos objeto de nossa indignação.

Acerca do princípio da isonomia, ressalta Ruy Samuel Espíndola (2009):

> O *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput* e seu inciso I, da CF) impõe que os Poderes Públicos, na edição de leis gerais e abstratas, na edição de sentenças ou atos administrativos,

---

[4] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

> tratem a todos com igualdade, na medida de suas forças econômicas, culturais e sociais. Proíbe privilégios, *afasta discriminações* irrazoáveis e impõe tratamento isonômico para (tentar, tender) igualar os desiguais, especialmente em políticas públicas de caráter social (saúde, educação, lazer etc.). Esse princípio reclama, para sua compreensão, a idéia de que existem equiparações requeridas pela ordem jurídica, discriminações autorizadas e discriminações vedadas. (grifo nosso).

Logo, impede o uso do Estado em benefício dos particulares, visto que a avaliação da oportunidade e conveniência obedece à vaidade do magistrado. A sociedade, fim último da atuação judicial, fica em segundo plano.

Ainda, atentam contra o princípio da eficiência, pois postergam atos judiciais, onerando os cofres públicos e os particulares, já que o cidadão, muitas vezes, é compelido a retornar posteriormente ao fórum.

Nessa esteira, percebe-se que o livre acesso aos fóruns, salvo condutas com intuito de desrespeitar as autoridades presentes, é um instrumento necessário e útil ao exercício da democracia, permitindo-se o amplo acesso à Justiça.

O direito público subjetivo à prestação jurisdicional representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Judiciário, a quem incumbe formular e implementar políticas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à prestação jurisdicional. O direito de acesso à Justiça, além de se qualificar como fundamental, representa conseqüência constitucional indissociável da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, ressalta Luiz Roberto Barroso (2005, p. 52):

> Partindo da premissa [...] de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao *princípio da dignidade da pessoa humana* esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora haja visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele *inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça*. (grifo nosso).

Limitar o acesso aos fóruns devido ao traje viola o princípio da proibição de retrocesso, previsto implicitamente na Constituição Federal como decorrente do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

3. Conclusão

A instrumentalidade do processo exige que o Estado facilite o acesso à Justiça, evitando-se formalidades desnecessárias, que impeçam o alcance dos escopos da jurisdição. A vedação do livre acesso aos fóruns, salvo quando o cidadão pretende afrontar o Estado, esvazia a finalidade do Poder Judiciário, pois a população, maior interessada, será impedida de exercer parcela da cidadania.

Em tempo de exortação à participação popular, mister se faz garantir o acesso da população mais carente aos fóruns, possibilitando aos cidadãos o exercício da soberania, assegurando uma atuação do Poder Judiciário em consonância com os princípios publicistas impostos pelo Texto Constitucional.

É dever do Ministério Público ajuizar as ações e representações cabíveis, uma vez que é sua missão a defesa do regime democrático e da sociedade, devendo transformar a realidade social. Cabe ao Ministério Público, ainda, a concretização dos princípios constitucionais destinados aos interesses da sociedade, garantindo-se os pressupostos necessários ao exercício da cidadania. Neste sentido, o livre acesso à Justiça é uma exigência da sociedade, que deve ser tutelada pelo órgão ministerial, impedindo que vaidades pessoais preponderem sobre a vontade popular.

Atualmente, as instituições públicas passam por uma crise de credibilidade no País, o que torna necessária uma atuação efetiva e pró-ativa do Ministério Público, utilizando-se das ações pertinentes e representações no CNJ, a fim de combater os atos eivados de desvio de finalidade e garantindo-se a transparência no trato com a *res publica*.

O Ministério Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em grave comportamento inconstitucional.

4. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CNJ. Agência de Notícias. Disponível em: <www.cnj.jus.br/notícias>. Acesso em: 19 mai. 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina.* Jul. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18155/2/Princ%C3%ADpios_Constitucionais_e_Atividade_Jur%C3%ADdico_Administrativa.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2009.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Maumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PAROSKI, Mauro Vasni. A dignidade do Poder Judiciário e o traje do trabalhador. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 11, n. 1.457, 28 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10078>. Acesso em: 19 mai. 2009.

RESP 1.097.042 – DF (RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO): O CRIME DO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL É DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO, MESMO NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Doutora em Direito Internacional – UERJ.[1]

1. Introdução

Em 2004, a Lei nº 10.886 acrescentou os parágrafos 9º e 10º ao art. 129 do Código Penal, criando uma figura qualificada de lesão corporal, sob o *nomen juris* "violência doméstica", e erigindo a violência doméstica e familiar em causa de aumento de pena, no percentual de um terço, nas hipóteses de lesão grave ou gravíssima. Em 2006, a Lei Maria da Penha agravou a sanção cominada à lesão leve com violência doméstica, cujo máximo passou de um a três anos de detenção. Além disso, proibiu, em seu art. 41, a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher,[2] independentemente da pena prevista.

A partir das alterações produzidas pela Lei Maria da Penha, grassou pela doutrina e pela jurisprudência divergência acirrada: muitos concluíram que a ação penal passaria a ser pública incondicionada na lesão leve com violência doméstica, quando a vítima fosse do sexo feminino, ou até, para alguns, em qualquer caso. Na doutrina, alinharam-se nesse sentido: Danielle Martins Silva ([s.d.], p. 1), Nucci (2008, p. 623),

[1] A autora agradece ao promotor de Justiça Guilherme Roedel e à analista Natália Myrian Vieira, que gentilmente leram e comentaram este trabalho.

[2] O conceito de violência doméstica e familiar está contido no art. 5º da Lei nº 11.340/2006: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2006, p. 1), Marcelo Lessa Bastos (2006, p. 1), Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 213) e, apesar das críticas ao Estatuto da Mulher, Pacelli (2009, p. 696). Outros, contudo, defenderam a tese oposta, ou seja, a ação permaneceria pública condicionada à representação, mesmo no âmbito da Lei nº 11.340/2006. Entre eles, e na companhia de Maria Berenice Dias (2007, p. 123), podem ser lembrados Damásio de Jesus, Rogério Greco, Paulo Henrique Aranda Fuller e Pedro Rui da Fontoura Porto (autores citados no voto vencedor no Recurso Especial 1.051.314 – DF, de relatoria do ministro Felix Fischer, julgamento em 10/09/2009).

Com diversas variações, a primeira posição costumava ser justificada pelos seguintes argumentos doutrinários e jurisprudenciais: de acordo com o art. 100 do Código Penal, as ações penais são em geral públicas incondicionadas. A Lei nº 9.099/95, em seu art. 88, excepcionou a regra e fez depender da representação a ação relativa à lesão corporal leve ou culposa. Posteriormente, a Lei Maria da Penha proscreveu expressamente, e sem ressalvas, a aplicação da Lei nº 9.099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41). Ademais, aumentou de um para três anos de detenção a pena máxima do crime de lesão leve com violência doméstica, excluindo-o, dessa forma, do rol de delitos de menor potencial ofensivo e, por redobradas razões, do âmbito de incidência daquele diploma legal. Logo, seria inviável impor a representação para a ação penal relativa à lesão leve com violência doméstica contra a mulher.

Essa interpretação seria mais consentânea com o propósito de assegurar à mulher brasileira "[...] oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social" (art. 2º da Lei nº 11.340/2006). Essa seria, também, a interpretação capaz de conferir maior efetividade à Lei Maria da Penha, ao adotar a premissa de que a violência doméstica não é um problema de marido e mulher, mas uma chaga que atormenta a família e a sociedade. Finalmente, a interpretação proposta preveniria que o agressor chantageasse, ameaçasse ou, de qualquer modo, buscasse manipular a vítima, para obter a retratação, traduzindo, assim, maior garantia para ela.

A posição exposta pode ser ilustrada pelo seguinte aresto, da lavra da magistrada Jane Silva, no período em que convocada para exercer funções no Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RESTABELECER A SENTENÇA.
> 1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a

violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).
2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.
3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.
4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).
5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.
6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima 7. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RESTABELECER A DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA.
(REsp 1000222/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 24/11/2008.)

Já os argumentos contrários foram resumidos pelo ministro Felix Fischer, no voto vencedor no julgamento do Recurso Especial 1.051.314 – DF: (1) "A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos, despenalizadores – acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo"; (2) "a própria Lei de Violência Doméstica admite que haja crimes de ação penal pública condicionada à representação exigindo que a ofendida, caso queira se retratar (o legislador usou a expressão renúncia, por engano), o faça somente na presença do Juiz"; (3) haveria contrassenso em condicionar o estupro à representação, mesmo no âmbito da Lei Maria da Penha, mas não a lesão leve em igual contexto; (4) "se o legislador tencionasse tornar pública incondicionada a ação penal no crime de lesão corporal leve teria feito expressamente"; (5) não faria sentido que o mesmo crime, apenas pela circunstância de a vítima ser o marido ou a mulher, pudesse ter sua apuração e punição condicionada ou não à representação.[3]

[3] Essas considerações foram refutadas, com precisão, pela ministra Laurita Vaz, no voto vencido no julgamento do Recurso Especial 1.051.314 – DF: (1) a intenção da Lei Maria da Penha, no art. 41, foi também afastar a necessidade de representação para a punição do crime de lesão leve com violência doméstica contra a mulher, como evidente pelo contexto histórico em que teve origem a norma, de "gravíssimo problema social envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher". Tanto assim, que o art. 41

Eis a ementa do acórdão mencionado:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95. RESTRIÇÃO. INSTITUTOS DESPENALIZADORES. ESPONTANEIDADE DO ATO. VERIFICAÇÃO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO.
> I - A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos, despenalizadores – acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo.
> II - A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei 11.340/06.
> III - O art. 16 da Lei 11.340/06 autoriza ao magistrado aferir, diante do caso concreto, acerca da real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que, em se constatando razões outras a motivar o desinteresse da ofendida no prosseguimento da ação penal, poderá desconsiderar sua manifestação de vontade, e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal, desde que, demonstrado, nos autos, que agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do agressor.
> Recurso desprovido.
> (REsp 1051314/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2009, DJe 14/12/2009.)

Em 24 de fevereiro de 2009, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, integrada por ministros da Quinta e Sexta Turmas, julgou o Recurso Especial 1.097.042 – DF e, por seis votos a três, decidiu ser necessária a representação da mulher para a propositura da ação penal no caso de lesão leve com violência doméstica (COORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA [DO STJ], 2010, p.1).

---

da Lei Maria da Penha expressamente afastou a incidência da Lei nº 9.099/95, sem nenhuma ressalva; (2) "não é porque subsistem crimes que dependem de representação, mesmo sendo praticados com violência doméstica – como, por exemplo, o crime de ameaça do art. 147 do Código Penal –, que o crime de lesão corporal também tenha que depender da representação"; (3) embora a persecução penal nos crimes sexuais muitas vezes dependa da manifestação de interesse da vítima, há vários delitos de menor gravidade que dela independem e, nem por isso, alega-se contradição no sistema; (4) os crimes são, em regra, de ação penal pública incondicionada (art. 100 do CP) e o art. 88 da Lei 9.099/95 excepciona apenas a ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve e culposa, não abarcando a lesão qualificada do § 9º do art. 129 do Código Penal. Não fosse suficiente, o legislador, no art. 41 da Lei Maria da Penha, diz: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995"; (5) pode-se permitir ao Estado agir de ofício em prol da mulher, para garantir "maior proteção àquela que se encontra em situação peculiar de desigualdade".

O acórdão recorrido, oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, estava assim ementado:

> PENAL – PROCESSO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI 11.340/06 - LESÕES CORPORAIS LEVES – NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – APELO PROVIDO.
> 1. A natureza da ação do crime do art. 129, § 9º, do Código Penal, é pública condicionada a representação. O artigo 41 da Lei 11.340/06, ao ser interpretado com o artigo 17 do mesmo diploma, apenas veda os benefícios como transação penal e suspensão condicional do processo, nos casos de violência familiar.
> 2. Impõe-se a extinção da punibilidade quando ausente a condição de procedibilidade consubstanciada na representação da vítima.
> 3. Recurso provido.

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial, alegando ofensa aos arts. 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, 88 da Lei nº 9.099/95, 38 e 43, III, do Código de Processo Penal e 100 e 129, § 9º, do Código Penal.

Ante a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi adotado o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, por iniciativa do ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho. O ministro relator, então, elegeu como representativo o recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e determinou a suspensão dos demais nos tribunais locais.

Com a publicação do acórdão prolatado pela Terceira Seção, integrada pela Quinta e Sexta Turmas, os recursos especiais sobrestados na origem deverão ter seguimento negado, se impugnarem acórdão consentâneo com a posição do Superior Tribunal de Justiça, e, do contrário, somente se submeterão a exame de admissibilidade se, após reexame, o tribunal de origem mantiver a posição divergente (art. 543-C, §§ 7º e 8º, do Código de Processo Civil).

Embora o acórdão no Recurso Especial 1.097.042 – DF não tenha sido publicado até a conclusão deste comentário, o site oficial do Superior Tribunal de Justiça noticiou (COORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA [DO STJ], 2010, p. 1):

> Nesse julgamento, ocorrido conforme o rito da Lei dos Recursos Repetitivos, o ministro Jorge Mussi refere-se a ensinamento da jurista brasileira Maria Lúcia Karam, citada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura em outro processo.
> 'Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela

> escolhido. Isto significa negar o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado, que, inferiorizando-a e vitimando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar. E sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um agressor, ou que, pelo menos, não deseja que seja punido'.
>
> Ele ainda transcreveu, na mesma ocasião, Maria Berenice Dias, segundo a qual: 'Não há como pretender que se prossiga uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilhas de bens e guarda de visita. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos, envolvendo as questões de Direito de Família, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas por meio das quais as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros'.
>
> O entendimento do ministro Mussi, no sentido da necessidade de representação da vítima para que seja proposta ação penal prevaleceu sobre o do relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que entendia que a ação neste caso é pública e incondicionada.

Esse desfecho merece algumas reflexões e comentários.

2. Comentários

No Brasil, tradicionalmente a lesão corporal dolosa subdividiu-se em apenas quatro espécies, conforme a gravidade do resultado produzido: lesão leve, lesão grave, lesão gravíssima e lesão seguida de morte. Em consequência, o espectro de agressões tipificadas como lesão leve é bastante largo, incluindo, lembra Fausto Rodrigues de Lima (OLIVEIRA, 2010, p. 1), todas as agressões sem sequelas definitivas que permitam a recuperação em até trinta dias, por exemplo, "[...] queimaduras até o terceiro grau, bem como facadas ou um nariz quebrado".

