

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, 1.740, 1º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 1º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, 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.15 (jul./dez. 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 sequência 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 14:
A técnica de atuação na área de Direito Público Constitucional (peça no CD encartado e sumário na pág. 490 do livro) intitulada: "Incidente de Inconstitucionalidade" é de autoria do Procurador de Justiça João Batista da Silva e do Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida.

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 Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira
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 Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

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. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Investigador Sênior - Centro de Estudos Sociais - Coimbra, Portugal)
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)
Profª. Djanira Maria Radamés de Sá (UNIMINAS, Uberlândia)
Procurador da República Elton Venturi (Curitiba, PR)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)
Profª. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna)
Prof. Luciano José Alvarenga (Fundação Comunitária e Cultural de João Monlevade - FUNCEC)
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 Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (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
Patrícia Brandão Cordeiro
Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)
Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

CAPA / IMAGENS
Alex Lanza (Foto da Estátua da Justiça)
João Paulo de Carvalho Gavidia (Arte)
Stock.XCHNG (fundo)

PROJETO GRÁFICO
João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges
Isabel Gontijo Hamdan (estágio supervisionado)

TRADUÇÃO
Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC
Adirson Antônio Glorio de Ramos
Bráulio Lisboa Lopes
Promotor de Justiça de Minas Gerais Christiano Leonardo Gonzaga Gomes
Promotor de Justiça de Santa Catarina Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Juarez Monteiro de Oliveira Júnior
Marcel de Almeida Freitas
Matheus Adolfo Quirino
Mauro Eustáquio Teixeira

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Promotora de Justiça de Minas Gerais Luciana Perpétua Corrêa
Paôla Bruna de Oliveira
Thaís Ribeiro de Paiva

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 Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Minas Gerais State Prosecutor Emerson Felipe Dias Nogueira
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 Marcos Paulo de Souza Miranda
Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida
Minas Gerais State Prosecutor Rodrigo Iennaco de Moraes

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. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Senior Researcher - Center of Social Studies - Coimbra, Portugal)
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)
Prof. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Minister of Brazilian Superior Court)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Djanira Maria Radamés de Sá (UNIMINAS, Uberlândia - Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi (Curitiba, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Vice Attorney-General, UERJ, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna, 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)
Prof. 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
Patrícia Brandão Cordeiro
Beatriz Garcia Pinto Coelho (intern)
Gabriela Nunes Gomes (intern)

COVER / IMAGES
Alex Lanza (Photo of the Statue of Justice)
João Paulo de Carvalho Gavidia (Design)
Stock.XCHNG (Background)

GRAPHIC PROJECT
João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT
João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges
Isabel Gontijo Hamdan (intern)

TRANSLATION
Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE
Adirson Antônio Glório de Ramos
Bráulio Lisboa Lopes
Minas Gerais State Prosecutor Christiano Leonardo Gonzaga Gomes
Santa Catarina State Prosecutor Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Juarez Monteiro de Oliveira Júnior
Marcel de Almeida Freitas
Matheus Adolfo Quirino
Mauro Eustáquio Teixeira

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE
Minas Gerais State Prosecutor Luciana Perpétua Corrêa
Paôla Bruna de Oliveira
Thaís Ribeiro de Paiva

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT
Credits in DVD disc.

Prefácio

Chegamos ao número 15 da nossa Revista *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sempre com o objetivo primordial de disseminar conhecimento.

Nesta edição, a Revista *De Jure* traz, na seção de Doutrina Internacional, um interessantíssimo texto do professor italiano Luca Baccelli, a respeito do universalismo do Direito e de seus paradoxos. Ainda na Doutrina Internacional, o ávido leitor conta com texto inédito de Juan Carlos Olivé Ferre, a respeito de punibilidade e processo penal.

Esta edição traz em sua seção de Doutrina Nacional estudo do Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães, em que discorre sobre a imprescindibilidade dos fundamentos constitucionais para a preservação dos direitos de liberdade. Também na seção de Doutrina Nacional, a Promotora de Justiça do Estado do Maranhão Ana Luiza Almeida Ferro discute a Teoria Procedimentalista de Interpretação Constitucional de J. H. Ely. Ainda na mesma seção, o Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Emerson Garcia nos brinda com seu artigo acerca de religião e Estado de Direito.

No DVD encartado, há disponível a palestra em vídeo intitulada "A participação popular na construção da sustentabilidade e da justiça social: uma leitura desde uma perspectiva européia em movimento", proferida pelo Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti em 30 de agosto de 2010, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça. A Revista *De Jure* 15 conta também com as colaborações preciosas de juristas diversos e, certamente, servirá como relevante instrumento para o aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público e dos demais operadores do Direito.

"[...] o envio de materiais atualmente é feito exclusivamente por intermédio do sítio eletrônico: www.mp.mg.gov.br/dejure"

O êxito de nossas edições se deve à participação dos membros e servidores do Ministério Público, dos operadores do Direito, de forma geral, juristas, professores universitários e estudantes que nos enviam artigos, comentários a jurisprudências e peças processuais. Ressalto que o envio de materiais atualmente 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 nosso muito obrigado!

Gregório Assagra de Almeida
Diretor do CEAF - MPMG

Colaboradores desta edição

ALINE MARIA PEREIRA
Advogada. Bacharela em Direito pelo UNIFOR/MG.

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO
Promotora de Justiça do Estado do Maranhão, Mestre e Doutora em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora de Direito do Centro Universitário do Maranhão (UNICEUMA), Professora da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, Membro efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e da Academia Caxiense de Letras e Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Agraciada, em três edições, com o "Prêmio AMPEM" (1997-1999) e, mais recentemente, com o "Prêmio Márcia Sandes", em suas edições 2001, 2003, 2004, 2006, 2007 e 2008, concedidos pela Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão (AMPEM) aos autores dos trabalhos jurídicos mais destacados. Autora dos livros jurídicos: *O Tribunal de Nuremberg*, *Escusas absolutórias no Direito Penal*, *Robert Merton e o Funcionalismo*, *O crime de falso testemunho ou falsa perícia*, *Interpretação constitucional*: a teoria procedimentalista de John Hart Ely e *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Autora de *Quando* e *A odisséia ministerial timbira* e co-autora de *Versos e anversos*, estes, livros de poesias. Possui ainda diversos artigos jurídicos e peças processuais publicados em revistas especializadas. Contato: alaferro@uol.com.br .

ANDRÉ PEDROLLI SERRETTI
Acadêmico da Faculdade de Direito Milton Campos. Estagiário do Ministério Público.

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas, Especialista em Legislação, Impacto e Recuperação Ambiental pela UFOP, Master em Direito Internacional e Comparado do Meio Ambiente pela Universidade de Limoges/França. Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP.

BRUNO DE OLIVEIRA MOURA
Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (Rede LFG) e Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN).

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES
Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS; Especialista em Direito Processual pela PUC MINAS; Ex-Assessor de Juiz do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais (TJMG) e Advogado. Diretor Acadêmico da Faculdade São Francisco de Piumhi - FASPI e 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, pelo Curso Maurício Trigueiro e pela Pós-graduação em Direito Processual - IEC PUC MINAS. 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, Faculdades Pedro Leopoldo e FASPI. Outras informações em: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>.

DALMIRO CAMANDUCAIA
Professor de Direito Tributário em cursos preparatórios para as carreiras jurídicas e fiscais. Professor de Direito Constitucional em cursos preparatórios para as carreiras fiscais. Professor em cursos de atualização e prática profissional no âmbito do direito tributário. Ex-professor no curso de pós-graduação em Direito Público no IEC-PUC-Minas. Advogado com 12 anos de experiência no contensioso tributário. Engenheiro Eletricista com 15 anos de experiência em posições gerenciais de empresas de seguimentos diversos. Especialista em Administração Financeira pela Fundação Dom Cabral.

DALVANEY ARAÚJO
Advogada

DANNIEL LIBRELON PIMENTA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público.

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009). Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro da *International Association of Prosecutors* (The Hague - Holanda). Membro do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP); pós-graduado em Direito Penal – parte geral – pela Universidad de Salamanca. Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und international Strafrecht. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e do Programa de Mestrado da UIT. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais.

FLÁVIO MARCUS DA SILVA

Doutor em História (UFMG). Professor dos departamentos de História, Direito e Administração da Faculdade de Pará de Minas (FAPAM).

GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA

Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Lérida, Espanha. Coordenador do Curso de Capacitação em Direito Desportivo da SATeducacional. Professor do Curso de Pós Graduação em Direito Desportivo na UNIDERP/Anhanguera. Autor do livro: "Estatuto do Torcedor: A Evolução dos Direitos do Consumidor do Esporte" (Lei 10.671/2003). Formado em Direito pela PUC/MG, Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Unipac, Membro e colunista do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, Membro do Instituto Mineiro de Direito Desportivo e da Associação Portuguesa de Adeptos. Colunista do Instituto de Direito Desportivo da Bahia e do portal "Papo de Bola". Diretor Financeiro do Clube Topázio. Agraciado com a medalha "Dom Serafim Fernandes de Araújo" pela eficiência na atuação jurídica. Jurista, Articulista, Advogado licenciado em razão de função pública no TJMG. Professor de matérias Jurídicas no MEGA Concursos.

Contato: gustavolpsouza@gustavolpsouza.com.br, www.gustavolpsouza.com.br

HENRIQUE SOARES PINHEIRO

Ex-estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogado – OAB/MG nº 119.492.

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestre em direito pela Universidade de Coimbra e doutorando pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Revisor *Ad Hoc* do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

IVONE PINGOELLO

Doutoranda em Educação pela UNESP onde está desenvolvendo a tese sobre intervenção e prevenção ao *bullying* escolar. Mestre em Educação pela UNESP com dissertação defendida sobre o comportamento do aluno vítima de *bullying*. Especialista em Educação Especial e graduada em Letras pela Universidade Paranaense.

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva. Membro do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Penal do curso Praetorium BH/SAT. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Civil pela PUC-Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

LUCA BACCELLI
Professor de Filosofia do Direito - Università di Camerino, Itália

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA
Bacharel em Direito (UFMG). Mestrando em Evolução Crustal e Recursos Naturais (UFOP). Pesquisador filiado à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Assessor no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAOMA). Membro do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

MAGNO FEDERICI GOMES
Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC-Minas. Professor Adjunto da PUC-Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA
Procurador Federal. Especialista em Direito Processual. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação ministrados pelo Curso Aprobatum. Membro do Centro de Estudos da União dos Advogados Públicos Federais do Brasil - UNAFE.

MÁRCIO SOARES BERCLAZ
Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Comarca de Formosa do Oeste.
e-mail: marcioberclaz@terra.com.br.

MARCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA VILELA
Oficial do Ministério Público lotado na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Alfenas/MG; Bacharel em Direito pela Universidade de Alfenas (Unifenas); *Pós-Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais* (*ANAMAGES*); Pós-Graduado em Direito Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ).

MARIA DE LOURDES MORALES HORIGUELA
Professora aposentada da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e da Fundação Para o Desenvolvimento do Ensino Pesquisa e Extensão; Doutora em Psicologia (Psicologia Experimental) pela Universidade de São Paulo; Mestre em Psicologia (Psicologia Experimental) pela Universidade de São Paulo; graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito de Empresa pela Universidade de Itaúna. Ex-Procurador do Município de Itabira. Advogado. Revisor *Ad Hoc* do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

MATHEUS ALMEIDA CAETANO
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da área de concentração "Direito, Estado e Sociedade". Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (Rede LFG) e Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq. Bolsista Capes-Brasil.

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES
Oficial do Ministério Público de Minas Gerais. Assessor. Especialista em Processo.

SÍLVIA VIEIRA DAMIÃO
Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Especialidade Direito. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

SUELY DAS GRAÇAS SILVA
Oficial do Ministério Público. Bacharel em Direito.

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA
Defensora Pública da União. Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás (UNI – ANHANGUERA). Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/MG (UIT).

Apresentação

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, denominada Constituição cidadã, é voltada para a proteção e a preservação dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Desde então, houve inúmeras emendas constitucionais incorporadas ao texto legal, pois a Carta Magna pulsa e incorpora novos questionamentos que surgem a cada dia no seio de nossa sociedade, advindos das novas tecnologias e de novos valores sociais. O Ministério Público brasileiro tem que acompanhar essas significativas mudanças e aparelhar-se de instrumentos para realizar sua importante missão constitucional, tanto no plano de atuação jurisdicional quanto no da sua atuação extrajurisdicional.

Daí a importância de uma publicação do porte da Revista De Jure, que traz em seu projeto abordagem e sistematização pluralistas, e que considera a escola do Neo-constitucionalismo como fonte para superar as barreiras do Estado Constitucional Democrático de Direito impostas pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

"O perfil da revista (De Jure) cria um espaço de diálogo com as mais variadas áreas do conhecimento"

O perfil da revista cria um espaço de diálogo com as mais variadas áreas do conhecimento, levando, ainda, ao ávido leitor, matérias relativas a jurisprudências atuais sobre assuntos relacionados com as diversas áreas de atuação do Ministério Público, bem como o posicionamento da doutrina especializada em temas de interesse da Instituição, além de outras informações relevantes para a atuação da Instituição.

Boa Leitura!

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • 25 Doutrina Nacional • 67 Diálogo Multidisciplinar • 145 Palestra • DVD-ROM

La genealogia dell'universalismo dei Diritti e i suoi paradossi 25
Luca Baccelli

Punibilidad y Proceso Penal 53
Juan Carlos Ferré Olivé

Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de liberdade 67
Isaac Sabbá Guimarães

A Teoria Procedimentalista de Interpretação Constitucional de J. H. Ely 107
Ana Luiza Almeida Ferro

A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito 127
Emerson Garcia

"Bullying" na sala de Aula 145
Ivone Pingoello • Maria de L. Morales Horiguela

Motins de fome e política alimentar em Minas Gerais no Século XVIII 157
Flávio Marcus da Silva

2 DIREITO PENAL

Artigo • 175 Comentário à Jurisprudência • 218 Jurisprudência • DVD-ROM

Algumas considerações sobre a causalidade no Direito Penal 175
Fábio Guedes Machado • Bruno Moura • Matheus Caetano

Crimes ambientais: normas penais em branco, elementos normativos do tipo e competência estadual em matéria ambiental 211
Danniel Librelon Pimenta

Prescrição penal após a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010 218
Marco Antônio de Oliveira Vilela

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo • 227 Comentário à Jurisprudência • 242 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

Crimes de perigo abstrato 227
Matheus Adolfo Gomes Quirino

A Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009 242
Leonardo Barreto Moreira Alves

4 DIREITO CIVIL

Artigo • 253 Comentário à Jurisprudência • 260 Jurisprudência • DVD-ROM

Mudanças introduzidas no Direito de Família pela Lei nº 11.698/2008 253
Aline Maria Pereira

A responsabilidade civil advinda da perda de uma chance 260
Dalvaney Araújo

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo • 271 Comentário à Jurisprudência • 297 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

Repercussão geral: a objetivização do recurso extraordinário 271
Charley Teixeira Chaves

A suspensão obrigatória de processos individuais representativos de conflitos de massa 297
Marcelo Malheiros Cerqueira

6 DIREITO COLETIVO

Artigo • 311 Comentário à Jurisprudência • 347 Jurisprudência • DVD-ROM

A efetivação das políticas públicas de saúde pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário 311
Sílvia Vieira Damião

Serviços de saúde prestados fora da localidade de origem dos usuários – o tratamento fora do domicílio como política pública indispensável à garantia de acesso 347
Suely das Graças Silva

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo •361 Comentário à Jurisprudência • 388 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

Diagnóstico da atual situação dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios integrantes da Região Metropolitana de Belo Horizonte visando à elaboração de termos de ajustamento de conduta pelo Ministério Público 361
Andressa de Oliveira Lanchotti

Fundamentos constitucionais e legais para a proteção da reserva legal florestal na situação da posse de imóvel rural: reflexões a partir do Resp 948.921-SP 388
Luciano José Alvarenga

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo • 403 Comentário à Jurisprudência • 473 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

O princípio constitucional da proporcionalidade como limite de proteção ao bem jurídico 403
Vânia Márcia Damasceno Nogueira

Inaplicabilidade da Teoria da Delegação Legislativa Disfarçada ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior 428
Magno Federici Gomes

Desonerações relativas ao ICMS e o entendimento do STF 473
Dalmiro Camanducaia

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo • 481 Comentário à Jurisprudência • 497 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re) definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional 481
Márcio Soares Berclaz

A legalidade da proibição de uso de vestimentas e bandeiras representativas de torcidas organizadas nos estádios de futebol 497
Gustavo Lopes Pires de Souza

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo • 509 Comentário à Jurisprudência • 550 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

Mensagem subliminar na Teoria do Negócio Jurídico 509
Henrique Soares Pinheiro

Crise do pacto social: contribuições do Funcionalismo Penal Sistêmico às funções estatais 532
André Pedrolli Serretti

Honorários periciais e Ministério Público: o que dizem os tribunais? 550
Samuel Alvarenga Gonçalves

11 NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR • SUMÁRIO • INFORMAÇÕES

Português 581

English 585

DVD - Sumário 589

DVD - Informações 591

1



Doutrina Internacional • 25
Doutrina Nacional • 67
Diálogo Multidisciplinar • 145
Palestra • DVD-ROM

Assuntos Gerais

1 Doutrina Internacional

LA GENEALOGIA DELL'UNIVERSALISMO DEI DIRITTI E I SUOI PARADOSSI

LUCA BACCELLI
Professor de Filosofia do Direito - Università di Camerino

Nel dibattito pubblico, cosi come nella teoria politica, giuridica e morale, diritti e universalismo sembrano implicarsi reciprocamente. La nozione di diritto soggettivo viene immediatamente associata a quella dei diritti umani, i diritti goduti da tutti gli appartenenti alla specie *homo sapiens sapiens.* E quando si parla di 'diritti universali' si tende a considerarli tali da due punti di vista: in quanto i *titolari* dei diritti sono tutti gli appartenenti alla specie umana e in quanto essi sono *fondati* in modo da ottenere un riconoscimento universale. Non è cosi dovunque e non è sempre stato cosi. In molte culture giuridiche – da quella ebraica a quella induista, da quella greca antica a quella islamica, a quella confuciana – la nozione di diritto soggettivo è assente, ed è stata messa in questione la sua presenza nello stesso diritto romano clássico[1]. In ogni modo, l'elaborazione di una nozione soggettivistica dei diritti, come libertà facoltà e poteri di soggetti individuali (o collettivi) è stato un processo lungo e complesso, che ha attraversato le vicende del diritto civile, del diritto canonico, della teologia e della filosofia dei medioevo europeo. Un processo, ovviamente influenzato dalle vicende della storia sociale, politica e religiosa, nel quale le parziali ridefinizioni dei termini ed i lenti slittamenti semantici hanno giocato un ruolo decisivo.

Qui vorrei esaminare tre momenti di questa storia[2], per cercare di metterne in luce alcune conseguenze paradossali e, per così dire, alcuni effetti collaterali. Infatti, il percorso che ha portato all'elaborazione di una nozione compiutamente soggettivistica ed universalistica dei diritti fondamentali come attributi e poteri 'naturali' degli individui umani si rivela molto tortuoso e soprattutto è aperto ad esiti paradossali. In particolare, è difficile sostenere che quanto più una teoria distingue analiticamente fra il significato soggettivo e quello oggettivo di diritto tanto piúù è adeguata a fondare la tutela giuridica degli individui. Né è possibile parlare dell'universalismo in maniera univocamente positiva.

[1] Rimando, anche per la bibliografia, al mio *Ilparticalarismo dei diritti,* Carocci, Roma 1999, p. 15-29.

[2] Darò più spazio al secondo di questi momenti, particolarmente importante per i temi tratari in questo cosrso di Postgrado,e anche in omaggio alla storia della città che ci ospita.

1. Povertà, diritti e poteri

Il dibattito sul significato di *ius* nel diritto romano clássico è molto articolato, tanto che alcuni negano l'esistenza stessa di una nozione di diritto soggettivo[3]; è comunque da escludere che *ius* potesse indicare qualcosa come un diritto soggettivo 'naturale' o 'universale'. La moderna affermazione del concetto di diritto soggettivo si ricollega all'esperienza giuridica medievale: il Medioevo ha conosciuto una proliferazione di rivendicazioni di libertà, franchigie, immunità da parte di soggetti individuali e collettivi che chiedevano di essere riconosciute e tutelate giuridicamente, di essere cioè dichiarate *iura.* Ma questo non significa che si attribuisse ai diritti soggettivi validità universale. Nel caso paradigmatico dell'ordinamento inglese, i *rights* – dalla *Magna Charla* al *Bill of Rights* del 1689 e oltre – erano concepiti come antichi diritti e libertà goduti 'fin da tempi immemorabili' dai sudditi inglesi, in quanto membri di quella particolare comunità, in virtú della loro *Ancient Constitution.*

Il progressivo emergere della nozione soggettivistica dei diritti, oltre che la sua 'giusnaturalizzazione' espressa nell'idea dei diritti soggettivi naturali, è stato analizzato seguendo l'evoluzione del diritto medievale – canonico e civile – della teologia e della filosofia scolastica. Si tratta di una vicenda complessa, che nessuno ha ricostruito nelia sua interezza, che si snoda attraverso progressivi scivolamenti semantici – percettibili solo dalla distanza – di termini come *ius* e *dominium* e successive reinterpretazioni teoriche. La teoria dei diritti soggettivi, insomma, "nacque quasi impercettibilmente nelle oscure glosse dei giuristi medievali"[4].

Questa vicenda viene ricostruita in modo tutt'altro che univoco dai differenti interpreti, che assegnano ai protagonisti sulla scena ruoli assai diversi. Secondo Brian Tierney, la nozione giusnaturalistica di *ius* come "una facoltà, un'abilità o un potere dei singoli individui, che è associato alla ragione ed al discernimento morale, che definisce un'area di libertà all'interno della quale l'individuo è libero di agire come preferisce, e che è foriero di pretese e di poteri specifici per gli esseri umani in quanto tali"[5] era ben presente già nei trattati e negli scritti del diritto canonico medievale, che commentavano fin dal XII secolo il *Decretum* di Graziano.

L' elaborazione teorica dei canonisti, che per Tierney contiene virtualmente tutti gli elementi essenziali della moderna teoria giusnaturalistica, verrà divulgata nei lavori enciclopedici dei giuristi tardo-medievali, che avranno grande diffusione nell'epoca successiva. Un altro importante canale di diffusione è rappresentato dalla "controvérsia sulla povertà" che ha prima diviso i Frati minori nel corso del XIII secolo, e poi contrapposto, nel XIV secolo, il generale dell'Ordine francescano Michele da Cesena, e i teologi suoi confratelli,

---

[3] Cfr. PUGLIESE G., "*Res corporales, res incorporales* e il problema dei diritto soggettivo", in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Arangio - Ruiz,* vol. III, Jovene, Napoli 1954; VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit,* Dalloz, Paris 1962; ID., *La fomation de la pensée juridique moderne,* Montchrerien, Paris 1975 (trad. it. Jaca Book, Milano 1985); TUCK R., *Natural Right Theories,* Cambridge University Press, Cambridge 1979.

[4] TIERNEY B., *The Idea of Natural Righta. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1623,* Scholars Press for Emory University, Atlanta 1977 (trad. It. Il Mulino, Bologna 2002, p. 490).

[5] Ivi, p. 86.

a papa Giovanni XXII. Dunque, al di là delle differenti interpretazioni sul ruolo svolto rispettivamente dai glossatori, dai canonisd e dai teologi, la storiografia concorda nell'attribuire grande rilievo a tale discussione.

La regola di Francesco d'Assisi, approvata da papa Onorio III nel 1223, prescriveva ai frati — ad imitazione di Gesù e degli apostoli – la povertà e vietava loro l'uso dei denaro. Il grande sviluppo dell'ordine francescano aveva però richiesto la creazione di una struttura organizzativa e l'uti-lizzazione di una vasta quantità di beni mobili e immobili, a cominciare dai conventi. La coerenza, almeno formale, con il dettato della regola era garantita da un espediente giuridico: ai frati minori veniva attribuito solo *l' usus facti* dei conventi, dei beni e del denaro necessari al loro sostentamento ed all'organizzazione dell'Ordine, la cui proprietà rimaneva formalmente di "amici" o dello stesso papato. Più precisamente nella bolla *Exiit qui seminat* Niccolò III distinse cinque tipi di relazioni fra un soggetto umano e un oggetto materiale: *proprietas, possessio, usufructus, ius utendi, simplex usus facti.* Solo quest'ultimo veniva ammesso per i francescani. I primi quattro erano considerati casi di *dominium;* ma l'ultimo no, perché il titolare può solo consumare il bene, non alienarlo. Questo espediente giuridico si rivelò una potente arma ideológica nella disputa interna alla Chiesa: i francescani potevano presentarsi come l'unico ordine che conduceva la vita "perfetta" degli apostoli, come coloro che – a differenza del clero secolare – vivevano in uno stato di perfezione paragonabile all'innocenza precedente il peccato.

La politica filofrancescana della Sede romana venne però ribaltata da papa Giovanni XXII, che nel 1323 decise di imporre all'Ordine la titolarità della proprietà dei beni; di qui la rottura con Michele da Cesena, che abbandonò la sede apostolica di Avignone e si pose sotto la protezione dell'imperatore Ludovico il Bavaro insieme con i suoi teologi più agguerriti.

Contro queste tesi, Giovanni XXII contestò la separazione di *usus* e *ius,* affermando che non era corretto sostenere che i francescani godessero dell'uso stabile, garantito e perpetuo dei loro beni immobili, ma non ne avessero la *proprietas* né fossero titolari di nessun altro *ius.* Se i francescani esercitavano di fatio tutte quelle azioni che sono normalmente collegate alia proprietà dei beni, essi non potevano non godere del diritto di proprietà.

A queste tesi rispose il maggiore teólogo dell'ordine. Molti interpreti evidenziano i nessi fra la filosofia generale di Ockham e la sua elaborazione teologico-giuridica nell'ambito delia disputa sulla proprietà. Villey presenta il *Breviloquium de principatu tyrannico* come una traduzione giuridica dell'individualismo ontologico, gnoseologico ed etico di Ockham, nei termini di un sistema giuridico articolato in una serie di poteri individuali e di norrne positive. A fondamento di tale sistema si trova l'onnipotenza e l'assoluta libertà di Dio, che crea un sistema articolato di *iura,* intesi come sinonimi di *potestates* assolute dei soggetti Nella controversia fra il papa e i francescani il primo tendeva comunque a riproporre una nozione di *ius* che si inscriveva in un ordine cosmico e che presupponeva una relazione (gerarchizzata) fra i diversi individui. Ockham si poneva sul terreno del papa – accettando l'idea che nello stato di innocenza si dànno diritti naturali – ma al contempo ridefiniva lo status di tali diritti.

Nell'opus *nonaginta dierum* Ockham ridefinisce i termini in questione, da *usus* a *ius utendi,* a *dominium* a *proprietas,* e fa coincidere la nozione di diritto con quella di potere[6]. In relazione al tipo di potere di cui si è titolari si avranno forme differenti di proprietà e di possesso, ed è possibile distinguere l'*nsus facti,* consistente nell'atto stesso di usare una cosa, dallo *ius utendi* e dal *dominium.* Il *dominium* nel senso di *proprietas,* sostiene Ockham, non esisteva prima dei peccato. Nello stato di innocenza i progenitori godevano dell'uso "absque dominio et proprietate earundem"[7]. E solo l'*nsus facti* può essere attribuito ai francescani, come a Gesú ed agli apostoli. In un certo senso, al semplice uso corrisponde un diritto. Ma si tratta dello *ius poli,* dell'autorizzazione che proviene dal cielo. I francescani invece rinunciano ai diritto di secondo grado, lo *ius fori,* che nasce da accordi, convenzioni, leggi positive, e può essere azionato in giudizio.

I diritti vengono quindi considerati come poteri del soggetto ("potestas conformis ractioni rectae") e articolati nelle differenti categorie del diritto *absque pactione* e del diritto *ex pactione.* Il primo, che precede il peccato originale, si suddivide nel diritto divino e nello *ius poli.* Il secondo, cioè lo *ius fori,* si articola nel diritto "naturale" e nel diritto umano[8]. Lo stato di perfezione ha a che fare con lo *ius poli,* ed è sovraordinato all'ambito dei diritti introdotti dopo il peccato originale, a cui si può rinunciare. Dunque Ockham sviluppa il significato soggettivo di *ius,* inteso come un *potere* dell'individuo, e precisa la distinzione fra lo *ius poli,* concesso dal Cielo, e lo *ius fori,* derivato dai patti umani e per definizione azionabile in giudizio: "Ius [...] poli non est aliud quam potestas conformis ractionis rectae absque pactione; ius fori est potestas ex pactione aliquando conformis rationi rectae, et aliquando discordanti"[9].

In termini di *potestas* vengono trattati sia il *dominium commune* sia il *dominium proprium,o proprietas* [10]. Di grande rilievo è anche l'insistenza di Ockham sulla condizione naturale come stato di libertà ("lex evangélica est lex libertatis"[11]) e sull'utilizzazione di questa idea per limitare la *potestas absoluta* che i suoi avversari attribuivano al pontefíce. Se il papa godesse della *plenitudo potestatis* la legge del Vangelo non sarebbe quella *lex perfectae libertatis* che è attestata dalle Scritture, ma una legge *horrendissimae servitutis.* In realtà il principato del papa è stato istituito per il bene comune dei sudditi), e non può revocare gli «iura legitima imperatorum, regum et ceterorum fidelium et infidelium»[12]. Emerge dunque una sfera giuridico-morale che precede il diritto positivo – civile e canonico – e limita l'assolutezza del potere spirituale. E per indicare questa sfera Ockham usa anche

---

[6] Cfr. OCKHAMW. OF (1974), *Opera politica,* Manchester University Press, Mancunii 1974, p. 299-311.

[7] Ivi, p. 483, cfr. p. 483-93, 579-80.

[8] Ivi, p. 574-5.

[9] Ivi, p. 579.

[10] "Dominium commune toti generi humano est illud, quod Deus dedit Ade et uxori sue pro se et omnibus posteris suis, quod fuit potestas disponendi et utendi temporalibus rebus ad utilitatem suam [...]. Aliud est dominium proprium, quod in scientiis legalibus et scripturis modum loquendi scientiarum legalium imitantibus vocatur "proprietas"; quod dominium est potestas principalis disponendi de rebus temporalibus appropriata uni persone vel certis personis aut alicui collegio speciali". OCKHAM, *Breviloquium de potestate papae,* in R. Sholz, *Wilhelm von Ockham als politiker Denker und sein Breviloquium de principatu tyrannico,* Hiesermann, Stuttgart 1944, p. 125-26.

[11] Ivi, p. 17-9,56-9.

[12] Ivi, p. 87.

il termine *ius.* Il papa, scrive Ockham, è *legibus solutus* rispetto alle norme pertinenti al suo potere, ma «non super hiis, quae ad propria iura et libertates pertinet aliorum»[13].

Se, dunque, Giovanni XXII generalizza le relazioni di proprietà facendone un diritto naturale degli individui, Ockham supera la nozione di *ius* come "giusta parte", ridefinendo il diritto come potere del soggetto (cui il soggetto stesso può rinunciare) e introduce una sfera di diritti indisponibili al potere statale. Inoltre è con la filosofia di Ockham che si afferma in forma compiuta una prima concezione individualistica della natura e della società.

Rimane però un paradosso di fondo: l'individualismo dei teologi francescani e la loro teoria dei diritti-poteri intendevano legittimare la piena disponibilità dei diritti stessi, in modo che il titolare possa *rinumciarvi.* Per contro Giovanni XXII attribuiva ai francescani il *dominium* per spuntare le loro armi teologiche nelle controversie interne alla Chiesa e limitare di conseguenza l'autonomia ed il potere dell'ordine. Nessuno dei due contendenti sviluppa una concezione compiutamente individualistica dei *diritti* allo scopo di elaborare tecniche giuridiche di tutela dal potere assoluto; è piuttosto la *legge* evangelica a venire utilizzata in questa funzione.

2. Diritti e conquista

La modernità nasce, anche convenzionalmente, con la conquista europea dell' 'América': nel segno del più vasto genocidio di cui abbiamo memoria storica, dell'assoggettamento più brutale, dell'an- nientamento culturale. Sulle dimensioni del genocidio storici, sociologi e demografi hanno discusso per quasi tutto il secolo scorso. Il problema è stabilire una stima attendibile della popolazione americana alla fine del XV secolo: si va da 8,4 a 101,3 milioni[14], e le diverse ipotesi sono connesse alle differenti valutazioni sui motivi della catastrofe demografica. Nella distruzione degli indigeni giocarono un ruolo la violenza diretta come le malattie provenienti dall'Europa; grande rilievo ebbero l'assoggettamento degli indios al lavoro servile e la rottura degli equilibri ecologici, economici, familiari e comunitari. La profondità di questi mutamend ebbe conseguenze dirette sui meccanismi di reazione allo shock demografico, in particolare alle malattie. In ogni caso, "la catastrofe [...] non fu un destino obbligato, ma l'esito dell'interazione fra fattori naturali e comportamenti umani e sociali il cui risultato non era determinato in partenza"[15].

L'approccio dei *conquistadores* agli indigeni prevedeva comunque l'immediata sottomissione, eventualmente preceduta da una violenza che appare gratuita ed insensata ma che aveva comunque effetti letteralmente terroristici. Se la riduzione in schiavitú e il commercio di schiavi fu un fatto corrente (e si è rivelato una pratica non particolarmente remunerativa) nella prima fase della conquista, fin dal terzo viaggio di Colombo si delienò un modello di assoggettamento basato sull' *encomienda* (assegnazione di terre ai coloni) e sul *repartimiento* (distribuzione degli indios nelle *encomiendas* per svolgere lavoro obbligato, anche se formalmente non schiavile).

---

[13] OCKAM, Opera politica, cit., pp.57-8.

[14] Cfr. LIVI BACCI M., *Conquista. La distruzione degli indios americani,* II Mulino, Bologna 2005, p. 245.

[15] Ivi, p. 241.

La distruzione física, l'assoggettamento dei corpi trovava un riscontro nella distruzione culturale. Tvezan Todorov è arrivato ad ipotizzare che la dimensione culturale e simbolica sia quella decisiva per comprendere gli eventi, in particolare il fatto che poche centinaia di europei abbiano potuto assoggettare società strutturate e complesse come quelle dell'America centrale. Per Todorov "tutto è avvenuto perché i maya e gli aztechi hanno perduto il controllo della comunicazione"[16], sono stati incapaci di comprendere ciò che stava avvenendo[17]. Per contro. Cortés si pose il problema della comunicazione, dispiegò una strategia di produzione e controllo dei discorsi e dei simboli: la sua superiorità, prima ancora che nella tecnologia o nella strategia militare, era nella capacità di capire l'altro. Ma questa comprensione, che "non si accompagna al pieno riconoscimento dell'altro come soggetto", venne "utilizzata a i fini dello sfruttamento, del 'prendere'"[18]. E, a lungo termine, divenne lo strumento per l'assimilazione, per far scomparire l'alterità, per la distruzione culturale[19].

Il discorso sulla legittimazione della conquista fu inaugurato nel 1494 dalla bolla *Inter Coetera Divinae* di papa Alessandro VI. Il papa dichiara che l'opera più gradita a Dio è "che si provveda alla salvezza delle anime e che le nazioni barbare siano sopraffatte e portate alla stessa Fede". In virtù della "pienezza del potere apostolico", il papa 'dona', 'concede' e 'desuna' ai re di Castiglia "tutte le isole e le terre, esplorate o da esplorare, scoperte o da scoprirsi verso occidente e verso sud" dal meridiano 100 miglia a Ovest delle isole Azzorre e attribuisce loro l'onere di inviare colà esperti predicatori timorati di Dio. Già l'anno successivo i re cattolici misero in questione la legittimità della riduzione in schiavitù degli Indios da parte di Colombo. L'ammiraglio assicurò che si trattava di indigeni fatti prigionieri in una guerra giusta ma nel 1498, per sedare la rivolta dei coloni contro il fratello Bartolomeo, introdusse il sistema dei *repartimientos,* poi legalizzato con la *Cédula de Medina* emessa da Isabella nel 1503: gli indios possono venire costtetti a lavorare, a condizione di essere compensati con una salario giusto[20]. Ma gli effetti del sistema, che di fatto si risolse in rapporti di lavoro non distinguibili dalla schiavitú, furono disastrosi: la popolazione indigena delle grandi Antille si estinse nel giro di cinquant'anni. Il 21 dicembre 1511, all'Hispaniola, il frate domenicano Antonio da Montesinos in un durissimo sermone denunciò gli effeti della conquista sugli indigeni. Richiamato in patria, sostenne le sue tesi di fronte a re Ferdinando il cattolico. Il quale convocò a Burgos, nel 1512, una *junta* di teologi e giuristi: la questione della legittimità delle conquista investì così la cultura accademica spagnola in un dibattito che si prolungherà fino al settimo decennio del XVI secolo.

In realtà, già nel 1510 John Mair (Johannes Maior), teologo e filosofo della Sorbona, noto fra l'altro per il suo contributo alla teoria dei diritti soggettivi, aveva utilizzato la teoria aristotelica della schiavitù naturale per giustificare la conquista delle Indie. Aristotele sostiene che esistono schiavi per natura e per loro è bene essere schiavi; e "per natura,

---

[16] TODOROV T., *La conquête de l'Amérique. Le question de 1'autre,* Seul, Paris 1982 (trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell''altro',* Einaudi, Torino 1992, p. 75.

[17] Ivi, p. 102.

[18] Ivi, p. 161.

[19] Ivi, p. 300.

[20] Cfr. MILAZZO L., *Legge, diritto e guerra in de Vitoria e Suárez* Dissertazione di dottorato, Università di Pisa, Pisa 2005, p. 217-21.

barbaro e schiavo sono la stessa cosa"[21]. Sulla base dell'autorità di Tolomeo Mair afferma che i popoli delle indie, in quanto vivono al di sotto dell'equatore, sono *ferini* e vivono *bestialiter.* Dunque *natura sunt servi* e possono venire legittimamente sottomessi e governati[22]. La teoria aristotelica della schiavitù naturale venne ripresa e sviluppata nella *junta* di Burgos dal domenicano Bernardino de Mesa e dal *licenciado* Gregorio, in modo da conciliare lo status degli indios come 'liberi sudditi e vassalli' del re di Castiglia con il loro assoggettamento ad un certo tipo di lavoro obbligato: la servitù naturale è giustificata dai loro limiti intellettuali, dalla loro ripugnanza per il lavoro e dalla scarsa perseveranza nella fede di cui danno prova. Il *repartimiento* e l'*encomienda* rappresentano peraltro la giusta punizione per i peccati contro natura e il mezzo opportuno per propagare la fede[23].

Si noti che rispetto ai modi di produzione dell'antichità il lavoro si è trasformato: il termine latino *servus,* che indicava la condizione di schiavitú, denota ormai una pluralità di forme di lavoro obbligato. Dunque, sostiene Juan López de Palácios Rubios, la 'servitù naturale' diviene compatibile con il fatto della naturale eguaglianza e libertà degli uomini[24]. Egii aggiunge che l'asservimento degli indigeni è legittimo in quanto avviene nel contesto di una guerra giusta[25]: dopo l'incamazione di Cristo i principi esercitano il loro potere per concessione dei suo vicario e fintantoché egli non lo revochi. E dunque, in seguito alla bolla *Inter coetera,* il potere legittimo sulle isole e le terre dei mare Oceano appartiene ai re di Castiglia.

Sulla base di questa elaborazione teorica Ferdinando il Cattolico promulgò le *Leyes de Burgos,* che qualificavano gli Indios come 'sudditi liberi della corona' e allo stesso tempo permettevano che fossero "obbligati a lavorare, con moderazione e in cambio di un salário"[26]. E l'anno successivo Palacios Rubios redasse il *requerimiento,* il documento che di li in poi verrà leito agli indigeni dagli spagnoli al momento della 'scoperta' in modo da informarli sui principali dogmi cattolici, sull'universale dominio e giurisdizione del papa, sulla donazione delle terre che abitano ai re di Spagna, allo scopo di intimare loro l'obbedienza, minacciando in caso contrario l'invasione e la riduzione in schiavitù. Si tratta evidentemente di un testo rivolto non agli indigeni, ma agli europei (in un primo periodo era letto in castgliano), elaborato per costituite un titolo di legittimità giuridica della conquista, attestato dalla presenza del notaio che lo sottoscriveva seduta stante.

Se queste erano le basi di legittimità della conquista, durante il regno di Cario V la corona spagnola sembrò assumere una posizione piú favorevole agli indios: particolarmente significadve furono le *Leyes Nuevas* del 1542 che vietavano fra l'altro l'ereditarietà dell'*encomienda.* Tali leggi vennero tuttavia in parte revocate nel 1545, ma nel 1550 Cario V ordinò la sospensione delle conquiste finché non si esprimesse una *congregación*

[21] Cfr. ARISTOTELE, *Politica* 1254 a-b.

[22] MAIOR J., *In secundam librum Sententiarum, Distinctio* 44, f. CLXXVI, Parigi 1519.

[23] Cfr. TOSI G., *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573). 'Veri domini' o 'servi a natura'?,* "Divus Thomas", 3, 2002, p. 35-38.

[24] PALÁCIOS RUBIOS J. L. DE, *De insulis maris Oceani quas vulgus Indias appellat,* in *De las inslas del mar Oceano por Juan López de Palácios Rubios.Del Dominio de los Reyes de España sobre los indios por Fray Matías de Paz* Porrua, México 1954, p. 27.

[25] Cfr. ivi, p. 35.

[26] TOSI G, op. cit., p. 242.

di teologi e giuristi, che si terrà a Valladolid nel 1550-51. Nel frattempo aveva preso posizione il massimo teologo dell'epoca, il domenicano Francisco de Vitoria. Vitoria inserisce la questione della conquista in un quadro teorico originale, che sviluppa in due *Relectiones de Indis* tenute all'Università di Salamanca nella prima metá del 1539. In esse Vitoria rivendica esplicitamente l'autorità dei teologi, fino ad allora non consultati, in una questione per la quale non esistono fonti di diritto positivo[27]. Sulla base di questa ridefinizione teorica sottopone ad una critica corrosiva i 'titoli' della conquista fino ad allora accreditati, per proporne alcuni radicalmente nuovi.

2.1. In primo luogo, Vitoria pone una questione preliminare sulla legittimità: i diritti di proprietà e il potere politico esercitati dai 'barbari' prima della conquista erano legitimi? Questa discussione gli fornisce l'occasione per mettere a punto la sua nozione di diritto soggetivo. Vitoria sostiene che l'eventuale incapacità al *dominium* dei barbari non potrebbe derivare dall'essere peccatori. Il *dominium* proviene da Dio ed è dato all'uomo in quanto è "imago Dei per naturam, scilicet per potentias naturales"[28]: le facoltà razionali non si perdono neppure a causa del peccato mortale. Né l'*infidelitas* è impedimento all'essere *veri domini,* dato che "fides non tollit nec ius naturale nec humanum"[29]. Resta l'ipotesi che non siano *veri domini* in quanto *amentes vel insensati.* Vitoria contesta infatti la tesi di Conrad Summenhart secondo la quale il *dominium,* in quanto nient'altro che "ius utendi re in usum suum" è proprio anche degli animali irrazionali e degli stessi oggeti inanimati: per Summenhart gli animali eserciterebbeo un diritto sulle erbe e le piante di cui si cibano, le stelle avrebbero uno *ius illuminandi,* il leone sarebbe titolare di *dominium* sugli animali terresfri e l'aquila sui volatili. Ma le creature irrazionali, sostiene Vitoria, "non possunt pati iniuriam: ergo non habent ius"[30]. Chi toglie Il preda al lupo o al leone, l'erba al bue o al cervo, o chiude la finestra impedendo alla luce del sole di entrare non commette *iniuria.* Solo l'essere razionale, dotato di discernimento, ha "dominium sui actus"[31] e dunque può essere titolare di uno *ius.* Analogamente, i bambini possono essere *domini* in quanto possono subire *iniuria;*

"ergo est illis *dominium, quod nihil alius est quam* ius"[32]. Fondamento del *dominium* è l'umanità dei bambini, cioè l'essere immagine di Dio. Gli stessi *amentes* possono essere *domini:* "possunt pati iniuriam, ergo habent ius". Dunque *ius* e *dominium* si idendficano. Titolare di uno *ius è* solo la potenziale vittima di una *iniuria,* ed è tale in quanto dotata delle facoltà razionali dell'uomo.

---

[27] VITORIA, F. DE, *Relectio De Indis. La questione degli Indios,* testo critico di L. Pereña, ed. it. e trad. di A. Lamacchia, Levante, Bari 1996, p. 11. Nella prima *relectio* Vitoria discute se i 'barbari' delle Indie erano legittimi titolari delle terre poi conqusitate, confuta sette 'titoli illegittimi' della queonquista e ne proporne sette legittimi (più uno possibile), nella seconda, nota anche come *De iure belli,* completa l'argoemntazione entrando nel merito dello *ius ad bellum* e dello *ius in bello.*

[28] Ivi, p. 18.

[29] Ivi, p. 20.

[30] Ivi, p. 26.

[31] Ivi, p. 27. "Non enim dicimus aliquem esse dominum, nisi eius quod situm est in sua facultate. Ita enimi loquimus: non est in mea facultate, non est in mea potestate, quando non sum dominus" (vi, p. 28). Per Vitoria *ius, dominium, facultas* rimandano l'un 1'altro e non si esauriscono nella *potentia.* Se valesse la tesi di Silvestro Priera per il quale a volte il *dominium* non configura uno *ius,* ma una mera*. potentia,* il bandito avrebbe il diritto di uccidere e il ladro di rubare.

[32] Ivi, p. 28.

Sulla base di queste considerazioni si deve allora, secondo Vitoria, riconoscere al barbari delle Indie il titolo di *veri domini:* essi "non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis"[33]. Infatti essi conducono una vita in qualche modo ordinata, hanno *civitates,* istituzioni, leggi, attività produttive e commerciali, una forma di religione, e tutto ciò richiede l'uso della ragione. I diritti di prorpietà ed ilpotere politico esercitati dai barbari erano legittimi: "sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani"; non possono essere spogliad delle loro proprietà e dei loro poteri, e non si può negar loro, "qui numquam aliquid iniuriae unquam fecerunt, quod concedimus de saracenis et iudaeis, perpetuis hostibus religionis christianae"[34].

2.2. Se i barbari erano *veri domini* la conquista dovrà dunque essere giustificata. Ma Vitoria dimostra l'insostenibilità delle giustificazioni correnti. E nelia critica di quelli che considera 'titoli illegittirni' della conquista Vitoria mostra consapevolezza che la crisi dei poteri universal! medieval! si è ormai consumata e che si stanno affermando entità territoriali sovrane. Vitoria enuncia lê sue tesi con moita nettezza: lo stesso Cario V interverrà per impedire che vengano diffüse pubblicamente.