Além disso, e segundo observou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no relatório 54, de 2001, ao analisar o Caso Maria da Penha: a tolerância da violência doméstica por ineficácia da ação judicial ameaça os direitos humanos das brasileiras (item 3).[4] O suprassumo da ineficácia da ação judicial na garantia dos direitos das mulheres, aliás, foi a célebre decisão em que, além de considerar a Lei Maria da Penha inconstitucional e apelidá-la de "mostrengo tinhoso", certo juiz de direito sentiu-se à vontade para sentenciar: "a mulher moderna – dita independente, que nem pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides – assim só é porque se frustrou como mulher, como ser feminino" (trecho citado na petição

[4] Relatório disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/378_Relatorio%20anual%202000.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2010.

inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, proposta pelo Presidente da República e distribuída, em 19 de dezembro de 2007, ao ministro Marco Aurélio, p. 10).

Não fosse bastante, a violência doméstica é tradicionalmente ignorada no Brasil, onde agressor, vítima, família e autoridades costumam, ou costumavam, considerá-la parte normal das relações afetivas. Conforme conclusões do IPEA, relativas ao período de 1995 a 2005 (estudo citado na petição inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, proposta pelo Presidente da República e distribuída, em 19 de dezembro de 2007, ao ministro Marco Aurélio, p. 21):

> Alguns estudos permitem perceber o quanto a violência doméstica está presente no cotidiano das famílias. Segundo informações da Fundação Perseu Abramo, uma em cada cinco mulheres brasileiras já foi vítima de algum tipo de violência por parte de um homem, a maioria de violência física. Quando são apresentadas diferentes formas de agressão, o índice de mulheres que declara já ter sido vítima de violência sobe para 43%, o que mostra as dificuldades ainda encontradas para se admitir a violência, em razão do medo, da vergonha ou da invisibilidade do tema.

A propósito, convém lembrar: uma das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher é a violência psicológica, tendente a controlar suas decisões, "[...] mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação" (art. 7º, II, da Lei Maria da Penha). Sem o apoio das equipes multidisciplinares e dos Juizados da Mulher, que, em três anos, não saíram do papel, impor à vítima o ônus de representar é premiar os agressores mais hábeis na prática da violência psicológica, estimulando-os a ameaçar, constranger, vigiar e manipular, para que haja retratação e, portanto, impunidade. O art. 16 da Lei Maria da Penha, nesse particular, pouca vantagem oferece, pois, com frequência indesejável, foram vistos juízes buscando dissuadir a vítima de manter a representação.

No contexto brasileiro atual, a interpretação do art. 41 mais consentânea com a proteção dos direitos fundamentais da mulher seria, sem dúvida, a interpretação literal. Diz o artigo: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995". Portanto, não se deveria aplicar seu art. 88, ao menos na lesão leve com violência doméstica.[5]

[5] No que tange à lesão *culposa*, na grande maioria das vezes, ela não configurará violência doméstica, por decorrer da negligência, imprudência ou imperícia. Igualmente a contravenção de vias de fato, à qual se estende a incidência do art. 88 da Lei nº 9.099/95, autorizaria dúvidas, já que o dispositivo transcrito se refere a "crimes".

Pouco importa se, em outros países, a representação da vítima é necessária. A concretização dos direitos humanos deve dar-se em um contexto espacial e temporal específico, sob pena de ineficácia. No Brasil de hoje, a opção jurisprudencial foi infeliz.

Nem se alegue, como parece ter feito a Terceira Seção do Tribunal da Cidadania, que permitir à mulher escolher entre prosseguir ou não na persecução penal lhe atribuiria algum especial "poder" sobre o agressor ou, pior, que ela poderia, legitimamente, escolher o agressor como companheiro, e o Estado deveria respeitar essa opção. Ambas as considerações são equivocadas e, se endossadas por feministas de outros países, felizmente não contaram com grande adesão entre nós. Tanto assim, que "[r] epresentantes de movimentos em defesa da mulher saíram transtornados da Terceira Seção Superior Tribunal de Justiça (STJ)", após a corte afirmar a necessidade de representação (OLIVEIRA, 2010, p. 1). A secretária-executiva da Articulação das Mulheres Brasileiras, Analba Brasão Teixeira, avaliou: "É o absurdo dos absurdos. Em agosto do ano passado, fomos a Brasília e entregamos um documento com 12 mil assinaturas pedindo para que isso não acontecesse" (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 1).

Adotado o rito dos recursos especiais repetitivos, a conclusão do Tribunal da Cidadania tende a ser reproduzida pelos tribunais locais, levando à petrificação de uma jurisprudência insatisfatória sem o prévio amadurecimento dos debates.

Não convém esconder nem maquiar: no julgamento do Resp 1.097.042 – DF, um grupo de oito homens e só uma mulher decidiu ser necessária a representação da vítima para a persecução penal pelo crime de lesão leve com violência doméstica, deixando transtornados os representantes de movimentos feministas que assistiram aos debates.[6] No contexto da sociedade brasileira, foi um verdadeiro revés impingido à afirmação dos direitos humanos das mulheres. Por mais que o Tribunal da Cidadania empregue esforço retórico para fazer parecer o contrário, se fosse mesmo para prestigiar as mulheres, discriminando-as positivamente e fortalecendo-as, a exigência da representação teria sido uma demanda dos grupos feministas, e não um motivo para que ficassem transtornados, como ficaram. Fizeram falta no julgamento do recurso especial a lucidez e a experiência das ministras Laurita Vaz e Jane Silva. Fizeram falta, também, outras ministras. Certamente, a decisão teria maior legitimidade se os ministros votantes não fossem, como eram, quase todos homens. Vale notar: entre as três magistrad*a*s que se manifestaram sobre o tema, na Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, duas entenderam desnecessária a representação.[7]

---

[6] Deve-se reconhecer que os três ministros vencidos, entre os quais o relator, eram todos homens. Todavia, considerando a composição quase exclusivamente masculina do órgão julgador, não haveria como ser muito diferente.

[7] Refiro-me a manifestações anteriores às do julgamento do Resp 1.097.042 – DF, no qual votaram oito ministros e uma ministra.

Como já se disse: "[...] as mulheres não se equivocam quando rechaçam as regras que se introduzem no mundo, sobretudo porque os homens, sem a presença delas, elaboraram essas regras." É absolutamente pertinente a advertência de Joaquín Herrera Flores: "Tem-se que lutar por uma mudança institucional, jurídica e cultural que inclua *de forma radicalmente igual* ambos os sexos nas mesas de decisão públicas e privadas." (2010, p. 124-125, tradução nossa).[8]

3. Palavras finais

Já era hora de as autoridades públicas buscarem assegurar às famílias brasileiras a paz e a segurança doméstica, de forma real e verdadeira. Já passava da hora de sepultarem-se de vez o adágio "em briga de marido e mulher não se mete a colher" e todas as falácias dele decorrentes, por exemplo: eventualmente, pode ser benéfica para a família a impunidade do agressor doméstico, com a cândida complacência da vítima e do Estado; se a mulher quer ser agredida e gosta de apanhar, a escolha é dela e o Estado não deve se intrometer; a contribuição do Estado na repressão da violência doméstica deve consistir em oferecer algumas "armas jurídicas" para que a mulher tenha algum poder e, a partir daí, tudo é problema do casal.

A violência doméstica deve ser combatida com seriedade e sem transigência, porque humilha, deprime e traumatiza milhares de mulheres brasileiras, afetando também seus filhos, familiares, amigos e, no trabalho, subordinados, colegas e chefes. O exercício de poder pelas mulheres não se conquista permitindo-lhes que "deem um tiro no próprio pé" e contribuam para a impunidade do agressor doméstico, mas sim assegurando-lhes, "radicalmente por igual", a participação nas esferas públicas decisórias, a começar, quem sabe, pela participação igualitária na Terceira Seção do Tribunal da Cidadania.

4. Referências bibliográficas

ACEIRO, Danielle Martins Silva. *Visibilidade jurídica da violência doméstica.* Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/Comunicacao/artigos/danielle.htm>. Acesso em: 28 fev. 2010.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>. Acesso em: 28 fev. 2010.

COORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA [DO STJ]. *ESPECIAL Maria da Penha:* STJ dispensa representação da vítima e Legislativo quer rever lei. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96105>. Acesso em: 28 fev. 2010.

[8] "[...] las mujeres no se equivocan cuando rechazan las reglas que se introducen en el mundo, sobre todo porque los hombres las hicieron sin ellas".
"Hay que luchar por un cambio institucional, jurídico y cultural que incluya *radicalmente por igual* a ambos os sexos en los círculos decisorios públicos y privados".

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica:* Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. La construcción de las garantias. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 111-145.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>. Acesso em: 28 fev. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal.* 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

OLIVEIRA, Noelli. Direitos humanos: violência e impunidade. STJ decreta que ações penais envolvendo mulheres vítimas de agressão doméstica só prosseguirão se a agredida assim o quiser. Decisão, considerada polêmica, abre uma brecha na Lei Maria da Penha. *Correio Braziliense*, Brasília, 25 fev. 2010. Cidades. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/impresso/>. Acesso em: 25 fev. 2010.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Medidas protetivas da Lei Maria da Penha:* aplicação analógica a meninos e homens. In*:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, 69, 01 out. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6827>. Acesso em: 1 mar. 2010.

10

Artigo • 441
Comentário à Jurisprudência • 469
Jurisprudência • CD-ROM
Técnica • CD-ROM

Direito Público Administrativo

A MORAL INTRÍNSECA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

FELIPE VALENTE VASCONCELOS SOUSA
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O presente artigo visa delinear os aspectos filosófico e jurídico da Moral e do Direito, com tracejo nas peculiaridades de cada qual e ênfase na união desses dois institutos na Lei de Improbidade Administrativa. Apresenta as finalidades da Moral e do Direito em lograr a ordem social valendo-se de suas normas, na medida em que ambos trabalham com o homem e pelo homem, individual e coletivamente. Narra, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa como norma jurídica imbuída de valores morais significativos. Expõe os sintomas da má gestão da administração pública, bem como medidas preventivas e repressivas a serem adotadas pelo Estado e pelos cidadãos para eliminar as nuvens de corrupção e de imoralidade que pairam sobre o aparelho estatal e a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Moral; Direito; Lei de Improbidade Administrativa; administração pública; corrupção.

ABSTRACT: The present work intends to trace the philosophical and juridical aspects of Moral and Rights, by pointing out the characteristics of each and emphasising both institutes in the Law of misconduct of office. It also presents the objectives of Moral and Rights to achieve social order by means of their rules, insofar as both of them work individually and collectively with mankind and for mankind. One analyses the Law of misconduct of office as a juridical norm imbued of meaningful moral values, exposes the symptoms of a bad public administration and presents preventive and repressive measures to be adopted by the State to eliminate corruption and immorality from society and the state level.

KEY WORDS: Morality; Rights; Law of misconduct of office; public administration; corruption.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Moral. 2.1. Essência e função social da Moral. 3. Moral e Direito: semelhanças, diferenças e aspectos relevantes. 4. Lei de Improbidade Administrativa. 4.1. A má gestão da administração pública e a corrupção. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Moral guarda em sua natureza um atributo social. Isso significa que ela se revela na sociedade para realizar uma função. Mas o que vem a ser a Moral? Poderia ela entremear-se com normas jurídicas? Tema tão apaixonante será esmiuçado com aliança entre as vigas jurídica e filosófica.

Num primeiro momento, serão traçadas linhas norteadoras sobre a Moral, sua essência e função social, para, posteriormente, compará-la ao Direito, diferenciando-os e estabelecendo entre eles um parentesco na busca pela ordem coletiva. Também é objetivo do trabalho pregar relevantes pontos jurídico-filosóficos acerca da Lei de Improbidade Administrativa, além de explanar breves noções jurídicas sobre essa lei, porque e com qual finalidade foi criada, sua gênese constitucional, o conceito e a origem do termo *improbidade* e a natureza e repercussão social das sanções impostas aos ímprobos. Não serão descurados os motivos que rendem ensejo à má gestão cristalizada na administração pública. A corrupção, tida por muitos como o pior dos males em vista de sua raiz entranhada no aparelho público, será abordada com a devida cautela, inclusive com os meios para combatê-la.

Espera-se que o leitor tenha uma agradável leitura diante dos conceitos, desmembramentos, posicionamentos e realidades aqui expostas com muito zelo.

2. Moral

Seria demasiada pretensão almejar esgotar o sentido do termo *moral* neste estudo que visa não aprofundar o termo em questão, mas relacioná-lo com uma norma jurídica específica. Desse modo, o que se busca, neste tópico, é tecer linhas capazes de elucidar o alcance da palavra *moral*.

Inicialmente, é relevante expressar que não se pode confundir *ética* e *moral*. A ética não cria a moral. A moral pressupõe determinados princípios, normas ou regras de comportamento, e não é a ética que os estabelece numa comunidade. A ética se depara com um contexto histórico-social no terreno da moral, isto é, ela se apresenta diante de uma série de práticas morais já em vigor e, com base nelas, visa determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, bem como as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, e ainda os critérios de justificação desses juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais (VÁSQUEZ, 1987, p. 12).

O filósofo espanhol Adolfo Sánchez Vásquez (1915) conceitua ética como a "[...] teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade" (VÁSQUEZ, 1987, p. 12). Nessa linha de raciocínio, ética é a ciência de uma forma exclusiva do comportamento humano. Essa definição salienta seu caráter científico, o que demonstra a necessidade de abordar cientificamente os aspectos morais. Enquanto ciência, a ética possui como objeto a moral, uma realidade constituída por fatos ou atos humanos. Seu escopo é explicar a moral efetiva para, assim, poder influir na própria moral.

A etimologia da palavra *moral* remonta ao latim *mos* ou *mores*, que significa *costume* ou *costumes*, que compreende normas ou regras adquiridas pelo hábito. Assim, a moral se refere ao comportamento adquirido pelo homem. Por seu turno, a palavra *ética* provém do grego *ethos*, que significa *modo de ser* ou *caráter* visto como forma de vida, sendo também adquirida ou conquistada pelo homem. Assim sendo, originariamente *ethos* (caráter) e *mos* (costume) fundamentam-se num modo de comportamento que não corresponde a uma disposição natural do homem, mas que é adquirido pelo hábito. A doutora em filosofia Maria do Carmo Bettencourt de Faria (2007, p. 37), ao comentar no seu livro *Direito e ética* a abordagem de Aristóteles sobre a ciência *ethos*, destaca que, para o filósofo grego, o "[...] caráter dos indivíduos se forma a partir de sua 'exposição' aos costumes, tradições e valores de seu grupo social". Assim, a ética engloba a formação do caráter e o papel dos costumes numa sociedade. As palavras *ética* e *moral* não se exaurem em seus significados etimológicos, tampouco explicam suas essências de maneira cabal. Não obstante, como o alvo deste estudo não é esgotar suas definições e alcance, essas explanações auxiliam na orientação da matéria.

É relevante dizer que o nascimento da moral somente ocorre no instante em que o homem supera sua própria natureza instintiva e passa a ter uma natureza social, ou seja, quando passa a ser membro de uma comunidade, uma vez que o indivíduo não se forma isoladamente dos demais, mas na interação com os outros. Nesse diapasão, a moral, encarada como regulamentação do comportamento dos indivíduos entre si e destes com a coletividade, reclama que o homem, além de estar efetivamente relacionado com os demais membros de uma sociedade, tenha consciência (ainda que imprecisa) dessa relação para que possa se comportar nos moldes das regras que o governam.

Subjaz um interesse geral em ajustar o comportamento de cada indivíduo aos interesses da coletividade. Nesse ideal, considera-se como bom aquilo que contribui para a união social; em contrapartida, vê-se como mau tudo aquilo que concorre para enfraquecer ou mortificar a coletividade. Assenta-se, então, um divisor entre o que é bom e o que é mau. Seria uma espécie de planilha de deveres fundamentada naquilo que se considera vantajoso ou não para a sociedade. Esses deveres/obrigações levam ao desenvolvimento das qualidades morais referentes ao interesse social, tais como a solidariedade, a disciplina, o amor aos filhos, o respeito às leis etc. Diante disso, as virtudes e os vícios serão assim considerados de acordo com o que for determinado pelo caráter coletivo da vida social.

A moral abrange um conjunto de princípios, valores e normas de comportamento. Para que ela se realize, deve efetivar-se em atos concretos, através dos quais os princípios, as normas e os valores ganham vida. Por isso, mister a encarnação dos princípios e valores pela sociedade para que as diferentes relações e organizações sociais desempenhem a função social da moral, sendo isso uma incumbência não só do indivíduo, mas de toda a coletividade.

Não se pode olvidar de explicitar acerca do ato moral. O comportamento moral integra a vida cotidiana do homem e para comportar-se em sociedade é indispensável a prática de atos, ocasião em que o ser humano deve escolher um dentre os vários possíveis. Um indivíduo opta pelo ato *x* na medida em que ele se apresenta como mais digno, mais valioso, rejeitando o ato *y* ou *z* por se apresentar como menos valiosos, ou com valor moral negativo. Depreende-se, pois, que o ato moral, aquele escolhido, possui um valor para aquele que o elege. Isso não significa que o conteúdo axiológico desse ato abarque somente a conduta boa ou positiva, digna de apreço, significa que o ato pode ser mau, digno de condenação ou censura. De qualquer modo, avalia-se o ato sob a perspectiva axiológica. A avaliação de um ato moral tem cunho eminentemente subjetivo, uma vez que depende de um sujeito que atribuirá ao ato um valor positivo, caso o considere moralmente valioso, ou, considerando-o moralmente depreciativo, imputará a ele um valor negativo, dado que cada ser humano é responsável por sua própria convicção, por lógico.

Em arremate, para orientação desta pesquisa, ter-se-á como definição de moral semelhante aquela adotada por Vásquez, segundo a qual "[...] moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens" (VÁSQUEZ, 1987, p. 49).

2.1. Essência e função social da Moral

Impende asserir que a moral possui em sua essência uma qualidade social, o que significa dizer que ela se manifesta na sociedade atendendo as suas necessidades e realizando uma determinada função. Com arrimo na definição de moral fornecida alhures[1], infere-se que ela menciona dois elementos que compõem sua essência: o *normativo*, composto por normas de ação e pelos imperativos que enunciam algo que deve ser e o *factual* (ou plano dos fatos morais), estabelecido por atos humanos que se concretizam de modo efetivo. Esses dados expõem o âmago da moral.

No plano normativo encontram-se as regras que postulam um tipo de comportamento, a exemplo de *não sejais cúmplice de injustiça* ou *não vos aproprieis de coisa alheia*. Já as ações concretas pertencem sempre ao plano factual, por exemplo: ato pelo qual alguém se demonstra solidário com outrem, denuncia uma injustiça à autoridade etc. Esses atos concretos relacionam-se com determinadas normas morais e, por isso, adquirem um significado moral afirmativo, dado que são valorados pela sociedade como positivos. Em análise oposta, a falta de solidariedade com um amigo ou a cumplicidade numa injustiça pertence ao plano da moral? Por certo que sim, muito embora não possam ser considerados moralmente positivos. É que esses atos, também impregnados de significado moral, são moralmente negativos, pois se referem à violação ou ao não cumprimento de uma determinada norma. Mencione-se que a norma moral *não sejais cúmplice de injustiça* exige um determinado tipo de comportamento, fazendo com que os atos que cumprem essa norma integrem o

[1] A moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens.

mundo dos fatos morais ao mesmo tempo em que se rejeitam do plano factual os atos que acarretam a violação ou o não cumprimento da norma. Depreende-se, pois, que o terreno normativo moral indica um comportamento efetivo: "[...] o normativo existe para ser realizado, o que não significa que se realize necessariamente" (VÁSQUEZ, 1987, p. 51). O normativo reclama uma postura que julga dever ser, que deve se efetivar, ainda que na realidade a norma não se cumpra. Porém, o não cumprimento da norma não invalida, *de per si*, a exigência de sua concretização. Exemplificando, se uma sociedade, ou parcela desta, não cumpre a norma *não sejais cúmplice de injustiça*, esse fato não anula o imperativo que ela seja posta em prática[2]. O normativo prescreve sua realização, e por esse motivo orienta-se no sentido do factual; este, por sua vez, somente assume um *status* moral à medida que puder ser relacionado – positiva ou negativamente – a uma norma. Ambos existem por si próprios, mas não sobrevivem sem a atuação do outro.

Feitos esses apontamentos, urge ponderar sobre a função social da moral.

Segundo o filósofo Vásquez (1987, p. 55), a função social da moral consiste na regulamentação das relações entre os homens (entre os indivíduos e entre o indivíduo e a sociedade) para cooperar, manter e garantir uma ordem social. O termo *cooperar* elucida que, no papel de manter a ordem social, a moral concorre com outros instrumentos, como o Direito, o qual obtém resultados mais concretos e imediatos, diga-se de passagem. As normas coercitivas do Direito (coerção que provém do Estado) fazem com que os indivíduos aceitem (involuntária ou voluntariamente) a ordem social que é juridicamente imposta. Mas sob o ponto de vista da moral, a coerção da norma jurídica não é suficiente, uma vez que o que se almeja é uma integração mais íntima do indivíduo e não somente adesão exterior, pois o objetivo é que os citadinos aceitem, desembaraçada e espontaneamente, os princípios, fins e valores predominantes numa determinada sociedade.

Essa função social contribui para que os atos dos indivíduos – ou de um determinado grupo – disseminem-se proficuamente por toda a sociedade. Sintetizando, a função social da moral visa ajustar a relação entre os indivíduos em busca da paz social, de forma livre e consciente, sem a necessidade de recorrer à imposição coercitiva, além de inspirá-los a aceitar naturalmente determinados princípios, normas, valores e interesses.

Ainda que a moral mude historicamente ou apresente um substrato diverso em diferentes contextos sociais, sua função social permanece a mesma, qual seja, regular as ações dos homens em suas relações mútuas, sempre em mira da integridade e preservação da coletividade.

---

[2] Certamente que se determinada norma moral deixa de ser cumprida por todos os membros de uma comunidade, ela não se extinguirá num primeiro momento; sua extinção será paulatina, com o passar das gerações e através de uma mudança radical na estrutura social e política que acarretará uma transformação significativa da moral.

3. Moral e Direito: semelhanças, diferenças e aspectos relevantes

A relação e distinção entre Moral e Direito é um dos temas mais belos, seja discutido no campo da Filosofia, seja no campo do Direito. Por trás de seu encanto, porém, oculta-se a problemática.

Tal como no capítulo anterior, não se busca aqui exaurir o tema, mas apenas contornar paralelos afins e diversos dos institutos, além de outras peculiaridades.

Em vista da diversidade de teorias a respeito do assunto, muitos extremam um conceito do outro, chegando a criar um muro instransponível entre eles. Não que estejam errados, mas é que a verdadeira arte está em distinguir sem separar[3]. Para ilustrar que esses institutos não se apartam por completo, basta trazer à baila a metáfora utilizada pelo ilustre filósofo político Norberto Bobbio (1909-2004), na qual o italiano aventa que a Moral e o Direito são como o verso e o reverso de uma mesma moeda (BOBBIO, 2004, p. 73).

O intelectual alemão Max Weber (1864-1920), adotando uma postura assaz positivista, considerava o Direito "[...] aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como Direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente"(apud HABERMAS, 2003b, p. 193). Sob o enfoque weberiano, o Direito é independente da Moral e possui racionalidade própria, de maneira que a força legitimadora da forma jurídica não resulta de um relacionamento aberto com a Moral.

Em contrapartida, o sapiente filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1929) desenvolveu uma tese segundo a qual a legalidade deve haurir sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com conteúdo moral, uma vez que argumentações morais se institucionalizam com o auxílio de meios jurídicos (2003b, p. 194). Na visão habermaseana, não vingou a concepção de Weber segundo a qual a racionalidade autônoma e isenta de moral que vive no interior do Direito constitui o alicerce da força legitimadora da legalidade, pois para Habermas "[...] um poder exercido nas formas do direito positivo deve sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito" (HABERMAS, 2003b, p. 214). Habermas (2003a, p. 140-141) repisava a ideia de que "[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais", e, apoiando-se em defensores[4] de sua concepção, conclui que a "[...] legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral" (HABERMAS, 2003b, p. 202). A teoria habermaseana baseava-se na afirmação de que a legalidade só gera legitimidade à medida que a ordem jurídica reage à necessidade de fundamentação conseqüente da positivação do Direito, isto é, conforme forem institucionalizados processos de decisão jurídica revestidos de discursos morais. Para o filósofo

[3] Salvo, por evidente, nos casos em que há razões essenciais que justifiquem a contraposição.

[4] A exemplo de John Rawls, Lawrence Kohlberg e Karl-Otto Apel.

alemão, "[...] a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca". (HABERMAS, 2003a, p. 141).

O Direito, exteriorizado de maneira convencional, e a Moral, interiorizada, complementam-se. Diversamente do que era posto na edificação do direito racional, o qual era visto como uma série de normas suprapositivas, a moral não mais paira sobre o direito, "[...]ela emigra para o direito positivo sem perder sua identidade, de maneira que o direito e a moral procedimentalizada podem controlar-se mutuamente" (HABERMAS, 2003b, p. 218). Tanto o Direito quanto a Moral regulam as relações de um ser humano com outro, caracterizando-se como condutas obrigatórias, imperativas, sempre colimando a garantia da ordem social. Ambos se modificam e evoluem conforme a passagem histórica e a realidade social. Por isso, essas formas de comportamento humano são cobertas por caráter histórico e suas mutações ocorrem, na maioria das vezes, quando há uma mudança drástica no sistema político-social.

Tecidas essas importantes considerações, insta destacar alguns pontos em que os institutos ora convergem, ora divergem.

A discussão a repeito de Direito e Moral existe desde tempos remotos. Desde os pré-socráticos até os estoicos, com passagem pelas lições perenes de Platão e Aristóteles[5], o relacionamento entre os dois institutos é visto sob óticas diversas. O jurista alemão Christian Thomasius (1655-1728) (apud REALE, 2004, p. 54) delimitou a moral ao *foro íntimo*, porquanto o ato moral exige a adesão do espírito à essência da regra, e vinculou o *foro externo* ao domínio especial do direito. Na visão desse jurista, o direito somente se interessa pela ação humana depois de exteriorizada, não se importando com o consciente e a intenção do indivíduo, ao passo que a moral refere-se aquilo que se passa na consciência, de forma que durante o tempo em que uma ação se desenvolve no foro íntimo, não se pode interferir e obrigar alguém a fazer ou abster-se de fazer algo. De certa forma, o pensamento ligado à moral está correto. Todavia, com a devida vênia, em que pese a erudição do jurista alemão, não é adequado afirmar que o direito não considera o mundo das intenções. Ainda que o direito só aprecie a ação do homem quando exteriorizada, ele não pode se esquivar da análise das intenções. Basta aventar o exemplo[6] de que a Lei de Improbidade Administrativa capitula que os atos ilícitos previstos nos artigos 9° e 11 reclamam, via de regra, o elemento subjetivo dolo, à proporção que os ilícitos esculpidos no artigo 10 concretizam-se com o dolo ou a culpa do sujeito ativo.

---

[5] Leciona Miguel Reale (2004, p. 53) que não é certo que tenha havido na Grécia remota uma intenção deliberada em distingui-los, muito embora alguns conceitos daquela época estejam presentes ainda hoje.

[6] Outro bom exemplo está no Direito Penal: o foro íntimo é de suma importância para diferenciar os crimes dolosos dos culposos. O artigo 339 do Código Penal, por exemplo, exige o elemento subjetivo dolo; se o agente pratica o tipo penal previsto na lei, mas age com culpa, ele não responderá pelo crime porquanto fato atípico. "Art. 339, CP: Dar causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena – reclusão, de dois a oito anos e multa".

O saudoso e grandioso jurista brasileiro Miguel Reale (1910-2006) comenta que, de acordo com a teoria do mínimo ético, exposta pelo filósofo e jurista inglês Jeremias Bentham (1748-1832) e desenvolvida, dentre outros, pelo juiz alemão Georg Jellinek (1851-1911), "[...] o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Nem todos realizam espontaneamente as obrigações morais, por isso é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre". (REALE, 2004, p. 42).