Il primo 'titolo illegittimo' si basa sull'idea che "Imperator est dominus mundi[35]". Non lo è, sostiene Vitoria: per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi e la *potestas civilis* deriva si dalla natura (essendo l'uomo *animal civile),* ma "lege constituta est"[36]. Sul piano del diritto divino Vitoria mette in dubbio che Cristo, in quanto uomo, fosse "Dominus temporalis orbis" ed è certo che non ha trasferito tale *potestas* all'Imperatore: lo dimostra l'esistenza di territori, regni e *civitates* indipendenti dal potere imperiale. D'altronde la *potestas* temporale del papa è "in ordine ad spiritualia"[37]; egli non è "monarcha temporalis in toto orbe"[38]. Il preteso titolo derivante dallo *ius inventionis* — il 'diritto di scoperta' che avrà largo corso nei secoli successivi — vale "non plus quam si ipsi invenissent nos"[39]. Inoltre "Causa iusti belli non est diversitatis religionis"[40], in assenza di una *iniuria* commessa dai barbari[41]: "per bellum barbari non possunt moveri ad credendum, sed ad fingendum se credere et recipere fidem christianam, quod immane sacrilegium est[42]". Anche i peccati dei barbari che violano la stessa legge naturale (come l'antropofagia, l'incesto, la sodomia) non sono causa di guerra giusta: i principi cristiani non possono imporre ai barbari di astenersi da tali peccati nemmeno con l'autorizzazione dei papa, che non ha giurisdizione su di loro.

---

[33] Ivi, p. 29.

[34] Ivi, p. 30.

[35] Ivi, p. 33.

[36] Ivi, p. 37.

[37] Ivi, p. 49.

[38] Ivi, p. 43.

[39] Ivi, p. 54.

[40] VITORIA F. DK, *De inre belli,* a cura di C. Galli, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 26.

[41] VITORIA, *De indis,* cit., p. 62.

[42] Ivi, p. 66; cfr. anche, dalla *Relectio de temperantia* (ivi, p. 114-15); nel Commentario alla *Secunda Secundae* Vitoria mette in dubbio 1'opportunità della conversione forzata dei musulmani (ivi, p. 122-23).

2.3. A questo punto sembrerebbe a repentaglio la legittimità della conquista. In eftetti Domingo de Soto, allievo e collaboratore di Vitoria, a partire da premesse di questo genere era arrivato ad ammettere di 'non sapere' con quale diritto gli spagnoli avevano conquistato le Indie[43]. Ma Poniginalità di Vitoria emerge nel terzo passaggio della sua argomentazione: l'idea che esistano diritti universali.

In primo luogo "Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi". Tale *ius* è fondato "ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali". Si tratta della fondazione giusnaturalistica – nel diritto naturale, del quale per Vitoria il diritto delle genti non è che una derivazione – di un diritto universale, per quanto attribuito qui agli spagnoli. Al diritto di viaggiare e risiedere si collegano i diritti relativi ai commercio, all'esportazione e all'importazione dei prodotti. Si tratta di diritti universali: "non pius possunt barbari prohibere hispanos a commercio suo quam christiani possunt prohibere alios christianos"[44]. Non è lecito, inoltre, impedire la partecipazione e la comunicazione dei beni comuni a cittadini e agli *hospites.* Di più, non è lecito impedire ai figli degli spagnoli residenti in quelle terre e lì nati di acquisire la cittadinanza.

Se i barbari negano agli spagnoli l'esercizio di questi diritti universali, gli spagnoli devono adoperarsi con le parole e con i fatti per persuaderli. Se i barbari non cedono e ricorrono alla forza possono difendersi. Se subiscono una *iniuria,* questa è causa di guerra giusta: "si acciperent iniuriam, illam auctoritate principis bello persequi et alia belli iura agere". E se non è possibile ottenere la pace e la sicurezza con i barbari "nisi occupando civitates et subiciendo illos, licite possunt hoc facere". Infine, se "barbari perseverarent in malitia sua", allora è lecito trattarli *come perfidi hostes,* "et omnia belli iura in illos prosequi et spoliare illos et in captivitatem redigere et dominos priores deponere et novos constituere"; tutto ciò "moderate tamen pro qualitate rei et iniuriam"[45]. È infatti la qualità *dell'iniuria* a definire l'ambito degli *iura belli* in una circolarità che rimane perfetta.

Perché 'giusta causa' di guerra è solo *l'iniuria.* Nella *Relectio de iure belli,* riallacciandosi esplicitamente a questa discussione[46], Vitoria sostiene che non sono causa di guerra giusta la differenza di religione né *l'amplificatio imperii,* né la gloria del príncipe. "Una sola causa iusti belli est, scilicet iniuria acepta"[47]. Si noti che il termine *iniuria* ha lo specifico significato della violazione di uno *ius,* di un diritto soggetüvo. Significativamente, Vitoria non utilizza l'espressione 'colpa' (che includerebbe anche il peccato)[48], ed esclude dalle cause di guerra giusta violazioni della legge di natura come l'idolatria o la perversione; inoltre, l'*ininría* deve essere di grave entità; potremmo dire che si deve trattare della violazione di un diritto fondamentale. In questo modo *ius* e *bellum iustum* rimandano

[43] Cfr, DE SOTO D., *Relectío de domínio,* a cura di J. Brufau Prats, in *Relectiones y Opusculos,* San Esteban, Salamanca 1995, p. 176; cfr. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale,* cit., p. 71-75.

[44] VITORIA, *De indis,* cit., p. 81.

[45] Ivi, p. 85.

[46] Cfr., VITORIA, *De iure belli,* cit., p. 2.

[47] Ivi, p. 31.

[48] Cfr. TRUJILLO PEREZ I., *Argomenti vecchi e nuovi sulla guerra. Appunti per un riesame del diritto delle genti,* in "Rivista Internazionale di filosofia del diritto", 2001, p. 125.

l'uno all'altro[49]. E per converso, come abbiamo visto, è la possibilità di subire una *iniuria* che rende titolari di uno *ius.*

In un mondo nel quale le autorità 'universali' hanno ben precisi limiti di giurisdizione, attore principale della guerra giusta è per Vitoria la *respublica sibi sufficiens.* Lo è, per cosi dire, ontologicamente: condizione necessária dell'autosufficienza è la possibilita dell'autodifesa e della vendetta per le *iniuriae* subite dalla comunità e dai cittadini. Per definizione, la *respublica* è *communitas perfecta,* e dunque ha diritto di fare la guerra senza l'autorizzazione di un principe superiore, come pure i principi possono farsi guerra senza l'autorizzazione dell'imperatore[50]. Dunque l'aristotelica *res publica sibi sufficiens* assume in Vitoria molti dei tratti dello Stato sovrano, compreso lo *ius belli,* ma non solo: senza la punizione delle *iniuria* non ci potrebbe essere sicurezza della comunità politica, né il mondo potrebbe *consistere in felici statu[51];* la guerra giusta ha la specifica funzione giuridica di sanzionare la violazione dello *ius,* punire il reo, prevenire la ripetizione dell'*iniuria.* Il cerchio *ius – iniuria – bellum iustum* si fa ancora più stretto: l'autosufficienza della comunità politica – il suo essere comunità politica — ha per condizione necessária il diritto di fare guerra per punire le *iniuriae.* Infatti, tutta la discussione su quello che oggi chiamiamo *ius in bello è* condotta da Vitoria avendo di mira questa idea della guerra come pena. La finalità della punizione *dell'iniuria* legittima in certi casi l'uccisione di tutti i colpevoli, il saccheggio, le conquiste territoriali, l'imposizione di tributi, fino alla deposizione dei principi e l'annessione del regno[52].

Nell'assenza di autorità superiori il ruolo del principe giusto risalta con tutta evidenza. Egii deve concepire "se iudicem sedere inter duas res publicas: alteram, quae laesa est, alteram, quae iniuriam fecit, ut non tanquam accusator sententiam ferat, sed tanquam iudex satisfaciat quidem laesae, sed, quantum fieri poterit, sine calamitate rei publicae nocentis"[53]. Anche in assenza di un terzo *super partes* la guerra assume i connotati del procedimento giudiziario e, insieme, della pena. Infatti, non vi è simmetria fra i contendenti: la condizione di príncipe giusto è sovraordinata a quella del nemico ingiusto, sul quale esercita una giurisdizione. Il príncipe giusto agisce sulla base del diritto naturale, diviene lo strumento di "quae necessária sunt ad gubernatione et conservadone orbis".È solo attraverso i principi che 'il mondo' può agire contro i *perniciosos homines[54].* Il principe giusto diventa il tutore della cornunità globale (il primo titolo della conquista è per Vitoria "naturalis societatis et communicationis"[55]) e dei diritti universali. Le comunità politiche autosufficenti agiscono in un contesto globale sulla base di diritti universali.

---

[49] "avere uno *ius* [...] significa avere un titolo di guerra *iusta"*(MILAZZO L., *Legge, guerra e diritto,* cit., p. 204-07; Milazzo insiste sulla "simbiosi forse inevitabile fra diritto, diritti e 'guerra"' (ivi, p. 152). Cfr. anche PIETROPAOLI S., *Guerra e diritto. Ascesa e declino dello* Jus publicum europaeum, Dissertazione di dottorato, Università di Pisa 2006, p. 54-62, sulle diverse accezioni di *iniuria* in Cicerone e Agostino.

[50] Ivi, p. 23.

[51] Ivi, p. 13.

[52] Ivi, p. 41.

[53] Ivi, p. 100.

[54] Cfr. ivi, p. 40.

[55] Cfr. VITORIA, *De Indis,* cit., p. 77.

La logica del secondo, terzo e quarto titolo legittimo, che si riferiscono all'annuncio della verità evangelica, non si discosta da quella del primo. La guerra di conquista è giusta come lecita risposta ad una *iniuria,* cioè alla negazione di uno *ius,* in questo caso lo *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium.* Se infatti sarebbe illegittimo e sacrilego fare guerra per imporre la predicazione, nel caso in cui la predicazione sia impedita si nega uno *ius,* si commette una *iniuria,* che è giusta causa di guerra. E dunque, se non c'è altro modo "licet hispanis occupare terras et províncias illorum et novos dominos creare et antiquos deponere et omnia alia agere et prosequi iure belli"[56].

Nel quinto titolo si giustifica la conquista "propter leges tyrannicas in iniuriam innocenrium": i sacrifici umani e l'antropofagia. Mentre non era legittimo far guerra ai barbari per punire i loro peccati contro natura, lo è per difendere il loro diritto a non essere uccisi per sacrifici rituali o antropofagia. Lo è in quanto si tratta della morte – che configura *iniuria* – dell'innocente, insomma, della difesa del diritto, naturale e universale, alla vita. E l'importanza dello *ius* – la gravità corrispondente *dell'ininria* – è tale da giustificare il ricorso a tutti gli *iura belli,* alla destituzione dei sovrani, all'introduzione di nuove istituzioni politiche. Ed è tale che l'intervento contro l'*iniuria* che lo nega può avvenire "sine auctoritate Pontificis"[57]. Ma soprattutto la legittimità dell'intervento in difesa del diritto alla vita prescinde dalla volontà e dal consenso delle vittime, che in questo senso non sono *sui iuris:* "Nec obstat quod omnes barbari consentiant in huiusmodi leges et sacrifica, nec volunt super hoc vindicari ab hispanis; in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem"[58]. Come Vitoria aveva scritto nella *Relectio de temperantia:*

liciturn est defendere innocentern, etsi ipse non petat, immo etiamsi renuat, rnaxime quando patitur iniuriani, in qua non potest cedere iuri suo, ut est in proprosito. Non enim potest quis dare alicui ius occidendi seipsum, sive ad vescedum, sive ad sadficandum[59].

Vi sono, insomma, diritti assoluti, cui non si può rinunciare. Ed è nella negazione di tali diritti – *nell'iniuria,* che consiste la causa di guerra giusta. Vitoria èmolto chiaro; causa di guerra giusta non sono i peccati nélaviolazione dellalegge di natura come tali, ma la violazione di diritti soiggettivi: "ratio quare barbari debellari possunt non est quia comedere carnes humanas aut sacrificare homines sit contra legem naturae, sed quia inferunt iniurias hominibus"[60].

2.4. Il rilievo teorico della teoria vitoriana dei diritti universali è stato a lungo sottovalutato, in una discussione incentrata sul problema della 'modemità' del contributo di Vitoria al diritto intemazionale in ordine ai 'residiu' teologici del suo pensiero. Non c'è dubbio che

[56] Ivi, p. 90. Vá a mérito di Vitoria avere introdotto a questo punto alcune cosiderazioni cautelative: tutto questo vale in teoria, ma è possibile che la guerra ed i suoi effetti in termini di stermini e saccheggi in realtà ostacolino la conversione (cfr. ivi, p. 90-91). Vitoria finisce per passare al modo condizionale: questo "*potiut* esse secundus dtuius legitimus".

[57] Ivi, p. 93.

[58] Ivi, p. 94.

[59] Ivi, p. 110.

[60] Ivi, p. 110

Vitoria non intimi ai teologi di tacere *in munere alieno* – come farà Alberico Gentili[61] – e anzi rivendichi il loro e il suo diritto di parola. Ma il suo argomento principale ha ben poço a che fare con la teologia; è un argomento filosofico- giuridico che si basa, da un lato, sul riconoscimento della fine delle autorità politiche universali, dall'altro sulla definizione di una serie di diritti 'naturali' universali. In assenza di un potere universale, vigono diritti universali. Diritti che costituiscono il solido punto di riferimento per la definizione della legittimità della guerra: forzando un po', si potrebbe sostenere che per Vitoria l'unica guerra offensiva legittima è, se non la guerra umanitaria, la 'guerra per i diritti'. Guerra condotta da comunità politiche autosufficienti e principi sovrani il cui *ius ad bellum* = punizione *dell'imuria è* costitutivo dell'autosufficienza, è condizione necessaria dell'autonomia. Non c'è dubbio che Vitoria si muova entro l'orizzonte della teologia cattolica. Come scrive Todorov, "Vitoria pensa soltanto [...] alla libertà degli spagnoli di predicare il Vangelo agli indiani, e mai alla libertà degli indiani di diffondere il *Papol Vub* in Spagna, giacché per lui la 'salvezza' cristiana è un valore assoluto"[62]. Ma mentre la guerra per diffondere il Vangelo è sacrilega, è legittima la guerra per tutelare il *diritto* universale a predicare il Vangelo. La logica dell'argomentazione muta radicalmente, e diviene assi piú potente: Vitoria definisce uno schema basato su diritti universali assoluti che *mutatis mutandis* viene riproprosto ancora oggi.

Tuttavia Vitoria ripropone alcune tesi di ispirazione aristotelica, che rappresentano un'apertura di credito alle argomentazioni in difesa della Conquista basate sulla servitù naturale. Egli accenna ai secondo caso di schiavitù definito da Aristotele, la *servitus civili et legitima,* che non implica la schiavitù per natura. Sulla base di questa interpretazione può essere opportuno che gli indios, in quanto *parum mente validi* – non sono *amentes* ma *inepti et hebetes* sì – siano govemati dai piú adatti, come i figli dai genitori e le mogli dai mariti[63]. È un tema che ritoma quando Vitoria introduce, in forma dubitativa, l'ultimo possibile titolo legittimo, sulla base dell'idea che i barbari "non omnino sint amentes, tamen parum distant ab amentibus, ita ut non sint idonei ad construendam vel administrandam legitimam et ordinatam rempublicam" etiam inter terminos humanos et civiles"[64]. Data questa inferiorità 'naturale' un'amministrazione dei sovrani spagnoli attraverso governatori e prefetti potrebbe essere *pro utilitate eomm.* E ritorna l'argomento più pericoloso, la possibilità che essi siano *natura servi [65].*

Non siamo in grado di valutare quanto il maestro di Salamanca sia stato indotto da considerazioni di prudenza a lasciare una sorta di via d'uscita per ammettere la validità dell'*encomienda.* Comunque, in questo modo la giustificazione teorico-giuridica della conquista trova, sul piano dell'antropologia e della sociologia morale, un corollario che legittimerebbe forme di asservimento e di lavoro coatto. Gli indios sono *imago Dei,* sono possibili desdnatari della redenzione, sono titolari di diritti – il loro essere titolari di diritti, d'altronde, legittima la conquista – ma la loro inferiorità (culturale?) li rende assoggettabili,

[61] Cfr. SCHMITT C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeaeum,* Duncker & Humblot. Berlin 1974 (trad. it. *Il nomos della terra nel dirito internazionale dello 'jus publicam europaeum',* Adelphi, Milano 1991, p. 104-40.

[62] TODOROV T., *La conquête de l'Amérique,* trad. it. cit., p. 181.

[63] Cfr. ivi, p 31.

[64] Cfr. ivi, p. 97.[65] Ivi, p. 98.

[65] Ivi, p. 98.

e rende l'assoggettamento un bene per loro stessi. Non solo Vitoria fonda sull'universalità dei diritti lalegittimità della guerra di conquista; l'affermazione dell'universalità dei diritti si coniuga con la tesi dell'inferiorità naturale – o culturale – di alcuni titolari di essi.

In Vitoria si trova dunque una visione ormai matara dei diritti soggettivi: l'individuo umano, in quanto caratterizzato da facoltà razionali e possibile oggetto di *iniuria, è* titolare di *iura.* Ed esistono dei diritti che, in quanto derivati dal diritto di natura, hanno validità universale, di cui tutti gli esseri umani sono titolari, compresi gli 'altri': quelli di vecchia conoscenza, come indiani, arabi, turchi ed ebrei, e quelli *recenter inventi.* La teoria cristiana, tardo-antica e medievale, della guerra giusta viene riproposta, ma gli adattamenti sono tanto significativi da forzare ormai il paradigma: in assenza di autorità superiori, *bellum iustum* è la risposta ad una *iniuria,* alla violazione di un diritto fondamentale. Non vi sono poteri universali, né entita 'terze' superiori, ed occorre un catalogo di diritti fondamentali come termine di riferimento per valutare la *iusta causa.* La guerra è sanzione per l'*iniuria,* per la violazione di uno *ius,* e il principe giusto assume la posizione asimmetrica di giudice delle comunità politiche.

Già questa idea della 'guerra per i diritti' a fronte della crisi delle autorità 'internazionali' provoca echi di sconcertante attualità. Ancora piú se si tiene presente che per Vitoria i diritti universali, o alcuni di essi, sono principi assoluti, la cui violazione deve essere punita anche in assenza del consenso delle vittime. La fondazione dei diritti 'fondamentali' è infatti insieme universale e assoluta. D'altra parte questo si concilia – piú o meno coerentemente – con i pregiudizi sulla 'inferiorità' antropológica, economica e politica dell'altro, con l'idea che per alcuni sia bene essere govemati dai piú sapienti.

3. Radicalizzazione e neutralizzazione

Le elaborazioni teoriche del canonisti e dei teologi della prima e della seconda scolastica – un contributo fondamentale, dopo quello di Vitoria, proverrà da Francisco Suarez – preparano gli stumenti concettuali che i classici dei giusnaturalismo moderno svilupperanno nella teoria dei diritti 'naturali', universali sia dal punto di vista della titolarità che dal punto di vista del fondamento. Una potente arma teórica nel nuovo contesto delineato dalla Riforma, dalle guerre di religione e dall'affermazione della sovranità statale.

E Ugo Grozio, nel *De Iure Belli ac Pacis,* a formulare la classica definizione del diritto soggettivo come "qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum". Occorre precisare che si tratta solo di *una* delle accezioni *di jus:* una prima accezione, più generale, identifica lo *jus* con "id quod iustum est", e secondo una *terza jus* è sinonimo di *lex.* Ed è a partire dalla *legge* di natura, fondata sulla naturale socievolezza degli uomini, che si possono individuare i principi del diritto di natura: un orizzonte 'oggettivo' di giustizia naturale è logicamente antecedente alla stessa definizione soggettiva di *ius.* A queste oscillazioni concettuali della teoria groziana (che rimandano all'eclettismo dei suoi riferimenti filosofici) corrisponde un'ambivalenza nelle sue implicazioni giuridiche: in Grozio troviamo sia la giustificazione della schiavitù e dell'assolutismo, sia la tesi che *in extremis* sia legittima la resistenza al potere sovrano. Di nuovo, che una teoria attribuisca agli individui diritti naturali che costituiscono loro proprietà e facoltà originarie non significa che elabori efficaci argomentazioni contro il potere assoluto, la schiavitú, il dominio arbitrário. E i deboli argini posti da Grozio

all'assolutismo ed alla schiavitù volontaria si fondano su considerazioni di verosimiglianza storica del tutto estrinseche all'idea dello *ius* come *qualitas* moralis[66].

Hobbes scioglie queste ambiguità. Il nominalismo, il materialismo ed il convenzionalismo hobbesiano caratterizzano un comparto sistema filosofico radicalmente ed esplicitamente individualistico. D'altra parte in matéria di diritti individuali Hobbes mette in opera quello che, côn felice espressione, Bobbio ha definito "un geniale e malizioso gioco di ritorsione" (Bobbio 1989, p. 93). Di fronte alla diffusa mentalità, tipica dei giuristi di *Common Law,* che vedeva i *rights* come una forma giuridica di tutela dell'individuo nei confrond dello Stato, Hobbes attua una sorta di radicalizzazione/neutralizzazione. Egli, infatti, porta a compimento la concettualizzazione del diritto soggettivo come libertà e potere dell'individuo. Hobbes, contro Aristotele, afferma con forza l'idea della naturale uguaglianza degli uomini e nega l'idea della loro naturale socievolezza. Distingue, ed anzi contrappone, *ius* e l*ex, rights e law* come libertà e obbligo.

> The right of nature, which writers commonly call jus *naturale,* is the liberty each man hath to use his own power as he will himself for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgement and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto. [...] A law of nature (*lex naturalis*) is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved. For though they that speak of this subject use to confound *jus* and *lex,* right and law, yet they ought to be distinguished, because right consisteth in liberty to do, or to forbear; whereas law determineth and bindeth to one of them: só that law and right differ as much as obligation and liberty, which in one and the same matter are inconsistent[67].

Altrettanto chiara è la priorità, logica ed assiologica, del diritto sulla legge. Mentte il diritto di natura è per così dire una immediata traduzione deontica del principio di autoconservazione, e ne mutua la forza[68] le leggi di natura – ad esclusione delle prime

---

[66] Cfr. GROOT H. DE (GROTIUS) *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur,* P.C. Molhuysen (ed.), Sijthoff, Lugduni Batavorum 1919; TUCK, *op. cit.*

[67] HOBBE.S T., *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill* (*1651*)*,* Basill Blackwell, London 1946, XIV, 1,3.

[68] "Among so many dangers therefore, as the naturall lusts of men do daily threaten each other withall, to have a care of ones selfe is not a matter so scornfully to be lookt upon, as if so be there had not been a power and will left in one to have done otherwise; for every man is desirous of what is good for him, and shuns what is evill, but chiefly the chiefest of naturall evilis, which is Death; and this he doth, by a certain impulsion of nature, no lesse than that where by a Stone moves downward: It is therefore neither absurd, nor reprehensible; neither against the dictates of true reason for a man to use all his endeavours to preserve and defend his Body, and the Members there of from death and sorrowes; but that which is not contrary to right reason, that all men account to be done justly, and with right; Neither by the word *Right* is any thing else signified, than that liberty which every man hath to make use of his naturall faculties according to

due, che prescrivono le condizioni necessarie per l'affermazione dello stesso diritto di autoconservazione – hanno uno status molto più debole: non sono che precetti e suggerimenti della ragione[69]. Inoltre – aggiunge una sorta di clausola – nel caso che le leggi di natura contrastino con il supremo diritto all'autoconservazione esse sono destituite di validità[70]. Dunque, Hobbes afferma con grande chiarezza che tutti gli uomini sono uguali e in quanto tali godono degli stessi diritti di natura: sono titolari dello *ius ominum in omnia* in quanto tendono per natura ad autoconservarsi.

Ma questa robusta fondazione del diritto di natura ha precisamente lo scopo di legittimare la completa *rinuncia* da parte del soggetto ai suoi diritti di natura per fondare lo Stato e confenre potere assoluto al sovrano. Per definire la strategia concettuale di Hobbes con un'espressione assai felice Bobbio ha parlato di "geniale e malizioso gioco di ritorsione."[71]. Hobbes utilizza lo strumentario concettuale degli oppositori del potere assoluto – a cominciare dalla nozione di contratto sociale – per fondare *more geometrico* l'assolutezza del potere. E questo vale *a fortiori* per la teoria dei diritti soggettivi. Di fronte alla diffusa mentalità che vedeva i *rights* come una tutela dell'individuo nei confronti dello Stato – una tutela elaborata da Coke in chiave antiassolutistica e filoparlamentare – Hobbes attua una radicalizzazione che è insieme una neutralizzazione. Egli, come abbiamo visto, porta a compimento la concettualizzazione del diritto soggettivo come libertà e potere dell'individuo. Nello stato di natura, caratterizzato dall'eguaglianza e dall'ostilità reciproca, gli uomini sono titolari di diritti. Tale titolarità è una direita espressione della loro natura, non è subordinata ad alcuna "legge" morale. Ma questa fondazione dei diritto di natura ha precisamente lo scopo di legittimare la completa rinuncia da parte del soggetto ai suoi diritti di natura per costituire la comunità política. Proprio in quanto i diritti sono facoltà e poteri del soggetto – concepito come avulso da ogni 'ordine' naturale e da ogni finalità morale – egli ne ha la piena disponibilità. Ed è questa piena disponibilità a renderne possibile il completo trasferimento – con il significativo residuo del diritto alla vita – al sovrano.

Il potere sovrano, nella sua assolutezza, è fondato sul trasferimento da parte dei consociati dei loro diritti al sovrano. E, soprattutto, è decisivo che ogni possibile funzione dei diritti soggettivi come argine e limitazione del potere sovrano venga neutralizzata:

> If a subject have a controversy with his sovereign of debt, or of right of possession of lands or goods, or concerning any service required at his hands, or concerning any penalty, corporal or pecuniary, grounded on a precedent law, he hath the sarne liberty to sue for his right as if it were against a subject, and before such judges as are appointed by the sovereign. For seeing the sovereign demandeth by force of a former law, and not by virtue of his power, he declareth thereby that he requireth no more than shall appear to be due by that law.

right reason: Therefore the first foundation of naturall Right is this, That *every man as much as in him lies endeavour to protect his life and members*" (T.HOBBES, *De Cive. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society,* Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane.London 1651,I.

[69] Ivi, III.27, 31, 33; ID., *Leviathan,* cit, XV.41; XVII.1-2.

[70] Cfr. HOBBES, *The Elemenfs of Law Natural and Politic* (1640), Cambridge University Press, Cambridge 1928,1.XVII.10.

[71] Cfr. BOBBIO N., *Thomas Hobbes,* Einaudi, Torino 1989, p. 93.

> The suit therefore is not contrary to the will of die sovereign, and consequently the subject hath the liberty to demand the hearing of his cause, and sentence according to that law. But if he demand or take anything by pretence of his power, there lieth, in that case, no action of law: for all that is done by him in virtue of his power is done by the authority of every subject, and consequently, he that brings an action against the sovereign brings it against himself[72].

Il suddito hobbesiano non ha alcuna possibilità di azionare i suoi diritti nei confronti dei sovrano, che è l'unica fonte e l'unico interprete della legge, e non esiste alcuna istanza "terza" fra il suddito e il sovrano (i giudici, come abbiamo visto, non sono che funzionari di quest'ultimo).

A questo proposito Hobbes esclude dal diritto di natura la proprietà. Nello stato di natura vigeva lo *ius omnium in emnia* o comunque il diritto ad appropriarsi di tutte le cose utili per la própria conservazione. Ma se non vi è alcun diritto naturale di proprietà, né alcuna nozione naturale di "mio" e "tuo", le teorie che pretendono di fondare la resistenza al potere sovrano o di condizionarne l'esercizio – anche in materia di tassazione – in funzione della tutela della proprietà sono destituite di fondamento. Al suddito non rimane che il pieno diritto – naturale – a cercare di sottrarsi al potere sovrano, nel caso estremo in cui esso minacci la sua vita e dunque ci sia un ritomo allo stato di natura[73]. Ma Hobbes esclude ogni possibilità che i sudditi si coalizzino in gruppi o "leghe" per difendere o affermare i propri diritü. In luoghi di sapore antimachiaveiliano egü condanna i conflitti fra il Senato e il popolo di Roma, e in generale le fazioni, come risultato di "cattivi umori". Non è possibile alcuna attività di tutela attiva e collettiva dei diritti[74].

Per contro, Locke potrà riproporre la tradizionale funzione di garanzia svolta dai *rights* all'interno del quadro costituzionale inglese solo reintroducendo un riferimento alla *legge* naturale posta da Dio ed al conseguente *dovere* di autoconservazione[75]. Questo non ha impedito che la concezione lockiana dei diritti sia stata efficacemente utilizzata per legittimare la colonizzazione inglese dell'America settentrionale. In seguito sono stati adoperati argomenti lockiani per forzare i limiti che nel XVIII secolo il governo britannico aveva cercato di porre all'appropriazione da parte dei coloni delle terre dei nativi. Gli "indiani selvaggi", si sosteneva, non avevano diritti sulla loro terra perché non applicavano lavoro su di essa, né erano titolari della sovranità perché non avevano costituito una società política istituzionalizzata[76]. L'universalizzazione delle teorie giusnaturalistiche al di là del loro contesto di origine si rivela, come nel caso di Vitoria , uno strumento utile per la conquista e l'assoggettamento dei "selvaggi".

---

[72] HOBBES, *Leviathan,* cit., XXI.

[73] I*bidem;* id., *The Elemets of Law,* cit., I.XVII.2

[74] HOBBES, *Leviathan,* citt., XXII, XXIX.

[75] Cfr. LOCKE J., *Two Treatises of Governmen* (1690), Cambridge University Press, Cambridge 1960, II § 6.

[76] Cfr. TULLY J., *Placing the "Two Treatises",* in N. Phillipson, Q. Skinner (eds.), *Political Discourse in Earth Modem Britain,* Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 264-80.

Non si può dunque stabilire alcuna lineare connessione fra la radicalità dell'individualismo e dell'universalismo espresso dalle varie teorie che hanno elaborato la nozione universalistica dei diritti soggettivi e la loro adeguatezza a fondare la tutela degli individui contro l'oppressione e il dominio. Niente garantisce che una teoria, in quanto individualistica ed universalistica, sia maggiormente idonea a fornire argomenti in favore dei limiti ai potere sovrano e a legittimare istituzioni giuridiche che tutelino gli individui. Considerare i diritti soggettivi come facoltà e poteri che gli individui *possiedono* per natura dischiude anzi la possibilità di alienarli e trasferirli ad altri, dunque permette la legittimazione della schiavitù volontaria, della rinuncia ad ogni proprietà personale, dell'assolutismo).

4. Altre modernità

La teoria universalistica dei diritti come proprietà "naturali" inviolabili degli individui umani si esprimerà nei testi-chiave dell'illuminismo giuridico – dalle dichiarazioni di indipendenza delle colonie nordamericane alla *Déclaration* francese del 1789 – , riemergerà dopo la Seconda guerra mondiale con la *Dichiarazione* universale del 1948 ed è tuttora alla radice di importanti testi giuridici e epigrammi politici. Ma nel corso della modernità sono state aleaborate anche visioni differenti dei diritti, che indeboliscono l'universalismo dei fondamenti o mettono in discussione l'approccio razionalisùco Del paradigmacontrattualista.

4.1. La "conversione'" di Lãs Casas

Quasi contemporaneo del cattedratico Vitoria, Bartolomé de Las Casas è stato un "intellettuale" militante, dedito a tempo pieno alla causa degli indios fin dalla sua "conversione" nel 1513-14. Ma considerare irrilevante la sua produzione teórica – come si è fatto a lungo e si continua a fare – significa sottovalutare un aspetto: la conversione di Lãs Casas è conversione religiosa e conversione alia causa degli indigeni ma anche *conversio* del punto di vista, assunzione di una prospettiva che se non è quella stessa degli indigeni si allontana molto da quella dei "cristiani" spagnoli e proprio per questo offre uno sguardo interpretativo originale.

4.1.1. La "conversione" della prospettiva è evidente nei racconti della conquista, a cominciare dal più noto, la *Brevísima relación de la destrución de las Indias.* Las Casas descrive lo spopolamento pressoché completo delle isole caraibiche e le devastazioni nel continente, ed attribuisce la distruzione a due cause principali: le guerre e la riduzione delle popolazioni in servitú. Las Casas non esita a dichiarare che la guerra di conquista delle Indie è priva di ogni legittimità:

Y sé por cierta e infalible sciencia, que los indios tuvieron siernpre justísima guerra contra los cristianos, e los cristianos una ni ninguna nunca tuvieron justa contra los indios; antes fueron todas diabólicas e injustísimas e mucho más que de ningún tirano se puede decir del mundo; e lo mismo afirmo de cuantas han hecho en todas las Indias"[77]

È questo il caso delle tesi sostenute da. Nella *Apologia* – il testo della sua replica a Juan Gines de Sepúlveda nella *Congregaciòn* convocata da Carlo V a Valladolid del 1550 – la prospettiva è rovesciata:

[77] LAS CASAS, *Brevísima Relación,* cit., p. 41-42.

sono gli indios a detenere la *iusta causa belli:* sono stati loro a subire *iniuriae*[78], e il conflitto è "ex parte sua iustissimum"[79]. Las Casas utilizza ai meglio gli argomenti della *Relectio de iure belli:* la giusta causa è identificata con *l'iniuria* mentre vengono valorizzate tutte le clausole prudenziali attraverso le quali Vitoria invitava a riflettere bene sull'opportunità di intraprendere una guerra, a considerare gli effetti collaterali, a perseguire il male minore. Delia *De indis.* Las Casas enfatizza la confutazione dei "titoli illegittimi". Per quanto riguarda i "titoli legittimi", sostiene che o presuppongono circostanze di fatto che non si sono verificate, o sono espressi dubitativamente e *conditionaliter.* Gli indigeni che combattono contro gli spagnoli sono degni di lode "a prudentibus quibusquam philosophis"[80].

4.1.2. Contro l"argomento proposto da Sepúlveda della "guerra santa" per porre fine ai peccati contro natura – sacrifici umani, cannibalismo rituale, costumi imrnondi – e convertire gli indigeni. Las Casas obietta che il potere della Chiesa ha limiti precisi e non si estende ai non cristiani, salvo in una serie di casi precisamente definiti. Ritornano gli argomenti di Vitoria sui limiti della giurisdizione del papa e di quella dell'imperatore e sull'esistenza di una pluralità di legittimi "reges, principes et iudices" anche pagani[81]. Gli infedeli che abitano nei regni dei principi infedeli, per quanto possano commettere crimini orrendi contro gli uomini e contro Dio "non sunt actualiter subditi Christo; ergo nec Ecclesiae nec de foro eius"[82]. Significativamente, questo è dimostrato anche sulla base dell'argomento aristotélico sull'autosufficienza della comunità politica:

pagani princeps legitime possunt fines suos tueri et legitime iurisdictione exercent; eorum enim iurisdictio non minus naturalis est quad hoc quam iurisdicrio principum Christianorum. Quoniam, iuxta Philosophus in *Politicis,* omnis respublica debet esse per se sufficiens et est territorium universitatis agrorum ultra fmes cuiuslibet existens ubi quis obtinet ius imperandi[83].

Anche la *iurisdictio* della Chiesa ha del confini territoriali. E nessuno "extra fines suos, rex aut imperator vel alius cuicumque, iurisdicdonem exercere potest"[84]. D'altra parte gli indios non possono venire puniu a causa della loro idolatria, perche sono affetti da "ignoranza invincibile". Infatti né l'esistenza di Dio, né tanto meno la sua unicità, sono autoevidend[85], mentre i loro errori religiosi sono confermati dai loro saggi, sovrani,

[78] Cfr. LAS CASAS B. DE, *Apologia,* in *Obras Completas,* ed. A. Losada, Alianza Editorial, Madrid 1988, 9., p. 522, 524.

[79] Ivi, p. 524.

[80] Ivi, p. 334. Per LAS CASAS "bello parare regna, tyrannorum et latronum est; non Christianorum, immo neque prudentium" (ivi, p. 546). In effetti, nel corso dell'esposizione il paradigma della guerra giusta viene sempre più indebolito. Las Casas definisce la *vim bellicam* come *omnium malorum summam,* mentre la guerra "opus est de se impium" (ivi, p. 368), "malorum omnium oceanus" (ivi, p. 468), in un crescendo argomentativo nel quale gli esempi addotd sembrano compromettere la possibilità di definire 'giusta' una qualsiasi guerra, se non altro sulla base dell'argomento del male minore.

[81] Ivi, p. 312.

[82] Ivi, p. 130.

[83] Ivi, p. 180.

[84] Ivi, p. 174.

[85] Cfr. ivi, p. 256.

governatori, magistrati[86]. Questi argomend sernbrano alludere ad una qualche differenza fra colpe che riguardano la legge divina e violazioni della legge umana, ad una distinzione (incompleta) fra illecito e peccato[87]. Gli stessi peccad di Giudei e Saraceni, la bestemmia, perimo il *nefando peccato* della sodomia, non sono puniti "nisi non laeditur nec impeditur bonum nostrae Christiane reipublicae"[88].

4.1.3. Per Las Casas Sepúlveda interpreta *impie* la parabola del 'banchetto nuziale' in *Luca* 14,16-24. Alla tesi di che Vangelo e remissione dei peccati "armis et bombardis annundari debere"[89], Las Casas, rovesciando la prospettiva, contrappone l'esempio di quanto fece Giacomo apostolo per evangelizzare pacificamente gli andchi Ispani, a loro volta "barbari" secondo testimoni autorevoli come Isidoro di Siviglia. Emerge un universalismo virtuoso: gli Indios possono essere convinti come gli altri popoli:

"Cum hominum natura eadem sit et omnes eodem modo vocentur a Christo"[90]. Né il *compelle eos intrare* della parabola allude ad una costrizione física, ma alla forza della persuasione: imporre la própria dottrina è tipico dei turchi e dei maomettani, non dei cristiani[91]. D'altra parte, la parola *subicere* nella bolla *Inter Coetera* di Alessandro VI va intesa come "disponere ad legem evangelicam suscipiendam"[92]. E quando Alessando VI scrive "ut barbari deprimantur" si riferisce *ad Mauros Granatenses:* agli infedeli già sconfitti dai re cattolici.

4.1.4. Sepúlveda aveva riproposto la tesi secondo la quale gli indiani – *homunculi* – per la loro *tarditas insita* sono *servi a natura,* radicalizzandola attraverso un'esplicita affermazione della superiorità della civiltà crisdana sulla cultura dei "barbari". Las Casas decostruisce dall'interno questi argomenti. Appoggiandosi all'autorità di Tommaso distingue quattro tipi di barbari. In primo luogo, impropriamente, si definiscono "barbari" tutti gli uomini crudeli, che in conseguenza dell'ira o della propria natura si allontanano tanto dalla ragione umana da risultare "inumani" e perpetrare crimini tipici degli animali feroci[93]. In secondo luogo sono definiu barbari "illorum qui literali sermone carent" ma anche chi, per la differenza della língua, "alium sicum loquenter non inteiligit" (Paolo di Tarso si autodefinisce "bárbaro" in questo senso e i Greci chiamavano barbari i Romani)[94]. In quarto luogo si definiscono "barbari" i non cristiani. Gli appartenenti a queste tre categorie sono barbari "non simpliciter sed secundum quid", non *proprie* ma *ex accidenti.* E in base a questi criteri possono essere definid "barbari" individui o popoli civilizzati e dotati di istituzioni politiche. È la terza categoria ad includere i barbari in senso próprio e in accezione ristretta Terria barbarorum species propria ratione et stricte sumpto vocabulo est eorum hominum qui vel impio et pessimo ingenio vel ex infelicitate regionis quam

[86] Ivi, p. 258.

[87] Cfr. ivi, p. 308, 312, 314.

[88] Ivi, p. 316.

[89] Ivi, p. 504.

[90] Ivi, p. 506.

[91] Cfr, ivi, p. 558.

[92] Cfr. ivi, p. 648-62.

[93] Cfr. ivi, p. 80.

[94] Ivi, p. 86.

incolunt sunt saevi, feroces, stolidi, stupidi, a ratione alieni, qui neque legibus vel iure gubernantur neque amicitiam colunt neque rempublicam aut civitatem polidcam rationem constitutam habent, immo carent principe, legibus et institutis; non inuunt certis ritibus matrimonia, denique nullum habent humanum commercium: non vendunt, non emunt, non conducunt, non locant, non contrahunt societatem, non deponunt, non mutuant, non commodant. Denique nullus ex contractibus iuris gentium apud eos in usu est [...]. Immo vivunt dissipati et sparsi nemora et montes incolentes, contenti tantum feminis suis quemadmodum faciunt animalia, non solum mansueta verum etiam fera. Hi simpliciteret proprie sunt barbari [...]. De his loquitur Philosophus et hos pronuntiat esse natura servos, cum careant naturali principatu, non habentes reipublicae institutionem, quoniam inter eos nullus est ordo neque enim subdid cuiquam sunt neque principem habent[95].

I barbari propriamente detti, dunque, sono uomini che per cause ambientali o psichiche non presentano gli elementi tiipici della natura umana sviluppata: la ferocia, l'idiozia e l'irrazionalità li rendono incapaci di forme sviluppate di socialità *(amicitia),* di rapporti coniugali stabili e ritualizzati, di *humanum commercium.* Non hanno elaborato né gli istituti del diritto privato né norme pubbliche, né istituzioni politiche. E infatti – ben lontani dal modello antropologico dello *zoón politikon* – vivono isolati nei boschi e sui monti, accoppiandosi come gli animali. Privi di ordine político, incapaci di definire rapporti di sovraordinazione e subordinazione, sono *natura servos.* È di questo genere di barbari *simpliciter, stricte ac proprie* che il Filosofo dice nella *Politica "eos debere gubernari a Graecis,* id est, a sapientioribus, quoniam natura, propter ingenii stuporem et feritatem, eos servos fácil"[96].

Las Casas precisa subito che questa categoria 'mostruosa' di barbari è rara: la natura tende a produrre enti perfetti. Ma se lê cose stanno cosi, è impossibile che l'intera popolazione di una vasta parte del mondo sia composta di barbari in senso stretto, schiavi per natura[97]. Sarebbe quasi blasfemo affermarlo: "impius in Deum et naturae contumeliosus ausit scribere infinitam oceanum incolentium moltitudinem barbaram, feram, incultam et stupidam esse"[98].

Se Las Casas ammette che questa specifica categoria di "barbari" che vivono isolati, ai di fuori del commercio umano e delle comunità politiche siano *natura semi,* ciò non significa che segua Aristotele in tutte le sue argomentazioni, anzi ne prende esplicitamente le distanze: "addio Aristotele". Il Filosofo sosteneva che questo genere di barbari possano essere cacciati come gli animali. Ma Las Casas obietta che se anche sono barbari, questi uomini "sunt creati ad imaginem Dei [...] et Christi sanguine pretiosissimo redenti"[99]. Qui la verità rivelata corregge e in parte smentisce Aristoteles. Per condurre questo tipo di barbari alia retta ragione e far loro apprendere costumi virtuosi la persuasione caritatevole e mansueta è assai più opportuna che la coazione rigida. Le affermazioni di Aristotele sulla caceia ai barbari non legittimano né la loro uccisione indiscriminata né la loro cattura ad opera di uomini più sapienti per sottoporli a lavori iniqui, adatti ad animali da soma:

[95] Ivi, p. 88.

[96] Ivi, p. 98.

[97] Ivi, p. 96-98.

[98] Ivi, p. 92.

[99] Ivi, p. 98.

Valeat Aristoteles! A Christo enim qui est Veritas Aetema habemus: *Diliges praximum tnum sicut teipsum,* (*Matthaei 22°*) [...]Qui cupit plurimos esse ut (Aristofelis dogmata sequens) in illos saevum carnificem agat, ut illos servitute premat et de eis ditescat, tyrannus est, non Christianus, filius Satanae, non Dei, praedo est, non pastor, ducitur spiritu diabolico, non spiritu coelesti[100].

Comunque gli indiani hanno regni illustri e grandi città, giudici e sovrani, leggi, vendite, locazione e contrata vari[101]. Anche l'uomo americano è *zoón politikon,* commercia, ha sviluppato istituzioni politiche e contratti privati. Gli indios si dimostrano esperti nelle arti meccaniche, niente affatto stupidi, ed anche dotati nelle arti liberali nelle quali sono stati istruiti[102].

D'altronde, con il pretesto della superiortà intellettuale, ogni popolo potrebbe muovere guerra ad ogni altro; in particolare, turchi e mori – secondo alcuni superiori ai cristiani dal punto di vista Del regime político – potrebbero sottomettere gli índios *optimo iure.* Ma in realtà, dato che sulla base della *lex aeterna* ogni popolo ha propri governanti o principi, "non est quod gens sub praetextu sapientiae aliam impetat neque aliena diruat"[103]. Al contrario "quaelibet gens, quantumque barbara, potest sese defendere a sapientiori qui illam subigere et privare libertate velit [...]. Et hoc bellum certe iustius est quam illud quod sub nomine sapientie illis infertur"[104]. L'idea dell'autonomia dei popoli si collega côn la critica dei pregiudizi basati sulla presunta superiorità culturale. Se la *respublica sibi sufficiens* di Vitoria sembra alludere allo Stato sovrano, le *gentes* dotate di propri *rectores* di cui parla Las Casas sembrano sulla via dell'autodeterminazione. E la loro guerra per respingere la pretesa dei *sapientiores* di assoggettarli è guerra giusta[105]

4.1.5. Ma se fino qui Las Casas ha potuto uülizzare le argomentazioni di Vitoria, su un punto ne deve prendere le distanze: una serie di argomenti addotd da Sepúlveda rimanda alla difesa degli indios vittime dell'antropofagia e dei sacrifici umani[106]. Si tratta, secondo lo stesso Vitoria, di *iniuriae* tanto gravi – in quanto violano diritti assoluti – da non richiedere l'autorizzazione di autorità superiori per essere punite. Las Casas torna invece a problematizzare la competenza della Chiesa in merito ed afferma che i principi temporali riguardo a questo peccato sono da considerare "personae privatae neque extra fines regni uniuscuiusque ius dicere possunt"[107] ma soprattutto si fonda sul principio – di diritto naturale – in base al quale fra due mali inevitabili si deve scegliere il minore. A questo propósito, da un lato ridimensiona il numero delle vittime dei sacrifici e

[100] Ivi, p. 98-100.

[101] Ivi, p. 104.

[102] D'altra parte, dice Las Casas citando la testimonianza di Isidoro di Siviglia e Trogo Pompeo "Hispana gens barbara ac effera appellatur". Sarebbe stata legittima per loro *l'encomienda* e il *repartimiento?* San Giacomo avrebbe dovuto evangelizzare in questo modo i concittadini di Sepúlveda?

[103] Ivi, p. 112.

[104] Ivi, p. 114.

[105] Alla fine anche la nozione di "bárbaro" è relativa "Hispani qui tot horrendi stragibus tot cateris et plusquam tartareis malis afflixerunt Indios, gentes quidem mansuetussisimas innoxias universi, barbari sunt et barbari peiores" (ivi, p. 122).