Determinadas formas de comportamento humano só são abrangidas pela moral, não estando sujeitas à esfera do direito, como por exemplo: o amor, a solidariedade, a amizade, a compaixão, a bondade etc. Contudo, certos tipos de comportamento humano incidem tanto na arena do direito, enquanto violadores de norma jurídica, quanto no âmbito moral, enquanto violadores de normas morais, podendo ser mencionados os atos que causam prejuízo a outrem (inclusive ao erário – art. 10, Lei nº 8.429/92). Adolfo Sanchez Vásquez (1987, p. 83) ilustra outros exemplos em que determinados comportamentos recaem tanto no palco do direito como da moral: as organizações familiares, e sua relação entre pais e filhos; o matrimônio, e sua relação entre os cônjuges.

É interessante frisar que a moral, por ser insuscetível de coação estatal, existe independentemente da figura do Estado, visto ser a sociedade seu habitat; mas o direito, ao revés, por vincular-se a um dispositivo coercitivo externo eminentemente estatal, supõe a existência do Estado. Nessa linha de pensamento, é possível verificar numa mesma sociedade uma moral que se harmoniza com o poder estatal vigente, ou uma moral que o contradiz. Isso já não ocorre com o direito, na medida em que ele se constitui como sistema jurídico único à sociedade (ainda que sem a aprovação dos membros), haja vista sua subordinação ao Estado. Portanto, na sociedade dividida em classes, subsiste somente um direito, pois vige só um Estado, ao tempo que coexistem duas ou mais morais diversas ou até mesmo opostas.

Passadas essas exposições, convém recordar que atos morais praticados em desfavor do progresso humano (atos moralmente negativos) são comuns no cotidiano. Diante disso, urge uma proteção com mais vigor e rigor dessas normas morais que a comunidade considera imprescindíveis ao bem-estar coletivo. Aí entra o direito, que "[...] não é algo diverso da moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas" (REALE, 2004, p. 42). Decerto que isso não significa que todas as normas[7] jurídicas estão subordinadas à moral, mesmo porque inexiste hierarquia entre os dois institutos.

Existem ainda as denominadas normas jurídicas *amorais*, isto é, normas que não guardam relação com a moralidade, são indiferentes à moral. Por exemplo, o artigo

[7] - Proveitoso citar as sagazes linhas de Miguel Reale, segundo as quais a palavra *norma* lembra aquilo que é *normal*, traduzindo *a previsão de um comportamento que, à luz da escala de valores dominantes numa sociedade, deve ser normalmente esperado ou querido como comportamento normal de seus membros* (2004, p. 36).

23, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa descreve que *as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança*. Ora, em nada mudaria a vida moral se o prazo previsto nesse texto legal fosse de quatro ou seis anos, uma vez que essa norma visa orientar o mundo jurídico.

Dito isso, fica notório que as regras morais são cumpridas voluntariamente, com dispensa de norma externa coercitiva e nela se aflora o comportamento espontâneo do homem, sendo essa conduta em si a razão de sua existência. Inconcebível, pois, a existência de um ato moral fruto da coação. Para que a moral se realize genuinamente, indispensável que se tenha a adesão do indivíduo, pois "[...] quem pratica um ato, consciente da sua moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece" (REALE, 2004, p. 44). Logo, se com base nos princípios morais, um indivíduo não subtrai o que não lhe pertence, ele cumpre voluntariamente um ato convicto de seu valor, coincidindo, pois, o mandamento de sua consciência com o substrato da regra moral. Vê-se, então, que um ato é moral quando a força da consciência está em consonância com o conteúdo da regra moral. Indaga-se: a relação entre vontade interna e regra jurídica ocorre sempre no mundo jurídico? Indubitável que não. Por isso mesmo, as regras jurídicas são realizadas pelo homem (em sua maioria) em virtude da imposição de seu cumprimento.

Miguel Reale narra que a regra moral coexiste com a regra jurídica. Mas sendo a moral incompatível com a coação externa, como já ressaltado, um indivíduo só praticará um ato moral em consonância com a regra jurídica quando se conscientizar de que deixa de fazer algo em prejuízo alheio (REALE, 2004, p. 46). Por exemplo, se um determinado agente público recebe, diretamente, vantagem econômica para tolerar a prática de lenocínio[8], somente poderá deixar de fazê-lo, voluntariamente, quando se convencer de que está prejudicando a sociedade e o Estado e que, ao se abster de praticar tal ilícito/imoral, preserva, valoriza e defende os interesses sociais e do Estado. Somente quando possuir essa consciência é que estará o indivíduo praticando um ato moral em consonância com a norma jurídica.

Ainda nas lições de Miguel Reale (2004, p. 47), o insigne jurista anuncia uma característica elementar que permite diferenciar a Moral do Direito: a *coercibilidade*. E, invocando as palavras do austríaco Hans Kelsen (1881-1973), explica que o Direito é a "[...] ordenação coercitiva da conduta humana". Reale também traz à baila o pensamento do jurista alemão Rudolf von Ihering (1818-1892), pelo qual "[...] o Direito não seria o equilíbrio da balança se não fosse garantido pela força da espada". Habermas (2003a, p. 147), corroborando a coerção do Direito, elucida que "[...] o direito não considera o tipo de motivação, contentando-se em enfocar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra".

[8] Ilícito previsto no artigo 9º, inciso V, Lei nº 8.429/92.

A *bilateralidade atributiva* é outra peculiaridade do Direito exposta por Miguel Reale (2004, p. 51), que a conceitua como "[...] uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo"[9]. Essa característica designa que o Direito atua onde há uma relação entre duas ou mais pessoas, conforme uma ordem objetiva de exigibilidade. O Direito não cuida do homem isolado em si, mas do homem enquanto membro de uma coletividade, em suas relações intersubjetivas.

As normas jurídicas valem objetivamente. É dizer: independentemente da opinião e do consentimento dos indivíduos, as normas jurídicas se sobrepõem às pretensões dos sujeitos. Daí nasce a *heteronomia*, outra característica própria do Direito, considerada como sujeição a uma vontade alheia, ou seja, a condição de uma pessoa ou de um grupo que recebe de um elemento que lhe é exterior à lei a que se deve submeter. O alemão Immanuel Kant (1724-1804) foi quem contribui com essa característica, asserindo ser o Direito heterônomo (e a Moral autônoma), visto que nem todos cumprem as normas jurídicas com boa vontade (apud REALE, 2004, p. 49).

O *caráter político* do Direito é um de seus atributos que também merecem registro. É que o Direito possui, dentre outras, uma característica convencional que se traduz na sua entrada em vigor, no ordenamento jurídico, por meio de deliberações de um legislador político, podendo ser modificado a qualquer momento a critério deste. Dessa feita, diversamente do que ocorre com as normas morais (que representam um fim em si mesmas), as normas jurídicas também são utilizadas para consecução de fins políticos; "[...] elas não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, como é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos" (HABERMAS, 2003b, p. 218).

Em suma, Moral e Direito possuem características substancialmente próprias que possibilitam cada qual desempenhar sua relevância no seu campo de atuação. Tal fato, todavia, em nada obsta o caminhar simultâneo e harmonizado entre os dois institutos em dadas situações, dando azo a um direito moralizado.

4. Lei de Improbidade Administrativa

No capítulo em mote, serão tratados alguns pontos relevantes a uma compreensão acerca da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a célebre Lei de Improbidade Administrativa, que será identificada, doravante, pela sigla LIA.

A Lei de Improbidade Administrativa visa à punição dos atos ímprobos em três

[9] O professor desmembra esse conceito em alguns elementos. Cabe asseverar que a intenção aqui não é aprofundar o conceito da característica, como faz o professor Reale, mas sim tecer breves comentários a respeito.

categorias: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º)[10], atos que causam prejuízo efetivo ao erário (art. 10)[11] e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11)[12]. É uma lei de alcance nacional, importando dizer que se aplica a todos os agentes públicos de qualquer órgão público brasileiro, seja a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem ainda empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1º). Pouco importa se o servidor ocupa cargo de alto escalão no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou se exerce função pública tida como a mais humilde: onde houver prática de ato de improbidade, lá estará a LIA para punir os responsáveis[13]. Ela tem por escopo "[...] a defesa e a preservação dos valores éticos da Administração Pública do comportamento do agente público, sem descuidar do aspecto patrimonial" (MARTINS JUNIOR, 2002, p. 318).

Para os efeitos da Lei nº 8.429/92, considera-se agente público aquele que *"[...] exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função [...]"* (art. 2º) nas entidades citadas no artigo 1º da Lei, incluídas, ainda, as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual[14] (parágrafo único, art. 1º). Gize-se que as disposições previstas na lei também se aplicam, no que couber, "[...] *àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."* (art. 3º).

Quanto às sanções lá fincadas (art. 12), decidiu o legislador por uma *gradação das sanções*[15], mas em geral, observada a alteração dos prazos conforme a gradação legal, a prática de atos fixados nos artigos 9º, 10 e 11 ensejam: I- ressarcimento do dano; II- a perda dos bens adquiridos de maneira ilícita; III- perda da função pública; IV- suspensão dos direitos políticos; V- multa; VI- proibição de contratar com

[10] Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente [...].

[11] Art. 10 Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente [...].

[12] Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...].

[13] Certo é que a amplitude da LIA incomoda muitos agentes públicos. Alguns, tomados por ares altivos em razão de ocupar cargos de cúpula do poder, julgam (equivocadamente) ser insuscetíveis de sua aplicação. É o que ocorre no caso da Reclamação nº 2.138/DF, ofertada no Supremo Tribunal Federal.

[14] No caso dessas entidades, a sanção patrimonial será restrita à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

[15] MINAS GERAIS, Ministério Público, 2008, p. 2062.

o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o ímprobo seja sócio majoritário.

Dito isso, torna-se interessante destacar alguns traços que designam os planos de atuação da moral e da moralidade, termos distintos mas que operam conjuntamente.

A Moral atua no plano do ideal, ao passo que a moralidade age no plano real. A moral inclina-se a transformar-se em moralidade a partir da exigência de realização encontrada no âmago do plano normativo. A moralidade é um componente efetivo das relações concretas que ocorrem entre os indivíduos e a sociedade, é a moral em ação, a moral prática e praticada. A moral e a moralidade se relacionam, pois, com os planos normativo (ideal) e factual (concreto), expostos no item 2.1. Em conformidade com o pensamento do insigne filósofo Vasquez (1987, p. 52), a Moral designaria o conjunto dos princípios, normas, imperativos ou idéias morais de uma época ou de uma sociedade determinada, ao passo que a moralidade se referiria ao conjunto de relações efetivas ou atos concretos que adquirem um significado moral com respeito à 'moral' vigente. A despeito de constituírem esferas próprias, a moral e a moralidade não operam separadamente e, por isso, muitas vezes, alguém se refere a um termo utilizando o significado do outro. Para fins de didática, serão utilizados, aqui, um e outro termo sem a dicotomia assinalada.

Consolidadas essas informações, calha mencionar os motivos que ensejaram a criação da LIA. Desde tempos remotos, a sociedade sempre distinguiu os comportamentos humanos. De um lado, o bem, decorrente da virtude, e do outro, o mal, derivado do vício. Ambos são vistos (e sempre foram) como elementos bipolarizados da vida social, perpassando, em todo processo histórico, por vários segmentos de valoração na esfera humana, tais como o social, ético, religioso, econômico, dentre outros. A virtude (bem) e o vício (mal) são ínsitos ao comportamento e grupamento humanos e deles indissociáveis. O valor positivo "probidade" (virtude) e o valor negativo "improbidade" (defeito) são fatores de avaliação social e, muito embora tenham raízes sociais (porquanto identificadas na sociedade), veem-se presentes na relação entre o homem e o Estado. Tanto é assim que filósofos-políticos nunca as deixaram escondidas sob véu; faziam-lhes sempre menção, seja por meio de aconselhamento, seja por exprobração.

É perceptível no processo histórico-filosófico que sempre se fez alusão à improbidade dos homens da sociedade e dos homens do Estado. Aquela caracteriza a improbidade comum, intrínseca à humanidade em geral; esta (improbidade dos homens do Estado) é a improbidade administrativa, que atinge os valores do Estado.

O Direito brasileiro teceu configurações sobre a improbidade administrativa, destacando a necessidade de impor sanções àqueles que agissem em

desconformidade com os valores morais. Foi a Constituição da República de 1988 que consignou princípios e normas no tocante à moralidade e improbidade, notadamente em seu artigo 37, *caput*[16] e §4°[17].

Nas linhas de inteligência de José Afonso da Silva, ponderadas em sua obra intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, o § 4° do art. 37 veicula norma constitucional de eficácia limitada, delineadora de princípio programático. Após tecer as considerações de Vezio Crisafulli[18] (hauridas com base na Constituição italiana) sobre o significado de normas programáticas, José Afonso arremata com o conceito fornecido por José Horácio Meirelles Teixeira, segundo o qual normas programáticas são:

> Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (TEIXEIRA, 1998, p. 138).

O § 4° do artigo assinalado invoca como sanção aos atos de improbidade a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. O que se infere é que o constituinte, enfastiado com numerosos e variados casos de desvio de poder e diante da ineficácia do combate à improbidade, impôs à administração pública e aos administrados um comportamento reto e digno, determinando o afastamento da corrupção.

A estafa do constituinte se espelhou no legislador ordinário. Através da Mensagem nº 406, de 14 de agosto de 1991, o então presidente da República Fernando Collor de Mello encaminhou ao Congresso Nacional a Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, elaborado pelo ex-ministro da Justiça Jarbas Passarinho, visando *dar*

---

[16] Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, grifo nosso).

[17] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[18] O jurista italiano, além de vincular as normas programáticas às relações ético-sociais e econômico-sociais e dizer que elas constituem verdadeiro programa de ação (assumido pelo Estado), fornece, dentre outras, a definição de que normas constitucionais de conteúdo programático são *normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados* (apud SILVA, José Afonso da., 1998, p. 138).

execução ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição[19]. Na Exposição de Motivos, o ex-ministro ressalta que:

> Uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.

De tais circunstâncias, com sustentáculo nos parâmetros constitucionais e na insatisfação social (e do próprio Estado) em ver o agente ímprobo quase sempre impune, veio à luz a Lei Federal n° 8.429/1992, mirando regular, com maior especificidade, as situações caracterizadoras de improbidade, bem como seus autores, as sanções, o trâmite processual apto à responsabilização do ímprobo etc. A LIA nasceu no intuito de resgatar os valores morais tão caros à sociedade.

Diante da especificidade do tema discutido, torna-se salutar compreender o que significa o termo "improbidade". De Plácido e Silva fornece a seguinte contribuição:

> Improbidade: derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de *desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter*. Desse modo, *improbidade* revela a qualidade do homem *que não procede bem*, por não ser honesto, *que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência*, por ser amoral. *Improbidade* é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. (2006, p. 714, grifo do autor).

O sapiente jurista Emerson Garcia (2002, p. 76) também auxilia na etimologia da palavra *probidade*. A origem mais remota do termo provém do latim *probus*, significando aquilo que brota bem (*pro* + *bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), simbolizando o bom, o que tem boa qualidade. O jurista segue dizendo que o vocábulo passou a ser utilizado de modo metafórico na designação de indivíduos leais, íntegros, honrados, que têm bons costumes, virtuosos etc. O uso figurado do termo se consagrou e redundou no acobertamento de seu real significado. "Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade" (GARCIA, 2002, p. 76).

Conforme descrito, a LIA tem gênese na Constituição Federal (artigo 37, § 4º), configurando-se, portanto, como instrumento de realização do princípio maior, o da

---

[19] - Publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, 17 de agosto de 1991, p. 14124. A Exposição de Motivos foi obtida através de contato no *site* www.camara.gov.br, no *link* "Fale Conosco". A resposta foi recebida no endereço eletrônico <felipevvasconcelos@hotmail.com>.

moralidade administrativa. Na visão de Karl Larenz (1903-1993), um princípio jurídico tem função dúplice: uma positiva, que consiste na influência desempenhada sobre a regulação de sucessivas decisões; e uma negativa, que acarreta a exclusão dos valores e normas contrárias ao princípio (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 16).

Na obra *Princípios constitucionais da Administração Pública*, de Carmem Lúcia Antunes Rocha (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 103), a autora traz a lume a noção de que os princípios constitucionais são primários, dos quais derivam outros princípios denominados pela jurista de subprincípios em relação aos anteriores, estando estes inseridos na planilha constitucional implícita ou explicitamente. Assevera a ilustre jurista que eles, princípios e subprincípios, complementam-se, advertindo que estes, por serem secundários, são menos gerais que aqueles (princípios), a despeito de serem submetidos à mesma regência de fundamentalidade que impera nas diretrizes básicas constitucionalmente cravadas. "São eles (subprincípios) decorrentes daqueles (princípios), dos quais nascem e para cujas aplicações e realização se acrescem aos primários, no mesmo sistema, a fim de dar leveza e concretude às normas constitucionais" (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 103).

Com efeito, o princípio da probidade administrativa origina-se do princípio da moralidade administrativa e é formado pelos mesmos valores incidentes neste. A ele incumbe efetivar a moralidade, além de cumprir uma atuação de garantia da eficácia dos princípios da administração pública, ainda que de modo proibitivo (sentido negativo), vislumbrando-se nele, pois, um conteúdo próprio.

Deve ressaltar-se que, embora a probidade seja extração da moralidade, não basta, para sua análise, a observância pura da moralidade, pois não são conceitos idênticos. Cumpre aferir toda uma ordem de princípios (eficiência, razoabilidade, impessoalidade, legalidade etc), e não só o da moralidade, dado que todos os agentes públicos devem cingir-se à normatização existente. É possível dizer, portanto, que a probidade é peculiar aspecto da moralidade administrativa, mas não é por ela delimitada. Assim, de acordo com Marcelo Figueiredo (2004, p. 42), incumbe ao intérprete absorver o conteúdo da probidade na Constituição Federal e na lei.

É repisado que a probidade administrativa decorre do princípio da moralidade administrativa, sendo possível afirmar, por conseguinte, que a LIA é uma norma jurídica revestida de caráter moral, uma vez que visa à instrumentalização daquele princípio constitucional, regendo preceitos morais e jurídicos a serem cumpridos no âmbito da administração pública. Ademais, a Constituição revela que boa parte de seus princípios possuem natureza dúplice: moral e jurídica (HABERMAS, 2003b, p. 203).

O jurista francês Maurice Hauriou (1856-1929) foi o pioneiro no estudo da moralidade administrativa. Forte no ideal de combate ao desvio de poder praticado pela autoridade pública, Hauriou ampliou a teoria do desvio de poder baseado na defesa da moralidade como princípio basilar da relação entre o homem e o Estado, na medida em que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um aparelho utilizado

em prol da coletividade. O saudoso jurista brasileiro Hely Lopes Meirelles sintetizou as percepções consagradas na obra clássica de Hauriou, *Précis Élementaires de Droit Administratif*. No que atine ao princípio da moralidade, o francês posiciona-se no sentido de que "[...] não se trata [...] da 'moral comum', mas sim de uma 'moral jurídica', entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração" (apud MEIRELLES, 1999, p. 83). O professor Hely substancia ainda mais as concepções de Hauriou:

> O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – *non ominae quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para a sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum. (MEIRELLES, 1999, p. 83, grifo do autor).

Ainda na obra de Hely, o jurista menciona que a moralidade administrativa está umbilicalmente vinculada ao conceito de *bom administrador*. O jurista Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ressalta que o *bom administrador* é aquele que, valendo-se de competência legal, pauta-se nas regras vigentes sem olvidar a moral comum. Quando se fala em "[...] boa administração, referimo-nos subjetivamente a 'critérios morais' que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador" (apud MEIRELLES, 1999, p. 84). De acordo com Antônio José Brandão, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente "[...] o exercício do senso moral com que cada homem é provido" (GARCIA, 2002, p. 45).

Juristas do naipe de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2002, p. 43) não compartilham do posicionamento de Maurice Hauriou. Eles não vislumbram uma dicotomia absoluta entre a moral comum e a moral jurídica, razão pela qual é possível uma relação entre ambas, permitindo assim a violação de uma quando da violação de outra e vice-versa. Ressaltam os juristas que "[...] não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta" (GARCIA; ALVES, 2002, p. 39).

O princípio da moralidade administrativa, correlatamente à moral comum, também determina a observância de valores ao administrador, valores estes que se revestem de certa peculiaridade em decorrência da própria essência de sua atividade

administrativa. Ao passo que "[...] a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal" (GARCIA, 2002, p. 44).

Em consonância com o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Melo, *o princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais*[20].

A moralidade restringe e guia a conduta administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, incluídas também as atividades legislativas e jurisdicionais. Possui como elementos a honestidade, a boa-fé e a lealdade, além de objetivar uma boa administração. Ela exige que os agentes públicos não menoscabem os valores que emanam dos direitos fundamentais dos administrados, o que redunda na valorização à dignidade da pessoa humana (artigo 1°, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil/88)[21]. A ofensa ao princípio, leve ou grave, havendo ou não prejuízo patrimonial ao erário (com algumas exceções que serão vistas adiante), poderá implicar a anulação do ato administrativa ou judicialmente, podendo ser, neste último caso, via ação popular (art. 5°, inc. LXXIII, CF/88)[22], que tem por titular qualquer cidadão eleitor, ou ação civil pública, cujos legitimados se restringem ao rol do artigo 5° da Lei Federal n° 7.347, de 24 de julho de 1985[23], com redação dada pela Lei Federal nº 11.448, de 2007.

Urge reiterar que o princípio da probidade administrativa aquilata a implementação do princípio da moralidade administrativa, confiando aos cidadãos um direito público subjetivo[24] a uma administração pública honesta e proba. A observância dos princípios administrativos, mais que um dever do administrador público, é um direito subjetivo de cada cidadão. O erudito Rodolfo de Camargo Mancuso haure dos arts. 5º, LXXIII, e 37, ambos da CF/88, o direito subjetivo público a uma administração pública incorruptível e eficiente (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 100).

O princípio da moralidade administrativa constitui valor difundido socialmente. Com efeito, a moralidade administrativa pertence a toda coletividade indivisivelmente considerada, configurando-se como interesse difuso por excelência, tendo, pois,

---

[20] Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661/MA, citado pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski no RE 579.951-4/RN.

[21] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

[22] Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...].

[23] Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, dentre outros.

[24] À luz do pensamento de Miguel Reale (2004, p. 267), *o reconhecimento de direitos públicos subjetivos começa a ser feito quando se constituem as primeiras formas de governo representativo*.

como titular a coletividade. A guarida jurídica dos direitos e interesses metaindividuais no ordenamento brasileiro contempla a tutela da moralidade e da probidade administrativas. Esta, enquanto arma da moralidade, abraça a mesma natureza de indivisibilidade e indisponibilidade, possuindo a mesma titularidade.

Na obra *Ação Popular*, Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 19-20) salienta que o que hoje são chamados direitos subjetivos públicos se referiam, antes, aos *direitos do homem*, que se vinculavam ao *direito natural*. Com o passar do tempo, os direitos subjetivos públicos, também denominados *liberdades públicas*, passaram a ostentar um *status positivista*, visto que alguns dos direitos ínsitos à própria condição humana obtiveram roupagem de garantia constitucional, concebendo lídimos *créditos* em prol dos cidadãos. Miguel Reale (2004, p. 268) leciona que a teoria do direito público subjetivo possui cunho assaz relevante, uma vez que concede ao cidadão a esfera de ação inviolável, na qual o poder público não pode adentrar. Isso porque *todos os direitos públicos subjetivos pressupõem o 'direito fundamental de liberdade', entendida em sua dupla valência, como poder autônomo de ser e agir na esfera privada (liberdade civil) e na esfera pública (liberdade política)*[25].

Ainda no que toca ao princípio da moralidade, insta vincar a noção extraída do brilhante voto do ministro do STF Joaquim Barbosa, no voto perfilhado na ADC 12-MC/DF, citado pelo eminente ministro Ricardo Lewandowski, também do STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 579.951-4/RN[26]:

> O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma *moral coletiva*, pois ele reflete um conjunto de *crenças e valores* profundamente arraigados, que emanam da *autoridade soberana*, ou seja, do *povo*. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se *grave sintoma* de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva. (Grifo do autor).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 108) discorre que a dificuldade em conceituar a moralidade administrativa respalda-se no fato de que ela se situa na *zona fronteiriça* entre o Direito e Moral[27]. Recorda, ainda, o jurista, que não há oposição recíproca entre os valores *lei* e *moral*, mesmo porque *ética* é gênero do qual Direito e Moral

---

[25] Reale disserta ainda que, para identificar outros direitos públicos subjetivos, basta ler o Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente os Capítulos I, II e IV.

[26] O RE 579.951-4/RN, um dos precedentes que originaram a Súmula Vinculante nº 13 do STF, tinha como objeto a análise de eventual prática de nepotismo no âmbito da administração pública do Município de Água Nova/RN.

[27] Por esse motivo, existe certa resistência na doutrina e jurisprudência em admitir a moralidade administrativa como categoria jurídica autônoma. Em sua obra, o jurista lista argumentos favoráveis arrematando que a moralidade administrativa pode e deve ser considerada uma categoria jurídica autônoma, na medida em que um ato administrativo por ser legalmente formal e não lesivo ao erário, mas ser moralmente insustentável (MANCUSO, 2003, p. 112).

são espécies que têm como ponto de encontro a valoração de comportamentos humanos, criando, assim, normas de conduta (MANCUSO, 2003, p. 113).

Abordadas essas linhas concernentes ao princípio da moralidade administrativa, é conveniente adotar breves apontamentos sobre as sanções[28] previstas na LIA.

A Lei nº 8.429/92 (no parágrafo único, art. 1º, e no art. 12) emprega a expressão *penas* para designar a aplicação das sanções, o que promove interpretações equivocadas segundo as quais as sanções da LIA teriam cunho penal. Tradicionalmente, cominavam-se sanções de natureza penal aos agentes ímprobos, ainda que com efeitos políticos, consoante nos informa Teori Albino Zavascki (apud MINAS GERAIS, 2008, p. 2061). Hoje, ao ler o § 4º do art. 37 da CF/88, extrai-se que a sanção possui natureza civil, ou, melhor dizendo*, político-civil*.

A transgressão do dever de probidade enseja a persecução judicial para a imposição aos responsáveis das sanções previstas na LIA, aplicando o juiz sanções civis, independentemente de outras sanções penais, civis e administrativas. Em analogia ao brilhantismo de Miguel Reale, pode-se dizer que a norma jurídica[29] "[...] brilha com esplendor insólito no instante mesmo em que é violada. A regra, embora transgredida e porque transgredida, continua válida, fixando a responsabilidade do transgressor" (REALE, 2004, p. 36).

O âmago da sanção não se constitui no prejuízo gerado pelo ímprobo, mas na imperiosidade de repelir o desalinho social gerado pela improbidade, aliado à reconstrução da soberania do direito. Seu desdobramento lógico oportuniza a concreção do bem estar coletivo. Além de observar aspectos jurídicos, a proporção da sanção deverá abranger um sentido psicológico, fixando um efeito moral entre o ilícito perpetrado e a sanção, ou seja, entre as forças morais existentes no mal proporcionado à sociedade e na consolação que será empregada para serená-la. As sanções a serem aplicadas ao agente que demonstrar inabilitação moral para o exercício da atividade pública devem ser adequadas para configurar uma reação socioinstitucional, visto ser ela (sanção) a moeda com que se paga o ato de improbidade.

O novo modelo de probidade administrativa exposto pela Constituição da República implica a afirmação de que o Estado não mais se preocupa somente com sua proteção patrimonial no âmbito civil; enfatiza-se também a proteção dos valores

---

[28] *Sanção* provém do latim *sanctio, sanctionis,* de *sancire*. Etimologicamente, o vocábulo possui dois significados distintos: a) aprovação ou confirmação que se dá à lei; b) ordenação ou imposição de um castigo disposto numa regra legal. A segunda concepção é a que interessa aqui, vale dizer, a sanção vista como *meio coercitivo disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando ou a sua ordenança. Logo, sanção e coercibilidade têm significados idênticos. Por ela (sanção) é que se torna efetiva a coação, asseguradora do direito, pela qual se convoca a proteção do poder público* (SILVA, De Plácido e., 2006, p. 1254).