[106] Ivi, p. 360.

[107] Ivi, p. 362.

dell'antropofagia, dall'altro mostra tutta la violenza della guerra e la gravità dei suoi effetti collaterali[108]. Se ogni anno sono sacrificati per motivi rituali non più di mille innocend, i soldad ne trucidano diecimila ogni giomo[109], ed è d'altra parte arduo distinguere gli innocenti dai colpevoli[110].

Il distacco da Vitoria è evidente quando Las Casas considera scusabili – in virtù di una "ignoranza probabile" – l'antropofagia ed i sacrifici umani. L'antropofagia è un comportamento ferino, ma non viola la legge di natura e in certi casi estremi può essere giustificata[111]. In ogni modo, non cosdtuisce giusta causa di guerra: "Nullus enim est in orbe iudex vel princeps qui huiusmodi crimina punire posset praeter eorum principes, iudices et reges"[112].

Né sono giusta causa di guerra i sacrifici umani. Si tratta di pradche religiose che esprimono una cultura tradizionale, che risalgono a tempi immemorabili e sono giustificate dall'autorità degli uomini ritenuti più saggi. Di fronte a queste convinzioni radicate la guerra si rivela uno strumento inadeguato. Gli indios hanno di fronte persone *superbae, avarae, truculentas, rapaci* che mettono in questione la religione dei loro avi, confermata da una consuetudine secolare e rafforzata dall'autorità dei *prudentes.* Gli Indios cadono pertanto in un "errore probabile". Aristotele, nei *Topici* definisce tale "quod omnes homines approbant vel a maior pars sapientium vel illi quorum sapientia est magis approbata. [...] Et hiusimodi decreta comprobata moraliter dicuntur certa secundum eundem Philosophum"[113]. È la teoria aristotelica degli *endoxa:* nell'ambito pratico non è attingibile la dimostrabilità apodittica; un principio sul quale c'è consenso diffuso e soprattutto che viene approvato dai più saggi è fondato *moraliter,* attinge tutta la certezza conseguibile nell'ambito della morale. D'altra parte quasi tutti i popoli hanno fatto ricorso ai sacrifici umani, come testimoniano sia storici pagani che storici cristiani, mentre filosofi come Cicerone e Seneca non si sono opposti a tali pratiche. Qui la razionalità fronetica, la lógica probabilistica della filosofia pratica aristotelica sembrano venire contrapposte alragionamento apodittico *more geometrico* della teoria vitoriana dei diritti inderogabili. E l'universalismo dei fondamenti è indebolito nell'ottica del male minore.

Ma Las Casas aggiunge che mentre non è possibile dimostrare agli Indios attraverso la ragione naturale che non è lecito immolare vittime in sacrifico ai loro dei, per la stessa ragione naturale essi potrebbero dimostrare che hanno il *dovere* di farlo. Tale argomento è costruito da Las Casas a partire dall'idea (l) che nessun popolo, per quanto barbaro, è privo di una qualche cognizione del divino; inoltre (2) gli uomini sono inclini *instictu naturali* ad adorare Dio; di conseguenza "homines naturali iure teneri per eccelentiora ac meliora Deum honorare ac de melioribus sacrificium offerre"[114], ma (3) il sacrifício è la forma più alta di culto dovuto a Dio; (4) che si facciano sacrifici a Dio è *de iure naturali,* mentre

[108] Cfr. ivi, p. 370.

[109] Cfr. ivi, p. 392, 408, 462.

[110] Ivi, p. 396.

[111] Ivi, p. 416.

[112] Ivi.p. 418.

[113] Ivi, p. 422.

[114] Ivi, p. 432.

"quod hoc vel illud offerre in sacrificium [...] de iure humano"[115]; (5) se il diritto positivo non vieta né sanziona un certo tipo ed un certo oggetto di sacrifico, "licet unicuique sacrificare quod vellet"[116]. Dunque, in assenza di "lege positiva humana vel divina [...] homines debere humana victimas immolare Deo vero aut putativo si pro Deo vero habeatur[117]. Assistiamo ad una sorta di rovesciamento dialettico della lógica apodittica. Dunque coloro "qui fide carent probabilem habent errorem immolandi homines Deo" e d'altra parte[118] "non facile neque repente neque paucis verbis persuaderi posse Indis ut a recepta immolandi homines consuetudine abstineant"[119]. Anzi, gli indigeni sono *tenuti* a difendere i loro culti tradizionali: "tenetur proculdubio, pro defensione culturae deorum suorurn et suae religionis, armatis copiis contra quoscumque attentates illa sibi tollere aut iniuriam eis irrogare vel impedire sacrificia sua exire obviam pugnare, occidere, capere et omnia iura quae belium iustum iure gentium consequuntur operari"[120].

4.1.6. Si potrebbe sostenere che la teoria vitoriana dei diritti naturali/umani/universali come titolo legittimo della conquista sia assai più moderna – se non addirittura inquietantemente "postmoderna" – della generosa difesa degli indios da parte di Las Casas. Alle tesi di Vitoria – pur reinterpretate – Lãs Casas aggiunge argomenti basati sul principio cristiano dell'*imago Dei,* che gli consente di prendere congedo da Aristotele. Al quale si riavvicina per utilizzare la sua teoria degli *endoxa* alla scopo di qualificare come 'errore probabile' i sacrifici umani. D'altra parte Las Casas utilizza in tutte le sue potenzialità il nesso stabilito da Vitoria fra *ius, iniuria* e *bellum iustum.* E *ius* è inteso nell'accezione soggettivistica, definito come un tipo di potere: *ius movendi bellum, potestas et auctoritas vel ius erigendi*[121].

Da questo punto di vista è opportuno uno sguardo ad un'opera successiva all'*Apologia,* il *De regia potestate*. Sulla base dell'autorità di Tommaso e del diritto canonico, Las Casas afferma in essa che per natura tutti gli uomini sono uguali *(pari)* ed ugualmente liberi: "libertas est ius insitum hominibus de necessitate et per se ab exordio radonalis naturae, et sic de iure naturali"[122]. D'altronde, "a principio generis humanis, omnis homo, et omnis terra, et omnis rés, de iure naturali et gentium primaevo fuit libera et allodialis, id est, franca, nulli subiecta servituti"[123]. Il potere politico è detto solo impropriamente *dominium,* e "nulium praeiudicium afferre libertads"[124]. Se la libertà è diritto naturale "imperium immediate processit a populo" attraverso una "liberam electionem". Pertanto il popolo, causa efficiente e finale dei re e dei principi, eleggendoli "líbertatem suam non amisit,

[115] Ivi, p. 436.

[116] Ivi, p. 438.

[117] Ivi, p. 442.

[118] Ivi, p. 444.

[119] Ivi, p. 448; cfr. p. 454.

[120] Ivi, p. 460.

[121] TERNEY B., *The Idea The of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church law 1150-1625,* Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997 (trad. it. *L.'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625,* Il Mulino, Bologna 2002).

[122] LAS CASAS B., *De regia potestate,* CSIC, Madrid 1984, p. 17.

[123] Ivi, p. 16.

[124] Ivi, p. 38.

nec potestatem commisit aut concessit gravandi se, sibi violendam inferendi aut aliquid aliud in praeiudicium totius populi sive communitatis faciendi aut costituendi"[125]. Infatti di fronte al sovrano "non sunt illi [il popolo] sub potestate sua, sed legis"[126]. Da questo diritto universale di libertà Las Casas deduce la riduzione della schiavitú a fenomeno accidentale: "servitus autem est accidentalis, iniuncta hominibus a casu et a fortuna"[127]. Rovescia cioè la tesi aristotelica.

D'altra parte, in Las Casas l'unico titolo della conquista rimane la legittima giurisdizione del re di Spagna sulle Indie conferita dal pontefice con la "donazione" contenuta nelia bolla *Inter Coetera* del 1494, finalizzata alla diffusione della religione cristiana. Si tratta, con tutta evidenza, di una regressione rispetto alla "moderna" legittimazione basata sui diritti universali elaborata da Vitoria. Ma è abbastanza agevole comprenderne il senso. Dopo le *Lejes Nuevas* del 1543, più favorevoli agli Indios ma non applicate, i coloni spagnoli cercavano di ottenere da Filippo II la trasformazione delle *encomiendas* in titolo perpetuo. Las Casas si oppone a questo tentativo *su mandato* dei cacicchi indigeni, ed è in questo contesto che scrive il *De regia protestate.* L' 'arretrata' riproposizione dell'idea dei potere del re di Spagna conferito da papa connette con la limitazione di questo potere alla *iurisdictio* – che dovrebbe lasciare ampi spazi di autogoverno alle comunità locali, oitre ad escludere la servitù – ed all'assegnazione al re del ruoio di tutore e garante della naturale libertà degli indios[128].

Il *De regia potestate* può essere anche un punto di riferimento per un'interpretazione complessiva dell'itinerario – teorico e militante – di Las Casas. Todorov sostiene che, anche dopo la "conversione", Las Casas assume un punto di vista antischiavista, ma rimane in un'ottica colonialista. Ama gli indiani, ma non si oppone alla loro annessione: vuole che sia compiuta dai religiosi anziché dai soldati. Sintomo di tutto ciò è per Todorov il fatio che rimase a lungo favorevole alla schiavitú degli africani: "la sua generosità si basa sullo spirito di assimilazione, sull'affermazione che l'altro è uguale a noi (e tale affermazione è un po' troppo stravagante nel caso dei neri)"[129]. Ma nella discussione sui sacrifici umani dell'*Apologia* Las Casas per Todorov cambia punto di vista, guadagna il "prospettivismo", supera la teologia per l'antropologia religiosa[130]. Se si tiene presente che il *De regia potestate* è successivo all'*Apologia,* e che Las Casas è ora anche di diritto rappresentante degli indigeni, forse si può ritrovare una costante: le posizioni di Las Casas nel corso del tempo diventano più radicali, ma rimane l'obiettivo di arrestare la conquista, di liberare gli indigeni asserviti, di restituire alle comunità indigene la loro autonomia. È un progetto politico, che ha bisogno di interlocutori, e che non può fare a meno di ricercare il sostegno della corona, il cui titolo ad una – blanda, liberale, basata sul governo della legge – *iurisdictio* sulle Indie occidentali non può venire messo in questione. Alla luce di questo progetto Las Casas è più universalista di Vitoria sul piano della titolarità dei diritti, o meglio sviluppa le implicazioni dell'universalismo dei titolari applicando conseguentemente il principio della reciprocità, fino a giudicare *belium*

[125] Ivi, p. 34-35.

[126] Ivi, p. 37.

[127] Ivi, p. 17.

[128] Cfr. Tosi, *La teoria della schiavitù naturale,* cir., p.199-201.

[129] TODOROV, *La conquête de l'Amérique,* trad. it. cit., p. 207.

[130] Cfr. ivi, p. 225-35.

iustum la resistenza degli indigeni alle *iniuriae* degli spagnoli. Allo stesso tempo, è come se segnalasse i rischi dell'universalismo dei fondamenti, della pretesa di attingere un fondamento "assoluto" dei diritti al di là delle differenze, delle tradizioni morali, dei contesti culturali; un fondamento tale da giustificare gli interventi coercitivi contro la violazione dei diritti "assoluti" anche contro la volontà dei titolari.

4.2. Diritti e conflitti

Da questo punto di vista può essere interessante riferirsi ad un altro filone delia discussione sui diritti soggettivi nella prima modernità. Quentin Skinner e Richard Tully hanno rilevato la persistenza di una *constitution-enforcing conception of rights.* Secondo tale concezione i diritti soggettivi hanno la funzione di costringere o condizionare i poteri pubblici "ad agire nel quadro di una struttura di legalità nota ericonosciuta", e dunque "di sottomettere i governanti al *rule of law*"[131]. A questa idea si può riconnettere il conflittualismo machiavelliano. Non c'è dubbio che il linguaggio dei diritti è estraneo a Machiavelli. Ma già per gli autori "neo-romani" del XVII secolo la libertà viene intesa nel senso del godimento effettivo di un insieme specifico di diritti civili. In Algernon Sidney, Baruch Spinoza e Adam Ferguson, la machiavelliana valutazione positiva del conflitto si collega con il linguaggio dei diritti[132]. In particolare, nell'*Essay on the History of Civil Society* di Ferguson è il conflitto sociale a stimolare lo sviluppo di nuove istituzioni e l'innovazione costituzionale[133]. Sulla valorizzazione del conflitto sociale si innesta l'utilizzazione da parte di Ferguson del linguaggio dei diritti: ne risulta l'apologia di quella che, per parafrasare il titolo di un noto saggio di Rudolf von Ihering, potremmo chiamare la "lotta per i diritti". Per Ferguson la libertà è un diritto da rivendicare; considerarla come un privilegio concesso significa smarrirne il senso, e per difenderla non sono sufficienti le istituzioni: occorre la costante disposizione ad "opporsi agli oltraggi"[134]. Anche Ferguson,

---

[131] TULLY J. ("Placing the *Two Treatises"*, in N. Phillipson, Q. Skinner [a cura di], *Political Discourse in Early Modern Britain,* Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 261) rileva come anche Locke esprima una tale concezione dei diritti. Cfr. SKINNER Q., *The State,* in T. Ball-J.Farr-S. Hanson (a cura di), *Political Innovation and ConceptualChange,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 114 16.

[132] Sono ancora costretto a rimandare ai mio *Il particolarismo del diritti,* cit, p. 169-79.

[133] Cfr. A. Perguson, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), trad. it. Laterza, Roma-Bari 1999, p. 115ss.

[134] "Per concedere alla comunità qualche grado di libertà politica è forse sufficiente che i suoi membri, sia in quanto singoli, sia in quanto componenti i loro diversi ceti, sostengano fermamente i loro diritti [...]. In mezzo ai conflitti di parte gli interessi pubblici e anche le massime della giustizia e della lealtà sono a volte dimenticate, e tuttavia non ne seguono inevitabilmente quelle fatali conseguenze che un tale grado di corruzione sembra far presagire. L'interesse pubblico è spesso assicurato non perchè gli individui sono disposti a considerarlo come il fine della loro condotta, ma perché ciascuno nella sua posizione è deciso a salvaguardare il próprio interesse. La libertà è sostenuta dalle continue divergenze e opposizioni tra i diversi gruppi, non dal concorso del loro zelo a favore di un governo giusto. (ivi, pp. 120-21). "La libertà è un diritto che ogni individuo deve essere pronto a rivendicare per se stesso, e colui che pretenda di concederla come un favore con quest'atto l'ha in realtà negata. Neanche sulle istituzioni politiche si può fare affidamento per la salvaguardia della libertà, anche se esse sembrano indipendenti dalla volontà e dall'arbitrio degli uomini. Possono nutrire, ma non possono sostituire quello spirito fermo e risoluto con cui una mente liberale e sempre pronta a opporsi ai torti e ad assumere su di sé la própria sicurezza" (ivi, pp. 300-01).

come Hobbes, individua il fondamento dei diritti nella natura umana. Ma questo non nel senso razionalistico del giusnaturalismo moderno: i diritti esprimono un *sentimento* ed un atteggiamento generalmente umano di affermazione della propria dignità e di ostilità al dominio.

Ogni contadino ci dirá che un uomo ha dei diritti e che violare questi diritti costituisce una ingiustizia. Se gli domandiamo che cosa intenda con il termine *diritto,* lo costringiamo probabilmente a sostituire ad esso un terrnine meno espressivo e meno appropriato; oppure gli chiediamo di spiegare quello che è un modo originário della sua mente e un sentimento al quale egli, in ultima istanza, si riferisce quando vuole spiegare a se stesso un suo particolare modo di esprimersi. I diritti degli individui possono riferirsi a una molteplicità di oggetti ed essere compresi sotto differenti capitoli. [...] Non è qui compito mio seguire la nozione di diritto in tutte le sue applicazioni, ma solamente ragionare sul sentimento di predilezione con il quale questa nozione viene accolta nella mente.[135] L'identificazione della cittadinanza moderna con un catalogo di diritti, la prevalenza della figura deontica del diritto su quella del dovere è stata considerata come il segnale di una profonda trasformazione etico-politica típica della modernità: appunto dell'evoluzione dei "sudditi" in "cittadini"[136]. Buona parte del giusposirivismo formalistico dell'Ottocento e del Novecento tende a ridurre il diritto soggettivo al diritto oggettivo, nel senso di affermare la priorità del diritto statale sui diritti soggettivi. Tuttavia, giuristi fra loro differentti come Alf Ross, Herbert Hart e Neil MacCormick hanno criticato la tesi della riduzione dei diritti al correlativo dei doveri[137]. Emerge un'eccedenza semântica del linguaggio dei diritti sul linguaggio dei doveri, cui ritengo si colleghi un'eccedenza simbólica.

Ma se i diritti non sono riducibili al correlato dei doveri, cosa li caratterizza? Joel Feinberg ha connesso la nozione di diritto soggettivo a *the activity of claiming.* Per Feinberg l'uso caratteristico dei diritti è "l'essere pretesi [*claimed*], richiesti, affermati, rivendicati" e soprattutto "è l'atto del rivendicare [*claiming*] che conferisce ai diritti il loro specifico significato morale. [...] Avere diritti ci rende capaci di 'alzarci in piedi da uomini', di guardare gli altri negli occhi"[138]. Verosimilmente, è próprio questo a rendere il linguaggio dei diritti particolarmente adeguato ad assumere la prospettiva *ex parte populi,* a sostenere, per usare una felice espressione di Ferrajoli, "le ragioni del basso, rispetto alle ragioni dell'alto".

Ma non solo il linguaggio dei diritti esprime l'attività del *claiming,* l'affermazione della própria dignità. Anche l'origine storica dei diritti può essere ricollegata alla rivendicazione ed al conflitto sociale. Ci si può qui ricollegare ad un'importante tesi di Norberto Bobbio. Adoperando una felice espressione paradossale, Bobbio scrive che "i diritti naturali sono diritti storici"[139] e cioè "sono nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa

---

[135] Ivi, p. 43.

[136] Cfr. BOBBIO N., *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino 1992.

[137] Cfr. ROSS A., *On Law and Justice,* London, Steven & Sons, 1958 (trad. it. *Diritto e giustizia,* Torino, Einaudi, 1990, p. 158-59) ;HART H.L.A., "Are There any Natural Rights?", ora in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights,* Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 80-83; MACCORMICK N., "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker-J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart,* Oxford, Clarendon Press, 1977.

[138] FEINBURG J., "The Nature and Value of Rights", in *Rights, Justice, and the Bonds of Liberty. Essays in Social Philosophy,* Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 151.

[139] BOBBIO, *Letà dei diritti,* cit., p. VIII.

di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre"[140].

Una concezione attivista e conflittualista dei diritti, come l'espressione di pratiche sociali e di rivendicazioni, esalta piuttosto la loro "indisponibilità". Se i diritti non vengono concepiti come una "proprietà" degli individui, ma come l'espressione di pratiche sociali, diviene molto più difficile legittimame l'alienazione e il trasferimento. Non si possono, ad esempio, utilizzare i diritti cosi concepiti per legittimare la rinuncia al diritto alla vita, la schiavitú volontaria o la stessa sottomissione ad un sovrano assoluto, come viceversa è avvenuto nel corso dell'elaborazione del paradigma giusnaturalistico razionalistico: se i diritti, espressione della "natura umana", costituiscono una "proprietà" del soggetto, il soggetto può anche rinunciare ad essi, alienarli o trasferirli allo Stato, come è evidente, ad esempio, nelle teorie contrattualistiche di Hobbes e di Rousseau. D'altra parte, la consapevolezza della loro funzione – l'espressione dell'opposizione a situazioni di oppressione, la tutela degli individui e dei gruppi dalle varie forme di domínio – permette di modulare il linguaggio dei diritti in riferimento alle situazioni nelle quali il dominio si esercita, che si trasformano storicamente e contestualmente, ed evita di ipostatizzare il soggetto dei diritti, permettendo di modificarne i contorni a partire dalle concrete situazioni di sofferenza e dagli specifici bisogni. È evidente che una tale prospettiva – che non impone aprioristicamente 'il' soggetto dei diritti – risulta meno esposta all'accusa di etnocentrismo e sembra anzi favorire più in generale il confronto interculturale.

Già Las Casas segnalava i rischi dell'universalsimo dei fondamenti, e la sua infondatezza. Alcuni autori che hanno affrontato il problema della "traduzione" del linguaggio dei diritti hanno proposto come soluzione la ricerca di comuni esigcnze di giustizia o di codici normativi trascendentali. Ci si potrebbe chiedere se non sia percorribile una via alternativa: valorizzare piuttosto l'idea della rivendicazione, della richiesta di riconoscimento, dell'opposizione al dominio ed all'oppressione. Anche l'attività del *claiming* sembra esprimere, a sua volta, un atteggiamento tipico della modernità occidentale. Ma il ricorso ai linguaggio dei diritti nell'ambito delle culture "altre", o da parte dei gruppi svantaggiati nel confronto globale, potrebbe essere il segno di un interesse proprio nei confronti di questo elemento. Cio che probabilmente un approccio "francamente etnocentrico" dovrebbe sottolineare nel linguaggio occidentale dei diritti sarebbe allora la valorizzazione del sentimento di dignità, dell'insofferenza per la sottomissione, della capacità di sollevarsi e reagire: qualcosa di analogo allá kantiana "uscita dalla minorità" o al blochiano "camminare eretti". L'elemento tendenzialmente universale del linguaggio dei diritti potrebbe essere dunque coito, più che nei contenuti specifici che esso ha espresso di volta in volta, nelle sue modalità "formali", che l o rendono adeguato a tradurre in istanze normative questi atteggiamenti e questi sentimenti. In questa ottica la ricerca del fondamento ultimo perde molte delle sue ragioni d'essere.

(Autor convidado).

[140] Ivi, p. XIII-XV. Anche Ferrajoli afferma che il diritto "è il prodotto [...] delle diverse generazioni di lotte e rivoluzioniche l'hanno storicamente modellato, incorporandovi altrettante generazioni di diritti fondamentali" FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali,* Laterza. Roma-Bari 2001, p. 148. istanze normative questi atteggiamenti e questi sentimenti. In questa ottica la ricerca del fondamento ultimo perde molte delle sue ragioni d'essere.

PUNIBILIDAD Y PROCESO PENAL

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

RESUMEN: Comienza a superarse el aislamiento que ha caracterizado históricamente a la ciencia del Derecho Penal. Si en la década de 1970 se constató un importantísimo acercamiento a la Política Criminal de la mano de Claus Roxin, en los últimos años la aproximación tiende a concretarse entre Derecho Penal formal y material. Un punto de contacto esencial se encuentra en la punibilidad, a través de los presupuestos procesales.

PALABRAS CLAVE: Punibilidad. Presupuestos procesales. Justicia Criminal.

ABSTRACT: The isolation that has historically characterized the science of Criminal Law has begun to be overcome. Whereas in the 1970s there was a very important approach to the Criminal Policy provided by Claus Roxin, in recent years there has been a trend of approximation of formal and material Criminal Law. An essential point of contact is in the punishment, through the procedure premises.

KEY WORDS: Punishment. Procedure premises. Criminal Justice.

1. Sistema del delito y proceso penal

Wolfgang Frisch ha sostenido magistralmente que "Es poco razonable diseñar aisladamente categorías y soluciones sutiles en el ámbito del Derecho material, si éstas no pueden traducirse posteriormente en el proceso"[1]. Se trata de una afirmación que puede padecer obvia, pero nos lleva a reflexionar por qué se ha construido un límite aparentemente infranqueable entre el Derecho penal sustantivo y adjetivo, de tal forma que la dogmática jurídico- penal parece desentenderse por completo de la praxis. La tendencia al aislamiento del Derecho Penal se ha hecho evidente desde los orígenes

[1] Cfr. Frisch, W. Delito y sistema del delito (trad. Robles Planas), en AAVV, El sistema integral del Derecho Penal, Madrid, 2004, p. 275.

de la propia dogmática. Fue Franz von Liszt quien defendió la existencia de antinomias entre Derecho Penal y Política Criminal, describiéndolos como "reinos opuestos". Así, consideró en su famosísima frase al Derecho Penal como la *barrera infranqueable* de la Política Criminal[2]. A partir de allí, el injusto culpable se convirtió en una auténtica fortaleza, en un alcázar. Tal vez la razón última de estos planteamientos se halle en la posibilidad de ver claudicar el modelo sistemático, ante los avances no sólo del positivismo criminológico, sino en general de otras ciencias empíricas dedicadas al estudio del hecho delictivo.

Fue la extraordinaria labor de Claus Roxin la que permitió comenzar a superar el aislamiento aproximando aquellos "reinos opuestos", al facilitar que la dogmática jurídico- penal recibiera la influencia de la Política Criminal, a partir de su trascendental obra de 1970 *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*[3]. Pero en realidad, los "reinos opuestos" no se limitaban a los descritos en su día por von Liszt. En la relación entre ciencias penales sustantivas y adjetivas también ha existido tradicionalmente un gran alejamiento, estableciéndose otra "barrera infranqueable", extremadamente rígida[4]. Sin embargo, en la actualidad surgen voces que consideran muy negativo este aislamiento que existe dentro del sistema del delito.

Una de las formulaciones más interesantes de los últimos tiempos es la que postula un *sistema integral* del Derecho Penal o *gesamtes Strafrechtssystem*. Si bien la necesaria aproximación de la dogmática al proceso penal ya fue reclamada explícitamente en 1979 en la obra de Wolfgang Naucke[5], comienza a hablarse de un sistema integral a partir de las aportaciones de un grupo de penalistas relacionados con la Universidad de Mannheim, sobre la base de los trabajos aparecidos en el libro *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*[6]. En dicha obra se pretende reivindicar la importancia de la relación que existe entre el Derecho Penal sustantivo y procesal. Un

---

[2] Cfr. Roxin, C. Franz von Liszt y la concepción político- criminal del Proyecto Alternativo (trad. Luzón Peña) en Fundamentos político-criminales del Derecho Penal, Buenos Aires, 2008, p. 276 y sig.

[3] Traducida al español por Francisco Muñoz Conde, bajo el título Política criminal y sistema de Derecho Penal, Barcelona, 1972. La originalidad del planteamiento de Roxin es aplaudida unánimemente por la doctrina. Cfr. Silva Sánchez, J. Política criminal en la dogmática, en Roxin, C. La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Valencia, 2000, p. 94.

[4] Coinciden Frisch, Wolter y Freund en cuestionar la dirección que llevan la mayoría de las investigaciones sobre el sistema penal, pues los estudios se limitan al análisis del Derecho penal positivo, e ignoran la problemática del proceso penal. Cfr. ampliamente Frisch, W. Delito y sistema del delito, op. cit. p. 266. Se ha intentado ubicar históricamente el distanciamiento entre el Derecho Penal formal y material en los procesos codificadores del siglo XIX. Así Maier, Derecho Procesal Penal, 2ª ed. Buenos Aires, 1996, p. 145. Este fenómeno no se aprecia en los países sin proceso codificador, es decir, cuyos sistemas jurídicos se basan en la Common Law. Cfr. al respecto Ragués y Vallés, Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004, p. 130.

[5] Cfr. Grundlinien einer rechtsstaatlich- praktischen allgemeinen Straftatlehre, Wiesbaden, 1979, p. 5 y sig.

[6] Editado en Heidelberg en 1996. Se trata esencialmente de las aportaciones de Wolfgang Frisch, Jürgen Wolter, Georg Freund y Lothar Kuhlen. El libro fue traducido bajo el título "El sistema integral del Derecho Penal", Madrid, 2004, por el Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra bajo la dirección de Jesús Silva Sánchez.

sistema integral del Derecho Penal sería el orientado a la aplicación del Derecho Penal, y supone una interpretación conciliadora de tres elementos: el delito, la determinación de la pena y el proceso penal[7]. Considera acertadamente Silva Sánchez que estos planteamientos permiten al sistema del delito escapar de un criterio clasificatorio cerradamente binario, propio del paradigma de la ciencia del Siglo XIX[8].

En efecto, el Derecho Procesal puede ayudar a interpretar mejor muchas cuestiones que se plantean a la dogmática jurídico-penal[9]. Porque limitar el análisis del delito a la concurrencia de una serie de elementos, haciendo abstracción mental de su demostración práctica es plenamente posible – no es otra cosa lo que se ha venido practicando por la ciencia penal a lo largo de todo un siglo – aunque puede llevar a resultados no del todo satisfactorios.

2. Necesidad de alcanzar una aproximación

Existen diferentes argumentos que permiten fundamentar por qué el Derecho Penal debe aproximarse al Derecho Procesal. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso[10]. Si se ignora el proceso, el análisis no puede resultar acertado. Un Derecho Penal así entendido limita su estudio a los supuestos en los que efectivamente se está ante un hecho punible comprobado, mientras que el Derecho Procesal posee un espacio de actuación más extenso, porque analiza también muchos casos en los que ha existido una mera posibilidad o sospecha de delito, ampliando así su perspectiva. Al alejarse un poco del punto de vista sustantivo estricto, se introducen nuevos elementos de valoración, que pueden llegar a hacer variar la decisión final[11].

---

[7] Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (trad. Ragués), en AAVV, El Sistema integral del Derecho Penal Madrid, 2004, p. 95. Para analizar la influencia de esta teoría integran en orden a la determinación de la pena –que no abordaremos aquí- puede verse Wolter, J. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (trad. Benlloch) en AAVV, El sistema integral, op. cit. p. 37 y sig.

[8] Cfr. Silva Sánchez, J. Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en AAVV, El sistema integral, op. cit. p. 16 y sig. con referencias que llegan a la teoría del pensamiento borroso (fuzzy thinking) de Bart Kosko y a la necesidad de incorporar matices o grados en la interpretación jurídico- penal.

[9] En esta línea se ha manifestado reiteradamente Muñoz Conde. Cfr. La búsqueda de la verdad en el proceso penal, en Revista de Derecho y Proceso Penal nº 1, 1999, p. 63 y sig. Este autor vuelve a incidir en los aspectos procesales en su artículo "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo" en Revista Penal 23, en prensa.

[10] Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 93.

[11] Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 93. Lleva razón este autor, cuando reflexiona acerca de los enormes costes económicos que supone para el Estado investigar todas y cada una de las sospechas de delito. En términos del Derecho sustantivo todo delito debería ser investigado y en su caso sancionado. En cambio, desde el punto de vista de la práctica usual deberán seleccionarse los casos en función de sus características y perspectivas de éxito. Esta solución desde un punto de vista sustantivo estricto llevaría a plantear algún supuesto de prevaricación. Cfr. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 94.

En realidad, las barreras que históricamente se han trazado entre ambas disciplinas científicas son artificiales. Como acertadamente ha indicado Maier, el Derecho procesal penal forma parte del Derecho penal en un sentido amplio, porque se conforma como una unidad político- jurídica con fines comunes. Se trata de dos instancias que dependen entre sí para ejercitar una única política criminal del Estado[12]. También es necesario recordar que la ciencia penal no puede analizarse exclusivamente como una mera exposición sistemática del Derecho vigente. Como desde hace muchos años vienen sosteniendo Hassemer en Alemania[13] y Muñoz Conde en España[14], el carácter científico del Derecho Penal está condicionado a su caracterización como ciencia práctica, lo que implica una necesaria orientación a las consecuencias externas al sistema. Para poder valorar si las consecuencias de la legislación, la jurisprudencia y la ejecución penal son deseadas o no deseadas deben tenerse también muy en cuenta los aspectos procedimentales.

La doctrina está cada vez más de acuerdo con la necesidad de una apertura hacia el Derecho Procesal, pero falta aclarar cómo debe llevarse a cabo ese acercamiento. La aproximación de ambas ciencias supone que deben ir más allá de la simple complementariedad, perfeccionándose mutuamente con la finalidad última de generar un sistema punitivo más eficaz y al mismo tiempo más respetuoso de los Derechos fundamentales. Pero ha advertido acertadamente Naucke que se corre cierto riesgo en este proceso de aproximación al proceso si prevalecen con exclusividad criterios de oportunidad, que irían en desmedro de otros presupuestos garantistas[15].

El ámbito de aplicación práctica del Derecho Penal a través del proceso debería tener incidencia en diferentes elementos del delito, por lo que efectivamente puede ser considerado como una prolongación del sistema jurídico penal[16]. Adviértase que no se trata de la tan frecuente y en ocasiones poco reflexiva tendencia a ordenar y reordenar sin mayor sentido las categorías sistemáticas ya existentes. Se procura romper la urna de cristal en la que se ha encerrado buena parte de la ciencia penalista, reclamando la atención de la praxis sin perder la cientificidad de la teoría. Pero al mismo tiempo no podemos ignorar que estamos ante un proceso embrionario de aproximación científica, que demandará muchos años en alcanzar materializaciones más concretas, en lograr un modelo que ante este cambio de perspectiva pueda considerarse sistemática y conceptualmente satisfactorio[17].

---

[12] Cfr. Maier, J. Derecho Procesal Penal, op. cit. p. 145. Como sostiene Freund, aparecen instituciones cuya naturaleza exclusivamente procesal puede ponerse en duda, ya que son "desarrollos y concreciones del Derecho Penal sustantivo y de la determinación de la pena". Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora op. cit. p. 94.

[13] Cfr. Hassemer, W. Fundamentos del Derecho Penal (trad. Arroyo- Muñoz Conde) Barcelona, 1985, p. 34 y sig.

[14] Cfr. Muñoz Conde, F. Presente y futuro de la dogmática jurídico- penal, en Revista Penal nº 5, 2000, p. 46 y sig.

[15] Cfr. Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1998, p. 271.

[16] Cfr. Wolter, J. Estudio sobre la dogmática, op. cit. p. 37; Frisch, W. Delito y sistema del delito, op. cit. p. 26.

[17] Cfr. Ragués, R. Derecho Penal sustantivo, op. cit. p. 132.

En este contexto, tampoco podemos asignar al Derecho Procesal la limitada función de ejecutar un programa completo, diseñado previamente por la ciencia penal de forma abstracta. Como sostiene Freund, el Derecho Procesal aporta por si mismo una parte esencial de lo que es el Derecho Penal sustantivo aplicado[18]. Con estos antecedentes llegamos al ámbito más propicio para lograr la primera aproximación. Se trata de ciertos aspectos procesales que inciden directamente en la persecución del delito, y se ubican en ocasiones dentro y en otras fuera del Código Penal. En todos estos casos el fundamento de la exoneración de pena es incierto, justamente por ser incierta la ubicación sistemática de dichos elementos. Trataremos de explorar la posibilidad de considerar a los presupuestos procesales como parte del elemento punibilidad, compartiendo la ubicación sistemática con las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad. Pero una vez dicho esto, debemos también dejar claro como punto de partida que, lógicamente, la punibilidad no puede pretender absorber al proceso por completo[19].

3. Punibilidad y presupuestos procesales

Siguiendo el orden trazado por la dogmática jurídico-penal, una vez constatado el injusto culpable, debería quedar despejado el camino para imponer una pena. Sin embargo, al analizar las normas jurídicas vigentes se comprueba que no siempre es así, pues pueden concurrir circunstancias que restringen el ámbito de aplicación de la sanción penal. Se advierte de esta forma que ese injusto culpable es un presupuesto *indispensable*, pero no *suficiente* de la pena. Estos nuevos requisitos conforman un peculiar eslabón sistemático que se denomina punibilidad o penalidad. Se trata de una categoría difícilmente comparable con el resto de elementos sistematizados del delito, porque éstos son imprescindibles para dar fundamento a la imposición de la pena, mientras que la punibilidad posee un carácter residual o excepcional[20]. No es tarea fácil conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Incluso parte de la doctrina se resiste a aceptar la necesidad de contar con esta categoría sistemática[21]. En ella se incorporan contenidos muy dispares, por lo que se la ha llegado a considerar como un auténtico "revoltijo de elementos muy heterogéneos", es decir, un *cajón de sastre* dentro del sistema penal[22]. Sin embargo, pese a estas dificultades resulta sumamente conveniente adoptar esta categoría, pues permite dar una ubicación sistemática adecuada a todos estos

[18] Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora op. cit. p. 107.

[19] Aunque somos partidarios de una necesaria aproximación del Derecho penal y procesal penal, tampoco consideramos apropiada la tesis que lleva a una completa asimilación. Daniel Pastor – con la evidente finalidad de incrementar el marco garantista- considera dentro de la sistemática del delito la presencia del debido proceso. Para este autor el conjunto de reglas procesales funcionaría como una auténtica condición objetiva de punibilidad. Así, el proceso penal estaría también guiado por el marco garantista propio del Derecho sustantivo. Sin embargo, esta original tesis lleva a forzar los elementos sistemáticos del delito para que lo sustantivo termine contemplando (y tal vez finalmente absorbiendo) todos los aspectos procedimentales. Cfr. Pastor, D. Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, en AAVV Nuevas formulaciones de las ciencias penales, Córdoba, Argentina, 2001, p. 807 y sig.

[20] Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, Parte General (trad. Luzón, Díaz y De Vicente), Madrid, 1997, p. 970.

[21] Cfr. Bemmann, G. Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen, 1957 p. 27 y sig.

[22] Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 972.

elementos, aunque por pura lógica y dada su excepcionalidad, presenta características diferenciadoras respecto al resto de elementos sistematizados.

El fundamento de la punibilidad se encuentra en el cumplimiento de objetivos orientados por *razones políticas* (de política del Estado). Dentro de este concepto prevalecen los motivos de política jurídica (así, de política tributaria, política internacional, política económica, política constitucional etc.)[23], e incluso algunos aspectos de política criminal. Cuando la política criminal no jugaba papel alguno dentro de la teoría del delito (con el auge de los planteamientos causalistas y finalistas), la punibilidad era el único momento sistemático en el que se admitía la relevancia de este tipo de finalidades ajenas al propio hecho punible[24]. Lógicamente esto ha cambiado con el éxito del funcionalismo normativista y su nueva caracterización de los elementos del delito. Con las propuestas más modernas, autores como Roxin sostienen que la política criminal incide directamente en el injusto culpable, mientras que la punibilidad se ocupa de perseguir finalidades de política jurídica más generales. Sin embargo, Roxin excluye a la política criminal de la punibilidad, pues considera que ésta ya ha sido tenida en cuenta al valorar los restantes elementos del delito[25]. Por el contrario, desde nuestro punto de vista creemos que los objetivos político-criminales siguen jugando un papel importante en todos los elementos del delito sistematizados, e incluso dichos fines contribuyen a dar contenido a la punibilidad. Las específicas finalidades político- criminales salen a la luz para permitir exonerar de responsabilidad en algunos supuestos muy específicos como es el caso de exclusión de pena en el desistimiento de la tentativa del art 16.2 CP[26]. Con claridad desde el finalismo dice Hans H. Hirsch que:" A diferencia de la exculpación, las causas de exclusión de la pena tan sólo se refieren a criterios que, con independencia de que se hayan constatado los tres elementos generales del delito, impulsan al legislador, con base en consideraciones específicas de política del Estado o criminal, a prever un ulterior obstáculo de excepción a la generación o a la existencia del *ius puniendi*"[27].

La explicación más satisfactoria de la punibilidad como categoría sistemática la encontramos en la diferenciación que existe entre *merecimiento* y *necesidad* de pena. Se trata de dos conceptos cada vez más utilizados por parte de la doctrina, y cuyo origen se localiza justamente en el intento de brindar una interpretación y fundamentación convincente de la punibilidad como elemento sistemático[28]. Sin embargo, autores tan

---

[23] Cfr. Wolter, J. Estudio sobre la dogmática, op. cit. p. 36.

[24] La aceptación de condiciones de punibilidad como circunstancias externas, que nada tienen que ver con los elementos del delito se aprecia expresamente en la obra de von Liszt, que propugna su tratamiento *separado*. Cfr. Tratado de Derecho Penal (trad Jiménez de Asúa), T. II, 1916 (reimpr. 1999). Madrid, p. 456 y sig.

[25] Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 977.

[26] Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5º ed (trad. Olmedo) Granada, 2002, p. 595.

[27] Cfr. Hirsch, H. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana (trad. Cancio) en AAVV, Justificación y exculpación en Derecho Penal, Madrid, 1995, p. 51.

[28] Cfr. Bloy, R. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlín, 1985, p. 30.

relevantes como Hans Ludwig Günther[29], Diego Luzón Peña[30] y Jesús Silva Sánchez[31] consideran que merecimiento y necesidad de pena no deben circunscribirse a cumplir una función limitada a la punibilidad, extendiéndose en consecuencia a otros elementos del delito. Otros científicos, como Bernd Schünemann, proponen la creación de una nueva categoría sistemática construida sobre el merecimiento y la necesidad de pena[32]. Consideramos que en este caso lleva razón Claus Roxin cuando afirma que el merecimiento de pena es un concepto confuso, porque es utilizado doctrinalmente con numerosos significados[33]. Efectivamente, hay innumerables teorías acerca del papel del merecimiento y la necesidad de pena en la teoría del delito.

Partiendo de una caracterización de la dogmática que tiende a una interpretación coherente, ordenada y uniforme de la ley penal, consideramos que el merecimiento de pena se relaciona exclusivamente con el injusto culpable (un delito con todos sus elementos, atribuible a un sujeto determinado), es decir, con la posibilidad de punición, mientras que la punibilidad se refiere en exclusiva a la necesidad preventiva de pena, en la que inciden conjuntamente elementos sustantivos y procesales. Estos elementos no se fundamentan en la afección culpable a un bien jurídico sino en razones políticas (de política jurídica y política criminal). Al constatar que una conducta reúne el conjunto de características exigidas (comportamiento humano típico, antijurídico y culpable), se afirma que es *merecedora de pena*, esto es, que sufre una desaprobación jurídica tan intensa que debería acarrear un castigo, o al menos permitir que dicho castigo sea posible. El delito ya ha alanzado el grado de tentativa o consumación y por ello la pena es, desde una perspectiva valorativa, merecida. Sin embargo, ciertos supuestos muy concretos, fundamentados como hemos dicho en razones políticas permiten al legislador establecer otro tamiz, añadiendo nuevos requisitos para que determinadas conductas efectivamente merecedoras de pena sólo se sancionen cuando dicha consecuencia jurídica sea necesaria[34]. De tal forma, cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva, una causa de exclusión de la punibilidad o es de aplicación un presupuesto procesal, se nos está indicando que en estos casos, al apreciarse un elemento que excluye la punibilidad, una pena *merecida* no es *necesaria*[35].

Dentro de los planteamientos clásicos que admiten la punibilidad como categoría sistemática se incluyen distintos supuestos. Por un lado, se presentan ciertos requisitos

[29] Cfr. Günther, H.L. Die Genese eines Straftatbestandes. Juristische Schulung., 1978, p. 12 y sig.

[30] Cfr. La relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, en AAVV, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, Pamplona, p. 204 y sig.

[31] Cfr. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 407 y sig.

[32] Cfr. Schünemann, B. Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1978, p. 146 y sig.

[33] Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, op. cit. p. 981 y sig.

[34] Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 593.

[35] Cfr. Kuhlen, L. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por medio de un concepto material de delito? (trad. Sánchez Ostiz) en AAVV, El sistema integral del Derecho Penal, op. cit. p. 149. En relación a las condiciones objetivas de punibilidad, Martínez Pérez sostiene expresamente que su fundamento se encuentra de manera exclusiva en la necesidad de pena. Cfr. Las condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1989, p. 95.

conocidos como condiciones objetivas de punibilidad. Se trata de elementos positivos, que fundamentan la necesidad de pena, pues añaden una circunstancia adicional a las exigencias típicas, cuya concurrencia afectará a todos los intervinientes en el delito. Por otro lado se encuentran las causas de exclusión de la punibilidad que son elementos negativos que restringen la responsabilidad al requerir la ausencia de un elemento determinado. Se trata de circunstancias personales que están en relación con los sujetos y, en principio, afectan sólo a aquellos en quienes concurren. Las causas de exclusión de la punibilidad suponen la contrapartida o el reverso de las condiciones objetivas de punibilidad.

A partir de aquí debemos preguntarnos si es posible integrar en la punibilidad a los ya mencionados presupuestos procesales (*Prozeßvoraussetzungen*). Estos últimos se estructuran en torno a una serie de circunstancias que condicionan la perseguibilidad del delito (la puesta en marcha o la continuidad del procedimiento). Aunque evidentemente poseen naturaleza procesal, conforman un espacio muy próximo al que ocupan las distintas causas de exclusión de la punibilidad, por lo que es bastante difícil su delimitación conceptual[36]. Son cada vez más numerosos los autores que destacan la imposibilidad de apreciar con nitidez las diferencias entre Derecho Penal sustantivo y adjetivo, sobre todo cuando se trata del estudio de los presupuestos procesales[37]. Así, dice con claridad Roxin que "Es objetable que los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, o las causas personales de exclusión de la pena, estén tan cerca unas de otras, hasta tal punto que a veces sean intercambiables y que la atribución de una circunstancia al Derecho material o al procesal dependa con frecuencia, de casualidades históricas"[38].

Son innumerables las teorías que se han desarrollado en la búsqueda del mejor criterio que permita dotar de una fundamentación y ubicación apropiada a todos estos elementos, a medio camino entre el Derecho Penal formal y material.

a) *Criterio diferenciador*. Es la opinión más frecuente, sostenida ininterrumpidamente desde la época de Karl Binding[39]. Desde esta perspectiva se considera que son elementos de la punibilidad aquellos que poseen naturaleza sustantiva o material, mientras que los presupuestos procesales presentan un carácter formal o procedimental[40]. Para

---

[36] Las dificultades para diferenciar ya eran evidentes en la época de von Liszt. Cfr. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 458 y sig.

[37] Cfr. Jakobs, G. Derecho Penal, Parte General (trad. Cuello- Serrano), Madrid, 1997, p. 411 y sig., García Pérez, O. La punibilidad en Derecho Penal, Pamplona, 1997, p. 66 y sig.

[38] Cfr. Roxin, C. Derecho Procesal Penal (trad. Córdoba- Pastor), Buenos Aires, 2000, p. 172. Se trata de una materia presidida por las dudas. Así, el propio Muñoz Conde trata a estos presupuestos procesales en el mismo capítulo en el que analiza las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, ya que los presupuestos procesales son elementos "de difícil encuadre sistemático en la Teoría General del Delito" pero coinciden en su carácter excluyente de la imposición o ejecución de la pena. Cfr. Muñoz Conde. F y García Arán, M. Derecho Penal, Parte General, 7ª ed. Valencia, 2007, p. 400.

[39] Cfr. Binding, K. Die Normen und ihre Übertretung, 3ª ed. T. 1, Leipzig, 1916, p. 234 y sig.

[40] Es la doctrina mayoritaria. Cfr. Roxin, Derecho Penal, op. cit. p. 984 y sig. En España, Martínez Pérez, C. Las condiciones, op.cit. p. 94 y sig., Mapelli Caffarena, B. Estudio jurídico- dogmático sobre las llama-

fundamentar su naturaleza sustantiva, se procura identificar a los elementos de la punibilidad con aquellos que más se les asemejan dentro de la estructura del delito y de la culpabilidad. El resultado que se obtiene a través de estos procedimientos supone de alguna manera asimilar (trazando un peculiar paralelismo que permitiría una aproximación material pero no formal) las condiciones objetivas de punibilidad a los elementos del tipo y las causas de exclusión de la punibilidad a las causas de exclusión de la culpabilidad. Esta solución permite excluir de la punibilidad a los presupuestos procesales, pues no presentan similitudes ni puntos de conexión directos con los mencionados elementos del injusto y de la culpabilidad.

b) *Renuncia al elemento "punibilidad"*. Si las diferencias entre los elementos que poseen naturaleza sustantiva son puramente formales, no se explicaría la necesidad de mantener la punibilidad como elemento sistemático. La solución consecuente sería integrar de manera efectiva estos elementos en la sistemática del delito. Así se comprende la famosa frase de Günther Bemmann cuando en su original monografía exclusivamente dedicada a las condiciones objetivas de punibilidad (*Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*) concluye diciendo que ¡¡*no existen las condiciones objetivas de punibilidad*!![41]. Con esta tesis, los presupuestos procesales, una vez desligados de cualquier carga sustantiva, se mantendrían en la órbita del Derecho procesal[42].

c) *Criterio integrador*. Consideramos que los planteamientos de los seguidores del sistema integral del Derecho penal en esta materia deben ser atendidos. La doctrina mayoritaria se conforma con considerar a los presupuestos procesales como causas de exclusión de pena, sin profundizar en su fundamentación material. Pero no puede desconocerse que algunas instituciones procesales también se encuentran guiadas por criterios de necesidad de pena, y pueden ubicarse perfectamente dentro de la punibilidad. Por una parte, es necesario contar con el elemento punibilidad como colofón de una exposición sistematizada del delito. Por otra, es difícil encontrar criterios distintivos que sean concluyentes entre las tradicionales causas de exclusión de la punibilidad y los presupuestos procesales. Todos tienen en común que son elementos ajenos al delito y que imposibilitan la imposición de la pena. Es decir, como en su día enfatizó Franz von Liszt, deben ser oportunamente analizados pero *separadamente* del delito[43]. Debemos también recordar que desde una perspectiva histórica, la asignación de los presupuestos procesales al ámbito penal o procesal ha estado condicionada por circunstancias coyunturales, es decir, por las necesidades y urgencias políticas de cada época. El legislador ha hecho uso de estas categorías de forma *intercambiable* (como ya hemos

---

das condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1990, p. 66 y sig. García Pérez, O. La punibilidad en el Derecho Penal, Pamplona, 1997,p. 64 y sig. y Mendes de Carvalho, E. Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática, RECPC 07-10 (2005) p. 10:5 y sig.

[41] Cfr. Bemmann, G. Zur Frage op. cit. p.52 y sig. Este autor reconduce las pretendidas condiciones objetivas de punibilidad a elementos del tipo o a presupuestos procesales.

[42] La posición de Bemmann está directamente relacionada con su caracterización -`puramente retributiva- de la pena y el alejamiento de toda referencia preventiva. Cfr. al respecto Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 986 y sig., García Pérez, O. La punibilidad, op. cit. p. 61.

[43] Cfr. Von Liszt, F. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 457.

recordado, algunos presupuestos procesales se encuentran previstos en el texto del propio Código Penal). La asignación al Derecho penal o al Derecho procesal sigue estando hoy en manos del libre criterio legislativo o de valoraciones interpretativas. Considerando que un análisis que busque con seriedad sus fundamentos materiales debe conducir a integrar estos elementos en la punibilidad.

El argumento más utilizado por la doctrina mayoritaria que diferencia punibilidad y presupuestos procesales se basa en la distinción entre el ámbito jurídico sustantivo y adjetivo. Estaríamos dentro de la punibilidad si falta un elemento del delito (lo que llevaría a la *absolución*) y en el espacio procedimental si sólo resulta afectada la posibilidad de persecución procesal (lo que conduce al *sobreseimiento* o al *archivo*)[44]. Se suele añadir que en estos últimos supuestos el delito puede ser nuevamente perseguido, una vez solventado el impedimento[45]. Sin embargo, esta diferenciación puramente formal no nos convence en absoluto.

El error radica en pretender que una solución de Derecho Penal material sólo pueda alcanzarse mediante una sentencia que condene o absuelva. Así, para llegar a valorar una hipotética ausencia de punibilidad debería constatarse previamente la existencia de todos los elementos del delito (merecimiento de pena). Sin embargo, creemos que es evidente que se puede llegar a esta conclusión indistintamente, al finalizar el procedimiento (absolución) o en un momento previo (sobreseimiento o archivo).

Un importante punto de apoyo proviene de reflexiones basadas en la praxis. Siguiendo un orden lógico, deberíamos llegar a valorar la punibilidad una vez constatados todos los elementos del injusto y de la culpabilidad, analizándolos como un nuevo eslabón sistemático previo a la pena. Pero saliendo del alcázar es fácilmente apreciable que por razones de economía procesal, resulta completamente absurdo: a) poner en marcha un costoso procedimiento; b) declarar el merecimiento de pena respecto a una conducta penalmente ilícita y culpable, y c) llegar finalmente a una sentencia absolutoria, al advertir que la pena no es necesaria. Si los supuestos que excluyen la punibilidad o impiden la continuación del proceso se hacen evidentes *ab initio*, deben ser analizados antes de llegar a una declaración formal de culpabilidad. Por ello en todos los casos de ausencia de punibilidad también cabe el sobreseimiento o el archivo. Por otra parte, la aplicación práctica del Derecho Penal nos indica que un sobreseimiento puede ser provisional o definitivo. El provisional funciona en muchas ocasiones como antesala del definitivo, al que se llega tras el paso del tiempo. Por eso, la renuncia a la pena debe tener un sólido fundamento material dentro de la sistemática del delito, no sólo cuando se convierte en *definitiva*, sino también cuando es *temporal* o *provisional*.

---

[44] Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 985. En el mismo sentido Jescheck H. y Weigend, T, Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 600. Cfr. también Mir Puig, S. Derecho Penal, Parte General, 8ª ed. Barcelona, 2008, p. 173.

[45] Cfr. Martínez Buján- Pérez, C. Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro Homenaje Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, p. 574.

Con todo ello llegamos a una *caracterización tripartita* de la punibilidad, que incorpora a las condiciones de procedibilidad como el tercer grupo de supuestos que conforman este eslabón sistemático. Esta solución permite explicar satisfactoriamente *por qué una pena merecida no llega a imponerse*. De esta forma no se compromete la unidad del sistema, ya que sigue existiendo coherencia interna, pero se cambia provechosamente de perspectiva al recibir la influencia de la praxis. Sin embargo, es oportuno tener en cuenta que *integrar* no supone *asimilar*. Todas estas categorías se ubican en un peculiar momento sistemático, que es descrito como un cajón de sastre para componentes heterogéneos. Todas tienen en común sus diferencias con los elementos esenciales del delito, y todas conducen a una renuncia a la pena estatal. Incluso es frecuente que muchas de ellas aparezcan con posterioridad a la consumación del hecho. Aunque es realmente difícil llegar a plantear diferencias claras y definitivas, estos presupuestos procesales que se fundamentan en la ausencia de necesidad de pena deberían mantener su especificidad propia.

4. Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad (*objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*) son requisitos que el legislador ha añadido en los correspondientes preceptos penales, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad. Son elementos imprescindibles para poder imponer la pena, y aunque aparecen formalmente entre los elementos que describen la conducta prohibida no forman parte del tipo penal[46]. Estas condiciones se caracterizan por su formulación positiva, condicionan directamente la pena o la entidad de dicha sanción, sin que deban ser abarcados por el dolo del autor (de ahí su carácter *objetivo*). En consecuencia, el error referido a estas condiciones carece de relevancia jurídica. El autor puede desconocer su presencia, y el hecho seguirá siendo punible[47]. Las condiciones objetivas de punibilidad pueden o no concurrir en el caso concreto, y eso es lo único que debe ser motivo de comprobación. Si la condición no concurre, el hecho resultará impune para todos los intervinientes.

---

[46] Las condiciones objetivas de punibilidad se encuentran tan próximas a los elementos típicos que se encuentran normalmente integradas en los correspondientes preceptos del Libro II del Código Penal. Por ello, su estudio completo corresponde a las investigaciones que se desarrollen sobre la Parte Especial. Debemos recordar, eso sí, su carácter excepcional y las dificultades hermenéuticas que se presentan para su correcta identificación. En ocasiones la tarea interpretativa no será muy dificultosa, pero en otras deberá recurrirse a criterios lógico- sistemáticos y teleológico- valorativos para su concreción. Cfr. Martínez Pérez, Las condiciones objetivas, op. cit. p. 67 y sig. Sin embargo, nos parece oportuno señalar que no posee naturaleza de condición objetiva de punibilidad el resultado (en los delitos de resultado). Un sector doctrinal minoritario, representado en Alemania por Diethart Zielinski excluye del injusto toda referencia al desvalor del resultado, fundamentándolo de forma exclusiva en el desvalor de acción. Sin embargo, este resultado excluido del injusto debe tener alguna posición sistemática, porque *no puede desaparecer*. Para quienes mantienen este posicionamiento la naturaleza jurídica del resultado se encuentra necesariamente fuera del injusto, tratándose como una condición objetiva de punibilidad. Cfr. Zielinski, D. Handlungs- und Erfolgsunwert um Unrechtsbegriff, Berlín, 1973, p. 127 y ss. En relación a la situación en Italia, cfr. Fiandaca G. y Musco, E., Derecho Penal, Parte General (trad. Niño) Bogotá, 2006, p. 790 y sig.

[47] Cfr.von Liszt, F. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 456, Jescheck, H y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 602 Moreno- Torres Herrera, M. El error sobre la punibilidad, Valencia, 2004, p. 73 y sig.

La doctrina suele distinguir dos clases de condiciones objetivas de punibilidad: las propias y las impropias. Se consideran condiciones objetivas de punibilidad *propias* (o genuinas) aquellas que restringen la punibilidad, basándose en razones políticas. Estas condiciones se utilizan como un correctivo legal, pues el legislador entiende que si no se aprecia la condición desaparece la necesidad preventiva de pena. Para generar una condición objetiva de punibilidad propia se recurre a añadir a la descripción típica ciertos elementos ajenos, que deben constatarse antes de imponer la pena correspondiente. Sin esos elementos añadidos la pena será merecida, pero sólo se sancionará efectivamente cuando la condición concurra, declarando que la pena es necesaria. Las concretas razones políticas en virtud de las cuales se incorporan estos correctivos pueden ser muy variadas. Lo realmente importante es que estas condiciones, en cuanto restringen la intervención del Derecho Penal, no pueden ser objetadas desde la perspectiva de los principios fundamentales y garantistas que rigen en materia punitiva.

Las condiciones objetivas de punibilidad *impropias* (o anómalas) son una mera argucia con ingredientes legales e interpretativos, que va en contra del principio de culpabilidad. No se trata de añadir nuevos requisitos a los tipos penales, para restringir de esta forma la intervención del Derecho Penal, sino que constituyen auténticos elementos del tipo del injusto, que se pretenden caracterizar como condiciones objetivas para evitar que el dolo se refiera a ellos. En estas hipótesis no se añade nada nuevo a la esencia del tipo penal, sino que se valoran objetivamente ciertos elementos típicos, creando presunciones de injusto, con la finalidad de aplicar una pena sin necesidad de probar la presencia de los elementos subjetivos. Estas condiciones objetivas de punibilidad impropias pertenecen en realidad al injusto, y al no darse los requisitos subjetivos la pena no será ni siquiera merecida. En definitiva, los elementos típicos caracterizados como condiciones objetivas de punibilidad impropias suponen una violación del principio de culpabilidad y, por lo tanto, deben ser rechazados[48].

5. Causas de exclusión de la punibilidad

Las causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschliessungsgründe*) también conocidas como excusas absolutorias (*persönliche Straffreiheitsgründen*)[49] son circunstancias o requisitos relacionados directamente con la persona del autor[50]. El legislador es consciente de que la conducta es delictiva, y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello excluye la sanción penal, basándose en

[48] Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 601; Mendes de Carvalho, E. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código Penal español, Rev. Derecho Penal y Criminología (UNED) 17, 2006, p. 221 y sig.

[49] Cfr. Higuera Guimerá, J. Las excusas absolutorias, Madrid, 1993, p. 11 y sig.

[50] Al relacionarse con la persona del autor, podría llegar a sostenerse que son auténticos supuestos de exclusión de la culpabilidad. Pero debemos recordar que las causas de exclusión de la culpabilidad se asientan en la no exigibilidad de otra conducta y por lo tanto en la falta de merecimiento de pena, mientras que el fundamento de las causas de exclusión de la punibilidad se encuentra en la ausencia de necesidad de pena, es decir, poseen una justificación diferente.

apreciaciones previas de carácter político. La formulación de estas causas de exclusión de la punibilidad es normalmente negativa, excluyendo la pena que correspondería a los intervinientes en quienes concurran. Esta es una característica diferencial respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, pues en aquellos supuestos, si la condición no se cumple, la impunidad favorece a todos. Aunque se aprecie en algún interviniente una causa de exclusión de la punibilidad, el resto de participantes recibirá la sanción penal que corresponda[51].

Desde una perspectiva doctrinal se distinguen dos clases de causas de exclusión de la punibilidad, sobre la base de un criterio temporal o cronológico. Por una parte, se encuentran las causas personales de *exclusión* de la pena en sentido estricto (*persönliche Strafausschliessungsgründe*), que son aquellas que se constatan en el momento de comisión del delito[52]. El otro grupo queda conformado por las causas personales de *anulación o levantamiento* de la pena (*persönliche Strafaufhebungsgründe*), que son sobrevinientes, ya que aparecen con posterioridad a la ejecución del hecho, una vez intentado o consumado el delito[53].

6. Presupuestos procesales

Como ya hemos puesto de manifiesto, una vez que el legislador ha comprobado todos los elementos del delito que indican que una pena es merecida (el comportamiento humano típico, antijurídico y culpable) puede incorporar vías de exoneración por razones esencialmente políticas, ante la ausencia de necesidad de punición. Tiene libertad para optar por la vía penal o procesal para alcanzar estos objetivos. Incluso puede llegar a cambiar de criterio sin demasiados inconvenientes, con el único requerimiento de

---

[51] Recientemente se ha comenzado a plantear la existencia de supuestos excepcionales, conocidos como "causas objetivas de exclusión de la punibilidad", que favorecerían a todos los intervinientes. Cfr. sobre ello Moreno- Torres Herrera, M. El error sobre la punibilidad, Valencia, 2004, p. 44 y sig.

[52] Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 594.

[53] Pueden consagrarse causas de exclusión de la punibilidad tanto en el Libro Iº como en el Libro IIº del Código Penal, correspondiendo el estudio particularizado de estas últimas a la Parte Especial del Derecho Penal. En la Parte General aparecen fundamentalmente causas personales de anulación o levantamiento de pena, entre las que podemos destacar el perdón del ofendido en los casos legalmente previstos (art. 130. 5 CP) y algunos supuestos del Derecho de gracia basados en la ausencia de necesidad de pena. En el Estado de Derecho moderno esta potestad comienza a ser cuestionada, ya que favorece una aplicación desigual de la ley. Así, por ej. el indulto, que es una causa de extinción de la pena sobrevenida (art. 130.4 CP) aplicable a un sujeto a quien se ha impuesto una sanción penal por sentencia condenatoria firme. Es considerado como una causa de exclusión de la punibilidad personal, aunque no faltan quienes lo tratan como un supuesto puramente procesal. También la prescripción de la pena (art. 130. 7 CP) supone una causa personal de anulación o levantamiento de pena. El motivo de la exoneración se encuentra en que ante el paso del tiempo, la pena deja de ser necesaria, pues no se cumplen las finalidades preventivo- generales que llevaron a su imposición. Especial consideración merece el *desistimiento* en la tentativa, que posee una compleja ubicación sistemática. A través de este instrumento legal se permite una completa exoneración cuando el sujeto ya ha materializado una conducta merecedora de pena (un comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, en grado de tentativa). En este caso, el riesgo penalmente relevante para el bien jurídico aún no se ha convertido en auténtica lesión. Por este motivo se incorpora esta causa personal de anulación o levantamiento de pena, en los términos previstos en el art. 16.2 CP.

que las pautas penales y procesales vayan orientadas en la misma dirección. En otras palabras, todos ellos están guiados por principios materiales comunes, lo que nos lleva a incorporar a los presupuestos procesales dentro de la categoría sistemática de la punibilidad.

De los presupuestos procesales derivan una serie de obstáculos o impedimentos, que condicionan el inicio o el mantenimiento del proceso penal. Pueden estar relacionados con la perseguibilidad del hecho[54] o del sujeto[55]. La concurrencia de estos presupuestos conducirá al sobreseimiento provisional o definitivo, según los casos.

(Autor Convidado).

---

[54] Entre estos presupuestos procesales relacionados con la perseguibilidad debemos destacar la prescripción del delito (art. 130. 6 y 666.3 LECr). Su naturaleza jurídica es bastante discutida, pues por una parte responde a los parámetros que guían las causas de exclusión de la punibilidad, pero también se identifica con los presupuestos procesales (por ello se sostiene que posee naturaleza *mixta*, penal y procesal). En ocasiones, la prescripción se alcanza cuando existen paralizaciones procesales imputables a la propia Administración de Justicia. En este caso el proceso finaliza pues se ha afectado el Derecho a un juicio justo y sin dilaciones. Existen otros supuestos, como el desconocimiento por parte de las autoridades de la perpetración del delito, la falta de identificación de su autor, o del paradero de un sospechoso o imputado. En los dos primeros casos, dado que el procedimiento no se ha iniciado contra una persona determinada en un tiempo prudencial, quienes aparezcan con posterioridad no tendrán ocasión de ejercitar adecuadamente su Derecho de defensa. Pero incluso hay argumentos suficientes para que prescriba la acción penal de un sujeto que ha estado en paradero desconocido durante años. El interés de la sociedad en el castigo ha disminuido notablemente, el sujeto ha tenido oportunidades para enmendar su comportamiento y lo que es incluso más importante respecto a los aspectos procesales, debemos recordar que el paso del tiempo hace poco operativas muchas pruebas –fundamentalmente las testimoniales- y puede llevar a sentencias con un elevado margen de error. Todo ello hace preferible el olvido y la exoneración de las responsabilidades penales. Por otra parte, encontramos impedimentos en la perseguibilidad *del hecho concreto*. Aquí se encuentran los *presupuestos procesales de perseguibilidad*, como la denuncia previa (o querella), o la necesidad de contar con autorización judicial o administrativa para proceder. Cfr. Bricola, F. Voz Punibilità, Nov. Digesto Italiano, L. XIV, Turín, 1967, p. 602. También Martínez Pérez, C. Las condiciones, op. cit. p. 94 y sig. . El principio *ne bis in idem* requiere la paralización del procedimiento si los mismos hechos se imputan al mismo acusado y el caso se encuentra pendiente de juzgamiento ante otro tribunal.

[55] La perseguibilidad *del acusado* tiene relevancia distintos supuestos, como su propia *muerte*, que extingue la acción penal finalizando el procedimiento (art. 130.1 CP y 115 LECr). En cuanto a la *capacidad procesal* de actuar en juicio, vemos que no se trata de la capacidad exigida en los pleitos de naturaleza civil, sino que requiere algo más, que el sujeto pueda representar sus intereses conduciendo su defensa de manera adecuada. Aparecen también las *excusas personales*, como las *inmunidades* (parlamentarias, judiciales, diplomáticas, etc.), que funcionan como presupuestos procesales. Se trata de evitar que el impulso de un proceso penal contra alguna de estas personas (miembros del gobierno, legisladores, diplomáticos) permita que se altere el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o afecte las relaciones internacionales.

CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina

RESUMO: O presente artigo intenta afirmar a posição de que os direitos clássicos, também chamados de direitos de liberdade, são, no percorrer da história do direito constitucional, imprescindíveis apesar da sucessão de gerações de direitos. Para tanto, primeiramente o autor estabelece a idéia de liberdade, apresenta os movimentos de constitucionalização e discorre sobre as gerações de direitos, quando estabelece um seu conceito fundamental e explicativo da idéia central do texto.

PALAVRAS-CHAVE: direitos de liberdade; direitos humanos; gerações de direitos; direitos fundamentais; direito constitucional.

RESÚMEN: Con el presente texto, el autor pretende una búsqueda de sentido para la afirmación de la no renuncia de los derechos clásicos, también aquí llamados derechos de libertad (o de primera generación). Para tanto, el autor presenta, en primera mano, la idea de libertad para, después, moverse hasta las orillas de los movimientos de constitucionalización, cuando habla de las generaciones de derechos y de su concepto fundamental de la idea central de este trabajo.

PALABRAS-CLAVE: derechos de libertad; derechos humanos; generaciones de derechos; derechos fundamentales; derecho constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Liberdade como fundamento da hominidade. 2.1. Liberdade dos antigos. 2.2. Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo. 2.3. O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão. 2.4. A liberdade dos modernos (o Iluminismo e a nova perspectivação do homem). 3. A positivação dos direitos de liberdades. 3.1. A experiência constitucional inglesa. 3.2. A experiência constitucional americana. 3.3. A experiência

constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental). 4. O constitucionalismo contemporâneo. 4.1. Novas gerações de direitos. 4.2. A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ao lançar os olhos para os alvores da *constituição* das civilizações humanas, logo se perceberá que desde a Antigüidade há uma preocupação gravitando em torno de dois eixos fundamentais para a elaboração racional do convívio social (que bem pode ser reconhecido como convívio político-social, uma vez que a *pólis* – onde se dão os jogos de interação humana – é o próprio elemento que amalgama a idéia[1] de sociedade organizada), o da *práxis* e o da técnica teorizada, formando duas linhas discursivas complementárias entre si (e indissociáveis)[2], mas com pontos de interseção: referimo-nos àquilo que para a filosofia antropológica pode ser considerado como uma aporia, que é a indiscutível propensão humana para a auto-realização, característica só concebível se conjugada com a idéia de liberdade pessoal, inclusive para a escolha de direções para a vida, mas que necessária e condicionalmente se vincula à concepção do homem como *ser-em-sociedade*. Ora bem, desde Aristóteles tem-se a noção de que a perfectibilidade do homem só é possível através de sua vivência em meio social; e este será o elemento condicional, que só por si torna a questão problemática. Tentemos melhor explicar a situação.

As experiências de governos autoritários, ainda presentes em alguns Estados onde, pela violência e coação, optou-se pelo fundamentalismo teológico (e teocrático), ou que representam as sobras do stalinismo, ou que concretizam o ressurgimento pela via do populismo de um modelo de socialismo de todo em todo anacrônico, são, como facilmente se percebe, posições muito claras de domínio e de subjugação, que em nada se relacionam com a idéia de auto-realização, de liberdade pessoal e de progresso (não apenas material, mas espiritual e humano). A extrema apatia de povos subjugados por um modelo de governo que não permite a manifestação das liberdades religiosa, de expressão e política, coincide, como bem se sabe, com baixos índices de qualidade de vida, com a falta de progresso material e de perspectivas para o futuro. Por outras palavras e, à guisa de primeira aproximação, segundo entendemos, a perfectibilidade humana estará diretamente relacionada com as concretizações de liberdade ou, ao menos, com sua otimização, só possíveis, no entanto, onde os Estados se constituem sob a égide da democracia. Mas, de pronto – e aí se encontra a aporia instalada no sistema dialético operado

[1] Utilizaremos a boa e velha ortografia da língua culta escrita no Brasil, com diferenças em relação a outras modalidades idiomáticas de raiz comum que não se compaginam com o interesse de unificação pretendido pelas comunidades lusófonas (isto também em parte, porque os portugueses continuam ciosos – com toda a razão – do seu modo de falar e escrever e resistem, por isso, à unificação, que se não pode dar por via de decreto).

[2] Acerca da intrigante questão de predominância de uma ordem de conhecimento sobre a outra, ou sobre a possibilidade de autonomização das referidas categorias, ver Sartori (1997, p. 75-87).

entre *práxis* e técnica teorizada –, surgem as hipóteses restritivas do conceito de liberdade. A primeira e fundamental equaciona-se com o aspecto determinista que enforma o ser humano: o homem está condenado a viver em sociedade e por isso deve ser entendido como um *ser-em-sociedade.* Dessa forma, a idéia de liberdade terá contornos determináveis pela circunstância do homem – de estar inserido na sociedade e ter de nela amoldar-se e moldá-la –, e jamais poderá ser absolutizada sob pena de dar-se sua negação[3]. A segunda encontra-se no fato decorrente do aperfeiçoamento do Estado[4], que, conforme terá dito Pontes de Miranda, criou técnicas de liberdade, sendo a principal delas aquilo que denominamos de liberdade legal. A idéia de liberdade estará presuntivamente encerrada nas regras do direito e, portanto, seu âmbito estender-se-á sobre tudo aquilo permitido ou, simplesmente, não proibido por lei. Assim, o Estado – de modelo democrático, frisemos –, que assume o monopólio da preservação da *pax* social, cria e fiscaliza as regras dos jogos sociais, tendo ele próprio de autolimitar-se em nome dos valores anteriormente referidos, especialmente os da auto-realização do homem e aperfeiçoamento. Justamente por isso o Estado constitui-se como suposto de organizador e garantidor de direitos de liberdade: seu documento político-jurídico fundamental estabelece áreas de competências para o desenvolvimento da vida social(-política), que incluem o respeito pelos direitos de liberdade tanto nas relações horizontais – entre os cidadãos – quanto nas verticais – entre o Estado e os cidadãos.

Os estudiosos, no entanto, têm apontado uma série de fatores que repercutem diretamente na organização política e jurídica dos Estados contemporâneos[5], colocando em causa a possibilidade de novas ondas de constitucionalismo e, até mesmo, os valores hauridos da Constituição. Desde a queda do muro de Berlim e do fim da Guerra Fria, com o esfacelamento do *establishment* soviético, opera-se o encurtamento das distâncias (ideológicas e materiais) no globo. A própria evolução tecnológica contribui para que hoje as cercas divisórias dos lindes sejam colocadas abaixo, tornando possível aquele cosmopolitismo de que Kant, embalado pelo romantismo setecentista, falava em *A paz perpétua*. As comunicações deram maior visibilidade aos fenômenos humanos (e sociais), transmitindo as mais variadas informações em tempo real, de modo que hoje o novo horizonte de direitos esteja diretamente relacionado com isso, chegando a obnubilar outras categorias

[3] A manifestação talvez mais veemente de liberdade humana inscreve-se no domínio que o homem tem sobre sua vida, dizendo até onde deve ela prosseguir. E as propensões tanáticas coroariam um tal postulado, o que, contudo, é vedado.

[4] Segundo entendemos, não se pode pensar na idéia de Estado como sistema orgânico, com funções determinadas, agregando elementos materiais e ideológicos (culturais) de um povo, antes do pensamento de Maquiavel (a quem se atribui o emprego do vocábulo "*Stato"* para designar as Repúblicas e Principados) e da experiência política ocorrida em algumas repúblicas da Itália renascentista, dentre as quais Florença, terra daquele pensador político. Antes, durante o medievo, havia a descentralização e a própria concorrência entre poderes políticos, a falta de uma concepção de unidade e de projeto, para além da indeterminação espacial para o exercício das atividades de governo.

[5] Embora alguns autores, entre os quais Sousa Santos, falem da pós-modernidade – ver Santos (2006) –, entendemos preferível a cautela de Ferreira de Melo (2009, p. 81-94), para o qual passamos pelo momento de crise de paradigmas da modernidade, justificando a transição dos tempos.

de direitos fundamentais. O neoliberalismo diminuiu o papel do Estado, que pouco intervém na economia, que vem passando por outros mecanismos regulatórios. O antigo modelo de produção tipo fordista foi substituído por um mais dinâmico, capaz de estabelecer-se em qualquer parte onde se mostre eficiente e barata a mão-de-obra. Com isso, certos localismos passaram a subjugar outros, como se houvesse uma espécie de darwinismo cultural, dando-se a isso o nome de globalização. Que não é apenas econômica, mas cultural, jurídica e política. A própria Europa, que tradicionalmente contesta determinada vertente desse fenômeno, concretiza uma experiência exitosa em termos organizacionais de sua União (político-econômico-jurídica). Em contrapartida, as planificações de cunho transnacional vão impondo um desgaste nos velhos e consolidados conceitos constitucionais e atualmente talvez já não haja cabimento para a idéia de soberania como expressão do poder político não contrastável e absoluto: há várias determinantes que fazem não só revisar seu conceito, como o da própria Constituição de onde, em termos programáticos, a soberania justificava-se a partir daqueles referenciais muitas vezes repetidos por cientistas políticos e constitucionalistas. Aliás, a própria idéia de Constituição dirigente atravessa o declínio conceitual. Pois bem, diante desse quadro de reformulação dos paradigmas (econômicos, políticos e jurídicos – e jurídico-constitucionais), em o qual os programas constitucionais deixam de ter relevância para a promoção da liberdade positiva – a que substancialmente se revela na função prestacional do Estado –, até há bem pouco tida como essencial e complementária da liberdade negativa – a que se fundamenta na abstenção do Estado diante das manifestações de liberdade humana –, terá cabimento a sustentação de uma teoria constitucional de estabelecimento e garantia de direitos fundamentais de primeira onda, os direitos de liberdade?

O artigo pretende dar uma resposta à questão problemática, percorrendo duas formulações metódicas. Em primeiro lugar, situando-a no pensamento filosófico antropológico, onde tentaremos descortinar a idéia de liberdade humana, mesmo que de forma reduzida em razão de estarmos a tratar do tema no espaço de um artigo. Em segundo lugar, de acordo com uma perspectivação orteguiana da história como sistema, verificaremos como os direitos de liberdade tomaram substantivação ao longo da experiência jurídica ocidental. Como já se deu a entender, delimitaremos a linha discursiva atendendo a duas balizas: nossa ancestralidade cultural judaico-cristã e o modelo democrático de Estado de direito. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à sustentação de uma teoria constitucional de positivação dos direitos e garantias das liberdades. As categorias que constituem diretrizes para o desenvolvimento do texto, encontram-se já destacadas na parte preambular do trabalho e são, à medida que delas nos ocupamos, conceituadas no corpo do texto.

2. Liberdade como fundamento da hominidade

O romantismo impulsionado por Jean-Jacques Rousseau via numa ancestralidade – há muito perdida na lembrança de todos – a existência do *status naturalis*, em que os homens, desvestidos da maldade, conviviam pacificamente em liberdade

pura – ou absoluta –, que lhes permitia estarem integrados ao meio. Ao tratarem desta característica humana, o pensador político genebrino, assim como os outros que imaginaram a formação do Estado por contrato, Hobbes (este, como sabido, com um entendimento pessimista acerca do homem) e Locke, e, ainda, o moralista Kant, pretendiam deslindar a própria natureza dos homens que, no entanto, era confrontada com a evolução das sociedades ou com certas propensões adquiridas, como a da cobiça: então, essa natureza que dá os contornos da hominidade deveria ser domada pelo uso da razão, visando a um fim prático de convivência. Vistas assim as coisas, a primeira nota que se deve escrever com relação à idéia da liberdade arranca-se da questão da natureza humana. Existirá, *de facto*, uma natureza humana, em a qual encontraremos certos aspectos comuns a todos, dentre os quais a liberdade que, por isso, deve ser entendida como elemento inerente ou fundador da hominidade?

Vem a propósito desse debate inesgotável a lembrança de um capítulo escrito por Ferreira da Cunha (2001), em o qual, tendo como alegoria uma crônica de Vinicius de Moraes, pondera sobre a existência da natureza humana, e, referindo-se à página de nosso poeta, interroga-se se os homens estão presos a determinadas circunstâncias, assim como Vinicius é levado a descrever a cena vivida em uma praça de Florença (como se estivesse fadado a isso). Ao descrever a questão, o jurisfilósofo português lança uma síntese inquietante: "Talvez não haja mesmo uma natureza humana (mas o que significa isso de não a haver?), mas então não há, deveras, sequer Homem" (CUNHA, 2001, p. 82). Pois bem, advogar a existência da natureza humana é aceitar o determinismo de idéias, que condicionam os caminhos por onde o homem vai espalhando suas angústias enquanto vive; e, então, os obstáculos encontrados e as escolhas tomadas constituem a tragédia de sua existência, que foi toda descoberta por um Shakespeare, quem escrutinou o espírito do homem dizendo verdades impagáveis (e imorredouras), as mesmas sobre as quais se estruturou uma *philosophia perennis*; é, também, entender que o homem está predestinado a cumprir uma missão já inscrita na natureza e que ele a depreende pelo uso da razão; e, ainda, que existem imperativos categóricos universais, a indicarem como o homem deve pautar sua vida. Desta lógica emerge a aporia filosófica: se há limites naturais para o homem, que lhe determinam o *como-viverá*, então a idéia da liberdade ficará bastante reduzida, justificando-se apenas na ausência de coação contra quem se acha a exercê-la; será uma liberdade no singular, que não se compaginará, portanto, com a possibilidade das escolhas arbitrárias sobre os modos de vida, ou em dar-se vazão à criatividade (estética, *v.g.*, e, então a idéia de arte, já tão humilhada pelas expressões contemporâneas – *de facto*, pobres de substrato estético e efêmeras – será apenas uma utopia), preferindo o homem dogmatizar (através das asserções religiosas, morais etc.) sua existência (social) em torno de um conjunto de verdades *ne varietur*. Ou, segundo pensa Nietzsche (1998, p. 72), quando adquiriu a *má consciência* – "[...] a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu – a mudança que sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz" –, o homem domou a liberdade desbragada, transformou o não-egoísmo em valor moral, feriu-se gravemente como se fosse um

escultor de cinzel na mão dando a si próprio uma nova forma, esta que deverá ser consentânea com as verdades indesmentíveis, criadas, contudo, sob o signo de divindades míticas, cuja autoridade não permite que se duvide.

As ponderações de Ferreira da Cunha (2001) acabam, no entanto, em uma perturbadora reticência: afinal, se duvidarmos da natureza humana, como justificaremos os aspectos somáticos, a inteligência, a capacidade para adaptação, o raciocínio, que compõem os caracteres dignificantes da espécie humana? Então, teremos de admitir que o homem possui uma constituição própria, que o torna diferente dos demais seres vivos, e que pode – por que não? – ser denominada de *natureza humana*. Mas, diferentemente, não possui o aparato instintivo: nasce desprovido de uma natural orientação para enfrentar o meio, contando, tão-somente, com sua aptidão racional para dar orientação à sua vida. O homem, por outras palavras, encontra um mundo a desbravar – sempre a desbravar – e sua missão é justamente ter de enfrentá-lo, pavimentando seus caminhos ou escolhendo aqueles já sedimentados, mas, em todo caso, tendo de fazer escolhas, que é isto o que lhe resta e dá substância à sua natural missão, que é ter de viver. Parafraseando Ortega y Gasset, diríamos que a vida do homem conjuga-se no gerúndio e, por isso, ela é um constante *faciendum*. São significativas, a esse respeito, as observações de Baptista Machado (1996, p. 7):

> [...] o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta. Por isso mesmo, não tem um 'mundo próprio', como os outros animais, isto é, não se acha enclausurado num 'envolvimento' natural biologicamente fundado. Neste aspecto, aparece-nos como um ser deficiente, caracterizado por uma incompletude essencial. Mas, por isso mesmo que se não acha enclausurado num 'mundo próprio', diz-se 'aberto para o mundo'.

Essa abertura para o mundo e a incompletude conotam diretamente com o estado de insegurança que é a própria existência, obrigando ao homem estabelecer as bases a partir das quais procurará aperfeiçoar-se, progredir e auto-realizar-se. Cria seu ambiente – a sociedade –, no qual se acha indissoluvelmente ligado; desenvolve estratégias para nela manter-se em relativa harmonia e dá-se conta, por fim, ao longo da experiência haurida em meio às relações sociais(-políticas) dos contornos (e, em uma outra fase, da própria substância) dos seus direitos que são, em uma palavra, a representação, em termos racionais e compreensíveis como se se tratassem de regras do jogo, das liberdades. Por outras palavras, tudo aquilo laborado pela inteligência humana para a consecução de sua missão de viver, que se cristaliza em determinada cultura como instituições ou direitos, é a própria expressão da liberdade.

Mesmo que se diga que ao criar seu ambiente o homem fica em *relativa clausura* (MACHADO, 1996), há de se ter em consideração o fato de que pode ele ainda deliberar sobre aspectos de sua vida individual (inclusive aqueles que implicam o auto-aniquilamento); tentar mudar a configuração da sociedade para que ela preserve bens caros à humanidade (vê-se isso quando se trata da preservação do meio

ambiente); e exigir que se lhe respeitem determinadas esferas de autopromoção. Não é por outro motivo que Tomás de Aquino (2003, p. 298), ao enfrentar uma *quaestio disputata*, escreve: "[...] deve-se dizer que o homem não está ordenado para a sociedade política com todo seu ser e com todas suas coisas". Ou seja, a sociedade política (o Estado) criada pelo homem não deve penetrar todo seu ser, instrumentalizando-o para os fins que coloquem em causa sua dignidade. Quanto aos direitos do homem, não se pode dizê-los propositadamente concebidos como pura expressão de domínio, com a finalidade de coarctar a liberdade, mas como resultante do meio sociocultural. De outra forma, podemos entender que os direitos são o reflexo de tudo o que o homem como *ser-em-sociedade* criou para si, através do livre uso da razão. Numa síntese, diremos que, por mais relativizada que seja a idéia de liberdade, ela torna-se a expressão da hominidade.

2.1. Liberdade dos antigos

Se nos for lícito afirmar que a liberdade do homem, como uso da razão e expressão da potência[6], molda-se segundo a experiência histórica das sociedades, também estaremos autorizados a afirmar que esta idéia que se constrói, como é suposto, pelo acúmulo de experiências, não atenderá a uma progressão linear. É ela desvendada de forma errática pelas várias culturas que, ao se entrecruzarem em certos momentos históricos, possibilitarão uma nova dialética tendente ao melhoramento das técnicas de sua aplicabilidade nas relações entre os homens. Não será exatamente por isso que o Ocidente é tido como tributário das influências judaico-cristãs (mesmo havendo quem se refira à existência de uma cultura ocidental de raiz judaico-cristã)? Ou que os expedientes jurídicos criados para o asseguramento da liberdade física, entre os períodos do baixo medievo e a modernidade, embora ocorrentes em diversas partes da Europa continental e na Inglaterra, acabaram sendo obscurecidos pelo *habeas corpus*, que também veio a difundir-se entre nós, aqui ganhando novos contornos? Pois bem, ao afirmarmos essa espécie de descontinuidade na definição das liberdades, queremos advertir que poderemos, no espaço de um artigo, apenas verificar uma idéia geral sobre o pensamento e a prática da liberdade. Ainda assim, verificando tão-somente aqueles marcos culturais da civilização ocidental. Comecemos, pois.

a) Embora diversos povos da Antiguidade tenham criado sistemas jurídicos (tingidos, é verdade, com tons de moral religiosa e de misticismo, e esse é o aspecto marcante da primeira história das civilizações), como foi o caso dos egípcios e dos babilônios, foram os judeus que conseguiram não só sistematizar as regras presentes na tradição oral (*Mishné Torah*) e escrita (*Torah* – o Pentateuco) de seus preceitos éticos através de estudos de comentadores e da jurisprudência, cristalizando-as tanto no *Talmud* do período babilônico (a partir do séc. IV a.C.) quanto no *Talmud* hierosolimita (*Talmud ierushalmi*)[7], que se gestou a partir do séc. I, como, ainda, forjaram as bases de um *jus-humanismo* que transcendeu seu tempo e sua cultura, entroncando-se, através do cristianismo, nas civilizações ocidentais.

---

[6] No sentido aristotélico significando a capacidade de provocar mudança.

[7] Sobre o direito talmúdico, ver Falk (1988).

É lógico que os preceitos éticos presentes nas antigas escrituras e no que se vai sedimentando como direitos do homem têm na divindade a representação do ser que os dirige e em relação ao qual se atribuem os julgamentos supremos; aliás, esses preceitos aos quais os judeus estão obrigados a observar justificam-se mais pela dignificação da divindade do que na da própria hominidade, porque tudo decorrerá de Deus, inclusive quando se pensa sobre a disponibilidade do corpo e da vida; ou seja, o homem (da cultura judaica) dignifica-se pelo respeito a Deus. Assim, os preceitos referidos aos cuidados com a higiene, com o corpo e com a saúde, *v.g.*, explicam-se não por uma filosofia antropocêntrica, mas pelo fato de o homem ter sido criado à imagem de Deus[8]. Ao tratar das leis sobre o comportamento, e enfocando semelhante aspecto, Maimônides (1992, p. 162) alude:

> Aquele que regula a sua vida segundo as leis da medicina com o único objetivo de manter um físico forte e vigoroso e gerar filhos que façam o seu trabalho em seu benefício, e se esforçam na vida para o seu bem, não está seguindo o caminho certo. Um homem deve ter como objetivo manter a saúde e o vigor físicos, a fim de que sua alma esteja disponível, livre e sã, em condições de conhecer o Eterno.

Há nisso um forte aspecto determinista, que pode melhor ser compreendido na passagem em que Samuel Belkin trata do propósito de cumprimento das *mitsvot* (preceitos):

> Quando um judeu cumpre os mandamentos positivos e negativos da Torá, ele está, de certo modo, fazendo o seguinte pronunciamento: 'Eu não sou o senhor completo do mundo nem de mim mesmo; eu não possuo autoridade ilimitada sobre as coisas da Criação e, portanto, tudo o que eu fizer ou deixar de fazer com as coisas da Criação depende da vontade do dono da Criação – o próprio Deus'. (BELKIN, 2003, p. 21).

Mas se assim é, então a civilização judaica abriu mão de todas as liberdades em nome das representações que faz da divindade, como se estivesse abdicando até mesmo de seu étimo de humanidade? Estará Nietzsche com razão ao afirmar que: "Os judeus, são [...] o povo *mais funesto* da História Universal: no seu efeito ulterior, de tal modo falsearam a Humanidade que ainda hoje o cristão se pode sentir anti-judeu, sem a si mesmo se compreender como a *última conseqüência do judaísmo*" (NIETZSCHE, 2002, p. 39)? Terá cabimento a lancinante afirmação de que: "A história de Israel é inestimável como história típica de toda *desnaturalização* dos valores da natureza [...]" (NIETZSCHE, 2002, p. 40), como se a estrutura moral e os dogmas religiosos daquele povo fossem, *de facto*, um proceder *contra natura* e contra a própria idéia de hominidade? As respostas não nos parece devam ser arrancadas de premissas tão reduzidas. Por vários motivos. Primeiro, porque o conjunto ético judaico, ao arrimar-se nas representações da Perfeição divina, reconhece o que a ontologia e a filosofia moral tratam em outros níveis, ou seja,

[8] Cf. Belkin (2003. p. 20).

deixa dito que o homem é um ser aberto e tendente ao melhoramento pessoal e social. Justamente por isso, reconhecendo a falibilidade do homem, o judaísmo cria uma forma de governo teocrático-democrático[9], em que o rei não podia estar acima das leis, vindo a elas se submeter como qualquer outro. Belkin (2003, p. 72) relata, a este propósito, que: "Ele [o rei] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens.". Em segundo lugar, porque a legislação judaica formulou os conceitos de fraternidade e de respeito pelo outro, de forma que não só a caridade[10], como forma de dar conforto material e espiritual ao outro, mas também a tolerância são já princípios filosóficos que permitem o progresso pessoal dos indivíduos e a busca da auto-realização – tudo, entendemos, convergindo para a idéia de liberdade. Em terceiro lugar, o respeito pelos direitos do homem irá manifestar-se tanto no sistema judicial (estruturado em colegiados que decidiam por maioria, exigindo a imparcialidade dos juízes, que, em razão disso, estavam proibidos de receber presentes, de decidir em favor de um homem pobre por piedade, de distorcer um julgamento contra alguém de má reputação, de ouvir uma das partes na ausência da outra[11]), quanto na punição, cuja execução não podia exceder o decreto judicial, nem expor o condenado ao vilipêndio (o corpo do executado não deveria permanecer insepulto, não execução de alguém sob suspeita, proibição de excesso na execução da pena[12]). A justificativa da prudência judicial está no fato de esse sistema ético entender que o homem é falível e que deve respeitar ao outro nível de conhecimento, que é o da própria perfeição em Deus. Mas, pela via do misticismo e da moral religiosa, os judeus da Antiguidade estabeleceram uma série de direitos do homem, diretamente relacionados com a liberdade. Por isso, e finalmente, podemos dizer que o *lógos* da estruturação dessa civilização encontra-se fulcrado nos costumes e crenças que naturalmente se incorporaram na carga cultural do povo judeu, que antes de representar uma espécie de auto-imolação, como poderia ter dito o filósofo atormentado que deblaterava contra toda espécie de redução dogmática, era a própria e consciente expressão de seu modo de pensar; era – e continua a ser – a manifestação da psicologia daquele povo, não podendo, já por isso, haver maior prova de sua liberdade.

b) Ao se pensar na civilização grega, logo vem à mente a forma política criada em Atenas, que se tornou o panteão desejado pelos Estados da modernidade, mas, muita vez, erroneamente proclamado como o que inspirou um regime de liberdades políticas modernas. As idéias de democracia e de liberdade gregas devem ser vistas com alguma reserva, por mais de um motivo. Tentemos, no entanto, para melhor situarmos a questão, uma aproximação ao campo ideativo e prático dessas liberdades.

---

[9] O termo "teocracia" deve-se ao historiador judeu Falvius Josefus quem narrou a conquista de Israel por Roma e a diáspora do povo judeu no ano 70 d. C.

[10] O vocábulo *tzedaká*, em hebraico, significa justiça, mas é empregado, também, no sentido de caridade, o que lhe confere um amplo valor semântico, que concorda com a própria filosofia da religião judaica.

[11] Ver Maimônides (1990, p. 313-315).

[12] Ver Maimônides (1992, p. 102).

Ficaram célebres as palavras que Péricles proferiu no seu discurso em homenagem aos mortos durante a guerra do Peloponeso, registrado por Tucídides, quando o governante de Atenas, pretendendo levantar o moral de seus soldados, ressalta as qualidades de sua forma de governo ao mesmo tempo em que detratava o modelo espartano:

> Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas; [...] a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.
> [...] mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil.
> [...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento de assuntos políticos; [...] nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação. (TUCÍDIDES, 2001, p. 109-111).

Pois bem, já de antemão percebemos que não se pode julgar a Grécia antiga pelo que normalmente se fala sobre Atenas, pois é indiscutível o fato de que ela se compunha de várias realidades sociais, políticas e culturais, sendo os jônios, espartanos e atenienses, dentre os mais conhecidos, apenas algumas das etnias que habitaram aquele mundo. Não será desarrazoado pensarmos, portanto, em civilizações do mundo helênico, ao invés de as tratarmos no singular. Mas a cultura ateniense acabou se tornando a mais conhecida em razão daquilo que, do ponto de vista literário (relatos históricos, as tragédias, diálogos filosóficos), produziu, chegando até nós como relato vívido do que ocorrera naquelas terras do Mediterrâneo. E um dos aspectos destacados é justamente a forma de governo democrática de que fala Péricles, mas que, como se verá, não potenciava as liberdades mais do que em outras culturas.