[29] Na obra de Miguel Reale, o professor utiliza a expressão *norma ética*. Aqui, cambiou-se a expressão para *norma jurídica* para melhor adequá-la ao enredo do texto.

morais da administração pública e também da sociedade. Essa nova conotação harmonizou as sanções repressivas de ordem patrimonial e moral. A LIA, no art. 21, inc. I[30], e nos incisos I e III do art. 12 (nas hipóteses em que aludem *quando ocorrer*), dispensou a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público para a aplicação das sanções, confirmando a assertiva de que ela não acolhe somente a proteção dos valores patrimoniais da administração, mas também dos valores morais.

Nas situações do artigo 11 (atentado contra os princípios da administração pública), muitas delas não caracterizam lesão patrimonial ao erário público, muito embora essa circunstância possa ocorrer, a exemplo dos incisos II[31] e V. As hipóteses do artigo 11 caracterizam, em verdade, violações a princípios, aduzindo à doutrina a presença de dano moral presumido em tais casos.

A par da ação popular, que veicula a moralidade administrativa como causa autônoma, isto é, independentemente de lesão ao erário, a ação civil pública de responsabilidade por ato improbidade tem por objetivo conduzir à moralidade administrativa, porque ela reprime os atentados a valores morais e éticos do poder público, independentemente de efetiva lesão ao erário no seu sentido patrimonial, de maneira que a simples violação dos deveres inerentes ao agente público pode provocar sua responsabilidade. Por essas razões é que a LIA, no art. 21, I, dispensa a aplicação das sanções da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, merecendo algumas ressalvas, visto que a interpretação do art. 21, I, deve ser realizada em harmonia com os demais preceitos da LIA, mormente o art. 10, pois, para uma conduta ser enquadrada nesse artigo, é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio público, o que, obviamente, não poderia ser dispensado por aquele dispositivo (art. 21, I). Em síntese, a desnecessidade de efetiva ocorrência de dano ao erário não se aplica nas hipóteses de atos de improbidade que geram prejuízo ao erário (art. 10).

Por fim, sobreleva notar que a moral administrativa é bem mais rígida que a moral comum. Quando se viola uma norma moral, tem-se como única conseqüência a reprovação social (e talvez a do próprio violador a si mesmo). O fato de não haver nenhuma reprimenda enseja, ao menos em tese, a reiteração da prática daquele ato moralmente negativo, caso o transgressor da norma não se conscientize de que aquele ato é contrário ao bem comum. O mesmo não ocorre com a moral administrativa (ao menos em tese)[32], pois diante de uma irregularidade, a sanção jurídica, com a força que lhe é peculiar, emerge para reequilibrar aquilo que foi empenado.

---

[30] Art. 21 A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe: inc. I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

[31] O inc. II prevê o *ressarcimento integral do dano, se houver*.

[32] Pode ocorrer de o agente, mesmo sendo punido severamente, não se sentir coagido e voltar a praticar atos ilícitos.

Assim é que, diante da limitação da Moral em estabelecer uma ordem social com mais acuidade, exsurge o Direito para chegar aonde ela não alcança. É como se a Moral esticasse todo o seu braço para lograr a paz social e, vendo o Direito sua insuficiência, segura sua mão e a auxilia com força jurídica para, caminhando juntos, aportarem nos lugares mais recônditos e inalcançáveis.

4.1. A má gestão da administração pública e a corrupção

Através de pessoas jurídicas criadas pelo Estado, visa-se organizar as relações sociais para atender as necessidades públicas. Os agentes públicos, investidos em funções públicas por diversos meios de investidura ou vínculo, quando executam as funções que lhes incumbem, emanam a própria vontade do Estado visualizando o convívio pacífico entre os indivíduos. O Estado do plano ideal nem sempre é o mesmo do plano real. E o Direito, ciente desse fato, disponibiliza meios coercitivos para a responsabilização do agente público que procedeu mal, que aviltou o nobre poder que lhe fora concedido.

Muitos que exercem cargos públicos se valem dessa condição para adquirir regalias, obter vantagens ilícitas, desviar dinheiro público etc., e é por esse motivo que a moralidade administrativa nunca foi relegada a um segundo plano, dada sua relevância no combate ao mau agente público.

Em vista dos graves atos de corrupção praticados por agentes públicos, aliado à impunidade dos que os executaram, difundiu-se na sociedade brasileira uma tradição de improbidade, através da qual os maiores escândalos com a coisa pública passaram a ser encarados com naturalidade, com passividade social. Essa cultura da não punição dos autores dos atos imorais e da passividade da população foi estimulada por anos a fio, dela nascendo adágios do tipo *rouba, mas faz* e o mal da descrença da sociedade brasileira em suas instituições (MARTINS JUNIOR, 2002, p. 2).

A reiteração de práticas corruptíveis, junto ao inevitável surgimento de uma concepção de que, além de fatais, elas são toleráveis, enseja uma *institucionalização da corrupção*[33], uma *cultura de improbidade*[34], cuja tendência diminui a consciência coletiva de reforma, tornando a corrupção e a instituição pública irmãs siamesas. Essa concepção incorpora valores imorais no ambiente social e na própria administração pública, depreciando valores tão caros à nação.

A corrupção, derivada do latim *corruptio*, que significa "[...] explosão do âmago, de um fruto, em razão de sua podridão interna, consiste num desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável" (CARVALHO, 2007, p. 841). Consoante o mestre Emerson Garcia (2002, p. 4), "[...] a corrupção está

[33] GARCIA, 2002, p. 4.

[34] MARTINS JUNIOR, 2002, p. 2.

associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público".

Restou constatado no Relatório Final da Comissão de Diagnóstico da Legislação Centro-americana no tema da corrupção[35], no marco da Cúpula Centro-americana contra esse mal, que a "[...] corrupção como tal representa uma das práticas humanas mais generalizadas e com efeitos tão perniciosos e devastadores que seu exercício impossibilita a saúde moral dos povos, impede o desenvolvimento econômico sustentável das nações e representa um poderoso obstáculo para obter a paz e harmonia social" (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 55).

As situações e os modelos de má gestão da administração pública são diversos, o que significa que devem ser empregadas variadas e intensas formas de controle e fiscalização no seu combate – a depender de cada caso específico. Importante que se diga que, contrariamente ao que aparece nos meios comunicativos, a corrupção não é o único modo de má gestão pública; existem outras patologias, outras figuras jurídicas que também maculam a fisiologia do Estado, a despeito de se conectarem reciprocamente. Por evidente que não há um rol taxativo de espécies que causam a má gestão pública. Um tipo que pode ser citado é a desonestidade funcional dos homens públicos, a qual se vincula à degradação moral dos agentes públicos; outro tipo é a ineficiência funcional. Esses fenômenos, que estão dentro da noção de má gestão pública, apresentam dimensões éticas, sociológicas e históricas remotas, sendo certo que elas se transfiguram e assumem nova roupagem a partir do surgimento do Estado Moderno e dos paradigmas da pós-modernidade (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 463).

Cabe pronunciar que as origens histórica, ética e sociológica da corrupção no setor público também são longínquas. A corrupção delineava e segue delineando o antigo fenômeno ético-social da desonestidade funcional dos agentes e, tal como a podridão moral do homem público, possui caráter universal e global, em que pese haver maior incidência nos países subdesenvolvidos, notado que o ambiente de carência e de impunidade propicia práticas corruptas e corruptoras mais facilmente (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 57).

O que se constata ainda hoje é que o dinheiro público é despendido com atos de motivação frívola, imoral e ineficiente, além de finalidade dissociada por cabal do interesse público, e do desprezo à razoabilidade/proporcionalidade. As lições que se extraem sobre a corrupção generalizada no serviço público geram aforismos do tipo: "Jogue um fruto fresco a um cesto que contém outros já deteriorados e em breve também ele o estará" (GARCIA, 2002, p. 3).

O distinto professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 8) explica a corrupção como um dos fatores da crise de governabilidade,

[35] Encontro Regional Contra a Narcoatividade e a Corrupção. San José, Costa Rica, 2000. Centro Americano da Legislação contra a Corrupção (2000).

em situação depreciadora da democracia. Ainda em seu ensinamento, o professor destaca três modelos de corrupção: a *corrupção-suborno*, caracterizada pela busca de vantagens patrimoniais indevidas; a *corrupção-favorecimento,* evidenciada pela concessão de privilégios a particulares, sendo esse tipo muito disseminado em sociedades onde não há uma reserva mental de distinção entre o privado e o público; e a *corrupção-solapamento*, podendo esta atingir o alicerce último da legitimidade do sistema, pois arruína padrões da moral social imprescindíveis à estabilidade das instituições.

Alfonso Sabán Godoy explicita que a contribuição do jogo político-partidário é, sem dúvida, uma das formas que dissipam o dever de probidade, uma vez que é no período de postulação à investidura em mandatos que se pactuam (e se confundem) os interesses públicos com privados. Outra forma que rompe com o dever de probidade (fomentando, por consectário lógico, a corrupção) é citada pelo jurista José Alfredo Oliveira Baracho, qual seja, o *financiamento público e os gastos dos partidos políticos, quando se examinam o financiamento público e o financiamento privado*. Para Baracho, o financiamento privado de partidos políticos gera, numa expectativa de vitória, a retribuição (por agradecimento) através de favores pessoais, seja com obras e serviços sem licitação, seja com desvio de dinheiro público para terceiros determinados etc. (apud MARTINS JUNIOR, 2002, p. 4).

Consabido que a corrupção está arraigada na administração pública brasileira, fato é que poucas linhas de inconformismo e protestos isolados no meio social não mudarão o atual cenário. Impende, pois, um trabalhoso processo de conscientização social em suas diferentes camadas. Coibir a proliferação da corrupção é dever de todo e qualquer cidadão, pois somente assim é que se evitará a depravação do Estado. Malgrado seja tarefa árdua, é preciso detectá-la desde o começo para impedir maus maiores, pois, conforme salienta o italiano Nicolai Maquiavel (1469-1527) no clássico *O Príncipe*:

> Também aqui, como dizem os médicos sobre a tuberculose, no início o mal é fácil de curar e difícil de diagnosticar. Mas, com o passar do tempo, não tendo sido nem reconhecida nem medicada, torna-se fácil de diagnosticar e difícil de curar. O mesmo sucede nos assuntos de Estado. Prevendo os males que nascem, o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente. Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio (apud GARCIA, 2002, p. 4).

É necessário conscientizar, principalmente, aqueles que vivem na ignorância, pois eles não se insurgem contra o corrupto, são passivos. O agente corrupto desvia dinheiro público e afasta o povo ignorante da solidificação do ideal de cidadania; o povo fica mais pusilânime e dependente daqueles que o lesaram, inviabilizando, assim, a quebra do ciclo (o que muda são os personagens).

A guerra contra a corrupção pode ocorrer de modo preventivo ou repressivo. A repressão se dá com arrimo na ampla estrutura normativa já em vigor, agindo como consolo à ferida. Ocorre que, além de meios legais eficientes já existentes no combate à improbidade administrativa e à corrupção, exige-se uma ampla reforma legislativa nos mais variados ramos que favorecem o desvio moral de conduta dos agentes públicos, podendo ser mencionadas as legislações financeira, eleitoral, orçamentária, licitatória etc., atentando-se sempre aos meios sórdidos utilizados na burla de princípios e leis. Num país em que a corrupção está enraizada, é sempre muito bem vinda a sistematização de leis e princípios que tracejam o obrar do agente público.

A prevenção, por sua vez, visualiza a consolidação dos padrões éticos, através de uma política educacional para minimizar as chagas existentes assim como purificar as próximas gerações. Um ótimo exemplo de programa educacional no combate (educativo) ao tema em tela é o projeto denominado *O que você tem a ver com a corrupção?*, lançado pelo Ministério Público estadual de Santa Catarina, na figura do promotor de Justiça e Coordenador-Geral do projeto, Doutor Affonso Ghizzo Neto[36].

Dentre outras finalidades[37], o dito projeto objetiva prevenir, por meio da educação, a ocorrência de novos atos de corrupção através da conscientização de toda a sociedade, mormente as crianças e os adolescentes (gerações futuras), sobre os valores da honestidade e transparência dos atos do cidadão comum – o que não deixa de atingir o agente público que, afinal, também é cidadão – bem como estimular novas gerações a construir, em longo prazo, um Brasil mais sério e justo, com ênfase no princípio de que é preciso dar o bom exemplo, através de atos rotineiros que colaboram na formação do caráter. Reputa-se válida a citação de alguns trechos da campanha para ressaltar sua relevância:

> A necessidade de uma ética humana comum para a sobrevivência coletiva e harmônica deve ser construída a partir da singularidade do sujeito, respeitadas as diferenças e pluralidades múltiplas da raça humana. Uma sociedade só se modifica, quando os indivíduos que a compõem se modificam. *E toda mudança envolve educação*. No Brasil, a educação se apresenta como um importante veículo de combate à corrupção, por meio da percepção e do estímulo à ética, à moral e à honestidade do cidadão, e o comprometimento da sociedade na cobrança pela transparência da gestão pública e com o fim da impunidade[38]. (Grifo nosso).

---

[36] Informações extraídas do sítio eletrônico <http://www.oquevocetemavercomacorrupçao.com/historico.php>.

[37] A campanha também se destaca por mirar o estímulo às denúncias populares dos atos de corrupção, pouco importando o grau de lesão à sociedade, bem ainda a efetiva punição de corruptos e corruptores. Outrossim, através da educação dos jovens acerca das consequências dos vícios e comportamentos desonestos, busca-se a redução do volume de processos judiciais e extrajudiciais. Disponível em: <http://www.oquevocetemavercomacorrupçao.com/oprojeto.php>.

[38] Disponível em: <http://www.oquevocetemavercomacorrupçao.com/campanha.php>.

O projeto possui o caráter educativo de estudar e trabalhar a temática da corrupção a partir de soluções práticas viáveis, consistentes, na preparação cultural de formação dos cidadãos, através de três tipos de responsabilidades fundamentadas nas ideias da filósofa alemã Hannah Arendt (1906-1975): a) responsabilidade para com os próprios atos (responsabilidade individual); b) responsabilidade para com os atos de terceiros (responsabilidade social ou coletiva), cujo desdobramento significa a cobrança individual e coletiva à apuração e punição dos corruptos e corruptores e c) responsabilidade para com as gerações futuras mediante um agir consciente, sendo essa responsabilidade uma incitação das gerações vindouras a adotarem uma postura moral compromissada com o bem-estar coletivo[39].