Atenas conheceu, com efeito, o regime de governo tirânico e somente no início do século V a.C. passa por uma revolução social e política que criará, possivelmente através do gênio de Clístenes, um dos principais mecanismos tendentes à democracia: o ostracismo, que deveria impedir o retrocesso político. Mossé (1997, p. 23) explica que "[...] a lei previa uma pena de exílio temporário fixada em dez anos, aplicável a quem parecesse suscetível de instaurar uma tirania em proveito próprio",

guardando alguma familiaridade com os atuais instrumentos democráticos que suspendem os direitos políticos de alguém. A autora adverte que "[...] o ostracismo viria a constituir uma temível arma nas mãos do povo, e os inúmeros *ostraka*, que chegaram até nós, demonstram que nenhum político ateniense escapou à desconfiança popular" (MOSSÉ, 1997, p. 23). Mas como essa liberdade política se dava e quem, efetivamente, dela podia dispor?

A participação popular exaltada por Mossé deve ser entendida com cautela, uma vez que a sociedade grega (na acepção ampla) era estamental, estabelecendo classes de indivíduos, nem todos detentores de direitos de liberdade. O pensamento de Platão, a esse respeito, propunha a formação de uma elite, tornando "[...] as relações muito freqüentes entre os homens e as mulheres de escol e, pelo contrário, muito raras entre os indivíduos inferiores de um e de outro sexo; além disso, é preciso educar os filhos dos primeiros e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição" (PLATÃO, 1975, p. 186). E no campo político, apenas os homens livres ou libertos podiam manifestar-se na *ágora*, mas não será estranho ao pensamento do discípulo de Sócrates que somente os melhores podiam governar a *pólis*, referindo: "[...], com efeito, neste Estado [idealizado pelo filósofo] só mandarão os que são verdadeiramente ricos, não de ouro, mas dessa riqueza de que o homem tem necessidade para ser feliz: uma vida virtuosa e sábia" (PLATÃO, 1975, p. 186), imaginando, portanto, uma *sofiocracia*[13], um governo de sábios. Por fim, não se pode esquecer que os gregos adotavam o regime escravocrata e não tinham o apreço pela vida humana que as sociedades modernas conhecerão pela influência dos valores morais judaico-cristãos, sendo que, conforme observa Amaral (1998, p. 130), nem mesmo o aristotelismo "[...] foi capaz de descobrir o valor absoluto da pessoa humana: por isso, não se insurge contra a escravatura, ou contra a 'exposição' dos recém-nascidos".

c) Há uma larga distância entre gregos e romanos no que concerne à concepção de mundo – a cosmovisão. Se os gregos almejavam a vida contemplativa e voltada para a aquisição da sabedoria, que constituiria a virtude máxima, os romanos mostrar-se-ão pragmáticos e é Cícero quem refere no início do livro primeiro de *Da república* que:

> [...] não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la. Uma arte qualquer, pelo menos, mesmo quando não se pratique, pode ser considerada como ciência; mas a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas. (CÍCERO, 1985, p. 19-20)[14].

[13] A expressão não é nossa, mas de Diogo Freitas do Amaral, que alude: "Assim, Platão dá como assente, no início da evolução, a existência de sua Cidade ideal, a *sofiocracia.*" (AMARAL, 1998, p. 102).

[14] Não podemos esquecer, contudo, que os romanos admiravam a filosofia grega e nela instruíam-se. É novamente Cícero quem nos revela isto numa das cartas ao filho, na qual escreve: "Ainda que tu, Marco, meu filho, te encontres em Atenas a estudar há já um ano sob a direcção de Cratipo, importa, no entanto, que sejas instruído com grande empenho nos preceitos e doutrinas da filosofia devido ao elevado prestígio

E não será por outro motivo que os romanos destacar-se-ão naquilo que os demais povos antigos ficaram para trás, na sistematização de um *corpus iuris* e na prática forense que, conforme Hauriou (1968), terá sido eficiente inclusive na proteção de certas liberdades.[15]

É claro que os romanos também estabeleceram sua sociedade de forma estratificada, havendo várias esferas sociais, incluindo aquelas em que seus membros eram coisificados, *tout court*. É Miranda (2005) quem nos dá uma boa noção disso:

> Em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é *hostis*; o que se encontra no raio menor do império, mas fora da *res publica*, *é hostis* submetido – *servus*, *dediticius*, súbdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da *res publica*, embora, ainda assim, fora dela é o aliado – *socius*, *amicus*; o que se acha na sociedade de *res publica*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembléia do *populus*; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o *nobilis* da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o *magistratus* e, na medida em que tem o direito de o controlar, é o *pater*, membro do senado. (MIRANDA, 2005, p. 28)[16].

O *servus* nada mais era que *res* e, enquanto não libertado, não gozava de direitos. No entanto, aqueles que os possuíssem podiam reclamá-los em juízo, havendo, inclusive, a garantia do direito de liberdade física, o interdito *de homine libero exhibendo*[17] que, como o *habeas corpus*, dirigia-se contra quem irregularmente detinha, enclausurava ou de qualquer forma impedia a fruição da liberdade de movimentos de alguém e podia ser impetrado por mulher ou por menor *impuber pubertate proximi* (emancipado por outorga do pai ou em razão de sua morte) em favor de parente. Mas as expressões de direitos de liberdades são, entre os romanos, um amplo leque, incluindo a liberdade política, "[...] isto é, a participação de cidadãos no governo da Cidade" (HAURIOU, 1968, p. 38), e as liberdades civis que, mesmo com o fim da República, continuam presentes entre os cidadãos.

O constitucionalista francês, ao mencionar o direito de contratar livremente o casamento – *justes noces* –, a liberdade testamentária, a liberdade do comércio e da indústria e a propriedade privada, assinala que o direito romano cunhou não só um aspecto embrionário de liberdade individual, como aperfeiçoou o sistema jurídico

---

não só do mestre mas também da cidade, podendo aquele enriquecer-te com o seu saber enquanto esta, com seus exemplos." (CÍCERO, 2000, p. 15).

[15] Ver Hauriou (1968, p. 38-40).

[16] Cretella Junior, ao tratar do *status libertatis*, refere, no entanto, que: "No mundo romano, em relação à liberdade movimentam-se pessoas que, conforme a circunstância, recebem os nomes de *livres, semilivres, escravos, ingênuos, libertos, libertinos,* 'in mancipio', '*colonos*', o que nos dá a noção de que a categoria em que se enquadram as pessoas determinará a modalidade de sua liberdade". Ver Cretella Junior (1990, p. 90). Ver também Chamoun (1957, p. 53 e ss.).

[17] Sobre a matéria, conferir Sabbá Guimarães (2009, p. 144-146).

no sentido de que as liberdades devessem ser respeitadas pelo poder.[18] E, por isso, conclui:

> Pode dizer-se, finalmente, se se quiserem sintetizar os aportes sobre Roma, que o gênio romano racionalizou o diálogo entre Poder e Liberdade, precisando-lhe os termos e, sobretudo, trazendo o essencial do problema para o plano jurídico, quer dizer, fazendo intervir, nas aproximações entre Poder e Liberdade, as idéias conjugadas de justiça, de bem social e de valor dos procedimentos. (HAURIOU, 1968, p. 40. Fizemos aqui uma tradução livre do texto)[19].

A história da liberdade dá um grande salto com a civilização romana, portanto, em termos qualitativos. Se, por um lado, os romanos, da mesma forma como se verifica no exame comparativo de outras civilizações da Antiguidade, estruturaram uma sociedade em estamentos, por outro lado começaram a definir o âmbito das liberdades legais, não só criando mecanismos jurídicos para sua garantia, como também determinando as relações entre cidadãos e os níveis de poder através da intervenção judicial.

2.2 Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo

Como antes dito – e o simples percurso da História o confirma –, o desenvolvimento do que ordinariamente se chama de cultura ocidental e da própria consciência dos âmbitos de liberdade consolidados em direitos (que podem ser constitucionais, mas são antes direitos humanos), não obedece a um programa, nem se pode dizer ter-se operado de forma retilínea. As muitas vicissitudes da Antiguidade impediram que a civilização romana se tornasse o eixo central do Ocidente moderno: houve rupturas que determinaram uma nova (e talvez fundamental) escala histórica, a intermédia, em a qual o processo de civilização deixa de refletir sobre o homem, criando uma experiência cultural teocêntrica, enquanto que as expressões de poder político são plurais, dificultando a concepção de idéia de Estado nacional (a bem da verdade, então absolutamente inexistente) e, por isso, do próprio relacionamento entre *auctoritas* e povo. Para uns, como Santo Agostinho, Roma não poderia ser o esteio para novos tempos justamente por ter-se tornado autodestrutiva, na medida em que não só proliferaram as guerras de sedição, como, também, seus costumes levaram à corrupção dos espíritos[20]; para a História – a que se conta desde o ocaso de Roma –,

---

[18] Ver Hauriou (1968, p. 39).

[19] *On peut dire, finalement, si on veut synthétiser l'apport de Rome, que la génie roamain a rationalisé le dialogue entre Pouvoir et Liberté, en en précisant les termes et, surtout, en portant l'essentiel du problème sur le plan juridique, c'est-à-dire en faisant intervenir, dans les rapports entre Pouvoir et Liberté, les idées conjointes de justice, de biens social et de valeur de procédures*.

[20] Em passagem eloqüente de *A cidade de Deus*, o bispo de Hipona refere contra os historiadores romanos: "Se, portanto, estes historiadores pensaram que o que caracteriza uma honesta liberdade é não esconder as mazelas de sua própria pátria (que de resto noutras ocasiões não deixaram de exaltar com altos encômios), quando não tinham outra melhor razão para imortalizar os seus cidadãos – que nos convém a nós fazer (a nós de quem quanto maior e mais certa é a esperança em Deus, tanto maior deve ser a liberdade),

as invasões bárbaras e o choque cultural causado pelo cristianismo foram decisivos para a fragmentação daquela civilização.

O cristianismo primitivo, aquele que buscou sua afirmação inclusive pelas guerras, como as que vivenciou Agostinho de Hipona, quem, nascido cidadão romano, tornou-se *lui-même* divulgador panfletário da nova religião, *de facto*, contribuiu para minar as bases da civilização dos césares. E não só. Ao longo dos séculos, conseguiu reverter a cosmovisão do homem ocidental que surgia a partir do mundo heleno-latino, passando de antropocêntrica para teocêntrica. Ao criticar Cícero, a quem jocosamente denominava de *philosophaster* (um filósofo amador), Agostinho, deixando entredita esta nova experiência cultural, refere: "Desta maneira, [Cícero] não só nega a presciência de Deus, mas também procura destruir toda a profecia, mesmo que ela seja mais clara do que a luz, com vãos argumentos e opondo a si mesmo certos oráculos que facilmente se podem refutar – mas nem sequer isto mesmo consegue" (AGOSTINHO, 1996, p. 485), dessa forma revelando, por um lado, que Deus está no centro da vida humana – portanto, também da vida social –, e, por outro lado, revelando estreitos limites do determinismo, uma vez que a promessa de graça divina ou de castigo limitarão as áreas de expansão da liberdade humana[21]. É por isso que S. Agostinho condena com veemência o suicídio, aquele que seria o mais fundamental e individual dos gestos de liberdade, referindo: "Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras *não matarás* – nem a outro nem a ti próprio matarás, pois quem a si próprio se mata, mata um homem." (AGOSTINHO, 1996, p. 158).[22]

O determinismo teológico-filosófico do período medieval considera – como pensava, aliás, S. Agostinho, quem não nega a legitimidade do rei autocrata, capaz de impor o

---

quando eles imputam ao nosso Cristo os males presentes para alienarem os espíritos mais débeis e menos esclarecidos desta cidade [a cidade de Deus], única na qual devemos viver para sempre em felicidade? Nós não dizemos contra os seus deuses coisas mais horríveis do que os seus autores cuja obra eles lêem e elogiam. Deles é que colhemos os factos que relatamos – apenas não somos capazes de os relatar nem tão bem nem tão completamente.". E, após várias indagações que põem em causa as crenças e os próprios deuses romanos, Agostinho prossegue: "– Onde estavam [os deuses] quando em Roma, após demoradas e graves sedições, a plebe, abrindo as hostilidades, acabou por se retirar para o Janículo, tendo sido tão funesta esta calamidade que se resolveu (o que só em perigo extremo se fazia) nomear Hortênsio ditador? [...] De resto, as guerras multiplicavam-se então por toda parte a tal ponto que, por falta de soldados, se recrutavam proletários (assim chamados porque tinham por missão única gerar prole para o Estado, uma vez que, devido à sua pobreza, não podia fazer parte do exército)." (AGOSTINHO, 1996, p. 330; 333).

[21] Ao tratar do pensamento de Agostinho acerca da liberdade, Brown refere: "[...] para Agostinho, a liberdade só podia ser a culminação de cura". E, mais adiante, explica: "Em Agostinho, portanto, a liberdade não pode ser reduzida a um sentimento de escolha: trata-se de uma liberdade de agir plenamente. Tal liberdade deve envolver a transcendência do sentimento de opção. É que o sentimento de opção é sintoma de desintegração da vontade: a união final do conhecimento e do sentimento envolveria de tal maneira o homem no objeto de sua escolha, que qualquer outra alternativa seria inconcebível." (BROWN, 2005, p. 465-466).

[22] Ao referir-se sobre o suicida, S. Agostinho escreve: "Antes se reconhece neste caso uma alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do corpo nem a estulta opinião do vulgo." (AGOSTINHO, 1996, p. 163).

mais severo dos regimes desde que isso implique a ascensão do homem da cidade terrena (a *Civitas diaboli*) para a cidade divina (a *Civitate Dei*) – que o homem terá como missão a procura da redenção, situação que apenas começa a sofrer alguma mudança com S. Tomás de Aquino. Ao tratar da teologia medieval, Jacques Maritain (1965) escreve que o homem

> [...] carrega a herança do pecado original, nasce despojado dos dons da graça, e, se bem que não sem dúvida substancialmente corrompido, é ferido em sua natureza. Doutro lado, é ferido para um fim sobrenatural: ver a Deus como Deus se vê; é feito para atingir à vida mesma de Deus; é atravessado pelas solicitações da graça atual, e se não opõe a Deus seu poder de recusa, é portador, desde a terra, da vida propriamente divina da graça santificante e de seus dons. (MARITAIN, 1965, p. 10).

O tomista francês vai mais longe em suas observações quando refere que o pensamento filosófico-teológico da Idade Média era dominado por S. Agostinho e que aquele período era "puramente e simplesmente" católico cristão, estabelecendo-se, pois, como paradigma cultural:

> Quando afirmava ao mesmo tempo a plena gratuidade, a soberana liberdade, a eficácia da graça divina – e a realidade do livre arbítrio humano; quando professava que Deus tem a primeira iniciativa de todo bem, que ele dá o querer e o fazer, que em coroando nossos méritos ele coroa seus próprios dons, que o homem não pode salvar-se sozinho, nem começar sozinho a obra de sua salvação, nem preparar-se para ela sozinho, e que por isso mesmo ele só pode o mal e o erro –; e que, entretanto, é livre quando age sob a graça divina; e que, interiormente vivificado por ela, é capaz de atos bons e meritórios; e que é o único responsável do mal que pratica; e que sua liberdade lhe confere no mundo um papel e iniciativas de importância inimaginável; e que Deus, que o criou sem ele, não o salva sem ele; assim, pois, quando a Idade Média professava essa concepção do mistério da graça e da liberdade, é puramente e simplesmente a concepção cristã e católica ortodoxa que afirmava. (MARITAIN, 1965, p. 11).

O pessimismo agostiniano em relação ao homem – que é essencialmente marcado pelo pecado original – é, inegavelmente, também verificado como característica do Ocidente medieval, sendo sensível nas mais diversas expressões, inclusive artísticas, bastando que se compare a arte pictórica do período com o que se sucede a partir da Renascença, uma espécie de revolução cultural em termos abrangentes. E nesse ambiente, que havia passado por invasões dos bárbaros, pela instabilidade e insegurança, onde vamos observar, no plano político, duas notas de relevo: a primeira, a fragmentação do poder político, que vai distribuído entre o rei, a igreja, os barões e os senhorios corporativos. Não há, portanto, um poder central que coordene um projeto de Estado. Aliás, será acertado dizer, apoiados em Heller (1968, p. 158), que "[...] a denominação 'Estado medieval' é mais que duvidosa". Em segundo lugar,

conforme lembra Miranda (2005, p. 30), a influência das concepções germânicas em boa parte da Europa continental, faz com que o príncipe esteja no centro da vida política. Não será por outro motivo que a justiça deve representar e zelar pela dignidade do príncipe. Em Portugal, onde não se chegou a experimentar o feudalismo característico do continente, havia a figura do rei itinerante, estabelecendo ele próprio a unidade do povo e distribuindo a justiça, ao mesmo tempo em que constituía o *corpus iuris* do que se pretendia como Estado unitário. Tem, por isso, perfeito cabimento a observação feita por Pérez-Prendes (1997) com relação à forma de governo: "A função institucional dos monarcas medievais centrou-se em constituir a expressão mais elevada da autonomia jurídica da comunidade política, tanto no interior como no exterior dela. Para obter êxito, é-lhe atribuída máxima autoridade no uso da força, nos campos bélico e jurídico" (PÉREZ-PRENDES, 1997, p. 89, tradução nossa). Ora, nessa sua condição, o rei, mais ou menos ao modo como Maquiavel recomendou no seu pequeno-grande livro *O príncipe*, praticava atos magnânimos, inclusive podendo impedir a execução da pena de morte; intervinha, também, nas situações em que a salvaguarda de um mínimo de paz social era importante para a estabilidade do trono. Em Portugal, as *Posturas do rei Afonso II*, de 1211, proibiram a vingança particular na casa do inimigo (uma herança do direito germânico) e já no século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques, deu-se *carta de fidelidade e segurança* para colocar-se a salvo todo muçulmano vítima de perseguições.[23] Também na Península Ibérica, vamos encontrar no reino de Aragão um expediente jurídico capaz de controlar eventuais abusos cometidos durante a prisão de quem estivesse a responder à ação penal, a *manifestación de personas*, através do que se podia, inclusive, obter a medida *casa por cárcere,* uma espécie de prisão domiciliar. Contudo, cabe destacar que estamos tratando do cenário medieval, cuja constituição social era eminentemente estamental e o direito à *manifestación* não se destinava a plebeus nem àqueles que estivessem sujeitos ao Tribunal do Santo Ofício; ou seja, os direitos de liberdade existiam para poucos[24].

2.3. O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão

Ao fim do século XV a Itália auspicia uma das mais importantes revoluções culturais de que se tem tido notícia – o Renascimento. As bases intelectuais da Idade Média são colocadas em causa pelo humanismo, que lança um olhar para a Antigüidade greco-latina, retomando seus princípios estéticos. O homem passa a ser esculpido e retratado sem os pudores antes determinados pela Igreja; com isso, ela própria é questionada, inclusive no que tem de influente no poder político – o poder espiritual que até então vinha compartilhando com o poder temporal do monarca o estabelecimento de direção e ordem para as sociedades, é questionado e vai, pouco a pouco, perdendo seu posto. O antropocentrismo cultural toma lugar do teocentrismo.

[23] Sobre as garantias de liberdade em Portugal da Idade Média, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 149-154).

[24] Sobre as garantias de liberdade em Espanha da Idade Média, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 146-149).

Verificam-se, também nos campos político e econômico, profundas transformações. Os Estados monárquicos unificados consolidam-se, destacando-se Inglaterra, França, Espanha e Portugal; há já inspiração para a formação dos Estados-nação, cuja *ratio* política não mais se mescla com a moral[25]; os avanços tecnológicos da navegação impulsionam a travessia dos mares e a descoberta de novas terras possibilita o surgimento dos grandes impérios; a economia puramente feudal será substituída por um mercado que atravessa as regiões fronteiriças. Isso tudo, somado ao que o humanismo vinha cunhando em termos intelectuais, vai repercutir na formação de novas concepções de liberdade.

É verdade que as coisas não se operaram simplesmente de um momento para outro: a Renascença, antes de ser caracterizada como o puro e instintivo olhar para a estética da Antigüidade clássica e pela circunstância das descobertas (tecnológicas e marítimas), é resultado da *intelligentsia* brotada numa sociedade que conhecia alguma organização política e que já reivindicava certas liberdades ainda na Baixa Idade Média. A propósito disso, Skinner refere que na metade do século XII, na região norte da Itália, "[...] o poder dos cônsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *podestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade" (SKINNER, 2006, p. 25), abrindo, com isso, a senda para as liberdades dos modernos. A cidade-república de Florença é uma das que se destaca quanto ao modelo de governo e pelas liberdades políticas, entendendo o cientista político de Cambridge que a irradiação disso pelo norte da Itália provocará interesse em duas questões, "[...] a necessidade de conservar-se a liberdade política e os perigos para a liberdade que representavam, na península, os exércitos mercenários permanentes" (SKINNER, 2006, p. 219). Assim, surgem as condições para as opções republicanas que, *de facto*, vão-se verificando, na mesma medida em que o Estado-nação vai tornando-se realidade. Mas o período é de transição e, portanto, antes de os paradigmas culturais estarem consolidados, eles mesclam-se, havendo o convívio dos antigos com os novos. É por isso que, na Florença de Maquiavel e de Dante, Lourenço, o Magnífico, patrono das artes e amante da boa vida, atentou contra as liberdades públicas; e Jerônimo Savonarola, um monge que detém força política em fins do século XV, influenciará a queima de livros e de obras de arte durante a quaresma de 1497[26]. É, portanto, o período de agonia medieval, que ainda estertora.

2.4. A liberdade dos modernos: o Iluminismo e a nova perspectivação do homem

A ebulição de novas idéias ao longo da Renascença dá-se em momento de crise dos paradigmas da cultura medieval, quando, portanto, há uma espécie de exaustão de seus valores. Há nisso a preparação para o ingresso da Europa em um novo estágio histórico-civilizacional, o da Idade Moderna, quando o Estado surge em sua

[25] Maquiavel oferece-nos uma idéia de razão do Estado que poderíamos denominar de amoral, no sentido em que se mostra pragmática e tendente à concepção de programas nacionais.

[26] Ver Chevalier (1997, p. 7).

inteireza conceitual sob a forma de Estado-nação, isto é, tendo como referenciais ideológico e político a estruturação dos objetivos depreendidos do próprio povo, e como propulsor disso o poder político, que se transforma em soberania.

O movimento cultural-político-econômico-jurídico de fins do século XVI, dominado pelos humanistas, será, dessa forma, o arrimo para a circunstância[27] moderna, e já no século XVII, quando um Baruch Spinoza, bebendo nas fontes intelectuais do judaísmo, mas vivendo o cosmopolitismo dos Países Baixos, para onde muitos judeus se refugiaram após o decreto de expulsão dos reis católicos em 1492, pregará o panteísmo e a democratização das práticas religiosas[28]; o pensamento cartesiano, por outro lado, introduzirá o problema da dúvida ao mesmo tempo em que fulcra o conhecimento do homem no *cogito*; mais adiante, já durante o Iluminismo do século XVIII, o enciclopedismo tentará minar as forças da Igreja católica, e Voltaire, no seu *Dicionário filosófico*, tratará da liberdade de pensamento e da tolerância, que, sem dúvida, contrastavam com os dogmas religiosos daquele período[29]. Vê-se, por tudo isso, a erupção de uma nova consciência do homem, de suas potencialidades e de sua dignidade, formando um novo ambiente cultural, que será propício à estruturação dos direitos dos modernos.

As mudanças nos campos econômico e social, decorrentes dos avanços científicos e das descobertas, que propiciaram o surgimento do capitalismo, repercutirão na forma de como os modernos considerarão os direitos de liberdade. Se durante a Antigüidade a falta de delimitação entre as esferas privada e pública, bem como a convocação dos homens livres ou libertos para os negócios políticos na *ágora* grega ou no *forum* romano os massificava – ao mesmo tempo em que se viam outras classes de pessoas sem as liberdades políticas –, a partir da Idade Média haverá,

---

[27] O termo é aqui empregado no sentido orteguiano – *circum-stantia* –, ou seja, tudo o que está "[...] em nosso próximo derredor" e que, na visão global do homem como ser histórico, será representado por círculos concêntricos. Ao interpretar a filosofia circunstancial de Ortega y Gasset, Kujawski refere que: "A circunstância inclui-se sucessivamente, em outra circunstância maior, num jogo de círculos concêntricos, cuja circunferência ou periferia é o universo." (KUJAWSKI, 1994, p. 15). E melhor aclarando seu pensamento, Ortega refere: "O homem rende o máximo de sua capacidade quando adquire plena consciência de suas circunstâncias. Por elas se comunica com o universo." (ORTEGA Y GASSET, 1967, p. 47).

[28] Ver Spinoza (1996, p. 31 e ss.). Esse panteísmo surgido com Spinoza terá força na filosofia de uma moral prática norte-americana, especialmente com Emerson, quem combaterá o dogmatismo puritano dos colonos. Sobre isso, ver a apresentação que fizemos à tradução de Ingenieros (2009, p. 9-22).

[29] Ver Voltaire (s/d): verbetes '*liberté de penser'* e '*tolérance'*. Com relação a esta última idéia, que se tornará uma das que se tornam centrais no momento pós-revolucionário francês, o filósofo comenta tratar-se de "[...] um apanágio da humanidade. Todos nós somos seres sujeitos a falhas e a erros; perdoemo-nos reciprocamente nossas falhas, esta é a primeira lei da natureza". E, mais adiante, Voltaire conclui: "Mas é ainda muito claro que nós devemos tolerar-nos mutuamente, porque somos todos falíveis, inconsequentes, sujeitos à mutabilidade e ao erro." (VOLTAIRE, s/d, p. 362-363; 368. Fizemos uma tradução livre do texto), dando as pistas necessárias para a compreensão do pluralismo. No original: *Qu'est-ce que la tolérance? C'est l'apanage de l'humanité. Nous sommes tous pétris de faiblesses et d'eurreurs; pardonnons-nous réciproquement nos sottises, c'est la prémière loi de la nature. [...] Mais il est plus Clair encore que nous devons nous tolérer mutuellement, parce que nous sommes tous faibles, inconséquents, sujets à la mutabilité, à l'errreur.*

por um lado, a submissão do homem a uma expressão poliárquica de organização política e, por outro lado, o modelo econômico baseado no feudalismo tradicional que não permitia se definissem as margens de liberdades individuais. Contudo, o aparecimento, por primeiro em Florença e posteriormente no restante do continente, da liberdade gremial e industrial e da liberdade aquisitiva e comercial do indivíduo, quando já se podia constatar a existência de uma classe burguesa, permitirá um princípio de estruturação dos direitos individuais; o que será posto em evidência através dos contrastes entre a forma de governo do *ancien régime* e o ambiente cultural e econômico (é por isso que, no campo político, Peces-Barba Martínez (1998, p. 22, tradução nossa) considera o estágio do absolutismo um episódio necessário para que, além de centralizar o poder político e estabelecer alguns papéis de domínio, tornasse "[...] nítida uma das primeiras funções que se atribui aos direitos: a de limitar o poder do Estado.".

Há dois momentos paradigmáticos relacionados com essa absoluta viragem no modo de tratar as liberdades: a Declaração de Independência dos norte-americanos e a Revolução Francesa de 1789; aqueles, os europeus anglo-saxônicos renovados, partindo de uma circunstância diversa da dos franceses, já que sua matriz político-jurídica havia consolidado o âmbito das liberdades civis em cartas de direitos desde o século XVII, enquanto que os *révolutionnaires* lutavam contra um regime que não garantia liberdades; uns, concebendo sua existência política e declarando as liberdades fundadoras do Estado que surgia e os outros destituindo as velhas bases políticas de que eram constituídos, depondo, por outras palavras, o *ancien régime* para, partindo das redefinidas expressões socioculturais, tratar da transformação da ordem social[30]; os primeiros, já ciosos das liberdades conhecidas pelos reinóis britânicos e transportadas para as colônias, mas pouco a pouco destituídas de certas garantias, enquanto que os últimos, majoritariamente pequenos agricultores – 85% da população francesa viviam nos campos –, eram arrochados pelo feudalismo e pela excessiva taxação de seus produtos[31]. No entanto, ambas experiências de constitucionalismo provêm de fontes comuns, que marcarão a concepção das liberdades: o jusracionalismo, o contratualismo e a teoria da divisão de funções do Estado. Por isso que tanto a Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, quanto a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, são escritas pelos

[30] Grimm, ao tratar dos movimentos de constitucionalismo, refere que: "A explicação da origem do constitucionalismo moderno acabou por adaptar-se ao exemplo francês. Este modo de proceder não tem, naturalmente, o sentido de colocar em dúvida a prioridade americana na constitucionalização: quando a assembléia nacional francesa se dispôs a elaborar uma constituição, já podia recolher o exemplo americano. Não obstante, a decisão francesa não consistiu em uma simples imitação ou recepção do processo americano. A Revolução Francesa não foi originariamente a implantação de a implantação de um Estado constitucional estabelecido segundo aquele modelo: sua meta antes se encontrava na transformação da ordem social." (GRIMM, 2006, p. 61-62).

[31] Vovelle refere que todo campesinato sofria ainda, embora em graus variados, o domínio do sistema "senhorial". A aristocracia nobiliárquica, no seu todo, detinha parte importante do território, talvez 30%, enquanto o clero, outra ordem privilegiada, possuía entre 6 a 10% "(p. 12). Mais adiante, o historiador escreve: "Os primeiros sinais de mal-estar aparecem na década de 80 do século XVIII nos campos franceses: uma estagnação dos preços dos cereais e uma grave crise de superprodução vitícola." (VOVELLE, 2007, p. 22).

representantes do povo; ambas reconhecendo direitos naturais e inalienáveis dos homens, regidos pelos princípios da igualdade e universalidade; ambas determinando a separação de poderes como forma de impedimento de abusos e, principalmente, estatuindo que as liberdades são definidas pela lei (a *law of land*, a *loi*). Eis a marcante contribuição desse momento que representa um divisor de águas entre o velho e o novo: a idéia de que as liberdades do homem devem permanecer a salvo de intromissões do Estado – liberdade negativa –, cabendo à entidade política garantir-lhe o âmbito de desenvolvimento pessoal e definir, pela lei, sua extensão, ou, na fórmula que até vige nas constituições, a conotação de liberdade com tudo o que for expressamente permitido ou não proibido em lei. Passou-se a experimentar a idéia de liberdade legal.

3. A positivação dos direitos de liberdades

As experiências de proclamação de direitos em documentos políticos de *fin de siècle*, embora não tenham sido as primeiras, se abarcarmos em nossa visão a organização político-jurídica inglesa, representaram um ponto de partida para as quatro grandes ondas de constitucionalização (*vagues de constitutionnalisation*[32]). O que se relaciona com o fenômeno político do constitucionalismo, cujas premissas são o estabelecimento dos direitos individuais e a delimitação da esfera de atuação estatal, justamente como técnica de preservação das liberdades. Nicola Mateucci, ao abordar o tema, refere que sobre o constitucionalismo já se afirmou tratar-se de "[...] técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar" (MATTEUCCI, 2000, p. 247). Trata-se, numa palavra, de um definitivo rompimento com os paradigmas da liberdade dos antigos, pois, enquanto estes eram absorvidos em sua individualidade, o âmbito de liberdade dos modernos "[...] tem o caráter nitidamente antropocêntrico; coloca os valores referentes ao homem num grau mais elevado em relação aos negócios públicos; marca o surgimento de uma visão do homem como ente autônomo; ele irrompe consciente de seu papel exigindo o estabelecimento de limites ao poder absoluto [...]". (SABBÁ GUIMARÃES, 2009, p. 82).

É verdade que a *primeira grande onda de constitucionalização* (Hauriou) teve início com a Revolução Francesa de 1789 que, paradoxalmente, teve seu marco político-jurídico em uma declaração, de caráter autônomo e assertivo e sem as abrangências regulatória e programática só possíveis na constituição. No entanto, não podemos deixar de lado outros processos de constitucionalização que, como experiências políticas, igualmente pretenderam estabelecer a esfera de direitos de liberdade e a delimitação do poder estatal, de modo a que não houvesse intromissão naquela área.

[32] Ver Hauriou (1968, p. 75 e ss.).

3.1. A experiência constitucional inglesa

A primeira onda de constitucionalização, assim como seu momento precedente verificável com a Declaração de Direitos da Virginia (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), partem de movimentos revolucionários cruentos, que pretendiam, num e noutro caso, a reorganização das bases sociopolíticas e o estabelecimento do Estado, ocorrendo, nisso, a necessária redefinição ideológica que deveria dar consistência à idéia de Estado-nação. Os colonos da América Norte, unidos pela identidade étnica e cultural, viam nas terras ocupadas um lar nacional e antes mesmo de as terem declarado como tal haviam dado passos importantes em direção à constituição política, como foi o caso do pacto de *Mayflower*, de 1620[33]; os franceses, por sua vez, já se haviam organizado como Estado-nação, com poder político central e estrutura burocrática, mas o modelo de governo absoluto havia chegado a um ponto de saturação que não mais se adequava, por um lado, com as carências de grande parte da população e com os reclamos da *bourgeoisie* e, por outro lado, com o ambiente cultural forjado ao longo do *Siècle des Lumières*. Porém, na Inglaterra, os movimentos políticos tendentes à sua constituição decorreram de forma diferente.

É óbvio que não se quer aqui afirmar a inexistência de conflitos que, em verdade, ocorreram ao tempo da *Magna Charta Libertatum* (1215), passando pela revolução que instalou a chamada República de Cromwell e, mais tarde, a restauração da monarquia (1660) e a revolução de 1688, que pôs fim à dinastia dos Stuarts, e o superveniente *Bill of Rights*. Mas é certo que o poder político inglês desenvolveu-se guiado pelo caráter institucionalizante daquele povo, que viu na multissecular monarquia um símbolo de identidade nacional e que conhecia o gérmen de sistema parlamentar de governo desde os fins do século XIII, sabendo-se que já em 1295 o Parlamento atuava com os três estados, clero, lordes e comuns[34]. O povo inglês passou por um processo de progressiva consolidação de suas instituições políticas que mais bem está relacionado com as experiências de efetiva atividade política, que denota seu pragmatismo, do que propriamente com o decalque de modelos ou de ideários. René Pinon, ao tratar das liberdades daquela parte da Europa insular, refere que: "As instituições inglesas não derivam do desenvolvimento dum princípio lógico e abstrato; elas são o produto dos fatos essencialmente empíricos, resultantes da dinâmica da história e da vida." (PINON, 1938, p. 395). De forma que poderemos afirmar, com base na categoria desenvolvida por Hauriou[35], que o *diálogo* entre *auctoritas* e *liberdade* foi travado desde cedo pelos ingleses, em uma primeira etapa através da elite formada por nobres, formulando na *Magna Charta* as noções de *rule of law* e *law of land*, que se prestam a conceder segurança jurídica e garantia à liberdade física e, numa segunda fase, já com o Parlamento funcionando nos moldes que até hoje se conhecem, prescrevendo no § 9º do *Bill of Rights* (1689): "Que

[33] Ver Rey Cantor (1996, p. 63-64).

[34] Ver Caetano (1996, p. 51).

[35] Lamentavelmente André Hauriou não aplica a categoria *diálogo* entre *autoridade* e *liberdade* à experiência constitucional britânica, embora ela encaixe à perfeição.

a liberdade de expressão e os debates ou atividades no parlamento não devem ser objeto de acusação nem de impedimento nem de questionamento por nenhuma jurisdição ou instituição alheia ao mesmo", enquanto que no § 1º, reservou-se a prerrogativa de fiscalização de certos atos do rei, dispondo: "Que o pretendido poder de suspender as leis ou sua execução por autoridade real sem consentimento do parlamento, é contrário ao direito", com isso abrindo caminho a um só tempo para a democracia representativa e liberdades políticas como também para o controle do poder político pelo impedimento de atos típicos de governo autocrático.

Ao analisar a circunstância política da Inglaterra, Grimm aponta outros dois aspectos de relevo (que ao fim e ao cabo confluem para aqueles acima mencionados) para sua experiência constitucional. Em primeiro lugar, o fato de ter-se desenvolvido uma burguesia, liberta do sistema feudal, que não se opôs ferozmente ao regime monárquico, mas, pelo contrário, tornou-se seu arrimo na medida em que desfrutava de mobilidade social, ascendendo a categorias nobiliárquicas. Em segundo lugar, o constitucionalista alemão menciona que a Reforma, em vez de ter fortalecido o poder monárquico, atribuiu maior valor ao Parlamento[36], que passa a ocupar as funções do Legislativo e Executivo. De fato, o *Bill of Rights* estabelecerá um programa de monarquia parlamentar sobre o qual Hume refere, não sem uma dose de ufanismo, que "[...] embora o rei tenha direito de veto na elaboração das leis, este direito é na prática considerado tão pouco importante que tudo o que é votado pelas duas Câmaras é com certeza transformado em lei, sendo o consentimento real pouco mais do que uma formalidade" (HUME, 2004, p. 143).

Esses dois aspectos intervêm diretamente na consolidação das liberdades civis dos ingleses que, muito antes de quaisquer outros povos do continente, estenderam as regras de direito destinados aos estamentos superiores da sociedade a todos os cidadãos, ao longo de um processo de amadurecimento das instituições políticas. O *habeas corpus act*, de 1679, garantia jurídica do direito à liberdade física, *v.g.*, é apenas o momento culminante do que se vinha operando na experiência jurídico-jurisdicional desde antes da *Magna Charta*, através do *writ de homine replegiando* (ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança), do *writ of mainprize* (ordem destinada ao *Sheriff*, para o restabelecimento da liberdade ao detido mediante arbitramento de fiança), do *writ de odio et atia* (que estabelecia condições para a liberdade de quem fosse acusado do crime de homicídio) que, no entanto, eram expedientes jurídicos ainda de aplicação restrita e, tal como acontecia com as regras do art. 29 da *Magna Charta*, manejados fundamentalmente por pessoas de elevada condição social. Além do mais, não se pode esquecer que as prisões *per speciale mandatum regis* determinadas pela Coroa e pelo *Privy Council* escapavam ao controle de legalidade, situação que só sofrerá alguma mudança a partir de 1592, quando a Justiça inglesa passa a exigir justificação para os mandados de prisão. Não tarda para que isto se constitua numa garantia para todo cidadão inglês, quando, em 1627, no julgamento do caso Darnel, a Corte julga, baseada na *Magna Charta*, a ilegalidade da prisão

[36] Ver Grimm (2006, p. 63).

decretada *per speciale mandatum regis*[37]. Todos esses episódios que engrossam o caudal do *common law* tendem para que se fixem os direitos de liberdade dos ingleses que ganham garantias através dos *Acts of Parliament*. Grimm refere que as ameaças contra as liberdades dos ingleses existentes até a *Glorious Revolution*, de 1688, são repelidas pela tradição parlamentar que "[...] se investia da condição de defensor de uma situação jurídica liberal desde há muito em vigor", não tendo sido necessário "[...] o recurso ao direito natural para legitimar os direitos de liberdade, mas apenas a remição ao bom direito antigo" (GRIMM, 2006, p. 87)[38]. Um tal sistema que, como referido por politólogos, está longe de caracterizar a monarquia pura, mas, para o pensamento de Hume, trata-se de um sistema misto, em que as características de república são evidentes e permite não apenas o controle do poder político, como, também, o exercício das liberdades civis. Ao tratar disso, o filósofo escocês dá como exemplo a liberdade de imprensa, que consiste, inclusive, na possibilidade de "[...] criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros" (HUME, 2004, p. 101), que, segundo seu entendimento, é liberdade que decorre da forma mista de governo[39]. Fecha-se, assim, o círculo: o pragmatismo político dos ingleses permitiu a estruturação de instituições auto-reguláveis, que impedem arbitrariedades e indevida invasão na esfera de liberdades individuais, ao mesmo tempo em que as garantem.

3.2. A experiência constitucional americana

O movimento de constitucionalização observado nos Estados Unidos da América percorre, podemos assim dizer, um caminho que estava previamente traçado. Primeiro porque as colônias britânicas que lhe deram corpo jamais conheceram o feudalismo, nem muito menos os riscos do absolutismo. Os colonos emigrados da metrópole para o Novo Mundo já conheciam as liberdades civis e levaram-nas em sua bagagem; respeitavam as hieráticas instituições que formavam o eixo central de sua vida política e jurídica, especialmente o Parlamento, com seu sistema de autolimitação e de controle da legalidade; havia uma classe burguesa em ascendência, que gozava não apenas das liberdades, mas era economicamente independente, inclusive a ponto de reclamar contra os pesados tributos impostos pelo Parlamento inglês. Em segundo lugar, a circunstância enfrentada pelo Império britânico, por um lado combalido política e economicamente após a Guerra dos Sete Anos, e por outro lado tendo-se tornado demasiado grande, ao ver-se na contingência de organizar burocraticamente seu domínio, permitiu que os colonos estivessem menos sujeitos a intervenções opressoras. As colônias, em boa verdade, passaram a funcionar de forma autônoma, embora tivessem governadores coloniais indicados pela Coroa, pagos pelas assembléias locais[40]. Por último, esse ambiente em que

---

[37] Ver Sabbá Guimarães (2009, p. 155-161).

[38] [...] *el parlamento se percibía como defensor de una situación jurídica liberal en vigor desde hacia mucho tiempo. No fue necesario el recurso al derecho natural para legitimar los derechos de libertad, sino sólo la remisión al buen derecho antiguo.*

[39] Ver Hume (2004, p. 102).

[40] Ver Driver (2006, p. 10).

se permitia a livre produção, a não interferência na esfera privada do indivíduo e a relativa estruturação de funções políticas, adequava-se aos ideais de uma filosofia política e econômica do liberalismo, propícia, portanto, à preservação dos direitos de liberdade.

No entanto, a Inglaterra passou a impor pesados tributos às colônias, primeiro através da Lei do Açúcar (1764), depois pela Lei do Selo (1765) e, por fim, pelas Leis Townshend (1767), as quais desrespeitavam nitidamente o princípio *no taxation without representation*. Para além do mais, as garantias jurídicas de índole processual foram modificadas, como as que se referiam às regras de competência judicial. Por outras palavras, o Parlamento inglês estava suprimindo garantias jurídicas dos colonos, que se insurgiram através de grupos organizados, como o dos Filhos da Liberdade e por meio de deliberação da maioria das colônias, que passaram ao franco desrespeito às leis da Inglaterra. Aí estavam as condições para a obtenção da independência das colônias e para a constituição de um novo Estado.

É de observar-se que os direitos de liberdade que apareceram nas cartas políticas dos Estados Unidos, primeiro a Declaração dos Direitos da Virginia, de 1776, e posteriormente a Constituição norte-americana, de 1787, não são apenas provenientes de inspiração inglesa ou puro e simples decalque das leis constitucionais da pátria-mãe. A essa altura, o ideário liberal e a filosofia jusnaturalista de Locke e Rousseau propagavam-se e ganhavam a simpatia de homens como Benjamin Franklin e Thomas Paine, este, apesar de inglês, um verdadeiro entusiasta da independência das colônias e defensor da Revolução Francesa de 1789, participando da propaganda panfletária ao escrever *Senso comum* e *Direitos do homem*. É esta base intelectual e filosófica que está sensivelmente presente no primeiro dos documentos políticos, cujo art. 1º declara que:

> Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e contam com certos direitos inatos dos quais não se pode privá-los nem despojá-los por nenhum compromisso ao entrarem num estado de sociedade; e que todos estes direitos são, principalmente, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e conservar a propriedade e de perseguir e de lograr a felicidade e a segurança.

E aí estão uma natureza humana que não se compagina com a estrutura estamental e rigorosamente orgânica de sociedade, os direitos naturais presentes desde sempre e depreendidos pelo homem ao entrar na sociedade política, que é assim concebida pela disposição livre em contrato de todos os que deixam o *status naturalis*, e eis, ainda, o próprio sentido da Constituição, que é o de permitir a realização de objetivos comuns, a felicidade e a segurança. É claro que há, também, um sentido pragmático na Declaração de Direitos, cujo art. 8º, inspirado no *Bill of Rights* inglês, dispõe sobre as garantias processual-penais, como a do conhecimento da acusação a que se é submetido, confrontação de testemunhas e acusadores, julgamento por júri formado por doze homens, para além da garantia de não se fazer prova contra si mesmo e a regra da legalidade para a supressão da liberdade.

A Constituição dos Estados Unidos, a mais curta e longeva de quantas que a história da democracia pode registrar, prescreve não mais que princípios e garantias fundamentais, os quais darão sustentáculo às liberdades civis e ao processo. Assim, a liberdade só será restringida mediante regular processo e julgamento; o Estado tem seu poder de persecução criminal limitado; os acusados têm direito de serem informados sobre a natureza e causa da acusação e de serem julgados por júri popular em todos os casos criminais, além de gozarem de assistência profissional para a defesa (sexta emenda à Constituição); ninguém estará obrigado a fazer prova contra si mesmo (quinta emenda). Em suma, a Constituição norte-americana ultrapassa os âmbitos declarativo e programático para tornar-se ela própria instrumento de aferição do processo legal: é, pois, verdadeiro documento político-jurídico de natureza instrumental.

3.3. A experiência constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental)

Em França o fenômeno de constitucionalização aparece de forma tumultuada, em meio a uma revolução que não representa apenas um movimento popular para tornar efetivos os direitos de liberdade mediante o reconhecimento de determinados princípios, como ocorrera entre os norte-americanos, nem para confirmar uma tradição política que desse arrimo ao âmbito de liberdades, como se verificou entre os ingleses. Ali, dirá Grimm (2006, p. 90), "[...] não existia uma tradição comparável de direitos de liberdade catalogados, que unicamente necessitassem de ampliação e de serem elevados ao nível constitucional para adotarem o caráter de direitos fundamentais"[41]. Isso em razão de que naquele país vigorava um regime absolutista de governo que, por um lado, impunha pesada carga de tributação ao povo e, por outro lado, apesar de deliberar em conjunto com seus Conselhos, o rei exercia o poder político que não conhecia um contrapeso que mitigasse as arbitrariedades; além do mais, o feudalismo, que à época revolucionária já não mais existia na vizinha Inglaterra, era, em França, uma estrutura complexa atrelada a um sistema econômico tradicional que se baseava na produção do campo; também importava em uma abissal injustiça na distribuição de riquezas, uma vez que a nobreza e a Igreja detinham quase 40% do território francês[42]; por fim, esse sistema atribuía ao senhor a prerrogativa de aplicar sua justiça aos camponeses que vivessem em suas terras.

Em contrapartida, a França abrigou (e irradiou para o continente) o Iluminismo de fins do século XVIII, cujos postulados de racionalismo não apenas colocavam em causa os dogmas da Igreja e sua influência sobre a vida política do Estado, como, também, difundiam novas concepções acerca do homem e de sua dignidade. Voltaire reconhecerá o caráter de perfectibilidade, que se compaginará com as idéias de liberdade, de solidariedade e de tolerância. É o pano de fundo para que se reclame a mediação do diálogo entre a *auctoritas* e o povo através do entendimento desse signo de hominidade. Isto que é, a um só tempo, anterior e transcendente ao

---

[41] [...] *no existía una tradición comparable de derechos de libertad catalogados que necesitaran únicamente ser ampliados en su función y elevados al nivel constitucional para adoptar el carácter de derechos fundamentales.*

[42] Ver Vovelle (2007, p. 12).