Com fulcro nos dados expostos, depreende-se que tanto a repressão exemplar como a prevenção educativa são meios fortificantes no combate à corrupção. Todavia, não se pode desdenhar que o melhor remédio não são as normas externas sancionadoras (repressão), pois essas têm função e resultados paliativos; o mais adequado é eliminar o mal pela raiz (via educação) e não apenas reprimir seus efeitos.

Ora, se um determinado indivíduo incorporou a desonestidade e a imoralidade em seu caráter, praticando atos moralmente negativos, não será a mera aprovação em um concurso público, ou a designação para exercer cargo comissionado, ou, ainda, o exercício de um cargo político que mudará seu comportamento. O fato de ser agente público, por si só, não o impedirá de perpetrar os atos imorais/ilícitos de outrora, que agora também serão praticados dentro da administração pública.

Um cidadão que, na sociedade em geral, tendo a oportunidade de apropriar-se de dez reais[40] e, sabendo que se apropria indevidamente e em prejuízo alheio, mesmo assim o faz, ao investir-se nas funções públicas, ocasião em que a viabilidade de apoderar-se de valores públicos vultosos é real, não pensará duas vezes em fazê-lo caso não tenha sua conduta retificada. A imoralidade impregna aquele homem que cresceu desregradamente, ao qual não foi ensinado adotar postura diversa em tempo suficiente. Para que seu comportamento seja modificado, é necessário que seja corrigido desde o surgimento de pequenos (senão mínimos) vestígios de desvirtuação, vale dizer, desde o momento em que o indivíduo se apodera de dez reais indevidamente. Urge, portanto, acolher uma postura moral por meio de longas e reiteradas práticas de retidão na conduta.

Com a maestria que lhe é peculiar, Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.), ao designar duas espécies de virtude, uma intelectual[41] e a outra moral, já dizia que esta é adquirida pelo hábito. O magnificente sábio diz que "[...] não é, portanto, nem por natureza nem

---

[39] Disponível em <http://www.oquevocetemavercomacorrupçao.com/campanha.php>.

[40] Por evidente que neste exemplo não se cogita do estado de necessidade.

[41] Para Aristóteles, a virtude intelectual deve sua geração e desenvolvimento ao ensino, o que exige tempo e experiência (Ética a Nicômaco, Livro II, cap. 1).

contrariamente à natureza que as virtudes se geram em nós; antes devemos dizer que a natureza nos dá capacidade de recebê-las, e tal capacidade se aperfeiçoa com o hábito" (Ética a Nicômaco, Livro II, cap. 1). É, pois, praticando atos justos que o indivíduo se torna justo, é agindo moderadamente que se torna moderado etc., e, isento desse exercício, ninguém tem a possibilidade de tornar-se um bom homem.

Aristóteles vai mais longe. Para o mestre, é no cânon do bom homem público que se alcançam bons cidadãos: "[...] o que estamos dizendo é confirmado pelo que acontece nas cidades-Estados: os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem" (Ética a Nicômaco, Livro II, cap. 1). Se é certo que o bom exemplo do legislador (ou do administrador etc.) repercute na sociedade, também é certo que o mau exemplo reflete no meio social, afinal, "[...] a corrupção no ápice da pirâmide hierárquica serve de fator multiplicador da corrupção dentre aqueles que ocupam posição inferior, desestimulando-os a ter conduta diferente" (GARCIA, 2002, p. 4). Porém, o fato de a corrupção ser tamanha nos dias atuais impede saber ao certo se é a corrupção, associada à fragilidade dos padrões morais da sociedade, que reflete na conduta do agente público, ou se é a ausência de integridade moral deste que reflete nos cidadãos de determinada sociedade.

De qualquer sorte, um problema existe. E, para (tentar) resolvê-lo, se somos aquilo que repetidamente fazemos, conforme ensina Aristóteles, é necessária a prática reiterada de atos honestos, íntegros, probos, eficientes, morais etc., para revitalizar a sociedade e a administração pública. Torna-se imperioso adotar um hábito saudável desde a infância para que, contagiando um e outro, o bom ato, o bom exemplo alcance aquela sociedade despida de moral positiva e aquele aparelho estatal desprovido de bons agentes públicos. Insta, pois, uma reconstrução da moral na sociedade e na administração pública, e é dever de cada ser humano iniciar essa batalha através do bom exemplo.

5. Conclusão

Considerando a Moral como conjunto de regras de comportamento e o Direito como força cogente reguladora de conduta, verifica-se que existem diferenças entre eles, mas isso não pode significar um *rio sem ponte*, caso contrário, suas semelhanças e simetrias jamais seriam notadas e entrelaçadas.

O Direito e a Moral, carregados com suas peculiaridades, caminham de mãos unidas na mira da paz social. A Moral, contando com o auxílio do Direito, pode assumir face jurídica no momento em que ela não mais alcança seu fim. Partindo dessa premissa, é plausível dizer que existem leis jurídicas com forte conteúdo moral, sendo a Lei de Improbidade Administrativa uma delas. A LIA possui substrato jurídico e moral, inegavelmente. Há quem diga que se trata de moral jurídica, inconfundível com a moral comum (Maurice Hauriou); outros afirmam não haver separação absoluta entre moral comum e moral jurídica, estabelecendo, inclusive, um vínculo entre as duas, de modo que a violação de uma implica o desrespeito a outra e vice-versa (GARCIA; ALVES, 2002).

A razão de ser da LIA reside na preservação dos valores morais da administração pública, não se olvidando dos aspectos patrimoniais. Ela é extraída do princípio da moralidade administrativa, que visa reger os atos dos agentes públicos com base na lealdade, na boa-fé, na própria moral, entre outros. Não observando o agente público os preceitos morais previstos em lei, tem-se como consectário a ineficiência da administração pública. A má gestão é reflexo do desdém aos princípios, dentre os quais está o da moralidade. Tais atos redundam na corrupção, prática já arraigada nos órgãos públicos de todo o Brasil (com raras e aplausíveis exceções).

Para guerrear esse mal, toca uma repressão com sanções exemplares para apaziguar os ânimos daquele grupo social que teve a ordem prostrada. Porém, mais importante que reprimir é educar (principalmente a juventude), e é ancorado nesse ideal que a corrupção decairá, pois um cidadão inteligível e virtuoso moralmente, através de reiteradas e longas práticas de justiça, honestidade, bondade, lealdade e integridade, dificilmente sucumbirá às garras veneníferas da corrupção, ao contrário daquele que já ingressa viciado na administração pública.

6. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951-4/RN. Pleno. Min. Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.08.08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteirtoTeor/obterInteiroTeor.asp?id=557587&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=579951&siglaRecurso=classe=RE>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Fale Conosco. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/faleconosco?contexto=http://www2.camara.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2009.

BOBBIO. Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

CARVALHO. Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. *Direito e ética*: Aristóteles, Hobbes, Kant. São Paulo: Paulus, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*: comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MINAS GERAIS, Ministério Público. *Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 10. ed. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1987.

A RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E OS PROCESSOS SELETIVOS PARA CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. A igualdade como requisito do Estado Democrático de Direito

Predomina modernamente a compreensão de que a igualdade é pressuposto incondicional da existência do Estado Democrático de Direito, que, na concepção do constitucionalista José Afonso da Silva (200, p. 135), repousa em dois princípios fundamentais:

> [...] (a) o da *soberania popular*, segundo o qual *o povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; (b) *a participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: *o da representação*. (grifo do autor).

Diante disso é impossível ignorar que o povo somente poderá exercer direta ou indiretamente o poder no Estado Democrático de Direito se todos os indivíduos merecerem tratamento legal igualitário.

Destaque-se, porém, que a igualdade jurídica não se efetiva apenas nominalmente ou perante a lei, como entendida pelo liberalismo, mas deve ser tida como igualdade real, muitas vezes feita pela própria lei. A existência de desigualdades fáticas, sejam elas naturais, sejam elas sociais, evidenciou a necessidade de promover as condições para que a igualdade deixe de ser meramente formal, possibilitando a consecução plena de outro princípio fundamental, o da liberdade. Nesse sentido, a lição de Paulo Bonavides (2004, p. 376):

> O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica.

> Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

Mesmo antes da edição da Constituição de 1988, Meireles Teixeira (1991, p. 458) já ressaltava a afinidade existente entre os ideais de justiça social, igualdade social e solidariedade com a democracia social, na qual o conceito de igualdade vai além da igualdade política ou formal.

Nesse diapasão, estão expostos no artigo 3º, incisos I, III e IV, da Lei Maior alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a *redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, livre de qualquer forma de discriminação* (grifo nosso).

Na busca da consecução dos objetivos da República, a Constituição de 1988, além de prever os direitos individuais fundamentais no artigo 5º, estabeleceu direitos sociais predominantemente no seu capítulo II, mas podemos encontrá-los em vários outros dispositivos do texto. O artigo 6º teve a função de definir as categorias de direitos sociais, tais como o trabalho, porém é no artigo 37 e incisos que encontramos o princípio da isonomia aplicado diretamente no direito de acesso a cargos na administração pública direta e indireta dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, *o trabalho*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (grifo nosso)

O direito ao trabalho, tal qual assegurado na Constituição de 1988, configura direito fundamental de segunda geração. Nessa geração estão os direitos sociais, os culturais e os econômicos, que se caracterizam por exigirem prestações positivas do Estado. Não se trata mais, como nos direitos de primeira geração, de apenas impedir a intervenção do Estado em desfavor das liberdades individuais. Destacamos, a esse respeito, trecho da obra de Norberto Bobbio (2004, p. 86-87):

> Pretendo apenas observar que igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais. Essa, entre outras, é uma das razões pelas quais, no campo dos direitos sociais, mais do que naqueles dos direitos de liberdade, ocorreu a proliferação dos direitos a que antes me referi; através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram – ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem outras qualificações – novos personagens como sujeitos de direito, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc.
> É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos

> sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela "prática" de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com objetivo de eliminar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do estado.

2. A reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência

Foi a própria Constituição que, em atenção à situação peculiar das pessoas portadoras de deficiência, estabeleceu um meio eficaz de garantir também a elas o acesso a cargos públicos, nos termos do artigo 37, inciso VIII: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;".

Ao mesmo tempo que veda genericamente a discriminação, especialmente aquela baseada em origem, sexo, raça, cor e idade, a Carta Magna estabelece que é possível distinguir pessoas e situações, dando-lhes tratamento jurídico diferenciado. Não obstante, verifica-se que as discriminações previstas no próprio texto constitucional estão revestidas do que Luís Roberto Barroso denominou *razoabilidade externa* e *interna.*

Leciona o doutrinador que qualquer desequiparação legal deve observar: 1) a necessária adequação entre o meio adotado e o fim buscado; 2) sua necessidade para a realização do objetivo visado, ou seja, sua imprescindibilidade; 3) a maior relevância do valor promovidoem relação ao que está sendo sacrificado; 4) a compatibilidade do meio empregado e do fim visado com os valores constitucionais (BARROSO, 2004, p. 243-246).

A pessoa com necessidades especiais enfrenta inúmeras dificuldades para locomover-se, ter acesso à educação, ao lazer e principalmente ao trabalho. Existem as barreiras arquitetônicas, o despreparo dos educadores para lidar com essa parcela da população, além de toda a discriminação e todo o preconceito que sofrem nas relações sociais do dia-a-dia e ao serem avaliados profissionalmente. Com as denominadas 'ações afirmativas', busca-se promover a dignidade da pessoa com deficiência e sua inclusão na sociedade como um todo. Brilhantemente assevera a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha em artigo publicado sobre o tema (p. 283):

> Os portadores de deficiência vêm-se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos [...].

> Não é novidade a ocorrência, em muitas ocasiões, de afastamento de portadores de deficiência física de alguns cargos públicos, para os quais eram reprovados nos concursos públicos, ao argumento das bancas examinadoras de que a deficiência os estigmatizariam e impediriam o seu exercício de autoridade, de que alguns cargos se revestiam.
>
> Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitados física ou psiquicamente para o desempenho que os conduziam à reprovação; era tão-somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos.
> Daí o advento da norma supra transcrita, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para aqueles que se vêem a braços com essa insidiosa forma de discriminação, afirmando-se então, constitucionalmente, a ação que desiguala desigualados sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta.

Após tecer comentários sobre o princípio da isonomia e a proteção jurídica conferida ao portador de deficiência, Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 475 e 486) destaca o interesse de todos na observância das normas a esse respeito:

> Tem sido, pois, escopo da lei procurar compensar a situação de quem sofra alguma limitação, de qualquer natureza, conferindo-lhe maior proteção jurídica. [...]
> No que diz respeito às pessoas portadoras de deficiência, a aplicação do princípio consiste em assegurar-lhes pleno exercício dos direitos individuais e sociais. [...]
> Enfim, cumpre ressaltar que a preocupação do constituinte e do legislador ordinário com a defesa da pessoa portadora de deficiência é inteiramente justificada. Primeiro, porque a proteção da pessoa portadora de deficiência não interessa apenas aos próprios deficientes, mas sim a toda a coletividade, como também ocorre com a proteção da pessoa idosa, da criança e do adolescente e de todas as pessoas que estejam desfavorecidas por condições passageiras ou não, que imponham limitações mais ou menos acentuadas em sua capacidade de cuidar de si mesmas. Depois porque todos nós estivemos ou poderemos estar um dia nessas condições. Enfim, porque, numa sociedade democrática, que vise ao efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa dos indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, e em decorrência dos princípios jurídicos da igualdade, justiça social e bem-estar.

A Lei federal nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99 deram eficácia à norma constitucional, prevendo a reserva de, no mínimo, 5% em concursos para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência do candidato. Vejamos o artigo 2º da Lei nº 7.853/89:

> Art. 2º. Ao Poder Público e aos seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.
> Parágrafo Único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetivos desta lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:
> [...]
> III – na área da formação profissional e do trabalho:
> [...]
> d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

O artigo 37 do Decreto nº 3.298/99 fixa a porcentagem e os critérios a serem observados para o cálculo das vagas reservadas:

> Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.
> § 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.
> § 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente.

3. Da integral aplicação da legislação federal aos processos seletivos para contratação temporária

Existem apenas duas exceções possíveis à reserva de vagas, encontradas nos incisos do art. 38 do decreto:

> Art. 38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:
> I - cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; e

> II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Verifica-se que não há nenhuma menção ao fato de o concurso ser realizado para provimento efetivo ou para a contratação temporária prevista na Lei nº 8.745/93, com as alterações das Leis nº 9.849/99 e nº 10.667/2003. Também essas leis, em momento algum, excluem a reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência, não sendo possível inferir que a simplificação do processo seletivo chegue a cercear o direito de acesso ao trabalho e a cargos públicos por essa parcela tão excluída da população.