Estado permitirá a redefinição da idéia de democracia, ao menos no que concerne às concepções de formação da sociedade política e de soberania: e o pensamento político de um Rousseau dará suficiente sustentáculo para se reconhecer que ela provém, em verdade, do povo e o modo de organização do Estado, através da Constituição, "[...] é a propriedade de uma nação e não daqueles que exercem o governo", como terá defendido um dos grandes entusiastas da Revolução de 1789, Paine (2005, p. 169). Para que se dê cabimento a essa lógica de organização política da sociedade, é crucial que se delimitem as funções e os Poderes do Estado, o que só se alcança, segundo pensa Montesquieu, com a separação de Poderes e a técnica de controle recíproco.

Para além do ambiente intelectual que contagiava os domínios políticos da França pré-revolucionária, não se pode esquecer que outros fatores igualmente contribuíram para que se perpetrasse contra o absolutismo. A revolução das colônias norte-americanas e os princípios inscritos no *Bill of Rights* de 1776, inspirariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o exemplo do regime monárquico vindo da Inglaterra serviria ao novo sistema de monarquia constitucional[43]. A partir disso e dos contornos constitucionalistas da reunião dos Estados Gerais, que viriam a se transformar em Assembléia Nacional Constituinte, já se podia falar na deposição do *ancien régime* e de uma longa revolução, que se inicia em 1789 e estende-se por vários anos de instabilidade, com as perseguições jacobinas e o regime de Robespierre e constituições de vida curta, que não impedem um ciclo de alternância de formas de governo que passam da monarquia absoluta à monarquia limitada, desta para república democrática, que se transforma em ditadura. O que ocorre, em suma, é uma revolução em sentido amplo, que importava na reestruturação do Estado francês. Ou, como afirma Paine (2005, p. 33): "Não foi contra Luís XVI mas contra os princípios despóticos do governo que a nação se revoltou. Esses princípios não tinham nele sua origem, mas no *establishment* original, muitos séculos atrás, e haviam-se tornado demasiada e profundamente arraigados para serem eliminados [...]", e os experimentos acabam tornando-se o expediente para alcance dos fins revolucionários. No entanto, a revolução – ou, como alguns querem, as revoluções que se sucedem a partir de 1789 – trará importantes contribuições para a primeira fase de constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalmente não cabe no conceito de Constituição e, talvez por isso, um Marcello Caetano (1996) sequer a cite entre os documentos políticos de França[44], já dispõe as balizas que delimitam a soberania do Estado que, aliás, está fulcrada na nação e "[...] nenhum corpo, nenhum indivíduo poderá exercer autoridade que não emane diretamente dela" (art. 3º); que o Estado só estará regularmente constituído quando houver garantia dos direitos e separação dos poderes (art. 16); que os limites à liberdade apenas poderão ser

[43] Ver Caetano (1996, p. 94).

[44] Por algum tempo desenvolveu-se a polêmica entre os defensores da expressão constitucional da declaração autônoma de direitos fundamentais e seus detratores, que, como Hesse, entendiam que a Constituição confere pretensão de vigência às normas de direitos fundamentais. Acerca do debate, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 85-87). Gicquel e Hauriou (1985, p. 153), no entanto, pontificam a importância das declarações de direitos da fase clássica do direito constitucional.

estabelecidos mediante lei (art. 4º), cujo conteúdo estará relacionado a proibições de ações prejudiciais para a sociedade (art. 5º). A Declaração, portanto, encerra dúplice caráter, o de estabelecer controle dos poderes estatais ao mesmo tempo em que dispõe sobre direitos e garantias de liberdades: há, por um lado, controle das funções mediante o sistema de tripartição de poderes, implicando, *ipso facto*, a própria organização burocrática do Estado; as liberdades, por outro lado, apresentam-se em duas dimensões, a dos direitos definidos pela norma e a das garantias, que podem ser reclamadas para sua salvaguarda (art. 12). Tudo isso, ao fim e ao cabo, podendo ser esquematizado ao modo como elaborou Carl Schmitt, para quem "[...] a esfera da liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo *ilimitada em princípio*, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é *limitada em princípio.*" (SCHMITT, 1982, p. 138, tradução nossa).

Se não se trata propriamente de Constituição, pelo menos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém um indesmentível aspecto ideológico que propende para a estruturação, não só dos direitos de liberdade, mas, também, do próprio Estado. E parece que ela foi por muito tempo entendida dessa forma, já que até a Constituição francesa de 1946 não havia um capítulo específico estipulando os direitos e garantias individuais, que permaneciam íntegros na Declaração.

Em suma, a primeira onda de constitucionalização, que tem na Revolução Francesa de 1789 e no seu encarte de direitos de liberdade o ponto de irradiação para o constitucionalismo europeu, mas que começa antes, com as Declarações de Direitos e Constituição dos Estados Unidos, é, em sua gênese, fundamentalmente marcada por pelo menos três aspectos: o primeiro, de caráter sociológico, relaciona-se com "[...] a chegada ao poder da classe média, da burguesia" (HAURIOU, 1968, p. 153, tradução nossa)[45], que é fato verificável nas duas experiências constitucionais referidas. As primeiras Constituições nasceram do descontentamento da burguesia que, por um lado, era cônscia de sua importância, especialmente para a vida econômica de seus países e, por outro lado, haviam adquirido não só a noção das arbitrariedades dos regimes de governo, como daquilo que a intelectualidade propunha em termos ideológicos. Não será errado, portanto, referir, como Carl Schmitt (1982), que os Estados desse período de constitucionalização eram Estados burgueses. O segundo aspecto radica-se no liberalismo que dominou a filosofia política e a economia de fins do século XVIII. O livre estabelecimento, a busca do progresso pessoal e a não-interferência estatal são características que advêm do postulado da economia liberal. No campo ontológico e ético, o individualismo torna-se premissa para a demarcação da esfera de liberdades do homem. O terceiro aspecto, que de alguma forma pode dar amparo, segundo entendemos, à teoria da unidade do Estado de Heller (1968), refere-se ao liame existente entre "[...] o desenvolvimento da consciência nacional e o movimento constitucional" (HAURIOU, 1968, p. 155). Nas duas experiências constitucionais do século XVIII, havia um forte pendor revolucionário, que se traduz no desejo de organização política nacional. Por fim, não podemos esquecer que o movimento de constitucionalização brotou no meio revolucionário, que para uns importou na libertação e fundação do Estado, enquanto que para outros a revolução depunha um regime antigo de governo e

[45] [...] *le mouvement constitutionnel est lié à arrivée au pouvoir de classe moyenne, de la bourgeoisie.*

redesenhava a estrutura social-política do Estado já existente, porém em ambos os casos recorrendo-se às lutas.

4. O constitucionalismo contemporâneo

O movimento de constitucionalização de fins do século XVIII, com toda a circunstância que o envolveu, indicando, fundamentalmente, para a necessidade de ampla organização das sociedades políticas – que, de forma genésica, também já havia nas colônias norte-americanas –, tem importância que transcende o mero aspecto histórico. As bases das liberdades individuais e políticas foram aí sedimentadas, sofrendo poucas alterações nas supervenientes ondas do constitucionalismo. Além do mais, esse fenômeno político de *fin de siècle* reserva um lugar de destaque para a Constituição, como documento imprescindível às necessárias (re)estruturações sociopolíticas. A primitiva idéia de pacto, de contrato social, dá lugar à força jurídica e política vinculativa que se projeta em todo *corpus iuris* do Estado.

Mas as constituições da primeira onda correspondem ao momento fundacional dos Estados modernos, cuja estrutura-tipo apresentava aspectos facilmente identificáveis. O ambiente econômico foi forjado a partir do pensamento liberal que não exigia mais do que a liberdade para estabelecer-se e produzir. A experiência jurídica, que durante os séculos de influência germânica era costumeira, tinha, agora, na entronização da lei positiva, a tendência para a laicização e para conferir segurança às liberdades civis, mas estava por se fazer. O Estado – que era burguês – devia ser limitado, de modo a não interferir no âmbito das liberdades. Isso tudo permitindo-nos compreender um cenário de complexidades bem distintas das que viriam com a nova Revolução Industrial no século XIX, com as Guerras Mundiais do século seguinte e com as reivindicações sociais. E as bases do modelo de Constituição declarativa de direitos naturais imprescritíveis e universais, que concernem à idéia de liberdade, e a garantia de sua preservação através da limitação do poder estatal e da lei já não seriam suficientes para manter a estrutura dos Estados em cada sucessivo momento de complexidade. Novas gerações de direitos estavam para ser reconhecidas.

4.1. Novas gerações de direitos

O Estado do *ancien régime* era o ente político personificado na figura do príncipe, que monopolizava o poder e em nome de quem a soberania significava criar e revogar leis, que tratavam antes dos deveres do que dos direitos dos homens. Com a primeira onda de constitucionalismo, ocorre uma viragem completa, em que os Estados assumirão as características gerais de seu conceito moderno. Já nem se pensará em cidades-Estado como as que formavam boa parte da Europa continental, que se refunda toda esquadrinhada em Estados-nação, em que aquela parte espiritual, que se pode chamar de psique do povo, dará substância à unidade territorial e de soberania. O poder político, por outro lado, não estará pura e simplesmente representado pela *auctoritas* com prerrogativas de mando, pois que encontrará limites ditados por uma ordem legal tendente ao reconhecimento da esfera de liberdades individuais. Se antes havia apenas o conjunto de deveres, agora o direito passava a estabelecer as liberdades dos homens e cidadãos. Mas já a partir do século XIX esta estrutura de Estado, com seu esquema reduzido de funções,

não será suficiente para atender os novos interesses. A Revolução Industrial põe em evidência a classe proletária, responsável pelo processo de produção e geração de riquezas e, no entanto, gozando de situação não mais vantajosa do que a dos camponeses do século XVIII. As reivindicações de direitos sociais e econômicos eclodem durante esse período, em o qual o *Manifesto comunista* de Marx e Engels é publicado (1848). Os direitos individuais, os de primeira geração, que expressam a liberdade dos modernos, ou, nas palavras de Benjamin Constant (1985, p. 9) "[...] o direito a não estar submetido a não ser às leis [...]", eram insuficientes, como dá a entender a Constituição francesa de 1848 e, mais tarde, com maior importância, a Constituição de Weimar, de 1919, tratando de direitos sociais referidos à proteção da família, da educação e do trabalho, quando se transpõe o limite do Estado liberal para se avançar ao Estado do bem-estar social.

Se a primeira geração de direitos implica o reconhecimento da liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não ser molestado e, o que concerne ao Estado, priorizando-se a não-interferência (uma situação que antagoniza com o regime de opressão do absolutismo e que surgiu como declarada luta contra esse estado de coisas), podendo essa liberdade ser esquematicamente reduzida à expressão berliniana *estar livre de* (*liberty from*)[46], a segunda geração de direitos expressará a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de auto-realização ou, na fórmula de Berlin, 'estar livre para' (*liberty to*)[47]. Esses novos direitos aparecem logo após a Primeira Grande Guerra que, no entanto, não é determinante para o aparecimento das reivindicações dos direitos econômicos e sociais; aliás, não há nessa fase lutas armadas contra regime autoritário. Por fim, em vez de não-interferência, esses direitos são preenchidos pelas prestações estatais, o que justifica denominar-se o Estado assim constituído como de bem-estar social, ou Estado-providência.

Mas como a história é também feita de movimentos cíclicos determinados por momentos críticos, a destruição da Europa ao longo da Segunda Grande Guerra Mundial e o morticínio de milhões de pessoas, inclusive deliberado pelo programa do regime nazista de extermínio de certas minorias, como a de judeus e ciganos, criou uma nova consciência política mundial em torno dos direitos humanos, que veremos representada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. O avanço que aí se dá não decorre pura e simplesmente por influência do experimento vivido pela Liga das Nações, em cuja efêmera existência não logrou atingir seu principal objetivo, o de coordenar os litígios entre Estados estrangeiros de modo a preservar a paz; no entanto, pode encontrar um étimo filosófico em Kant. Afinal, o filósofo de Königsberg já havia entendido que nenhum Estado tem direito à guerra de punição (*bellum punitivum*)[48], nem a impor coerção[49], devendo, pelo contrário, procurar a paz, constituindo uma espécie de "liga" ou "aliança da paz". E explica: "Essa liga não se propõe a adquirir qualquer poder do Estado, porém somente a manter e garantir a *liberdade* de

[46] Ver Berlin (1998, p. 220-231).

[47] Cf. Berlin (1998, p. 231-236).

[48] Ver Kant (2004, p. 36).

[49] Ver Kant (2004, p. 46).

um Estado para si mesma e, ao mesmo tempo, para outros Estados coligados"[50], desenvolvendo-se a partir disso uma *república mundial*. É nessa *república mundial*, em que se supõe tratar-se do domínio de todos, que o homem deverá gozar do direito à hospitalidade, tornando-se um homem cosmopolita. Pois bem, a terceira geração de direitos, que poderia ter sido concebida por um Kant, mas advém da circunstância política e social mundial de pós-guerra, identifica-se com o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e com o desenvolvimento. Já não se referirá ao homem como ser individual, mas aos grupos de indivíduos, à família, ao povo, e à própria humanidade. Perspectiva-se nessa nova geração de direitos, portanto, a proteção do homem em níveis que transcendem as fronteiras dos Estados e o ser ideal detentor de uma natureza, para o compreender na sua essencial veste de pessoa humana, carecedor de atenções indispensáveis para a caminhada rumo ao aperfeiçoamento. Ao se referirem à própria humanidade, esses direitos devem ser positivados, arrancando do consenso dos Estados de maneira que possam ser exigidos em foros internacionais.

Não se pode esquecer, entretanto, que a terceira geração de direitos é também marcada por três importantes aspectos. Em primeiro lugar, a declaração universal de direitos, que logo passa a apanágio dos Estados da modernidade comprometidos com o progresso dos povos, arrimando-se não apenas no respeito aos direitos econômicos e sociais, mas em um princípio fundamental de solidariedade que rompe fronteiras, coincide com o momento histórico categorizado por Hauriou como o da quarta onda de constitucionalização[51]. É durante o pós-guerra, que atravessa os anos 60 até chegar à década de 70, em que há a descolonização e o surgimento de novos Estados, obviamente procurando seu posto na escala dos Estados desenvolvimentistas, muitos dos quais sem uma precisa direção a tomar no campo ideológico (o mundo estava dividido em dois grandes blocos e o juízo de valor que se fazia era simplesmente maniqueísta, não havendo lugar para outras situações ideológicas). Em segundo lugar, as Constituições desse período, iniciando pela Lei Fundamental da Alemanha Federal, depois pela Constituição da República Democrática Alemã e, já na década de 70, pela Constituição portuguesa e pela Constituição espanhola, inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana, de inspiração humanista e cujo conceito diz respeito à ontologia, como norma que preside a todos os direitos fundamentais. O primeiro dos documentos políticos citados insculpe o princípio já no seu art. 1º, prescrevendo que a dignidade é inviolável e o Estado obrigado a respeitá-la e protegê-la; e que, ademais: "O povo alemão reconhece, em conseqüência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça", ou, por outras palavras, que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana que, como tal, é patrimônio natural de todos os homens. O terceiro aspecto está relacionado com a observação de Bobbio (1992, p. 32), segundo a qual os direitos do homem são históricos e uma série de fatores determinará a especificação e a aceitação de novos direitos. Assim, a Declaração Universal de Direitos não é obra acabada, mas apenas a diretriz histórica que permitirá a admissão de outros interesses humanos como direitos novos, segundo são depreendidos dentro da dinâmica de desenvolvimento humano.

[50] Ver Kant (2004, p. 48).

[51] Cf. Hauriou (1968, p. 79).

Há quem sustente, como Paulo Bonavides (2006, p. 3), a existência de outra geração de direitos – ou, em sua terminologia, "dimensão de direitos" –, que é determinada pela circunstância da política global e pelos avanços tecnológicos, exigindo não apenas o redimensionamento da democracia, como, também, o direito à informação e ao pluralismo. No entanto, não estamos seguros de que estejamos, de fato, diante de um novo ciclo de reconhecimento de direitos fundamentais. Primeiro, porque as circunstâncias que se dizem determinantes dos novos direitos não estão muito bem definidas, nem sugerem um ponto paradigmático de revolução constitucional. As gerações de direitos anteriores foram marcadas pela exaustão de modelos em relação ao trato das novas necessidades e interesses humanos, de forma que foram os momentos de crise que determinaram ou a declaração de direitos, ou o consenso em torno deles. No atual *hic et nunc* histórico, no entanto, não se observa isso de maneira muito clara. Em segundo lugar, o direito à informação, *v.g.*, pode melhor estar alinhado à situação que Bobbio referiu como de especificação de novos direitos decorrentes dos direitos humanos, do que propriamente uma insurgência para sua concretização. Ademais, como questão hoje de domínio global, o direito à informação pode ser antes tratado nos foros internacionais dos Estados para posteriormente ser positivado. Em terceiro lugar, o próprio âmbito globalizado das decisões políticas, jurídicas e econômicas, não se compagina com a necessária positivação constitucional de novos direitos.

O que antes se referiu, com apoio em Bobbio, não permite apressarmos uma opinião no sentido de que a necessária (e natural) especificação dos direitos para atender à dinâmica histórico-cultural – que parte daquelas amplas diretrizes consensualmente aceitas pelos Estados – coloca um ponto final na seqüência de rupturas revolucionárias e de redefinição dos direitos humanos; mesmo que, por um lado, as atuais Constituições visem mais a programas para concretização de direitos fundamentais (nessa parte tornando-se, portanto, suscetíveis de reformas), do que propriamente à positivação de novos direitos e que, por outro lado, a inclusão das regras de recepção de normas proclamadas em tratados internacionais, como ocorre em nossa Constituição e na da República portuguesa, *v.g.*, mitigue o papel dos movimentos de constitucionalização, tudo isso, provavelmente, decorrente de um fenômeno que podemos chamar de cosmopolitismo político, jurídico e econômico. Isto porque a circunstância global não é de pura tranqüilidade, bastando para reforçar nossa posição lembrarmos de um dos mais emblemáticos episódios políticos ocorrido justamente na União Européia, um dos palcos da globalização, onde as planificações políticas, jurídicas e econômicas deviam assentar-se numa Constituição européia, que acabou, no entanto, sendo rejeitada por França e Holanda, em 2005. A globalização – ou as globalizações, como prefere Boaventura Sousa Santos (2006) – não é capaz de pôr cobro aos localismos, embora os aspectos locais cada vez mais se nos pareçam vulneráveis diante daquele fenômeno. A tentativa de se unificarem a ortografia e regras de acentuação gráfica da língua portuguesa entre os países da chamada comunidade lusófona, *v.g.*, que não considera os particularismos no modo de falar de cada povo, nem mesmo os traços psicológicos que aí se denotam, fazendo com que o português do Brasil seja sensivelmente diferente do que se fala em Portugal ou em Angola, é uma tentativa mal arremedada de aproximação cultural que, no entanto, vem sofrendo forte e legítima resistência por parte dos falantes de além-mar; mas o acordo está já em vigor, atropelando, de

maneira brutal, aspectos culturais dos povos de língua portuguesa, que não se sabe até quando resistirão à força do decreto. Por outras palavras, podemos dizer que existe um movimento que se pode chamar de contraglobalização, baseado na justa renitência de certos localismos (que é justa por estar fundada na tradição cultural dos povos)[52]. Isso implica reconhecer uma tensão que atualmente existe entre localismos e globalização, às vezes expressada de forma dramática quando um aspecto cultural, *v.g.*, tenta resistir à pressão de uma cultura hegemônica. Embora o direito à cultura esteja previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em Constituições contemporâneas, como a nossa, e que as legislações européias tenham destinado especial atenção a determinados aspectos culturais, como os lingüísticos, não duvidamos de que o fenômeno da globalização possa, ainda, abrir uma nova fronteira para divisarmos direitos e garantias fundamentais relacionados à proteção dos nacionalismos, dos regionalismos, dos localismos, que são aspectos de identidade dos povos e sem os quais sequer se pode pensar em programas políticos, jurídicos e econômicos para os Estados.

4.2. A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição

Há quem condene a expressão *geração* de direitos preferindo referir sobre suas *dimensões* que, segundo se percebe do percurso histórico, se amalgamam de tal forma que quase se tornam indissociáveis, como se fosse um organismo vivo do direito, de modo que, ao se falar da cláusula de proibição de arbitrariedade na prisão, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. IX), imediatamente poderemos relacioná-la a uma série de garantias fundamentais de índole processual presentes nas Constituições; dizem os estudiosos que o vocábulo 'geração' faz supor a sucessão de períodos, como se cada um se sobrepusesse ao outro em importância, o que, para nós, é equivocado.

De fato, se pensarmos na idéia de *geração* cunhada por Ortega y Gasset, teremos de reconhecer que ela significa uma variedade humana datada e, por isso, diretamente relacionada com cada *hic et nunc* histórico. Insere-se, pois, na ordem de sucessões históricas, permitindo-nos divisar aspectos marcantes em cada uma. Mas não só. Ao tratar do tema relacionado com a evolução dos povos segundo o reconhecimento de gerações, diz Ortega y Gasset (2005, p. 564) que "[...] essas mesmas diferenças de estaturas supõem que se atribua aos indivíduos um mesmo

[52] Ao tratar do fenômeno de massificação (de padronização) num âmbito menor – o da Europa da era comunitária –, mas que não deixa de ser expressão de globalização, que, para lembrar de uma metáfora do crítico literário Harold Bloom, parece com o tanque *Merkavah* do exército israelense, passando por cima de tudo e de qualquer obstáculo, Touraine (2005) refere que os europeus enfrentaram o drama do "[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se, contudo, profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história", de forma que o cidadão europeu da contemporaneidade continua, no fundo, cidadão francês, italiano, espanhol, português, e mais que isso, continua preso às tradições locais, falando o dialeto que teima em resistir à língua nacional e preservando seus costumes – *vide* Touraine (2005, p. 49). A expressão *contraglobalização* é nossa, mas se aproxima daquilo que Sousa Santos denomina de globalização contra-hegemônica, fundamentada no direito à diferença, no respeito às minorias, inclusive culturais – *vide* Santos (2006, p. 194 e ss.).

ponto de partida, uma linha comum, sobre a qual uns se elevam mais, outros menos, e vem a representar o papel que em topografia é o nível do mar", deixando entredito, pois, que as gerações inscrevem-se dentro de um sistema histórico, em o qual uma geração não deve prescindir da outra. Mais adiante, o filósofo espanhol refere que "[...] *cada geração representa uma certa altitude vital*, a partir da qual se sente a existência de uma determinada maneira. Se tomarmos a evolução de um povo em seu conjunto, cada uma de suas gerações apresenta-se como um momento de sua vitalidade, como uma pulsação de sua potência histórica" (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564, grifo do autor). Esse momento de vitalidade próprio de uma *geração* faz supor o poder criativo que está sujeito, segundo entendemos, à exaustão, quando a força generativa se transforma, *tout court*, em puro acúmulo histórico que servirá à *geração* superveniente. Daí termos de concordar com Ortega quando refere "[...] que as gerações nascem umas das outras, de sorte que a nova já se encontra com as formas que a existência deu à anterior" (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564). Mas se é assim, também é de admitir-se que a idéia de *geração* é mais ampla que a idéia de *dimensão*, que apenas planifica no tempo uma dada circunstância, já que: "Para cada geração, viver é, pois, uma tarefa de duas dimensões, uma das quais consiste em receber o vivido – idéias, valorações, instituições etc. – pela antecedente; a outra, é deixar fluir sua própria espontaneidade" (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564).

Se não estivermos de todo enganados, a idéia de *geração* aqui exposta – que não se refere apenas ao homem biológico ou àquele ser descrito pelas ciências naturais, mas àquele de cujo *élan* vital decorrem, como obra criativa, as instituições, os valores, as idéias – prestar-se-á para o entendimento da história dos direitos humanos, muitos dos quais positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Então, já não parecerá tão disparatada como propugnam os defensores das dimensões de direitos. Pois que cada nova *geração* será resultado do acúmulo histórico de experiências, nem sempre implicando reconhecer numa *geração* a completa razia do que anteriormente se havia construído. Aliás, as gerações podem parecer-se interdependentes, na medida em que esse acúmulo de experiências se distende no tempo, tornando-se explicação do presente e prognóstico para o que está para ocorrer. "Houve gerações – diz Ortega – que sentiram uma suficiente homogeneidade entre o recebido e o próprio. Então, vive-se em *épocas cumulativas*" (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 565, grifo do autor), justificando-se seu estudo por uma ciência que se pode denominar de *meta-história*. Não terá ocorrido algo semelhante com as gerações de direitos que conhecemos?

A verdade é que o marco inicial dos direitos humanos, identificado como aquele em que se definem os direitos como forma de delimitação das áreas de atuação do Estado – oponíveis, portanto, contra a *auctoritas*, ao mesmo tempo em que esta deve, por outro lado, não interferir na área das liberdades cidadãs – é, podemos assim dizer, aquela primeira *geração* moderna de direitos que tem início no século XVII, na Inglaterra, e é estabelecida sobre a linha que serve para medir as demais *gerações* que lhe sobrevêm. Mas as demais *gerações*, já descritas, não se desenvolvem, *tout court*, lateralmente em relação à primeira, senão que dela partem num sentido ascendente e sempre, assim vemos, de forma interdependente. Por outras palavras, as *gerações* de direitos aparecem como fenômeno jurídico e político em que cada qual traz a carga de experiências e valores adquiridos pela precedente, de modo que

todo o vivido anteriormente se torna patrimônio cumulativo do homem. E isso é tão evidente que basta para demonstrar o que aqui defendemos ao lembrarmos que a crise do Estado do bem-estar não expurgou os direitos sociais de segunda geração, por um lado ferrenhamente defendidos por grupos de pressão política contrários ao neoliberalismo, por outro lado redimensionados a partir de uma nova forma de salvaguarda, pela comparticipação do terceiro setor; enquanto que os direitos que se tornaram transnacionais, reconhecidos em tratados internacionais, convocando as nações para o dever de solidariedade e de desenvolvimento dos grupos humanos, encontram seu étimo fundante nos primitivos direitos do homem e do cidadão do século XVIII. Por outras palavras, as *gerações de direitos* surgidas nos alvores do século XX não excluem os direitos ancestrais, aqueles celebrizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; pelo contrário, deles dependem diretamente em razão da força axiológica que exercem, dignificando o homem não apenas na sua individualidade, mas como pessoa humana; por isso, ao fim e ao cabo, referindo-se a todos os homens.

Ao tratar da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros, Bobbio (2000, p. 277) ressalta a importância daqueles direitos de *primeira geração*, referindo que "[...] a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente [...]: essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da *luta contra os abusos do poder*". Mais adiante, dando prova de sua afirmação, alega que:

> Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam a Constituição, invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação dos Poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o Executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista. (BOBBIO, 2000, p. 277).

Apropriando-nos da lição do filósofo italiano, podemos dizer que aqueles direitos clássicos de liberdade estão sempre sendo convocados – ou melhor, já se inscreveram no caráter do homem moderno –, não apenas para que se dê consecução às liberdades, mas como forma de arrimar axiologicamente o reconhecimento de qualquer outro direito do homem. Não é por outro motivo que o jurisfilósofo espanhol Joaquín Costa (1901, p. 47), na virada do século XIX, vai mais longe, entendendo que os direitos de liberdade são:

> [...] inerentes à pessoa individual, e dizem-se naturais e por isso não legisláveis, porque existem por si, como uma das qualidades constitutivas do ser humano, não dependendo da vontade social nem estando, portanto, entre as faculdades do poder público desconhecê-los, suprimi-los ou limitá-los: se são incluídos no Código Civil (Portugal) ou na Lei Fundamental (Espanha), é por mero acaso, por motivos puramente históricos, como uma solene afirmação da personalidade individual por parte do Estado que até então a havia, de fato, negado, ou, se se prefere, como uma negação dessa negação

> anterior e como um afiançado transitório contra possíveis veleidades e tentações de retrocesso. (COSTA, 1901, p. 47, tradução nossa).[53]

Hoje é possível reconhecer que tais direitos estão permanentemente inscritos no caráter dos homens. Há mais de dois séculos os temos praticado, quando os movimentos de trabalhadores exigiram melhores condições, quando os negros norte-americanos reclamaram igualdade, quando alguns povos lutaram por sua autodeterminação, mas, também, quando se deu a revolução feminista, ou quando se lutou contra o *apartheid* e, em nossos dias, quando se protesta contra os movimentos de globalização ou contra o regime neoliberal. Ao se tentar tolhê-los, como agora ocorre na Venezuela com o fechamento de canais de televisão, por decreto do presidente Hugo Chávez, em um explícito ataque contra as liberdades de imprensa e de pensamento, as comunidades local e estrangeira são violentadas e não se conformam. Há nisso um acinte inaceitável que afronta os valores éticos ocidentais. Não será exagero, em suma, afirmar que qualquer homem é cônscio de suas liberdades e o regime de governo que se pretenda legítimo terá de pautar-se pelo respeito aos direitos de liberdade. Contudo, o conhecimento dos direitos de liberdade – fundamente arraigados na consciência e na cultura ocidental – será suficiente para sua planificação no mundo concreto, das práticas políticas, podendo, como entendia Joaquín Costa, prescindir-se de sua positivação no *corpus iuris* do Estado?

Como início de resposta à questão problemática, lembremos, dentre os pressupostos gerais para o aparecimento da Constituição moderna, citados por Grimm (2006, p. 61, tradução nossa)[54], que foi através dessa técnica jurídico-política que se pôde determinar "[...] um objeto constitucionalmente regulável sob a forma de um poder estatal diferenciado e unitário"; e, também, "[...] submeter a decisão dos problemas da ordem [...]", que passam a ter melhores contornos pela positivação jurídico-legal. Mas é igualmente importante ter em consideração que o inicial movimento de constitucionalização pretendia que a sociedade pudesse desenvolver-se e aperfeiçoar-se, supondo, para isso, a não-interferência do Estado regulamentada, de maneira que pudesse salvaguardar a esfera das liberdades individuais através de mecanismos jurídicos, como o direito de resistência, da cultura européia e, entre nós, através de providências judiciais, como a da ordem do *habeas corpus* ou do mandado de segurança. Hoje, entretanto, como Grimm observa com precisão, as condições e os pressupostos mudaram, inclusive pelo fato de a Constituição ter-se tornado fenômeno universal, não sendo instrumento jurídico-político típico dos Estados de sistema liberal-burguês. Segundo o constitucionalista alemão, "[...]

---

[53] *Estos derechos son inherentes á la persona individual, y se dicen naturales e ilegislables por eso, porque existen por sí, como una de las cualidades constitutivas del ser humano, no dependiendo de la voluntad social ni estando, por tanto, en las facultades de Poder público desconocerlos, suprimirlos ó limitarlos: si se incluyen en el Código civil (Portugal) ó en el Código fundamental (España), es accidentalmente, por motivos puramente históricos, como una solemne afirmación de la personalidad individual por parte del Estado que hasta entonces la había, de hecho, negado, ó si se quiere, como una negación de esa negación anterior y como un afianzamiento transitorio contra posibles veleidades y tentaciones de retroceso.*

[54] [...] *um objeto constitucionalmente regulable bajo la forma de un poder estatal diferenciado y unitario. [...] someter a decisión los problemas del orden.*

esta circunstância não só prova a persistente força de atração do pensamento constitucional mas, também, talvez, a falta de outras opções capazes de solucionar os problemas da legitimação e limitação do poder político" (GRIMM, 2006, p. 72, tradução nossa)[55]. Por outras palavras, podemos aqui sustentar que a Constituição continua sendo o instrumento capaz de harmonizar e vincular o *corpus iuris* e, nos Estados democráticos de direito, tornando-se a um só tempo instrumento motriz para a política-jurídica concernente ao respeito dos direitos humanos e conjunto de normas fundamentais para sua salvaguarda.

Em suma, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os valores do povo, em linha vertical, entre o povo e a *auctoritas*; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é, ainda, para nossa cultura jurídica, pelo menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por conseqüência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

5. Conclusões

Embora possamos localizar na história das civilizações, desde os mais remotos tempos da Antigüidade, não apenas a pretensão de uma liberdade fundamental do homem, mas, também, traços inequívocos de concretizações jurídicas de seu aspecto conceptual, é com a Idade Moderna que ocorrem significativos avanços no sentido de sua proteção contra o poder da *auctoritas* estatal. Para tanto, o ponto de partida, quanto ao aspecto ideológico, é a viragem radical operada no diálogo entre o homem – aqui encarnando a figura de *homo politicus,* que, como produto histórico-cultural, é, também, *homo phaenomenon* – e a *auctoritas*, o ente, portanto, investido de poder político – o que é bastante evidente nesse período de viragem, quando a própria idéia de soberania radicava-se no príncipe, por isso sendo corrente falar-se *princeps legibus solutus est.* O processo dialógico é aqui operado não apenas pela ilustração setecentista com sua pregação panfletária em torno do jusracionalismo e do positivismo científico, mas pela dinâmica da economia, que deixa de ser feudal para se tornar capitalista, e pelas inevitáveis contendas que, na Inglaterra, estabeleceram um regime monárquico parlamentar e pelos *acts* de garantia das liberdades, no novo continente, o surgimento dos Estados Unidos, e, na França, pela deposição do *ancien régime* e início de uma onda de constitucionalização. Quanto aos aspectos políticos e jurídicos, teremos o surgimento do Estado, com as funções delimitadas segundo o esquema filosófico liberal, tratando-se, portanto, do Estado de não interferência, o Estado-garantia (das liberdades burguesas), o Estado burguês. Mas, principalmente,

[55] [...] *esta circunstancia no sólo prueba la persistente fuerza de atracción del pensamiento constitucional sino, quizá, también la falta de otras opciones capaces de solucionar los problemas de la legitimación y limitación del poder político.*

trata-se de um Estado que se constitui a partir de um documento de cariz político e jurídico, cuja soberania já não será personificada pelo príncipe, e a própria *auctoritas* é criada pela lei e a ela submetida. Assim, as ondas de constitucionalização tornam-se fenômeno que impulsiona o reconhecimento e a consolidação de direitos.

A pretensão de suficiência embutida nas primeiras declarações de direitos e na Constituição norte-americana e nas demais que surgiram ao longo do século XIX, no entanto, encontra-se com a complexidade das sociedades modernas. Os avanços tecnológicos e científicos, a Revolução Industrial e os conflitos mundiais representam uma humanidade em constante e rápido movimento, que precisa, por isso, ser reconhecida em suas peculiaridades. Daquela primeira experiência de *fin de siècle*, surgem outras novas gerações de direitos, que se podem dizer derivadas por especificação dos amplos conceitos de direitos humanos e, segundo uma análise *meta-histórica*, interdependentes, projetando-se a cada momento histórico como o acúmulo dos valores e experiências de tudo anteriormente vivido. Já não se trata, *tout court*, de *dimensões* de direitos, de planos onde localizamos os direitos de cada momento histórico, mas de verdadeiras *gerações*, que são as variedades de direitos de cada tempo, que antes evoluem em linha ascendente em a qual vão-se acumulando as cargas de experiências, em vez de uma ordem de sucessão linear.

Em razão disso, pode reconhecer-se nos direitos da *primeira geração* uma cláusula de irrenunciabilidade. Por mais que hoje tratemos de direitos humanos referidos a toda a humanidade e que não descartemos a possibilidade de surgimento de uma nova geração de direitos, aqueles, os direitos de liberdade, os direitos de primeira geração, permanecem como verdadeiro arrimo de todo esse organismo vivo que chamamos de direitos humanos. Seja pelo aspecto instrumental, pois que muitos dos novos direitos podem ser entendidos como conseqüências – ou especificações – dos direitos ancestrais, seja pelo aspecto axiológico, que justifica um étimo fundante dos valores do homem, reconhecíveis como verdadeiros direitos. E a forma de se lhes dar força jurídica e política, para além do aspecto harmônico em relação a todo conjunto de direitos fundamentais, é através de sua positivação na Constituição.

6. Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. v. 1.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Trad. Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensayos sobre la libertad*. Trad. Julio Bayon. Madrid: Alianza, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BROWN, Peter. *Santo Agostinho*: uma biografia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHEVALIER, Jean-Jacques. *Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días.* Tradução para o espanhol Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. 5. ed. Trad. Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Laura Oliveira. Rio Grande do Sul, *Revista Filosofia Política* n. 2, p. 9,1985.

COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito.* Tradução, notas e apresentação por Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho.* Barcelona: Manuel Soler, 1901.

CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira. *O ponto de Arquimedes:* natureza humana, direito natural e direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.

DRIVER, Stephanie Schwartz. *A declaração de independência dos Estados Unidos*. Trad. Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

FALK, Ze'ev. *O direito talmúdico*. Trad. Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.

GICQUEL, Jean; HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1985.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madri: Trotta, 2006. 214 p.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HUME, David. *Ensaios morais, políticos & literários*. Trad. Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

INGENIEROS, José. *Para uma moral sem dogmas*. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009.

KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. *In:* GUINSBURG, J. *A paz perpétua*: um projeto para hoje. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Ortega y Gasset*: a aventura da razão. São Paulo: Moderna, 1994.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 1996.

MAIMÔNIDES. *Mishné Tora*. O livro da sabedoria. Trad. rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

MAIMÔNIDES. *Os 613 mandamentos*. Trad. Giuseppe Nahaïssi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990. Título original: *Tariag ha-mitzvoth.*

MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral:* uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Trad. Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira *et alii*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 1.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSSÉ, Claude. *Atenas*: a história de uma democracia. 3. ed. Trad. João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *O anticristo*. Anátema sobre o cristianismo. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações de Quixote.* Trad. Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967.

ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. *In*: *Obras completas*. Tomo III. Madri: Taurus, 2005.

PAINE, Thomas. *Direitos do homem*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2005. 256 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 11 ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. *In:* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNANDES GARCÍA, Eusebio (Org.). *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madri: Dykinson, 1998.

PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Instituciones medievales*. Madri: Sintesis, 1997.

PINON, René. La conception britanique de la liberté. *Revue Politique et Parlamentaire*. Tomo CCXXVII, oct./déc. 1938.

PLATÃO. *A república*. 3. ed. Trad. Sampaio Marinho. Portugal: Publicações Europa América, 1975.

REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del estado*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Habeas corpus*: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTORI, Giovanni. *A política*: lógica e método nas ciências sociais. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro; Laura Teixeira Motta.1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. castelhana de Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1982.

SPINOZA, Baruch de. *Tratado teológico-político*. Tratado político. Trad. para o espanhol Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma teológica*. v. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. 251p.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Paris: Flammarion, GF, s/d (édition de Gerhardt Stenger).

VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa*. 1789-1799. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007.

Artigo recebido em: 03/03/2010
Artigo aprovado em: 02/08/2010

A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE J. H. ELY

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO
Promotora de Justiça do Estado do Maranhão

RESUMO: O presente artigo enfoca a teoria de interpretação constitucional de John Hart Ely, autor de tendência formalista, que defende uma forma de controle de constitucionalidade, de tom procedimentalista, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e especialmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si.

PALAVRAS-CHAVE*:* Direito Constitucional; John Hart Ely; controle de constitucionalidade; participação política.

ABSTRACT: This article focuses on John Hart Ely's theory of constitutional interpretation. He is considered as a formalistic author, who proposes a form of procedural judicial review justified in the very nature of the American Constitution and in the American system of representative democracy, oriented to participation matters and not to the substantive merits of the political choice under attack, in the search of affirmation, by the courts in general and specially by the American Supreme Court, of the rights found in the very constitutional text, of those which are pre-requisites for political participation and of those included among those rights which the controlling majority has assured to itself.

KEY WORDS: Constitutional Law; John Hart Ely; judicial review; political participation.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A teoria geral de Ely. 3. A crítica à teoria. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

As reflexões sobre o Direito e a Justiça e as questões concernentes à definição dos rumos da hermenêutica constitucional sempre inspiraram e ainda inspiram diversos pensadores ao longo dos tempos. O edifício do conhecimento construído sob tais alicerces não é obra de poucos, porém de muitos arquitetos e artífices como Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, José Joaquim Gomes Canotilho, entre outras figuras de expressão. John Hart Ely é mais uma estrela dessa constelação, detentor de brilho próprio, cuja teoria de controle jurisdicional oferece importantes contribuições às temáticas da relação entre o Direito, a Política e a Justiça e da relação entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, bem assim da moderna interpretação constitucional, reconhecidas no universo jurídico-acadêmico americano e mesmo internacional.

Ely, professor de Direito Constitucional falecido em 2003, é o quarto jurista americano mais freqüentemente citado de todos os tempos, segundo estudos publicados em janeiro de 2000, divulgados pelo *Journal of Legal Studies*, da Universidade de Chicago. *Democracy and Distrust:* A Theory of Judicial Review (pelo qual foi agraciado com o prêmio *Order of the Coif Triennial Book Award*, como melhor livro sobre direito publicado em 1980-82), *War and Responsibility* (1993) e *On Constitutional Ground* (1996) são seus principais trabalhos. A primeira obra mencionada constitui o livro jurídico mais citado desde 1978, tendo sido referido 1.460 vezes.[1]

De tendência formalista, propugna uma forma de controle de constitucionalidade, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque. Na sua concepção, as cortes devem proteger os direitos identificados com alguma especificidade na Carta Constitucional como habilitados à proteção, em especial direitos de acesso político e direitos de igualdade. Sua teoria, de tom procedimentalista, invoca sempre a autoridade do texto e do contexto da Constituição, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e particularmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora garantiu para si. Conquanto concebida visando à realidade americana, a teoria, pela sua abordagem formal e procedimentalista, pode proporcionar significativas contribuições em outros universos, de características diversas, como o canadense, por exemplo, hipótese explicitamente sustentada pelo doutrinador na obra *On Constitutional Ground* (ELY, 1996, p. 18-24), ou mesmo como o brasileiro, em casos envolvendo, *exempli gratia*, discriminação racial.

[1] Cf. (UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW, 2000). Essa mesma fonte informa que a obra *Law's Empire*, de Ronald Dworkin, ocupa o segundo lugar, com 904 citações.

É irrefragável que Ely é uma estrela de primeira grandeza do moderno mundo jurídico acadêmico e um importante escritor contemporâneo em teoria política do ponto de vista do Direito Constitucional americano. Para fins deste artigo, pretende-se apresentar um breve trabalho de exposição e compreensão dos principais pontos de sua teoria, como tributo e contributo aos estudos de Direito Constitucional Comparado. A análise do tratamento da matéria constitucional na doutrina e jurisprudência estrangeira pode fornecer contribuições relevantes para o enriquecimento do Direito Constitucional brasileiro e o aprimoramento da hermenêutica constitucional, respeitadas as naturais diferenças entre diferentes direitos. É o intercâmbio de idéias e experiências de países com tradições jurídicas e culturais distintas ou assemelhadas que prepara a colheita para o infante Direito Constitucional do futuro. Entretanto, é preciso que se sublinhe, tal não elide, antes reforça, a necessidade da construção de um caminho próprio para o Direito Constitucional pátrio e para a atuação de nossas cortes, em particular, *in casu,* o Supremo Tribunal Federal.

2. A teoria geral de Ely

Sugere o título da obra *On Constitutional Ground*, em grande medida, o seu conteúdo, a abordagem do autor e a própria natureza de sua teoria, exposta originalmente em *Democracy and Distrust*. O vocábulo *ground* tanto pode ser traduzido para o português como "terra", "terreno", "território", "solo", quanto como "base", "fundamento", entre outros significados. É que o livro cobre vários tópicos de interpretação constitucional: federalismo, separação de poderes, liberdade de expressão, liberdade religiosa, processo penal, discriminação racial, "devido processo substantivo" etc., contendo ensaios, artigos e outras peças de diversas fases da vida do autor, além de comentários explicativos e autobiográficos.[2] Está, pois, firmemente plantado em *solo* constitucional, em temática constitucional. Por outro lado, Ely deixa patenteado, no curso da obra, que a sua teoria de controle jurisdicional tem como *fundamento* inarredável a autoridade do texto e do contexto da Constituição.

Todavia, não se cuida simplesmente de um autor que discute temas do Direito Constitucional americano, sob um fundamento reconhecidamente constitucional.

---

[2] Assim caracteriza Barbara Perry (1997) a obra em apreciação: "ON CONSTITUTIONAL GROUND is an eclectic anthology with work that ranges from memoranda that Ely wrote to Chief Justice Earl Warren while serving as his law clerk in 1964-65, to scholarly law review articles from his student days and those produced during his many years as a law professor, to bureaucratic correspondence from his stint in the mid-1970s as the Department of Transportation's General Counsel, to newspaper editorials written as a constitutional expert and concerned citizen. Thus the book contains something for everyone: students of law, political scientists, historians, and informed lay readers". "ON CONSTITUTIONAL GROUND é uma antologia eclética com trabalho que varia desde memorandos que Ely escreveu para o Juiz-Presidente Earl Warren enquanto serviu como seu assessor em 1964-65, até resenhas jurídicas acadêmicas dos seus dias de estudante e aquelas produzidas durante seus muitos anos como professor de direito, até correspondência burocrática de sua parte na metade dos anos 70 como Advogado-Geral do Departamento de Transporte, até editoriais de jornal escritos na qualidade de experto constitucional e cidadão interessado. Dessa forma, o livro contém algo para todos: estudantes de direito, cientistas políticos, historiadores e informados leitores leigos." (tradução nossa).

Por meio de sua teoria procedimentalista de interpretação constitucional, ele oferece às cortes um caminho próprio, coerente, em certa medida original, de proteção dos direitos assegurados a todos, mormente os de acesso e participação política e os de igualdade.

Principia Ely o livro *Democracy and Distrust* discutindo as duas correntes hermenêuticas dominantes, ou seja, o interpretativismo e o não-interpretativismo, identificando a primeira como "[...] indicando que juízes decidindo questões constitucionais devem se limitar a fazer cumprir normas que estão declaradas ou claramente implícitas na Constituição escrita", ao passo que a segunda é conceituada como "o ponto de vista contrário de que as cortes devem ir além daquela série de referências e fazer cumprir normas que não podem ser descobertas dentro dos quatro cantos do documento". (ELY, 2001, p. 1, tradução nossa).[3]

Para ele, nem o interpretativismo restrito a dispositivos constitucionais como unidades contidas em si mesmas, nem o não-interpretativismo apegado à afirmação dos valores fundamentais da sociedade exibem respostas hermenêuticas satisfatórias.