Aparentemente o artigo 37 do decreto, ao mencionar "concurso público", afasta a reserva de vagas quando se tratar de processo seletivo para contratação temporária. Forçoso reconhecer, porém, que também nesse caso a reserva se impõe.

Acrescente-se que, em alguns municípios, a falta de técnica legislativa tem permitido a publicação de leis que prevêem a reserva de vagas em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos, razão pela qual o direito das pessoas portadoras com deficiência é cerceado.

Primeiramente lembramos que o artigo 24, inciso XIV, da CF prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente acerca da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, limitando-se a competência da União a estabelecer normas gerais. A exemplo do que ocorre com a Lei nº 8.666/93 e com a Lei nº 8.745/93, também a Lei nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99 dispõem sobre normas gerais, cujo objetivo é dar efetividade ao dispositivo do artigo 37, VIII, da CF. Diante disso, temos que a norma municipal está vinculada aos parâmetros mínimos fixados pela norma federal. Nesse sentido se posiciona Hely Lopes Meireles (2000, p. 388-389), ao tratar do tema "servidores públicos", em sua obra consagrada de Direito Administrativo:

> A legislação federal, fora os casos expressamente previstos no texto constitucional, só atinge os servidores estaduais – do Distrito Federal e municipais – quando tem natureza jurídica de lei nacional. [...]
> Essa legislação federal bem como outras que tenham a mesma natureza de leis nacionais são aplicáveis às entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, obrigatoriamente, sem que se possa falar em quebras das suas respectivas autonomias administrativas, porque tais leis nacionais são hierarquicamente superiores, por força da própria Carta Magna. Aliás, o mesmo ocorre, por exemplo, com a lei nacional sobre as normas gerais de licitação e contratos administrativos (Lei 8.666/93).

A autorização para a existência de leis municipais específicas em proteção da pessoa portadora de deficiência decorre do artigo 30, incisos I e II, da Constituição:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I – legislar sobre assuntos de interesse local;
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Assim, podem os Municípios legislar a respeito da pessoa portadora de deficiência sempre para ampliar a esfera de proteção e inclusão, jamais para restringi-la. Diante da norma municipal que prevê a reserva de vagas em 10%, verifica-se que esse aspecto deve prevalecer sobre a norma da União.

Há ainda uma questão de natureza preponderantemente hermenêutica e interpretativa no que diz respeito à expressão "concurso público" utilizada no Decreto nº 3.298/99, qual seja, a interpretação dos termos legais deve coadunar-se com o objetivo constitucional da reserva de vagas, dando-lhe máxima efetividade e não lhe restringindo injustificadamente o alcance.

Com efeito, a Constituição Federal fala em reserva de percentual dos cargos e empregos públicos, sendo indiferente o fato de o provimento ocorrer na forma efetiva ou temporária. Ainda que temporariamente, uma pessoa aprovada em processo seletivo na maioria das vezes ocupará um cargo de provimento efetivo ou um emprego público, seja em virtude de vacância imprevista, seja por ausência do titular motivada por férias, licença saúde, maternidade ou outras razões.

Não há, portanto, nenhum argumento razoável a justificar a diferenciação entre a necessidade de reserva em concursos ou em processos seletivos simplificados. A observância da reserva de vagas e de procedimento especial para a aplicação das provas ao portador de deficiências inegavelmente importa em maior detalhamento do processo seletivo, mas, de forma alguma, inviabiliza a celeridade necessária ao atendimento do interesse público.

Pesquisa rápida, feita até mesmo pela internet – por meio da qual são atualmente divulgados todos os editais de concursos e processos seletivos federais – pode comprovar a assertiva, pois evidencia que a União, autarquias e empresas públicas federais têm observado a reserva percentual de vagas para pessoas portadoras de deficiência também em seus processos seletivos simplificados. Infelizmente o mesmo não ocorre em muitos municípios.

A expressão "concurso" adotada pelas leis deve ser interpretada em sua acepção ampla, incluindo qualquer seleção, simplificada ou não, para preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas, exceto cargos em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração, e aqueles que exijam aptidão plena do candidato.

Somente esse entendimento convive com os postulados de hermenêutica constitucional, haja vista que não se interpreta a Magna Carta a partir da lei. "O

postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei." (BASTOS, 1999, p. 102).

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, não se pode admitir que direitos fundamentais de pessoas portadoras de deficiência continuem sendo desrespeitados com fundamento em uma interpretação restritiva e inapropriada da legislação federal bem como em leis municipais flagrantemente inconstitucionais.

Sendo legitimado para a defesa dos interesses difusos e coletivos da pessoa portadora de deficiência pelo artigo 3º da Lei nº 7.853/89, o Ministério Público deve agir caso os editais de processos seletivos para contratação temporária não respeitem a reserva de vagas prevista em lei federal ou nas leis municipais, buscando assim a proteção do interesse coletivo do grupo de pessoas portadoras de deficiência, e também do interesse difuso de toda a sociedade na redução das desigualdades sociais e preconceitos, na promoção da cidadania, da liberdade e da justiça.

5. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo:* meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa*:* o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional brasileiro.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Meirelles; GARCIA, Maria (revisão e atualização). *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

11

Português • 481
English • 485
DVD - Sumário • 489
DVD - Informações • 491

• Normas de Publicação para os Autores
• Writers' Guidelines
• Conteúdo Digital Complementar

11 Normas de Publicação para os Autores

1. Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos.

2. Os trabalhos deverão ser inéditos no Brasil e os textos já veiculados em eventos não poderão ultrapassar um ano de sua divulgação, devendo ter essa data explicitada.

3. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial, que poderá aceitar ou não os trabalhos a ele submetidos e, eventualmente, sugerir modificações ao(s) autor(es), a fim de adequar os textos à publicação.

4. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica www.mp.mg.gov.br/dejure.

5. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

6. Todos os trabalhos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois conselheiros, garantidos sigilo e anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial.

7. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

8. Os artigos encaminhados para a Revista De Jure deverão ter um mínimo de 5 páginas e um máximo de 20 páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 páginas. A padronização dos trabalhos consta abaixo:

I - os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Arial, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (abstract e key words), podendo ficar a cargo da revista a revisão das traduções.

III - Ao final, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os trabalhos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização.

V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

VI - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VII - Palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafadas em itálico.

VIII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 dots per inchs [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

IX - Citações com menos de 4 linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a "[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara".

Outro autor nos informa que "[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]" (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 4 linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

X - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

XI - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro, edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. Benjamim. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro, edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). Jornalismo em perspectiva. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for on-line).

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. Novo dicionário Aurélio. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico, local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI (o exemplo da escola francesa). EccoS – Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for on-line).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico, data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. Influência da glucana na evolução do lúpus murino. 1990. Tese (Doutorado) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão “In:”, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

Writers' Guidelines

Articles submitted to the Journal Revista De Jure should be original and not previously published in Brazil. Article length is a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors whose articles have been accepted will receive two copies of the journal as authorial contribution.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in De Jure. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of De Jure editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in De Jure, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author's institute and funding agencies. A determination of misconduct will lead the journal to run a statement, bi-directionally linked online to and from the original paper, to note the plagiarism and to provide a reference to the plagiarized material. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

All the articles of De Jure are peer-reviewed. All forms of published correction may also be peer-reviewed at the discretion of the editors.

The review process

All submitted manuscripts will be read by the editorial staff and sent for formal review, typically to two or three reviewers. The editors will then make a decision, based on the reviewers' advice, from among several possibilities:

Accept, with or without editorial revisions
Invite the authors to revise their manuscript to address specific concerns before a final decision is reached
Reject, but indicate to the authors that further work might justify a resubmission.

Anonymity

We do not release reviewers' identities to authors or to other reviewers. Likewise the identity of an author will not be disclosed to the reviewers.

Submission

Authors who wish to submit articles must access the site www.mp.mg.gov.br/dejure, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words) and key words (maximum of five).

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 dots per inchs [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk M. bovis (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG vaccine (Bacillus de Calmette et Guerin, an attenuated strain of M. bovis) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

> Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font Times New Roman 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O’LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section of chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O’LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Book (electronic media): The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. 1st ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acessed on: Dec. 31st, 2004.

d) Journal (one article): The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

e) Journal (electronic media): The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acessed on: Dec. 31st , 2004.

f) Academic work: The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. The influence of glucan in the evolution of murine lupus. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

Conteúdo Digital Complementar - Sumário

1 - Palestra
● O acoplamento sistêmico: o problema da interpretação jurídica
Juliana Neuenschwander Magalhães – UFRJ

2 – Assuntos Gerais
● Responsabilidade criminal corporativa: o que é ir longe demais? (Português)
● Criminalizing corporate conduct: how far is too far? (English)
Prof. Michael Seigel
Prof. John Hasnas

● Testamento (Original em espanhol)
Joaquín Herrera Flores

3- Direito Penal
● Informativo 565 do Supremo Tribunal Federal - Corrupção de menores e crime de natureza formal. Desnecessidade de efetiva corrupção da vítima

4 – Direito processual penal
● Jurisprudência: Informativo 557 do Supremo Tribunal Federal . Discussão sobre a possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo após oferecimento da denúncia. Admissibilidade.

● Jurisprudência: Informativo 564 do Supremo Tribunal Federal - Ministério Público e Poder Investigatório

● Técnica: procedimento investigatório criminal
José Fernando Marreiros Sarabando
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

5 – Direito civil
● Jurisprudência: Informativo 402 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicação de direito intertemporal dos juros de mora na execução. Recurso Repetitivo. Juros. Mora. Execução. CC/2002.

6 – Direito Processual Civil
● Jurisprudência: Legitimidade do Ministério Público: Ação Civil Pública e Patrimônio Público Municipal

● Técnica: Apelação: interdição civil.
Wesley Leite Vaz
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

7 – Direito Coletivo
● Jurisprudência: RECURSO ESPECIAL Nº 1.057.274- RS (2008⁄0104498-1)

8 – Direito Processual Coletivo
● Jurisprudência: Informativo 415 do Superior Tribunal de Justiça - Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público. Criação, instalação e manutenção de abrigo para crianças e adolescentes. Implementação de política do Estatuto da Criança e Adolescente.

● Técnica: Termo de Ajustamento de Conduta
Marcelo Azevedo Maffra
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

9 – Direito público constitucional
● Jurisprudência: Informativo 563 do Supremo Tribunal Federal. Adicional de tempo de serviço obtido antes da Emenda Constitucional n.º 19/98. Direito Adquirido. Irredutibilidade da remuneração em relação a cálculos realizados na remuneração. Diferença em relação à questão de teto salarial decidida pelo STF. Incidência sobre o salário base e vantagens. (Julgamento ainda em andamento).

● Técnica: Incidente de inconstitucionalidade
Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

10 – Direito público institucional
● Jurisprudência: Ação de Improbidade Administrativa: Falta de Interesse da União e Atribuição do Parquet Estadual

● Técnica: Recurso administrativo: contra indeferimento de pedido de isenção de imposto de renda.
Carlos André Mariani Bittencourt
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

11 – Direito público administrativo
● Jurisprudência: Informativo 413 do Superior Tribunal de Justiça. Revisão do posicionamento antigo de que sobre 1/3 de férias incidia a base de cálculo da contribuição previdenciária. O último entendimento foi firmado de acordo com o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

● Técnica: recurso administrativo contra pedido de indenização de férias-prêmio não gozadas.
Regina Belgo
Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais

12 – Informações Gerais
● Normas de publicação para autores / writters´ guidelines
● Créditos do DVD

Conteúdo Digital Complementar - Informações

A revista De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a partir desta edição, disponibilizará um disco DVD contendo palestras, vídeos, jurisprudências, técnicas e outras informações de grande relevância. Para uma fácil utilização do DVD disponível na contra capa desta revista, seguem algumas orientações acerca do mesmo.

1.Informações sobre o Disco DVD:
O Disco em anexo é um DVD Híbrido. O disco é assim chamado por possibilitar, através de seu processo de gravação, a reprodução de diferentes conteúdos ao ser inserido em um aparelho convencional DVD-Player ligado a uma TV e ao ser inserido em um computador pessoal.
O disco foi desenvolvido para uso no sistema operacional Windows, preferencialmente Windows XP ou superior, bem como para a maioria dos DVD-Players convencionais.

2. Visualizando a Palestra ou vídeo disponível:
Para visualizar a Palestra disponível em seu DVD, favor inseri-lo em seu DVD-Player convencional, ligado a uma TV. Aguarde até que o menu do disco apareça em sua tela.

3. Navegando no DVD em seu computador:
A resolução de tela ideal é de 800x600 ou 1024x768. Ao inserir o disco em um computador pessoal (Windows XP), a navegação do material complementar iniciar-se-á automaticamente.

Alguns computadores podem exibir uma mensagem avisando que "o conteúdo ativo pode danificar seu computador [...] tem certeza que deseja permitir que CDs executem conteúdo ativo no seu computador?" Nesse caso, autorize o uso de conteúdo ativo clicando em "sim".

A tela de apresentação aparecerá. Navegue no sistema de maneira similar a uma navegação na internet. Clique nas opções desejadas para abrir.
OBS: Ao utilizar o disco em sistemas operacionais Windows Vista ou Windows 7, uma tela de seleção surgirá possibilitando ao usuário decidir se irá navegar no conteúdo digital ou visualizar o conteúdo em vídeo.

4.Solução de problemas:
Caso o disco apresente algum problema de reprodução, favor realizar os procedimentos a seguir.

O DVD não toca em DVD Player Convencional, ou trava/para durante a reprodução.
Solução: ● Limpe o DVD com um pano suave e seco e tente novamente.
● Teste o disco em outro DVD Player.

A reprodução automática do conteúdo para computadores não funciona.
Solução: ● Navegue pelo windows explorer até a pasta do disco DVD e dê duplo clique no arquivo autorun.exe.
● Instale uma versão mais atual de seu navegador de internet.
● Teste o disco em outro computador.

Caso o disco não funcione corretamente, por favor, acesse o conteúdo digital complementar no site **www.mp.mg.gov.br/dejure**

De Jure 14 - Impressa na Gráfica e Editora Del Rey, Belo Horizonte-MG / 2010