Apresenta o doutrinador, como um de seus argumentos na proposição de uma terceira e mais adequada opção, tanto em *Democracy and Distrust* quanto em *On Constitutional Ground*, uma nova leitura da Corte Warren, tida, por alguns, como "ativista". O trabalho da Suprema Corte, consoante Ely, teria sido essa a lição basilar do Juiz-Presidente Warren, de quem o autor foi assessor, consiste não tanto em antecipar e criticar julgamentos de valor legislativos, contudo, principalmente, em proteger o maquinismo do processo democrático, com o escopo de evitar que seja dominado, que se torne o instrumento a serviço de um segmento privilegiado da sociedade. Uma preocupação com o *processo*, como um objetivo seriamente perseguido, pode seguir em direções inteiramente "ativistas", sem que isso signifique a adoção de uma interpretação baseada em valores fundamentais da sociedade. Para Warren, esclarece Ely, os casos submetidos à Suprema Corte envolviam esforços dos *in's* no sentido de assegurar que os *out's* ficassem de fora do sistema.[4] Sustenta o constitucionalista, por conseguinte, que a marca da Corte Warren foi exatamente a busca de objetivos de participação em relação a acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo:

---

[3] "[…] indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution" […] "the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document".

[4] Ver Ely (1996, p. 4).

> [...] parece estar entrando em foco que a busca destes objetivos 'participativos' de acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo, em oposição à insistência mais tradicional e academicamente popular sobre o requisito de uma série de bens ou valores substantivos particulares julgados fundamentais, foi o que marcou o trabalho da Corte Warren. (ELY, 2001, p. 74-75, tradução nossa).[5, 6]

Aí se enquadram casos envolvendo discriminação racial e outros relacionados a questões de igualdade de proteção.

No cenário da teoria geral de Ely,[7] iguais na "posição original" tentando formar um governo começariam da presunção de que nenhum dos valores de um adulto são deve contar mais ou menos do que os de outro, o que rapidamente levaria à conclusão de que questões públicas devem geralmente ser decididas pelo voto majoritário de tais pessoas ou seus representantes, mas com duas, talvez três, exceções:

a) quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou, de outra maneira, para diluir a influência delas no dito processo;
b) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e um outro, menos favorável, para uma ou outra minoria; ou
c) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, conforme a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torná-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro.[8]

Segundo Ely, o que *não* decorre daí é a conclusão de que deve ser também conferida uma licença aos juízes para criar ou "descobrir" mais direitos, não justificados pelas exceções "a" e "b" ou jamais constitucionalizados por uma supermaioria, e para protegê-los como se tal fossem. Pelo prisma do autor, a determinação de valores

[5] "[...] it seems to be coming into focus that the pursuit of these 'participational' goals of broadened access to the processes and bounty of representative government, as opposed to the more traditional and academically popular insistence upon the provision of a series of particular substantive goods or values deemed fundamental, was what marked the work of the Warren Court".

[6] Não nega Ely a sua admiração pela atuação do Juiz Warren, cuja preocupação teria sido com questões de processo, não simplesmente do processo penal, todavia, mais importante, igualmente do processo democrático. Daí a observação do autor de que Warren foi um verdadeiro democrata e de que viveu, no exercício de seu mister, *the American Dream*, isto é, o Sonho Americano. Cf. Ely (1996, p. 4).

[7] Para um maior aprofundamento sobre a teoria geral de Ely, ver Ferro (2008, p. 25-49).

[8] Cf. Ely (1996, p. 5).

deve ficar a cargo dos representantes eleitos, cabendo aos juízes interferir em caso de funcionamento deficiente do processo democrático.[9, 10]

Parte o doutrinador do princípio de que, na Constituição, há dispositivos que ostentam uma certa amplitude de sentido, ou seja, que a Carta constitucional possui dispositivos cujo conteúdo não pode ser interpretado tão-somente pela sua linguagem ou por sua história legislativa. Na sua compreensão, o interpretativismo estrito é uma abordagem praticável somente nos casos mais literais. A propósito, expõe Sheldon Pollack:

> Ely assim rejeita a premissa simplista de que o texto possui um sentido 'objetivo' ou 'raso', que a corte tem unicamente de desvendar ao interpretar a constituição. Ele tenta recuperar uma posição originalista, entretanto, ao se voltar para um interpretativismo revisado, no qual o sentido do texto pode ser derivado à luz de alguma compreensão geral do documento como um todo, ou, em suas palavras, em referência a 'uma inferência cujo ponto de partida, cuja premissa subjacente, é comodamente desvendável' na constituição. Esta versão qualificada do interpretativismo permite a Ely grande arbítrio ao

[9] "Malfunction occurs when the *process* is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system". (ELY, 2001, p. 103). "Mau funcionamento ocorre quando o *processo* é pouco digno de confiança, quando (1) os de dentro estão obstruindo os canais de mudança política para garantir que eles permanecerão dentro e que os de fora permanecerão fora, ou (2) embora a ninguém seja realmente negada uma voz ou um voto, representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente pondo em desvantagem alguma minoria por causa de simples hostilidade ou de uma recusa preconceituosa em reconhecer aspectos comuns de interesse, e, em conseqüência disso, negando àquela minoria a proteção concedida a outros grupos por um sistema representativo." (tradução nossa).

[10] Ressalta Nicole Wall (1980) que o doutrinador prossegue com sua crítica ao controle jurisdicional examinando o mau funcionamento governamental, que, evidentemente, "is what judicial review aims to remedy", ou seja, "é o que o controle jurisdicional visa remediar", na visão elyana. (tradução nossa). Conforme Ely, os representantes eleitos, que necessitam logicamente se preocupar com a continuação no mandato, são as últimas pessoas em quem se deve confiar quando a questão é a identificação de qualquer dessas situações de mau funcionamento do processo, ao contrário dos juízes indicados, que seriam relativos *outsiders* no sistema de governo americano e apenas muito obliquamente precisariam se preocupar com a permanência no cargo. Estes últimos, a quem não cabe o estabelecimento dos valores genuínos do povo, são então objetivamente postos na posição de avaliar pleitos de que os representantes eleitos, seja por obstruírem os canais de mudança, seja por agirem como partícipes da tirania da maioria, não estão representando os interesses daqueles os quais o sistema pressupõe que estão. Isto naturalmente não significa, admite o constitucionalista, que a avaliação desses magistrados estará desprovida de juízos subjetivos ou decisões baseadas em observação pessoal. Ver: Ely (2001, p. 103). O título da obra *Democracy and Distrust* traduz, indubitavelmente, a preocupação de seu autor com a construção de uma teoria procedimentalista de controle de constitucionalidade em harmonia com a natureza e as características da democracia americana, bem como a sua concepção a respeito do papel dos legisladores e dos juízes e de qual missão não deve ser confiada (*distrust*) aos primeiros, mas sim aos derradeiros.

> decidir o sentido mais amplo do documento ou ao determinar que 'inferência' pode ser descoberta no texto. (POLLACK, 2003, tradução nossa).[11, 12]

Democracy and Distrust é precisamente sobre como as cortes devem dar conteúdo a esses dispositivos (*Delphic provisions*) que demandam um esforço hermenêutico maior. É o mote para o desenvolvimento de sua *process jurisprudence*.

Critica Ely a Corte Burger porquanto, entre outros fatos, teria criado uma versão moderna da liberdade de contrato ao consagrar constitucionalmente o direito de ter um aborto, conquanto tal direito não esteja nem mesmo sugerido no documento constitucional.[13] O doutrinador, todavia, declara-se favorável a que os meios políticos confiram o referido direito às mulheres.[14]

No seu entender, as cortes devem proteger aqueles direitos que são designados com alguma especificidade no documento constitucional como habilitados à proteção. Quando os dispositivos constitucionais ostentam a mencionada abertura de sentido, *Democracy and Distrust* sugere duas respostas. A primeira consiste na necessidade de que as cortes protejam direitos de acesso político, como o direito ao voto, a concorrer à eleição, a se organizar politicamente, a se expressar etc. A segunda diz respeito à conclusão de que o dever dos representantes de representar todos os seus constituintes (eleitores) também implica alguns direitos de igualdade ou, em outros termos, direitos de várias minorias no sentido de não serem tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma. Uma maioria não pode tratar várias minorias de modo pior do que trata a si mesma.[15] Ely visualiza sua teoria como reação às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger minorias.[16]

---

[11] "Ely thus rejects the simplistic premise that the text possesses an 'objective' or 'plain' meaning which the court has only to uncover in interpreting a constitution. He tries to salvage an originalist position, however, by turning to a revised interpretivism in which the meaning of the text can be derived in light of some general understanding of the document as a whole, or, in his words, in reference to 'an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable' in the constitution. This qualified version of interpretivism permits Ely great discretion in deciding the broader meaning of the document or determining which 'inference' is discoverable in the text".

[12] Por outro lado, comenta ainda Sheldon Pollack (2003, p. 19), em crítica à teoria elyana, que a posição originalista inflexível é muito mais restritiva, procurando por algum sentido histórico perdido, porém recuperável, um sentido histórico que pode, em verdade, ser mais limitado que o sentido manifesto das palavras contidas no texto.

[13] Cf. Ely (1996, p. 7).

[14] Cf. Ely (1996, p. 7; 305).

[15] A própria natureza dos dispositivos constitucionais é a base da argumentação de Ely. Pela sua ótica, a Constituição americana, a partir da sensata pressuposição de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, procurou assegurar, em lugar de uma estratégia geral que privilegiasse o enraizamento de uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente, que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de modo menos favorável do que trata a si mesma. Cf. Ely (2001, p. 100-101).

[16] No concernente a esse aspecto do pensamento de Ely, sublinha Habermas (1997, p. 328): "Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se inte-

São três os argumentos gerais de *Democracy and Distrust* para a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação (‘*participation-oriented’ form of judicial review*):[17]

a) as espécies de direitos de que cuida o autor – direitos de acesso e direitos de igualdade – são aquelas cuja proteção menos deve ser confiada aos nossos representantes eleitos,[18] os quais têm todo o incentivo para impedir o acesso de vários grupos insurgentes e dissidentes ao processo e para colaborar com uma maioria dominante, de feição a tiranizar ou pelo menos discriminar certas minorias, de cujo apoio continuado eles não necessitam (porém a intervenção judicial não é justificada quando o escopo é a proteção de “valores fundamentais da sociedade”, receita favorita dos teóricos acadêmicos, pois se o que eles realmente desejam é o respeito aos “valores do povo”, é inegável que os representantes eleitos têm fortes incentivos para defini-los corretamente, assim possibilitando a sua reeleição);
b) o objeto das preocupações gerais da Constituição são justamente as espécies de direitos indigitadas, isto é, os direitos de acesso e de igualdade;[19]

---

ressa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas. O controle da gênese das normas deve estender-se à divisão de poderes entre executivo e legislação, e não apenas à implementação dos programas de leis através da administração, chegando até à inadmissível passividade de um legislador, que não esgota suas competências, delegando-as à administração”.

[17] Conquanto reconheça que a participação em si, dependendo do enfoque, possa ser vista como um valor, Ely opõe a orientação voltada para a participação, como forma de controle jurisdicional, adequada na sua perspectiva, que se interessa por como são tomadas as decisões que produzem escolhas de valores e distribuem os custos e benefícios resultantes, à simples imposição de valores, para ele uma opção equivocada, indicando a designação de certos bens ou direitos como tão importantes que devem ser isolados de qualquer inibição que o processo político possa impor. Cf. Ely (2001, p. 75).

[18] Em suas conclusões na obra *Democracy and Distrust*, defende Ely (2001, p. 183) que “constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can”, ou seja, o “direito constitucional apropriadamente existe para aquelas situações em que o governo representativo não pode merecer confiança, não aquelas em que sabemos que ele pode”. (tradução nossa).

[19] O doutrinador sustenta esta tese em diversas passagens do livro *Democracy and Distrust*, confirmando-a em *On Constitutional Ground*. No primeiro caso, vejam-se alguns exemplos. No Capítulo 4, intitulado *Policing the Process of Representation: The Court as Referee*, no item *The Carolene Products Footnote*, Ely se preocupa em diferenciar a sua forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação do controle jurisdicional baseado na imposição de valores, aduzindo que, mesmo que “participação” seja considerada um valor, ela difere dos valores substantivos, dos “valores fundamentais da sociedade”, cuja proteção, pelo Poder Judiciário, ele combate. Argumenta o constitucionalista que os “valores” que a Corte deve perseguir são “valores de participação”, pois estes são os “valores” “[...] (1) with which our Constitution has preeminently and most successfully concerned itself, (2) whose ‘imposition’ is not incompatible with, but on the contrary supports, the American system of representative democracy, and (3) that courts set apart from the political process are uniquely situated to ‘impose’ ”. A tradução é: “[...] (1) com os quais a nossa Constituição [a americana] tem-se preocupado preeminentemente e com maior sucesso, (2) cuja ‘imposição’ não é incompatível com, mas pelo contrário sustenta, o sistema americano de democracia representativa, e (3) que as cortes postas à parte do processo político estão unicamente situadas para ‘impor’ ”. (ELY, 2001, p. 75, tradução nossa). No mesmo capítulo, mas já sob o abrigo do su-

c) a abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas.[20]

---

gestivo item *The Nature of the United States Constitution*, Ely é ainda mais explícito sobre a sua posição de que o texto constitucional trata sobretudo de questões de processo, e não de preservação de determinados bens ou valores substantivos: "my claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say overwhelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values", isto é, "minha pretensão é somente que a Constituição original foi principalmente, de fato eu diria esmagadoramente, dedicada a assuntos de processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos". (ELY, 2001, p. 92, tradução nossa). No mesmo item, já quase ao final, o autor esclarece com maiores detalhes a finalidade prevalente da proteção de direitos insculpida no documento constitucional: "The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself – by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first, that everyone's interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and second, that the processes of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory". A tradução é: "A estratégia geral não tem sido portanto enraizar no documento uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente. A Constituição, ao invés, procedeu da suposição absolutamente sensata de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, e procurou assegurar que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de maneira menos favorável do que trata a si mesma – estruturando processos de decisão em todos os níveis para tentar garantir, primeiramente, que os interesses de todos serão realmente ou virtualmente representados (usualmente ambos) ao ponto da decisão substantiva, e segundo, que os processos de pleito individual não serão manipulados de feição a reintroduzir na prática o gênero de discriminação que é inadmissível na teoria" (ELY, 2001, p. 100-101, tradução nossa). Ely evidencia que alguns dispositivos constitucionais não obedecem a esse padrão, mas eles integrariam um grupo extraordinário, sendo produtos compreensíveis de circunstâncias históricas particulares (armas, religião, contrato, entre outros) e pouco numerosos. Seriam as exceções que confirmam a regra. Ver Ely (2001, p. 101).

[20] "The remainder of this chapter will comprise three arguments in favor of a participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review. The first will take longer than the others, since it will necessitate a tour, albeit brisk, of the Constitution itself. What this tour will reveal, contrary to the standard characterization of the Constitution as 'an enduring but evolving statement of general values', is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes (process writ small), and on the other, with what might capaciously be designated process writ large – with ensuring broad participation in the processes and distributions of government. [...] The other two arguments are susceptible to briefer statement but are not less important. The first is that a representation-reinforcing approach to judicial review, unlike its rival value-protecting approach, is not inconsistent with, but on the contrary (and quite by design) entirely supportive of, the underlying premises of the American system of representative democracy. The second is that such an approach, again in contradistinction to its rival, involves tasks that courts, as experts on process and (more important) as political outsiders, can sensibly claim to be better qualified and situated to perform than political officials". Traduzindo, tem-se "O resto deste capítulo compreenderá três argumentos em favor de uma abordagem para o controle de constitucionalidade orientada para a participação, reforçadora da representação. O primeiro demorará mais que os outros, visto que necessitará de uma viagem, embora rápida, pela própria Constituição. O que esta viagem revelará, contrariamente à caracterização padrão da Constituição como 'uma declaração duradoura mas evolutiva de valores gerais', é que, na verdade, a seleção e acomodação de valores substantivos é deixada quase inteiramente para o processo político e, ao invés, o documento está esmagadoramente interessado, por um lado, em eqüidade processual na resolução

Relaciona o constitucionalista pelo menos quatro noções de democracia. Em três delas, assevera, a sua teoria procedimentalista encontra guarida.

A primeira é a concepção rousseauniana, pela qual a democracia aumenta a série de decisões significativas pelas quais o cidadão tem responsabilidade e assim aumenta suas oportunidades de se comportar de uma maneira moral, já que apenas quando alguém recebe autonomia ou controle sobre uma classe de decisões significativas, essa pessoa é colocada em uma posição em que tem a opção de se comportar moralmente. A implicação aqui, para Ely, seria um tipo de controle jurisdicional que aumenta as oportunidades dos cidadãos para participar da política e de decisões políticas e, tendo feito isso, deixa o produto das suas decisões só.

A segunda é a idéia de que a democracia é uma forma não usualmente estável de governo, de que, se a mudança é operada pacificamente pelo sistema, há menos chance de revolução violenta, gerando, para o doutrinador, em tese, um modo de controle jurisdicional que facilita a decisão popular e parece incompatível com qualquer veto judicial ou da elite com autoridade para frustrar tal decisão.

A terceira é a concepção traduzida na atitude, sintetizada por E. E. Schattschneider, de que democracia "[...] é um sistema político para pessoas que não têm certeza de que estão certas", na qual dominam as rubricas da igualdade e do utilitarismo. Igualdade é vista no senso de que obviamente os indivíduos não são iguais em todos os aspectos, mas são iguais no que se refere ao direito comum de decidir qual é a correta política a ser adotada pelo governo. E utilitarismo corresponde, nesse contexto, à teoria que define como moral o curso de ação que conduz ao maior bem ou à maior felicidade do maior número de pessoas. Nessa parte, Ely elogia a teoria de interpretação constitucional propugnada por Michael Walzer em um artigo em *Political Theory*, argumentando que esta é similar àquela por ele proposta, uma que o articulista, um vigoroso porta-voz de uma perspectiva socialista, que oferece uma resposta às escolhas americanas de política pública, reconhece que não dispõe do direito de impor tal preferência sobre o resto das pessoas, mediante os julgamentos de juízes politicamente não responsáveis.

Já a quarta noção de democracia é problemática aos olhos do constitucionalista e seria a única que produziria uma forma de controle jurisdicional diferente daquela por este defendida. Ely considera que a idéia de que a "democracia é um sistema de governo que é apto a gerar leis do tipo *x*, e leis do tipo *x* são boas" tende a ser mais apropriada para o

---

de disputas individuais (*process writ small*), e, por outro, no que pode ser amplamente designado *process writ large* – em garantir ampla participação nos processos e distribuições do governo. [...] Os outros dois argumentos são suscetíveis de declaração mais breve mas não são menos importantes. O primeiro é que a abordagem reforçadora da representação para o controle de constitucionalidade, diferentemente da sua abordagem rival protetora de valor, não é inconsistente com, mas, ao contrário (e completamente de forma proposital), inteiramente sustentadora das premissas subjacentes ao sistema americano de democracia representativa. O segundo é que tal abordagem, de novo distintamente da sua rival, envolve tarefas que as cortes, como peritos em processo e (mais importante) como forasteiros políticos, podem sensatamente alegar de serem melhor qualificadas e situadas para desempenhar do que autoridades políticas". (ELY, 2001, p. 87-88, tradução nossa). Ver também Ely (1996, p. 8).

exercício de uma ditadura oligárquica. Democracia, leciona, é uma espécie de governo não apropriada para a eficiente geração de leis de um certo tipo, pois as pessoas diferem e assim os produtos da democracia diferem igualmente.[21] Justificado, destarte, na sua avaliação, o fato de sua teoria não se harmonizar com semelhante concepção de democracia.

Defende Ely o utilitarismo, porquanto uma teoria "utilitária" de democracia produz um tipo de controle de constitucionalidade que é mais rico no respeitante ao tema da igualdade do que aquele produzido por uma teoria de democracia voltada para uma "igualdade" pura, que se satisfaz com dar a cada qual um voto (nessa passagem, Ely

[21] Cf. Ely (1996, p. 9-11). No tocante ao seu posicionamento de que uma concepção autenticamente democrática não admite a imposição da geração de leis de um certo tipo, em virtude das diferenças entre as pessoas e, por conseqüência, entre os produtos da democracia, e ainda a propósito do tom formalista de sua teoria voltada para a garantia de participação política e não para a imposição de "valores sociais fundamentais", há que não olvidar que o positivismo relativista, na percepção de Hans Kelsen, propiciaria à pessoa a tomada de consciência de que a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça adotada como base do seu juízo de valor, ocasionando, como resultado, a possibilidade de respostas variadas e distintas. Cf. Kelsen (1998a, p. 114). É por isso que Hans Kelsen deixa assentado que uma teoria do direito positivista não sustenta a inexistência da justiça, mas que de fato são pressupostas muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si; e, principalmente, não contesta que toda ordem jurídica positiva pode ser apreciada ou valorada, conforme uma das diversas normas de justiça, como justa ou injusta, contudo insiste que tais critérios de medida possuem um caráter meramente relativo. Cf. Kelsen (1998a, p. 70). Por conseguinte, como entende ser a justiça uma idéia irracional e não poder subsistir justiça absoluta para um conhecimento racional, ele propugna ser esse problema insolúvel para o conhecimento científico. Abraçando, no atinente à questão do problema da justiça, um ponto de vista racional-científico, despido de caráter metafísico, e lembrando que existem muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, de forma que nenhum destes exclui a possibilidade de um dos demais, Kelsen (1998a, p. 17-18) afirma que "então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais". Ver igualmente: Kelsen (1966, p. 43). Na primeira parte de *O problema da justiça*, Hans Kelsen descreve e analisa diferentes normas de justiça constitutivas de valores – salientem-se aqui, como exemplos mais significativos, a fórmula do *suum cuique*, a regra de ouro, o costume, o meio-termo aristotélico, o princípio retributivo, o imperativo categórico de Kant, o princípio de justiça comunista formulado por Marx, o preceito do amor ao próximo, os princípios de justiça da liberdade e da igualdade e a noção platônica –, explorando suas contradições e procurando demonstrar que nenhuma delas pode ser tida como preferível em cotejo com as demais, a partir de uma escolha científica. Ele taxativamente refuta a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, optando pela afirmação apenas de valores relativos. Em derradeira análise, o autor identifica cientificidade com não-valoração, considerando de maneira não-valorativa uma teoria do valor de justiça. Cf. Kelsen (1998a, p. 16-66). Sobre as normas de justiça analisadas pelo jurista de Praga, ver também Kelsen (1998b, p. 1-25). Evidentemente, não há o intento de rotular Ely como kelseniano ou sua teoria como positivista, no melhor estilo do filósofo de Praga, o que não corresponderia à realidade e não faria jus à construção teórica de ambos. Deseja-se tão-somente destacar que o formalismo de Ely ostenta pontos em comum com o positivismo relativista de Hans Kelsen, sobretudo a respeito da compreensão do caráter relativo dos "valores fundamentais da sociedade". Igualmente o tipo de controle de constitucionalidade orientado para a participação não é incompatível com a concepção kelseniana sobre a democracia. Segundo Hans Kelsen, "uma teoria científica da democracia só pode sustentar que essa forma de governo tenta pôr em prática a liberdade juntamente com a igualdade do indivíduo e que, *se* esses valores devem ser postos em prática, a democracia é o meio apropriado", sendo que "a democracia é essencialmente um governo *do* povo", de feição que "a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia." (KELSEN, 2000, p. 142-143; 205).

lembra o famoso dito de John Stuart Mill: "[...] cada um deve contar por um, e ninguém por mais de um"). (ELY, 1996, p. 14, tradução nossa).[22]

Bate-se o autor contra a proteção judicial, pela Suprema Corte, de direitos que não podem ser encontrados na Constituição, que não são pré-requisitos para a participação política e que não figuram entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si. Para ele, os Estados Unidos são uma democracia exatamente porque, como sociedade, eles não acreditam que qualquer um deles tenha maior direito que qualquer dos outros deles para ditar o que é, enfim, importante. Então proclama o constitucionalista:

> Assim eu digo às cortes: Façam cumprir aqueles direitos que inspiraram suficiente consenso popular para obter um lugar no documento [constitucional]. Façam cumprir aqueles direitos que são necessários para nos deixar todos livres e igualmente registrar as nossas preferências. Façam respeitar para as minorias aqueles direitos que a maioria considerou próprios para lhe ser assegurados. Façam cumprir todos esses direitos com todo o vigor que vocês possam reunir. Mas, além disso, vocês simplesmente não têm direito algum em uma democracia – não mais que filósofos ou professores de direito ou qualquer outro – de dizer para o resto de nós que nós nos enganamos e que vocês sabem mais. (ELY, 1996, p. 16, tradução nossa).[23], [24]

No artigo escrito em 1986, intitulado *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, integrante do Capítulo 1 da obra *On Constitutional Ground*, Ely comenta os dispositivos entalhados no texto

---

[22] "[...] each is to count for one, and none for more than one".

[23] "Thus I say to courts: Enforce those rights that have inspired sufficient popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce for minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce all those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy – no more than philosophers or law professors or anyone else has – to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better".

[24] O doutrinador compara o juiz ao árbitro, cuja função é "to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the 'wrong' team has scored", isto é, "intervir unicamente quando um time está ganhando vantagem injusta, não porque o time 'errado' marcou". (ELY, 2001, p. 103, tradução nossa). Outra analogia a que recorre Ely é a de que a abordagem para a decisão judicial constitucional por ele apresentada assemelha-se a uma orientação para assuntos econômicos do tipo "antitruste" em contraste com aquela do tipo "regulatório", de maneira que, em lugar de ditar resultados substantivos, apenas intervém quando o "mercado", *in casu* o mercado político, está sistematicamente funcionando deficientemente. Para o autor, não é possível dizer razoavelmente que o governo está com "mau funcionamento" meramente porque ele algumas vezes produz resultados dos quais se discorda, conquanto fortemente, constituindo projeções equivocadas e ilusórias as pretensões de que o mesmo está alcançando resultados dos quais o "povo" discorda ou discordaria "se eles entendessem". Cf. Ely (2001, p. 102-103). O constitucionalista igualmente explicita o posicionamento de que a abordagem na *linha representation-reinforcing* designa para os juízes um papel que eles estão visivelmente bem situados para preencher, não tanto por uma questão de perícia, mas de perspectiva. Cf. Ely (2001, p. 102).

constitucional americano e no canadense, quanto à interpretação a ser dada à questão do *due process of law*. Conforme ele, no caso americano, o sentido da expressão é procedimental, embora reconheça que tal tenha muitas vezes sido interpretada de forma extensiva, com uma leitura substantiva – equivocada, na sua ótica. E, no caso canadense, o dispositivo correspondente, conquanto seja, e aí por seus próprios termos, razoavelmente suscetível de uma leitura substantiva, a melhor solução, ainda assim, também hermeneuticamente coerente, seria, de idêntica maneira, a leitura apenas procedimental.[25] Já em *Democracy and Distrust*, Ely sustentara que identificar "princípios de justiça fundamental" substantivos é, senão uma tarefa impossível, pelo menos uma a que as cortes não devem se dedicar, pois não devem revogar o ato de legislaturas popularmente eleitas. Consoante ele, deve ser afastada a tentação de dar um conteúdo substantivo a "princípios de justiça fundamental", isto é, de requerer não simplesmente que certos procedimentos sejam observados, porém igualmente que "princípios de justiça fundamental" substantivos sejam cumpridos.[26]

---

[25] Cf. Ely (1996, p. 18-24). Para uma análise aprofundada das características da interpretação constitucional nos dois países, ou seja, Canadá e Estados Unidos, ver Pollack (2003).

[26] Ver, *exempli gratia*, Ely (2001, p. 75; 102-103; 181). Na percepção elyana, as liberdades civis estão mais protegidas dentro de uma orientação de controle jurisdicional voltada para o processo e a participação política do que em uma lógica dirigida para a imposição judicial de "valores fundamentais da sociedade": "For reasons that are currently obscure, I went through a period of worrying that the orientation here recommended might mean less protection for civil liberties. (Of course it would deny the opportunity to create rights out of whole cloth: that is much of this point and strength. What I had in mind was the possibility that the *same* freedoms might systematically come out thinner if derived from a participational orientation than they would if protected on the ground that they are 'good'.) Reflection has convinced me that just the opposite is true, that freedoms are more secure to the extent that they find foundation in the theory that supports our entire government, rather than gaining protection because the judge deciding the case thinks they're important". No vernáculo, tem-se: "Por razões que são correntemente obscuras, eu passei por um período de preocupação de que a orientação aqui recomendada pudesse significar menos proteção para as liberdades civis. (Naturalmente, ela negaria a oportunidade de criar direitos de todo o tecido: isso é bastante deste ponto e força. O que eu tinha em mente era a possibilidade de que as *mesmas* liberdades sistematicamente resultariam mais fracas se derivadas de uma orientação voltada para a participação do que elas ficariam se protegidas sob o fundamento de que são 'boas'.) A reflexão me convenceu de que justamente o oposto é verdadeiro, de que as liberdades estão mais seguras à medida que elas encontram alicerce na teoria que sustenta o nosso governo como um todo, em lugar de lograr proteção porque o juiz decidindo o caso pensa que elas são importantes." (ELY, 2001, p. 102, tradução nossa). Dworkin, autor comumente citado, de maneira opositiva, por Ely, em seus escritos, exibe entendimento bastante diverso sobre o papel do juiz – Hércules: "A Constituição, afinal, é um tipo de lei, e Hércules tem seu jeito de lidar com as leis. Interpreta cada uma delas de modo a, considerados todos os aspectos, fazer seu histórico chegar ao melhor resultado possível. Isso exige julgamentos políticos, mas estes são especiais e complexos e, de modo algum, iguais aos que faria se estivesse votando uma lei a respeito dos mesmos problemas. [...] Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica." (DWORKIN, 1999, p. 453-454). E mais: "Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais conscienciosо sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. [...] Mas, se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial." (DWORKIN, 1999, p. 476). Acerca da discussão de Dworkin sobre se os

3. A crítica à teoria

Sobre a teoria procedimentalista elyana, discorre Barbara Perry:

> Fortalecendo a análise de Ely da maior parte da interpretação constitucional está a sua assim chamada doutrina do processo, proposta assaz completamente em seu livro de 1980. Oferecida como um critério para circunscrever o controle jurisdicional desagrilhoado, Ely postula que os juízes devem unicamente exercitar o seu derradeiro poder sobre a prerrogativa legislativa em casos envolvendo questões de participação política (particularmente por minorias marginalizadas) e não determinar os 'méritos substantivos da escolha política sob ataque' (1980, 181). Esta doutrina o leva a rejeitar a jurisprudência orientada para o resultado, com as suas inevitáveis conseqüências impostas judicialmente, carregadas de valores, quer se origine na esquerda ou direita do espectro político. Conseqüentemente, ele é tão contrário à decisão LOCHNER de 1905, quanto à decisão de 1973 em ROE, porque ambos os casos descobrem 'direitos' fantasmas no pretenso componente substantivo da cláusula do devido processo. (PERRY, 1997, tradução nossa).[27], [28]

Demonstra Habermas (1997, p. 326-330) simpatia por essa perspectiva procedimentalista, reconhecendo-lhe os méritos, embora não chegue exatamente a dela comungar. Em sua visão, o tribunal constitucional necessita examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Pelo prisma do doutrinador alemão, que defende que somente as condições processuais da gênese democrática das leis garantem a legitimidade do direito, esta concepção procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição, motivo pelo qual considera a discussão americana, por esse ângulo, mais fecunda que a alemã. Como exemplo, Habermas refere Ely, cujo ponto de vista cético buscaria aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely, observa o filósofo germânico, parte da idéia de que a Constituição americana regula, em primeira ordem, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais, de modo que a

juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, ver Dworkin (2000, p. 3-39).

[27] "Undergirding Ely's analysis of most constitutional interpretation is his so-called process jurisprudence, propounded most fully in his 1980 book. Offered as a criterion for circumscribing unfettered judicial review, Ely posits that judges should only exercise their ultimate power over legislative prerogative in cases involving questions of political participation (particularly by marginalized minorities) and not determine the 'substantive merits of the political choice under attack.' (1980, 181). This doctrine leads him to reject result-oriented jurisprudence, with its inevitable judge-imposed, value-laden outcomes, whether it originates on the left or right of the political spectrum. Consequently, he is as opposed to the 1905 LOCHNER decision as he is to the 1973 ruling in ROE because both cases discover phantom 'rights' in the alleged substantive component of the due process clause".

[28] Trata Ely (1996) especificamente da questão do chamado "devido processo substantivo" no Capítulo 8.

substância dessa Constituição não residiria em regulamentos materiais, e sim formais. Como resultado, se cabe à Suprema Corte zelar pela manutenção da Constituição, ela deve, "*em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legislativa do processo democrático", tendo em vista que o tribunal precisa adotar precauções, para que "permaneçam intactos os 'canais' para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza".[29]

Em *Democracy and Distrust* e *On Constitutional Ground*, Ely, além de sua defesa apaixonada de uma interpretação constitucional alicerçada no processo e não em "valores sociais fundamentais", desenvolve uma teoria algumas vezes conhecida como "nós-eles" *("we-they" theory*), denotando que as classificações das quais as cortes deveriam mais suspeitar seriam aquelas que favorecem grupos que são dominantes na legislatura, ou seja, classificações que favorecem, no caso americano, brancos, homens, protestantes, heterossexuais ou, dito de outra forma, classificações que favorecem aqueles possuidores de qualquer característica compartilhada por muitos membros da legislatura, em virtude da tendência das pessoas, quiçá inconsciente, de aceitar generalizações que as tranqüilizem de que os grupos aos quais pertencem são superiores.[30]

Capta Habermas com propriedade essa face da teoria elyana, de preocupação com a proteção das minorias:

> Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente *do ponto de vista do conteúdo*. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político formado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas. (HABERMAS, 1997, p. 327-328, grifo do autor).

[29] Cf. Habermas (1997, p. 326-327).

[30] Ver Ely (2001, p. 145-170). Ver igualmente Ely (1996, p. 271-272).

No sentir de Sheldon Pollack, Ely persegue um meio-termo entre a impraticabilidade do originalismo e as perigosas conclusões inferidas por um realismo judicial que declara que o texto significa unicamente o que a Suprema Corte diz que significa. Contudo, firma o primeiro, sustentar semelhante meio-termo é uma tarefa difícil. Por um lado, Ely admitiria a impossibilidade teorética do interpretativismo estrito; por outro, ele concluiria que a natureza ampla, sem limites fixos, de partes do texto convidaria e justificaria o exercício de arbítrio judicial na aplicação de critérios constitucionais. Portanto, Sheldon Pollack assim analisa, criticamente, a linha adotada por Ely: "Enquanto altamente crítico da Suprema Corte dos Estados Unidos pela espécie de controle jurisdicional exercida nos assim chamados casos de privacidade, a própria leitura de Ely da linguagem irrestrita no texto tende a sustentar a mais ruidosa abordagem não interpretativista da Corte" (Pollack, 2003, p. 19, tradução nossa). [31,32] Ainda conforme o mesmo autor, Ely, a fim de se desembaraçar desse pântano de escolhas entre pontos de vista de interpretação textual rivais, admite que o problema é realmente o de apropriadamente determinar o papel da Suprema Corte como uma instituição política. Este sugeriria redefinir o papel da Suprema Corte como um tipo de supervisor da política eleitoral e *ombudsman* da democracia representativa. Todavia, ao fazê-lo, prossegue a crítica de Sheldon Pollack, Ely apresentaria pouca justificação para esta substituição em massa do republicanismo do século XVIII, que está no âmago do próprio documento constitucional, por uma democracia participativa igualitária.[33]

Já a crítica de Habermas exibe como alvo a discordância de Ely no atinente à interpretação conduzida por princípios, conquanto, por outro lado, o filósofo alemão patenteie que o fato de Ely necessitar pressupor a validade de princípios e recomendar à corte uma orientação por princípios procedimentais munidos de conteúdo normativo não implica que os princípios que baseiam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade careçam de complementação mediante uma teoria substancial dos direitos:

> Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar 'judicial self-restraint'. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo.

[31] "While highly critical of the U. S. Supreme Court for the kind of judicial review exercised in the so-called privacy cases, Ely's own reading of the open-ended language in the text tends to support the Court's most blatant non-interpretivist approach".

[32] Ainda anota Sheldon Pollack (2003, p. 19) que essa abordagem não interpretativista está distintamente em desavença com o tipo de controle jurisdicional exercido na busca do interpretativismo.

[33] Cf. Pollack (2003, p. 19).

> O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos [...]. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. (HABERMAS, 1997, p. 328-329) [34]

Também frisa Habermas que a sua conclusão quanto à necessidade de afirmação dos princípios tampouco conduz ao desaparecimento de outros argumentos para o enfoque cético com respeito ao tribunal. Registra o doutrinador germânico, em tom de concordância, que o ceticismo elyano "volta-se, com razão, contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade", a qual possui como fator alimentador "uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria", expressando tal interpretação que "uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais".[35]

4. Considerações finais

Não é, de fato, facilmente atingível o meio-termo proposto por Ely. E igualmente é verdade que a teoria elyana não prescinde, consoante Habermas, de uma orientação por princípios, ainda que procedimentais, quer o autor os identifique como princípios, quer não. No entanto, apesar de sua perspectiva excessivamente formal, sobriamente questionada pelo filósofo germânico, Ely põe à disposição das cortes uma opção coerente e até certo ponto original de interpretar a Constituição, assentando que sua abordagem procedimentalista tem como fundamento a autoridade da Carta Magna americana, do seu texto e contexto. Examina exaustivamente os seus dispositivos para propagar a sua tese de que ela se preocupa maiormente com questões de

[34] A propósito da posição do filósofo sobre a questão dos princípios, veja-se ainda a seguinte passagem: "Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras" (HABERMAS, 1997, p. 259). O comentário se refere ao positivismo.

[35] Cf. Habermas (1997, p. 329). E continua o filósofo, em acolhimento da oposição de Ely a uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, distinguindo os discursos jurídicos dos políticos: "De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem *substituir* discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos" (HABERMAS, 1997, p. 329-330).

processo, relacionadas com os direitos de acesso e de igualdade – maiormente, não exclusivamente –, e não com a imposição de valores ou princípios fundamentais consagrados por uma determinada sociedade, em determinada época, em caráter prevalente.[36]

Embora propugne que vários direitos não expressamente referidos na Constituição devam receber proteção constitucional em face do seu papel de preservar abertos os canais da mudança política,[37] é cristalino o seu entendimento de que as cortes não devem assumir uma posição que implique a usurpação da função das legislaturas e a conseqüente imposição de valores sociais, considerados fundamentais.[38] Se ele se aproxima de alguma corrente, é a do interpretativismo,[39] porém formulado em novos termos, inovadores termos, e não do não-interpretativismo,[40] como parece sugerir Sheldon Pollack.

Não lhe falta, deve ser notado, esforço de fundamentação para a asserção de que sua abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas. Quiçá pudesse ter mergulhado ainda mais profundamente no mar das origens da democracia americana, entretanto suas investigações parecem exibir força

---

[36] Ver Ely (2001, p. 88-104).

[37] Cf. Ely (2001, p. 172).

[38] Explica Nicole Wall (1980) acerca do pensamento elyano: "Interpretivism is judges's practice of ruling constitutional matters based upon what is explicitly outlined in the constitution. Noninterpretivism implies that judges may go beyond what is stated in the document in order to best interpret law. Ely critiques both, for he feels interpretists follow too closely the original intent of the Founding Fathers and noninterpretivists rely too heavily on the integration of personal values. However, both views, says Ely, are inconsistent with democratic theories of American government". Em português, registra-se: "O interpretativismo é a prática dos juízes de decidir matérias constitucionais com base no que está explicitamente delineado na constituição. O não-interpretativismo implica que juízes possam ir além do que está declarado no documento a fim de interpretar a lei da melhor maneira. Ely critica ambos, pois sente que os interpretativistas seguem muito rigorosamente o intento original dos Pais Fundadores e os não-interpretativistas fiam-se excessivamente na integração de valores pessoais. Contudo, ambas as perspectivas, diz Ely, são inconsistentes com as teorias democráticas do governo americano." (tradução nossa).

[39] A certa altura de suas reflexões, Ely confidencia: "On my more expansive days, therefore, I am tempted to claim that the mode of review developed here represents the ultimate interpretivism". A tradução é: "Nos meus dias mais expansivos, portanto, fico tentado a alegar que o modo de controle de constitucionalidade aqui desenvolvido representa o interpretativismo definitivo" (ELY, 2001, p. 87-88, tradução nossa).

[40] Quanto ao não-interpretativismo, cumpre consignar, todavia, que essa linha hermenêutica hoje dispõe de numerosos e fiéis seguidores, precisamente pelas razões combatidas por Ely. Leciona Eduardo Slerca sobre o entendimento de J. J. Gomes Canotilho: "Conforme lembrado por J. J. Gomes Canotilho, *as* correntes interpretativistas *consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos* [já que] *o papel do rule of law não pode transmutar-se ou ser substituída* [sic] *pela law of judges* [enquanto] *as* posições não interpretativistas *defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem 'valores e princípios substantivos' – princípios da liberdade e da justiça – contra atos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o 'projeto' da constituição*, terminando o fecundo autor por concluir que a posição não interpretativista amolda-se melhor à Constituição como sistema aberto de regras e princípios por ele defendido." (SLERCA, 2002, p. 65).

argumentatória suficiente para tornar a sua teoria procedimentalista coerente com sua tese de que é consistente com a teoria democrática, em qualquer de suas feições, que inspira as instituições americanas. A maior pedra no seu caminho aparentemente habita em outras searas: Ely parece partir da pressuposição questionável de que a sociedade ostenta um ponto ótimo de funcionamento, cabendo à Suprema Corte tão-somente atuar quando há empecilhos à democracia ou, em suas palavras, em casos de *malfunction* (mau funcionamento) no sistema.[41] É incontestável um determinado tom funcionalista em sua teoria, com suas implicações teórico-práticas. De qualquer forma, questionáveis ou não os seus pressupostos, isto não lhe tira os méritos de preocupação com uma interpretação constitucional que assegure a todos direitos de participação política e de igualdade e permita aos tribunais e, sobretudo, à Suprema Corte, o relevante papel de protetor das minorias, dentro de uma lógica procedimental. São esses méritos e virtudes que sobressaem da aplicação de sua teoria[42] a temas como a separação de poderes, a discriminação racial, o processo penal e o "devido processo substantivo", tornando Ely, na atualidade, um dos mais prestigiados constitucionalistas do universo jurídico americano e um jurista respeitado no mundo, com indubitáveis contribuições aos estudos de Direito Constitucional Comparado.

5. Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Original: *Law's Empire,* 1986).

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Original: *A Matter of Principle,* 1985).

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: A Theory of Judicial Review. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

ELY, John Hart. *On Constitutional Ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Interpretação constitucional*: a teoria procedimentalista de John Hart Ely. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário 101).

KELSEN, Hans. *A democracia.* Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[41] Ver Ely (2001, p. 103).

[42] Para um maior aprofundamento sobre a aplicação da teoria de Ely, ver: Ferro (2008, p. 51-105).

_____. Justicia y derecho natural. *Critica del derecho natural.* Trad. de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. (Original: *Le droit naturel*, 1959).

_____. *O problema da justiça.* Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. (Original: *Das Problem der Gerechtigkeit,* 1960).

_____. *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b. (Original: *What is justice?,* 1957).

PERRY, Barbara A. Review. *On Constitutional Ground* by John Hart Ely. Princeton: Princeton University Press,1996. 507 p. *The Law and Politics Book Review*, An Electronic Periodical Published by The Law and Courts Section of The American Political Science Association, v. 7, n. 2, p. 58-61, Feb. 1997. Herbert Jacob, Founding Editor. C. Neal Tate, University of North Texas, Editor. Disponível em: <http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/elyy96.htm>. Acesso em: 14 jul. 2002.

POLLACK, Sheldon D. *Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States* in Liberal Constitutionalism in Canada and the United States. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. Disponível em: <http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2002.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW. News. Sept. 2000. Prof. John Hart Ely Is 4th Most Cited Legal Scholar Ever; His Book Is Most Cited Legal Work Of Past 2 Decades. Disponível em: <http://www.law.miami.edu/news/92.htm>. Acesso em: 14 jul. 2002.

WALL, Nicole. Review. *Democracy and Distrust* by John Hart Ely. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). Disponível em: <http://web.syr.edu/~ntwall/review1.htm>. Acesso em: 14 jul. 2002.

Artigo recebido em: 13/11/2009
Artigo aprovado em: 29/04/2010

A RELIGIÃO ENTRE A PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O direito fundamental de professar, ou não, uma crença, tem-se mostrado essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade individual, permitindo que referenciais morais e espirituais atuem de modo concorrente no esboço de suas linhas estruturais. Direitos dessa natureza, em um Estado laico, como a República Federativa do Brasil, terminam por se defrontar, no âmbito dos poderes constituídos, com uma evidente tensão dialética entre a obrigação de proteger e a vedação de se integrar ao fenômeno religioso. O objetivo dessas breves linhas, assim, é identificar as situações em que essa tensão se manifesta de modo mais acentuado, com a consequente identificação de soluções de cunho harmonizador.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino religioso; liberdade de crença; objeção de consciência e religião.

ABSTRACT: The fundamental right of professing, or not, a faith, is essential to the full development of the individual personality, allowing moral and spiritual factors to act in a competitive way in the drawing of their structural lines. Rights of that nature, in a neutral State, as the Federal Republic of Brazil, end in confronting, in the extent of the constituted powers, with an evident dialectic tension among the obligation of protecting and the prohibition of integrating to the religious phenomenon. The objective of those brief lines is to identify the situations in that the tension arises in an accentuated way, with the consequent identification of solutions.

KEY WORDS: Religious teaching; freedom of faith; objection of conscience and religion.

SUMÁRIO: 1. Delimitação do plano de estudo. 2. Liberdade de consciência e de crença. 2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção. 2.2. Liberdade de crença e tratamento médico. 2.3. Objeção de consciência ao serviço militar. 3. As relações entre Estado e religião. 3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado. 3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. 3.3. O ensino religioso nas escolas públicas.

3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva. 4. Proposições conclusivas. 5. Referências bibliográficas.

1. Delimitação do plano de estudo

A evolução da humanidade tem demonstrado que o pleno desenvolvimento da personalidade individual e a harmônica convivência social, longe de estarem alicerçados em um padrão de pura juridicidade, são diretamente influenciados por referenciais de moralidade e de espiritualidade.

Apesar da universalidade que ostenta, a ideia de moral assume contornos eminentemente voláteis, apresentando conteúdo compatível com a época, o local e os mentores de sua densificação. É conceito mais fácil de ser sentido que propriamente definido, o que não afasta a constatação de que, no ambiente social, são formulados conceitos abstratos, que condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência em sociedade, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem-estar geral. É justamente a moral que aglutina tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson[1] tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.[2]

A espiritualidade, diversamente da moralidade, não reflete a mera aceitação de *standards* de bem comum, colhidos no ambiente social ou desenvolvidos a partir do livre juízo valorativo que cada indivíduo dotado de plena capacidade intelectiva pode realizar.[3] A espiritualidade, em verdade, encontra-se alicerçada em referenciais superiores, que agem na formação dos *standards* que direcionarão o pensar e o agir da pessoa humana, sendo por ele apreendidos, não propriamente criados. Esses *standards*, por sua vez, que têm reconhecida a sua imperatividade, importância ou mero valor a partir de um estado mental baseado na fé, vale dizer, na crença de sua infalibilidade e correção, apresentam inúmeras variações. O pluralismo conduz à necessidade de separação e individualização, de modo que cada conjunto de *standards* possa ser agrupado sob um designativo específico, permitindo o seu reconhecimento e, para aqueles que assim o desejarem, o seu acolhimento. É nesse contexto que surgem e se propagam as religiões, desenvolvendo-se à margem da razão, no plano da espiritualidade, e encontrando sustentação na fé.

---

[1] Cf. Bergson (1977, p. 34 e ss.).

[2] Cf. GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua Densificação. *In*: *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002.

[3] É a moral crítica a que se referia Hart (2001, p. 201).

Questões de índole religiosa costumam ser foco de incontáveis polêmicas em qualquer Estado de Direito e, no Brasil, não poderia ser diferente. A religião, ao ser vista com as lentes da juridicidade, assume feições bipolares: deve ser analisada tanto sob o prisma da pessoa humana, como sob a ótica do Estado. É justamente essa análise que permitirá seja aferido se há algum limite para a manifestação da fé individual e de que modo o Estado deve lidar com a laicidade, com o pluralismo religioso e com a proteção dos direitos individuais, valores de indiscutível relevância na modernidade.

O objetivo dessas breves linhas é identificar os limites e as potencialidades da relação triangular mantida entre pessoa humana, religião e Estado de Direito.

2. Liberdade de consciência e de crença

A Constituição brasileira de 1988, preservando a tradição republicana[4] e mantendo-se fiel aos valores acolhidos pela sociedade internacional[5] e pela maioria dos Estados modernos[6], dispôs, no inciso VI de seu art. 5º, que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".

Como projeção da racionalidade do ser humano, a liberdade de consciência assegura-lhe o pleno juízo valorativo a respeito de sua existência e do mundo em que está inserido. O indivíduo estabelece os seus próprios critérios de "bom" ou "ruim" e orienta as suas decisões de acordo com eles[7], tendo a dignidade afirmada com o reconhecimento de sua capacidade em formular juízos morais sobre suas ações e de direcionar a sua conduta de acordo com esses juízos.[8]

Em relação ao alcance da liberdade de consciência e à sua necessária coexistência com os demais valores protegidos pela ordem jurídica, o Tribunal Constitucional

[4] Constituições de 1891 (art. 72, § 3º); 1934 (art. 113, nº 5); 1937 (art. 122, nº 4); 1946 (art. 141, § 7º); 1967 (art. 150, § 5º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, §5º). No Império, face à adoção de uma religião oficial – a católica apostólica romana –, eram impostas restrições à manifestação pública de outras crenças: Constituição de 1824, arts. 5º e 179, nº 5.

[5] Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 22/11/1969 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 (arts. 5º, 1; e 12, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 18); e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16/12/1966 e promulgada pelo Decreto nº 592/1992 (arts. 18, 1; e 27).

[6] *Vide* Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, adotada em 1791; e Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 1 e parágrafo único); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 19; e 20); cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (1, d)); francesa de 1958 (preâmbulo, art. 2º); holandesa de 1983 (art. 6º, 2); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41); russa de 1993 (arts. 14, 2; 28; e 29, 2); suíça de 1874 (art. 49) e de 1999 (arts. 8º, 2; 15; e 72); e turca de 1982 (art. 15, 2); Declaração de Direitos da Virgínia (EUA) de 1776 (Seção 16); Declaração *Dignitatis Humanae* sobre Liberdade Religiosa, do Concílio Vaticano II, de 1965; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10).

[7] Cf. Starck e Schmidt (2008, p. 158).

[8] Cf. Favre (1970, p. 279).

Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)[9] teve a oportunidade de apreciar o seguinte caso: em certa área, vizinha à propriedade de um indivíduo protetor dos animais, eram realizadas caçadas, o que o obrigava, constantemente, a ver os animais mortos, afrontando desse modo os valores que vinha seguindo durante toda a sua vida. Por entender violada a sua liberdade de consciência (*Gewissensfreiheit*), pleiteou a paralisação daquelas atividades. O Tribunal, no entanto, não visualizou qualquer ofensa a esse direito fundamental, isto porque o protetor dos animais não era obrigado a tomar parte nas caçadas – elas não se desenvolviam em sua propriedade e, além disso, eram igualmente protegidas pela ordem jurídica, o que assegurava aos caçadores o direito de caçar. Observa-se, assim, que a consciência individual, ao romper o psiquismo e alcançar a realidade, deve coexistir com os padrões de juridicidade.

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia. A preocupação com a preservação da ordem pública, aliás, remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10).[10] A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé.

A respeito da liberdade religiosa, também assegurada pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, o *Justice* William Douglas[11] nela visualizava as seguintes facetas: nenhuma autoridade sectária deve ser investida do poder do governo; o governo não tem influência direta nos assuntos de nenhuma igreja; os cidadãos não são taxados por auxiliarem uma instituição religiosa e nenhuma igreja deve receber recursos públicos; as pessoas podem pertencer à igreja que desejarem, ou a nenhuma, e ninguém pode ser obrigado a participar de cerimônias religiosas, como o casamento; nas disputas internas entre segmentos da igreja, os juízes devem observar sua disciplina interna; escolas públicas não são agências de ensino religioso, não havendo razão para que o Estado não ajuste os horários das escolas de modo que os estudantes obtenham tal ensino em outro lugar; pais e crianças têm o direito de frequentar escolas privadas religiosas; o exercício de um ritual não pode ser imposto, pelo Estado, ao indivíduo, se isso caminha contra as suas convicções religiosas; a liberdade religiosa engloba os métodos convencionais e os ortodoxos, como o de

[9] *BvR* 2084/2005, j. em 13/12/2006, *in Neue Zeitschrifit für Verwaltungsrech,* 2007. p. 808.

[10] A Declaração *Dignitatis Humanae*, do Concílio Vaticano II, dispõe que a liberdade religiosa é um direito civil de todos os seres humanos, o que lhes assegura "[...] estarem imunes de coerção tanto por parte de pessoas particulares, como de grupos sociais e de qualquer autoridade humana" (nº 1); acrescendo-se que, "[...] em matéria religiosa, nem se obriga alguém a obrar contra sua consciência, nem se impede que atue em conformidade com ela, em ambiente privado ou público, só ou associado com outros, dentro dos limites devidos" (nº 2).

[11] Cf. Douglas (1966, p. 91-92).

distribuir literatura religiosa de porta em porta; o funcionamento de uma igreja não deve ser condicionado à concessão de licença ou ao pagamento de taxas ao Estado; a liberdade religiosa deve alcançar tanto aqueles que fundam sua crença em um ser supremo, como aqueles que a buscam na ética e na moral; o que pode configurar prática pagã para uma pessoa pode ser religiosa para outra, não sendo função do Estado realizar aferições dessa natureza, inclusive para fins punitivos.

A liberdade religiosa, em suas distintas formas de manifestação, sempre estará lastreada no ideal de tolerância, que antecede e dá sustentação à sua juridicidade. Essa constatação torna-se particularmente clara ao verificarmos a falibilidade humana na formação e na identificação da verdade, de todo acentuada em questões de estrita racionalidade, impossível de ser alcançada em relação ao que ultrapassa os liames da razão, como a fé e os distintos modos de manifestá-la.[12]

As liberdades de crença e de culto também trazem consigo um aspecto negativo ou, melhor dizendo, neutral, ínsito e indissociável de qualquer direito fundamental, que consiste justamente na possibilidade de não exercê-lo. A pessoa é livre para ter ou não uma crença, realizar ou não um culto. Nesse sentido, a Constituição andorrana de 1993 (art. 11, 1) tornou expresso o que nela já estaria ínsito, vale dizer, "a Constituição garante a liberdade de pensamento, de religião e de culto, e o direito de toda pessoa de não declarar ou manifestar seu pensamento, sua religião ou suas crenças".

Deve-se observar, ainda, que nem tudo aquilo que emana de um religioso ou de uma instituição religiosa deve ser indistintamente enquadrado sob a epígrafe da liberdade de crença ou do livre exercício dos cultos religiosos. Nesse sentido, pode-se mencionar o exemplo de uma igreja que faça soar seus sinos, por poucos segundos, a cada hora completa e, aos domingos, no início do culto religioso, por cinco minutos: enquanto a segunda conduta está nitidamente associada à liberdade de crença e culto, a primeira deles se distancia e se enquadra na cláusula geral de liberdade,[13] cujo potencial expansivo somente é limitado pela necessidade de resguardar os direitos alheios e de assegurar a integridade da ordem jurídica.[14] A lei, em qualquer caso, deve assegurar *a "*proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (CR/1988, art. 5º, VI), evitando seja afetada a integridade das instalações religiosas ou comprometida a transmissão dos dogmas que justificam a sua existência.

A correta compreensão da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ainda exige seja devidamente delimitado o seu objeto. Em outras palavras, essa liberdade alcança apenas a manifestação de fé e religiosidade ou também se projeta sobre as manifestações negativas a respeito do fenômeno religioso? É possível difundir os aspectos negativos das religiões e a crença de que o melhor é não ter crença alguma? Em um Estado pluralista e de acentuados contornos liberais, como sói ser a República Federativa do Brasil, a resposta positiva há de prevalecer. Uma verdadeira

[12] Cf. Vera Urbano (1971, p. 22-23).

[13] Constituição brasileira de 1988, art. 5º, inc. II.

[14] Cf. Starck e Schmidt (2008, p. 159).

liberdade religiosa somente poderá existir em estando presente a plena liberdade individual para adotar uma opção em matéria de fé; e isso somente será possível caso a pessoa receba todas as informações necessárias à formação do seu juízo de valor, o que, à evidência, pressupõe seja reconhecido o direito de alguém transmitir tanto as opiniões favoráveis, como as desfavoráveis, a respeito de uma religião.[15] O autor das críticas, no entanto, deve arcar com todas as consequências decorrentes do excesso de linguagem ou do vilipêndio de símbolos ou dogmas alheios, já que ultrapassam os limites do livre exercício do seu direito individual.

É importante observar que tanto a liberdade de consciência, como a de crença, podem permanecer adstritas ao denominado *forum internum*, vale dizer, ao plano puramente psíquico, ou estender-se ao *forum externum*, ocasião em que são exteriorizadas e entram em efetivo contato com a realidade. É justamente sob essa última ótica que a sua proteção jurídica adquire relevância prática.[16]

2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção

Como projeção direta de sua personalidade, toda pessoa humana desenvolve juízos valorativos que expressam sua forma de ver, situar-se e interagir no meio social, fatores estes que a individualizam enquanto ser racional e que merecem a proteção do Estado. A Constituição brasileira de 1988, como desdobramento necessário do pluralismo e da dignidade humana, que reconhece e protege, obsta que alguém tenha a sua esfera jurídica restringida tão somente por "motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política" (art. 5º, VIII).[17] Trata-se de garantia essencialmente direcionada ao pensar, não necessariamente ao agir, isto porque crenças ou convicções podem redundar em atos contrários à ordem jurídica (*v.g.*: a prática de um homicídio como parte integrante de solenidade religiosa), não eximindo o seu autor da responsabilidade pelos ilícitos que praticar.

Além de proteger a liberdade de crença e convicção, a ordem constitucional permite, igualmente, que qualquer pessoa deixe de cumprir deveres jurídicos de origem legal, genericamente impostos a todos, que colidam com a referida liberdade. Trata-se da denominada *objeção de consciência*, que, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de impedimentos de ordem axiológica que obstam a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões morais, filosóficas ou políticas, daí surgindo

---

[15] Cf. Ciáurriz (1984, p. 103-105).

[16] Cf. Starck e Schmidt (2008, p. 155).

[17] *Vide* Constituições: alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 2); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 11 19 e 131); cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (I, *d*)); holandesa de 1983 (art. 6º, 1); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41) e suíça de 1999 (art. 15); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), de 1789 (art. 10). No âmbito do Direito Internacional, *vide* a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 12, 2 e 3); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 18); e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 18, 2 e 3; e 27).

um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer a sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando um valor indissociável da personalidade humana.

Como necessário contraponto à objeção de consciência, dispôs a Constituição de 1988, também no art. 5º, VIII, que a sua invocação, com o correlato descumprimento de obrigação legal, poderá redundar em privação de direitos caso a pessoa se recuse "a cumprir prestação alternativa, fixada em lei." Com isso, busca-se preservar um referencial de igualdade nas relações com o Estado, evitando que determinadas pessoas, por cultivarem valores distintos aos de outras, sejam desoneradas de toda e qualquer obrigação legal. A prestação alternativa, que, a exemplo do dever jurídico original, deve ser necessariamente definida em lei, visa justamente a recompor esse referencial de igualdade, inicialmente maculado com a formulação da objeção de consciência.

É importante ressaltar que a objeção de consciência somente fará surgir a obrigação de cumprir a prestação alternativa caso a obrigação original que motivou a sua formulação tenha sido "a todos imposta". A generalidade da obrigação legal atua como verdadeiro pressuposto de sua própria imperatividade. Tratando-se, ao revés, de obrigação casuística, endereçada a pessoas perfeitamente individualizadas, não será possível impor qualquer privação de direitos àqueles que se negaram a cumpri-la. Aqui, não se terá propriamente "obrigação", mas, sim, "perseguição".

2.2. Liberdade de crença e tratamento médico

Em face da amplitude da liberdade de crença, que pode albergar variadas manifestações de fé, incluindo certos comportamentos que destoam dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente social, não será incomum a presença de situações de colisão com outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Esse quadro é particularmente delicado nas situações em que a pessoa padeça de patologia, congênita ou provocada por causas externas, e haja negativa de receber o tratamento médico que o atual estágio da técnica considera adequado.

Tratando-se de pessoa plenamente capaz de exteriorizar a vontade, há de prevalecer a autodeterminação, sendo possível que se negue a receber os tratamentos médicos que considere incompatíveis com a sua crença. A simplicidade dessa solução, no entanto, não se estende às situações em que estejamos perante pessoas que, em caráter definitivo ou temporário, sejam total ou parcialmente incapazes de exteriorizar a sua vontade, como as crianças e os alienados mentais. Nesse caso, questiona-se: podem os seus responsáveis legais, lastreados em bases religiosas, proibir que recebam certo tratamento médico? Esse questionamento, desde logo, suscita reflexões em torno da necessária salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem constitucional, como o direito à vida (CR/1988, art. 5º, *caput*) e à saúde (CR/1988, art. 196, *caput*), não sendo demais lembrar que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, [...]." (CR/1988, art. 227, *caput*).

Essa espécie de colisão, como soa evidente, será necessariamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, não comportando respostas definitivas em abstrato. Isto, no entanto, não impede sejam estabelecidas, previamente, duas pautas argumentativas, de caráter objetivo, que influenciarão na solução do caso concreto: (1º) a vida e, em certa medida, o gozo de um bom estado de saúde, são pressupostos necessários ao pleno exercício da liberdade de crença; e (2º) a autonomia da vontade, na hipótese aqui versada, é plena no plano pessoal e relativamente limitada em relação aos incapazes, já que sujeita a certos balizamentos jurídicos de caráter imperativo. A partir dessas pautas objetivas, pode-se afirmar que, nesses casos, a liberdade de crença jamais autorizará o comprometimento da vida, e que, em relação às intervenções médicas destinadas à cura de patologias menos graves, a resolução do caso concreto será influenciada pela existência, ou não, de tratamentos alternativos e pelas consequências deletérias que decorrerão da não realização do tratamento inicialmente indicado.

2.3. Objeção de consciência ao serviço militar

Objeção de consciência, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de fundamentos de ordem axiológica que impedem a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões filosóficas, religiosas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando esse valor indissociável da personalidade humana.[18]

Especificamente em relação à objeção de consciência no âmbito do serviço militar, a Constituição brasileira de 1988, no § 1º de seu art. 143,[19] estabelece alguns balizamentos de natureza pessoal, constitutiva, circunstancial e finalística à sua plena operatividade. No âmbito pessoal, a objeção de consciência somente pode ser formulada pelos alistados. Em termos constitutivos, exige-se que o imperativo de consciência decorra de "crença religiosa" ou de "convicção filosófica ou política", conceitos que acolhem praticamente todas as razões passíveis de serem invocadas, merecendo especial realce a "convicção filosófica", à qual pode ser reconduzido qualquer aspecto do pensamento humano. No plano circunstancial, tem-se que a recusa somente pode ser manifestada em "tempo de paz", previsão justificável na medida em que, em períodos de guerra, o que se encontra em jogo é a própria

[18] Um interessante resumo da linha evolutiva da objeção de consciência, em que se percebe uma intensa influência de fatores teológicos, pode ser obtido em VENDITTI, Rodolfo. *L'Obiezione di Coscienza al Servizio Militare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981. p. 6-36.

[19] Sobre a temática, *vide* as Constituições: alemã de 1949 (arts. 4º, 3; e 12a, 1); chilena de 1980 (art. 22); cubana de 1976 (art. 64); espanhola de 1978 (art. 30(2)); holandesa de 1983 (arts. 98, 3; e 99); italiana de 1947 (art. 42); mexicana de 1917 (art. 31, II e III); paraguaia (art. 113); peruana de 1993 (art. 78); portuguesa de 1976 (art. 276); russa de 1993 (art. 59, 3); suíça de 1999 (art. 59, 3); e venezuelana de 2000 (art. 53).

subsistência do Estado, que não pode ser comprometida em razão da prevalência de interesses individuais; trata-se de juízo de ponderação realizado, *a priori,* pelo próprio Constituinte. Por fim, no plano finalístico, restringe-se o emprego da objeção de consciência às "atividades de caráter essencialmente militar", o que afasta a possibilidade de recusa a atividades burocráticas ou essencialmente periféricas, como o atendimento em hospitais, sem qualquer contato com operações bélicas. Observa-se, nesse último caso, que a objeção de consciência do direito brasileiro possui maior potencial expansivo que a de outros sistemas, como o alemão, que restringe a formulação da *Kriegsdienstverweigerung* às situações em que seja exigida a utilização de armas (*Waffen*) – *GG* de 1949, art. 4º, 3.

Preenchidos os requisitos constitucionais, não há espaço para recusa à objeção de consciência. Isto, no entanto, não significa que o objetor esteja imune a todo e qualquer dever jurídico. Nesses casos, o que se verifica é a outorga de competência às Forças Armadas para que, na forma da lei (CR/1988, art. 143, §1º), atribuam-lhe um serviço alternativo, o qual, é importante frisar, não pode contrapor-se às razões que embasaram a própria objeção de consciência.

3. As relações entre Estado e religião: o caráter laico do Estado brasileiro

As relações do Estado com o poder espiritual têm sofrido alterações tão intensas quanto as variantes de espaço e tempo utilizadas para contextualizar a respectiva análise.

De um modo geral, os distintos modelos existentes podem ser enquadrados em uma das seguintes categorias: (1) Estado teocrático ou sacral, onde, eliminada qualquer possibilidade de pluralismo religioso, verifica-se a interpenetração entre Estado e poder espiritual na consecução do bem comum (*v.g.*: o fundamentalismo religioso no Iran e no Vaticano); (2) Estado proselitista, cuja característica essencial é não propriamente a confusão entre as figuras, mas a proteção e o enaltecimento de uma religião específica (*v.g.*: Estados ortodoxos); (3) Estado cooperativo, onde, apesar de reconhecido o pluralismo, o poder espiritual e o poder estatal apresentam pontos de contato (*v.g.*: no Reino Unido, o Chefe de Estado deve jurar fidelidade aos dogmas da igreja oficial, a anglicana, e ser, igualmente, o seu chefe); (4) Estado laico ou secular, que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais; e (5) Estado totalitário ateísta ou simplesmente ateu, que vê no poder espiritual objetivos incompatíveis com os do Estado, terminando por vedar as próprias práticas religiosas (*v.g.*: a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS).

A Constituição argentina de 1853, mesmo após suas sucessivas reformas, dispõe, no início do século XXI, que "el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico

romano" (art. 2º).[20] No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, em locais fechados, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico: no entanto, face à controvérsia em relação à representação diplomática brasileira no Vaticano, a Reforma de 1926 acrescentou o § 7º ao art. 72 da Constituição de 1891, tornando expresso que "[...] a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicava violação desse princípio". O preceito, nitidamente desnecessário – já que a manutenção de relações diplomáticas, por si só, já indica a separação entre os entes –, foi repetido nas Constituições de 1934 (art. 176) e 1946 (art. 196), sendo omitido nas demais.

Consoante o inciso I do art. 19 da Constituição de 1988,[21] é vedado ao Estado: (1) promover cultos religiosos; (2) manter templos religiosos; (3) estimular a prática de certa religião, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não; (4) estabelecer relações de dependência ou aliança com organismos religiosos, de modo que diretivas baseadas puramente na fé influam no delineamento de decisões estatais; ou (5) impor restrições ao exercício das demais religiões.[22]

Os limites da relação do Estado com a religião foram objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, apreciando a amplitude da neutralidade apregoada pelo direito constitucional (*GG* de 1949, art. 140 c/c Constituição de Weimar, art. 137, I), decidiu pela impossibilidade de serem afixados crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, prática que denotava a adesão ao cristianismo em detrimento das demais religiões livremente professadas.[23] Não obstante a similitude, nessa temática, da *Grundgesetz* alemã com a atual Constituição brasileira, cremos que a transposição desse entendimento para a nossa realidade exige alguns temperamentos. O primeiro deles consiste no fato de o cristianismo e, mais especificamente, o catolicismo, serem partes integrantes da tradição brasileira, daí decorrendo que a exposição da cruz pode ser vista como mera deferência a esse elemento cultural, em nada refletindo um comprometimento religioso por parte do Estado. O segundo indica que, no Brasil, o pluralismo religioso ainda não resultou numa rejeição socialmente relevante de certos símbolos que fazem parte da nossa tradição. O terceiro, por sua vez, aconselha que medidas dessa natureza, drásticas, e que naturalmente serão interpretadas como uma afronta à respectiva religião, decorram de uma reação social, vale dizer, da disseminação do sentimento de discriminação, junto às demais religiões, em relação à exibição de um símbolo característico do catolicismo. A questão, assim, não deve ser analisada puramente *in abstracto*, desconsiderando-se a realidade social.

---

[20] Cf. Bidart Campos (2006, p. 541).

[21] *Vide* as Constituições de 1891 (art. 11, inc. 2); 1934 (art. 17, II); 1937 (art. 32, *b*); 1946 (art. 31, II); e 1967 (art. 9º, II); como também a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 9º, II).

[22] *Vide* as Constituições: alemã de 1949 (art. 140 c/c art. 137, I, da Constituição de Weimar de 1919: '*Es besteht keine Staatskirche*'); andorrana de 1993 (art. 11, 3); belga de 1994 (art. 21, § 1º); russa de 1993 (art. 14, 1 e 2) e suíça de 1999 (art. 72, 2).

[23] *BVerfGE* 108, 282. Cf. JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*. 10. ed. München: Verlag C. H. Beck München, 2009. p. 153-154.

Rendemos homenagem, assim, à sensata advertência de Rui Barbosa[24]: "[n]ão basta compulsar a jurisprudencia peregrina: é mister aprofundal-a, joeirando os exotismos intransladaveis, para não enxertar no direito patrio idéas incompatíveis com as nossas instituições positivas".

A laicidade, é importante observar, raramente se apresenta em "estado puro", vale dizer, com ampla e irrestrita dissociação entre os poderes espiritual e estatal. No Brasil, por exemplo, são múltiplos os feriados embasados na fé católica (*v.g.*: o dia de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do País), isto sem olvidar a invocação de Deus logo no preâmbulo de nossa Constituição, o que, em "rigor técnico", configuraria clara afronta àqueles que negam a existência de Deus, como os budistas, ou que apregoam a existência de mais de um Deus, como os hindus. Nos Estados Unidos da América, do mesmo modo, lê-se, em sua moeda oficial, a inscrição "In God we trust". Nesses casos, o que se verifica não é propriamente a irrestrita adesão ao poder espiritual, mas, sim, uma forma de preservação dos valores sedimentados no ambiente social.

Ressalte-se, no entanto, que laicidade não guarda similitude com isolamento, sendo de todo aconselhável que o Estado estabeleça parcerias, com instituições religiosas, visando à consecução de objetivos comuns de interesse público. Essa possibilidade, no entanto, expressamente contemplada no inciso I do art. 19 da Constituição de 1988, não deve privilegiar religiões específicas por vias transversas. Qualquer aproximação do Estado à religião deve desenvolver-se com a observância de referenciais de igualdade, estando teleologicamente comprometida com a satisfação do interesse público.

3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado

Em períodos mais remotos, a religião era constantemente utilizada como referencial para o reconhecimento de direitos ou para a participação na vida política do Estado. A intensa expansão do Cristianismo transcendeu as questões religiosas, fazendo com que a religião católica, apostólica, romana exercesse total domínio no cenário político do Ocidente. Na Idade Média, os papas criavam e destruíam impérios, nomeavam e depunham imperadores. Estado e religião se interpenetravam de tal modo que se tinha por inaceitável uma dissociação entre as leis terrenas e as leis divinas, vale dizer, aquelas postas pela Igreja e pela interpretação que realizava da Bíblia. O fundamento do Estado era teológico, não teleológico: existia pela vontade de Deus e para servir a Deus. Como afirmou Coulanges[25]:

> Entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião. [...] A lei não se discute, impõe-se; não representa trabalho da autoridade; os homens obedecem-na por ser divina. [...]

[24] Cf. BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires. Do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 430. v. III.

[25] COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martín Claret, 2001. Livro IV. p. 77; 206-213.

> Era reconhecido como cidadão todo aquele que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. Renunciar ao culto seria renunciar aos direitos. (COULANGES, 2001, p. 77; 206-213).

A intolerância religiosa exacerbada, que conduziu à perseguição e à execução dos infiéis, e o redimensionamento do papel desempenhado pelo Estado conferiram novas nuances ao pensamento filosófico, que passou a prestigiar a individualidade de cada pessoa, atribuindo-lhe uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal. Esse movimento precipitou o reconhecimento da separação entre Estado e Igreja e assegurou a liberdade de culto, cujo caráter normativo foi adotado, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776 (art. 16). A Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, seguiu o mesmo caminho: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*. Também na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encampou a liberdade de culto: *nul ne droit être inquiete pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*. No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava como religião oficial do Estado a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico.

Na Constituição de 1988, o caráter laico do Estado é especialmente percebido pelo teor de seu art. 19, que veda ao Poder Público manter ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, estando igualmente impedido de embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Enquanto a liberdade de crença assegura a qualquer pessoa o direito de escolher livremente a fé que irá, ou não, professar, escolha esta que pode permanecer adstrita ao *forum internum* ou ser exteriorizada, alcançando o *forum externum*, a laicidade do Estado indica a impossibilidade de uma estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais. Ter-se-á o tratamento privilegiado de certa "fé" não só quando o Estado estimular a sua prática, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não, como, também, quando impuser restrições ao exercício das demais.

É importante lembrar que o caráter laico do Estado coexiste com a liberdade de crença. Essa constatação, em seus contornos mais basilares, indica que o Estado, conquanto não deva aderir a uma fé específica, deve permitir e proteger toda e qualquer manifestação de fé, mesmo nos bens de sua propriedade; isto, obviamente, se não for comprometida a ordem pública ou a liberdade de crença dos demais componentes do grupamento, o que inclui a liberdade de não professar fé alguma.

A questão, no entanto, pode assumir contornos mais delicados: digamos que um aluno e um professor de escola pública sejam proibidos de frequentar as aulas usando turbante, que seria um símbolo de sua fé e pureza espiritual. Quanto ao aluno, parece não haver maiores dúvidas de que foi violada a sua liberdade de crença,

exteriorizada de modo silencioso e perfeitamente compatível com o ambiente escolar. Já em relação ao professor põe-se um complicador: pode ele, enquanto servidor e representante do Estado, exteriorizar a sua crença na sala de aula? Diversamente ao que se verifica em relação ao aluno, que foi diretamente privado de um direito fundamental, no caso do professor, que está no efetivo exercício de uma função pública, constata-se uma aparente colisão entre a sua liberdade de crença e a neutralidade religiosa do Estado, do qual é legítimo representante em sala de aula. Ainda deve ser devidamente considerada a liberdade dos demais estudantes de não ter crença alguma (*negative Glaubensfreiheit*), o que reforça a necessidade de o Estado preservar a sua neutralidade. A identificação da efetiva existência da referida colisão, com as consequências dela decorrentes, exige seja previamente definida uma premissa fundamental: do fato de um único professor usar turbante (ou portar um cordão dotado de crucifixo) decorre a conclusão de que o Estado adota uma postura favorável à respectiva religião? A resposta, à evidência, é negativa. *In casu*, a crença professada, aos olhos de qualquer espectador externo, é integralmente atribuída ao professor, não ao Estado, o que bem demonstra que ele, a exemplo do estudante, foi igualmente aviltado em sua liberdade de crença.[26]

3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto

De modo correlato à garantia da liberdade de crença, que assegura a cada indivíduo o pleno juízo valorativo a respeito da fé que pretende, ou não, professar, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares, a Constituição de 1988, em seu art. 150, VI, *b*, conferiu imunidade tributária aos templos de qualquer culto, eximindo-os do pagamento de impostos. A *ratio* da norma constitucional parece clara: afastar embaraços ao exercício de um direito fundamental e, face à importância que ostenta no contexto social, estimular o seu desenvolvimento.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance subjetivo da imunidade contemplada no art. 150, VI, *b*, da Constituição de 1988. Apesar de não haver maiores dúvidas quanto à amplitude da expressão "templos de qualquer culto", o mesmo não pode ser dito em relação às atividades que serão enquadradas sob essa epígrafe. Em outras palavras, basta que uma associação autointitule-se "igreja" e possua espaços físicos denominados de "templos" para que, por via reflexa, suas atividades sejam consideradas cultos, incidindo a regra da imunidade tributária? A resposta, por certo, apresenta-se ínsita no próprio questionamento: vale dizer, na medida em que a ordem constitucional reconhece, separadamente, a "liberdade de associação" e a "liberdade de crença", decorrendo desta última a possibilidade de serem construídos "templos" a ela destinados, parece evidente que as figuras não se sobrepõem, mas, tão somente, tangenciam-se. Toda instituição religiosa será uma associação, mas nem toda associação terá fins religiosos, daí o necessário cuidado para que a *ratio* da norma constitucional seja preservada e uma possível fraude tributária evitada.

[26] Starck e Schmidt (2008, p. 155-156).

Os templos de qualquer culto consubstanciam o âmbito de desenvolvimento da liberdade de crença, da fé professada por certas pessoas, sendo dela indissociável. Nesse particular, o Tribunal Administrativo Federal alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) já teve oportunidade de reconhecer que associações cognominadas de "igrejas", que não professem fé a Deus ou a um ser superior (*v.g.*: Buda), destinando-se, unicamente, à crítica econômica ou social, não possuem objetivos religiosos, não sendo alcançadas pela liberdade de crença assegurada pelo art. 4º, I, da *Grundgesetz* de 1949.[27]

A segunda questão a ser enfrentada está relacionada ao alcance da imunidade tributária, exigindo seja definido se ela somente afastará a incidência de alguns impostos específicos ou se recairá sobre todo e qualquer imposto, com abstração do seu fato gerador. Na primeira hipótese, que se ajustaria à literalidade do art. 150, VI, *c*, da Constituição de 1988, somente seriam afastados os impostos incidentes sobre o prédio em que professado o culto; na segunda hipótese, por sua vez, seria afastada a literalidade do texto, entendendo-se pelo substantivo "templo" a própria instituição religiosa, o que alcançaria todo e qualquer imposto. Entre esses dois extremos tem-se a regra do § 4º do art. 150, que inclui no âmbito da imunidade "[...] somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades [...]" mencionadas na alínea *c* do inciso VI. Percebe-se, assim, que a imunidade, conquanto ampla, é limitada pela necessária correlação do fato gerador em potencial com as finalidades essenciais da instituição religiosa.[28]

3.3. O ensino religioso nas escolas públicas

Ao reconhecer a liberdade de crença e vedar que o Estado mantenha, estimule, subvencione ou restrinja o exercício de qualquer religião, a Constituição de 1988 delineou a sua laicidade. Em outras palavras, o Estado deve ser neutro: não pode existir uma "fé oficial" e não deve ser dispensado tratamento privilegiado a religiões específicas.

Laicidade, no entanto, não guarda similitude com o isolamento ou a desconsideração do relevante papel desempenhado pela religião na sedimentação do alicerce ético e moral de qualquer sociedade, o que torna particularmente clara a *ratio* do comando constante do § 1º do art. 210 da Constituição brasileira ("O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.").[29] Ao determinar a inserção do ensino religioso na grade curricular das escolas públicas de ensino fundamental, a ordem constitucional tem, como objetivo, o de orientar o jovem no exercício de sua liberdade de crença, permitindo o conhecimento da essência de cada religião e, consequentemente, a

[27] *BVerwGE* 90, 112, 116.

[28] O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que: (1) imóveis de instituição religiosa alugados a terceiros não são tributados pelo IPTU (STF, Pleno, RE nº 325.822/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 18/12/2002, DJ de 14/05/2004); (2) os templos de qualquer culto não estão imunes à contribuição sindical (STF, 2ª Turma, RE nº 129.930/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/05/1991, DJ de 16/08/1991).

[29] Constituições: alemã de 1949 (art. 7º (2, 3)); andorrana de 1993 (art. 20, 3); belga de 1994 (art. 24, § 1º, 3 e § 3º, 1); espanhola de 1978 (art. 27); holandesa de 1983 (art. 23, 3); mexicana de 1917 (art. 3º); peruana de 1993 (art. 22) e suíça de 1999 (arts. 63, 1 e 2; 66, *caput*, 1 e 2).

escolha da religião a ser professada. Ínsita na liberdade de crença, está a liberdade de não professar crença alguma, daí decorrendo o caráter facultativo desse tipo de disciplina, cuja relevância deve ser devidamente avaliada pelos pais em relação aos filhos menores (CR/1988, art. 229).

Como soa evidente, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser compatibilizado com a neutralidade do Estado, o que impede permaneça ele adstrito a uma ou outra fé específica, desconsiderando os contornos gerais do fenômeno religioso, suas origens e formas de manifestação. Assim, ou a disciplina permanece no plano geral ou é estruturada de modo a permitir a exposição dos traços fundamentais de cada uma das religiões existentes no ambiente sociocultural. Nesse particular, a *Grundgesetz* alemã de 1949, no inciso 3 do seu art. 7º, teve a preocupação de deixar expresso o que já estava implícito no sistema: sem prejuízo da supervisão do Estado, o ensino deve ser ministrado de acordo com os "princípios das comunidades religiosas" (*Grundsätzen der Religionsgemeinschaften*). Cada religião deve ter seus dogmas retratados com fidelidade, sem preconceitos ou proselitismos, o que é um claro indicativo da inviabilidade de um único docente, que professe ou simpatize fé específica, ser o responsável pela disciplina. Ainda segundo o paradigma alemão, "nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar instrução religiosa" (*Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verplichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen*), comando que é de todo compatível com a sistemática constitucional brasileira. Afinal, como exigir, por exemplo, que um cristão fervoroso explique aos seus alunos os alicerces do budismo, que apregoa a inexistência de um Deus, e os aspectos que, sob a ótica dessa religião, a diferenciam e a tornam mais densa que as demais?

A temática, como se percebe, é delicada, e exige muito cuidado na transposição do comando constitucional para a realidade, isto sob pena de o ensino religioso se transmudar em evidente proselitismo ou em instrumento de repulsa a religiões específicas. A melhor forma de contornar os obstáculos existentes consiste em contextualizar o ensino religioso no plano histórico, retratando a importância das distintas religiões na evolução da humanidade. Com isso, o Poder Público evita admitir docentes a partir de critérios religiosos e, principalmente, afasta o risco de que o ensino religioso se transmude em proselitismo.

3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva

A liberdade religiosa pode ser concebida em duas perspectivas, uma intrínseca, a liberdade de crença, inerente à intimidade do ser humano, e outra extrínseca, afeta à liberdade de culto, momento em que ocorre a exteriorização da fé. Enquanto a liberdade de crença pode permanecer confinada aos setores mais recônditos da personalidade humana, de modo que o seu exercício sequer seja conhecido por aqueles que convivem com a pessoa no ambiente social, com a liberdade de culto não ocorre o mesmo. Acresça-se que o culto, conquanto possa ser realizado no plano puramente individual, permitindo que a pessoa humana, isoladamente, exteriorize a sua fé, o mais natural é que manifestações dessa natureza sejam realizadas coletivamente, sendo conduzidas por sacerdotes devidamente qualificados.

Ao assegurar, no inciso VII de seu art. 5º, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, a Constituição de 1988 buscou criar as condições necessárias à plena operatividade da liberdade religiosa.[30] Afinal, a sua face extrínseca, a liberdade de culto, seria comprometida com as inevitáveis restrições que caracterizam estabelecimentos dessa natureza. O comando constitucional ainda traz consigo outra funcionalidade: a de estimular a aceitação do apoio religioso, contribuindo para a reconstrução psíquica e espiritual de todos aqueles que se encontrem internados. Confina-se o corpo, liberta-se a mente.

A assistência religiosa, no entanto, deve compatibilizar-se com o caráter laico do Estado brasileiro, o que impede que algumas religiões sejam privilegiadas em detrimento das demais. O mais aconselhado, assim, é que seja permitido o acesso, observadas as normas necessárias à garantia da segurança e da disciplina internas, dos representantes das distintas religiões existentes, de modo que os internos que já professam uma fé possam continuar a professá-la, e aqueles que assim o desejem possam iniciar a sua trajetória e exercer livremente a crença que venham a escolher. A forma e os limites dessa assistência serão definidos pela legislação infraconstitucional,[31] que não pode, como soa evidente, destoar dos contornos básicos dessa liberdade constitucional.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.982/2000 assegura aos religiosos de todas as confissões, respeitadas as normas internas de segurança (art.2º), o direito de acesso aos estabelecimentos de internação coletiva, estando o apoio espiritual condicionado à aquiescência dos internados ou, no caso de doentes que não estejam no gozo de suas faculdades mentais, à aquiescência dos seus familiares (art.1º).

Na sistemática anterior, dispunha a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º) que: "[s]em caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais." Como se constata, com o advento da Constituição de 1988 não persiste a exigência de que a assistência seja prestada por "brasileiros", corolário lógico da amplitude dos direitos fundamentais que o art. 5º, *caput,* reconhece aos estrangeiros. Acresça-se, ainda, que a supressão da autorização para que a assistência religiosa seja prestada "às forças armadas e auxiliares" em nada se confunde com uma espécie de silêncio eloquente, vedando seja tal autorização conferida pela legislação infraconstitucional. Afinal, a funcionalidade dessa assistência

---

[30] *Vide* as Constituições de 1934 (art. 113, nº 6); 1946 (art. 141, § 9º); 1967 (art. 150, § 7º) e a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º). No direito comparado, podem ser mencionadas as Constituições: alemã de 1949 (art. 4º); argentina de 1853 (art. 14); cubana de 1976 (art. 54) e italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20).

[31] *Vide* Lei nº 6.923/1981 (dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas forças armadas); Lei nº 7.210/1984 (institui a Lei de Execução Penal – art. 24); Lei nº 8.069/1990 (dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – art. 124, XIV); e Lei nº 9.982/2000 (dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares).

é assegurar a materialização da liberdade de crença afeta a todo e qualquer ser humano, inclusive aqueles em serviço junto às Forças Armadas, isto sem olvidar a sua plena compatibilidade com o ambiente militar, fortalecendo espiritualmente pessoas que vivem sob intensa pressão. Tal, no entanto, não significa possa o Estado brasileiro contratar e remunerar religiosos de crenças específicas (*v.g.*: os capelães militares) para prestar esse tipo de atendimento às custas do erário: além de violar a laicidade do Estado, medidas dessa natureza terminam por privilegiar certas religiões em detrimento de outras e a comprometer o pleno desenvolvimento da liberdade de crença, já que o militar somente terá acesso à religião professada pelo sacerdote contratado pelo Poder Público.

4. Proposições conclusivas

1) A liberdade religiosa é necessariamente balanceada pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a coexistência das distintas formas de manifestação da espiritualidade, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas essas manifestações podem expandir-se livremente, sem qualquer censura.
2) A liberdade religiosa alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião.
3) A liberdade religiosa não pode chegar ao extremo de comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade.
4) O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel-moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais religiões.
5) Devem ser aceitas manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (*v.g.*: utilização de crucifixos, turbantes etc.), mesmo no exercício da função pública, tão somente enquanto tais manifestações não forem vistas como a postura oficial do Poder Público.
6) O ensino religioso, nas escolas públicas, deve prestigiar a abordagem histórica, sem proselitismo.
7) A assistência religiosa, nos estabelecimentos de internação coletiva, deve preservar a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível com a ordem constitucional a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade.

5. Referências bibliográficas

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira* – Do Poder Executivo. Homero Pires (Org.). São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. v. III.

BERGSON, Henri. *The Two Sources of Morality and Religion*. Tradução R. Ashley Audra, Cloudsley Brereton, W. Horsfall Carter. 1977. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitucion Reformada*. Tomo I, 5. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2006.

CIÁURRIZ, María José. *La libertad religiosa en el derecho español* (Ley Orgánica de Libertad Religiosa). Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Pacto de São José da Costa Rica. Adotada em 22/11/1969 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 (arts. 5º, 1; e 12, 1).

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. Livro IV. São Paulo: Martín Claret, 2001.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 18).

DOUGLAS, William O. *The Right of the People*. 4. imp. New York: Pyramid Books, 1966.

FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*. 2. ed. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970.

GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua Densificação. *In: Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul. /set. 2002.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*. 10. ed. München: Verlag C. H. Beck München, 2009.

STARCK, Christian; SCHMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*. 2. ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.

VENDITTI, Rodolfo. *L'Obiezione di Coscienza al Servizio Militare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.

VERA URBANO, Francisco de Paula. *La Libertad Religiosa como Derecho da la Persona*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1971.

Artigo recebido em: 28/10/2009
Artigo aprovado em: 30/06/2010

BULLYING NA SALA DE AULA

IVONE PINGOELLO
UNESP
ivonepingoello@hotmail.com

MARIA DE L. MORALES HORIGUELA
UNESP
mlourdes@marilia.unesp.br

RESUMO: Este artigo expõe os resultados de pesquisa[1] sobre o comportamento adotado pelo aluno vítima do *bullying* em sala de aula. Nossos participantes foram 35 alunos de uma turma de 5ª série e onze educadores. A metodologia consistiu em observação em sala de aula; teste sociométrico e questionários para os educadores. Adotamos como categoria base para o registro dos comportamentos as referências da pesquisadora Fante. Os resultados parciais revelaram uma clara associação dos comportamentos adotados pelas vítimas típicas citados pela autora com os comportamentos registrados de dois alunos identificados como vítimas nas observações; o teste sociométrico revelou que ambos ocupam uma posição de isolamento nas escolhas afetivas e intelectuais. As respostas aos questionários revelaram que os educadores têm uma boa percepção dos conflitos e das exclusões existentes em sala de aula, porém não relacionam esses problemas com o *bullying* e não possuem uma orientação adequada para solucionar os conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: violência escolar; *bullying*; comportamento.

ABSTRACT: This article presents the results of the research about the behavior adopted by the students victim of bullying in the classroom. The participants were 35 students from the 5th grade and eleven teachers. The methodology consisted of classroom observation, sociometric tests and questionnaires to the teachers. One adopted as basic category to record the behavior the references of Fante. The partial

[1] Pesquisa realizada por ocasião dos trabalhos de dissertação intitulada "Descrição comportamental e percepção dos professores sobre o aluno vítima do *bullying* em sala de aula" do programa de Pós-Graduação em Educação, defendida na Universidade Paulista "Julio de Mesquita Filho" *campus* de Marília, SP, em 2009.

results showed a clear association of the behavior adopted by the typical victims researched with the behavior recorded from two students identified as victims in the observations; the sociometric test showed that both occupy a position of isolation on emotional and intellectual choices. The answers of the questionnaires revealed that the teachers have a good perception of the conflicts and exclusions that exist in the classroom, but did not associate these problems with the bullying and do not have an adequate guidance to solve the conflicts.

KEY WORDS: school violence; bullying; behavior.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Referencial teórico. 3. Metodologia. 4. Resultados. 5. Discussão. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A escola, que é um ambiente onde se consolidam as interações sociais entre crianças, tem sido palco de situações conflituosas e demonstrações de atitudes violentas entre alunos. Dentre essas atitudes, destaca-se o *bullying* que é caracterizado como uma variedade de comportamentos de maus-tratos adotados por um ou mais indivíduos em relação a outro, podendo ser de caráter físico e/ou psicológico. Estudos e pesquisas têm sido realizados com o intuito de desvendar a gênese desse problema e o entendimento de como ele se propaga para, com uma base científica, propor programas que o resolvam ou o minimizem. Algumas das conseqüências causadas pelo *bullying* são reações de estresse, baixo rendimento escolar, baixa auto-estima, pensamentos destrutivos, como a idéia de vingança, que pode ser exteriorizada contra a própria instituição e pensamentos e ações suicidas, como a mídia tem noticiado.

Nosso interesse voltou-se para este trabalho a partir de análises das conseqüências do *bullying* sobre o aluno e a constatação de que este fenômeno não é reconhecido como violência por alguns professores, mas sim como brincadeiras próprias da idade, contribuindo com o processo de naturalização da violência ocorrida nas escolas e a banalização do sofrimento das vítimas. Devido à falta de informações a respeito do assunto, o professor tem dificuldades em diagnosticar o *bullying* e, conseqüentemente, não irá adotar uma medida eficaz para seu combate e prevenção.

2. Referencial teórico

Os estudos sobre *bullying* são recentes, as primeiras pesquisas a respeito do fenômeno surgiram somente nas últimas décadas e o interesse sobre o assunto tem aumentado mundialmente. Olweus (1996), da Universidade de Bergen, Noruega, é citado como o primeiro pesquisador a realizar pesquisas específicas sobre o *bullying.*

No Brasil as primeiras pesquisas referentes ao fenômeno foram feitas pela Associação Brasileira de Proteção à Infância e ao Adolescente (ABRAPIA), sob a coordenação das professoras Aramis A. Lopes Neto e Lucia Helena Saavedra e da pesquisadora

Cleo Fante. Estas pesquisas revelaram que o *bullying* está presente nas escolas brasileiras, independente de sua localização, tamanho, séries atendidas, se são públicas ou privadas e o lugar indicado como de maior incidência do fenômeno foi a sala de aula (LOPES NETO & SAAVEDRA, 2003; FANTE, 2005).

O termo *bullying*, palavra de origem inglesa, foi adotado no Brasil por não existir outra palavra que abrangesse todo o seu significado. Traduzido, *bully,* como substantivo, significa valentão, brigão ou tirano e, como verbo, significa brutalizar, tiranizar, amedrontar, intimidar. Definindo, *bullying* é uma variedade de comportamentos de maus-tratos adotados por um ou mais indivíduos em relação a outro, podendo ser de caráter físico e/ou psicológico, caracterizado pela sua repetitividade e desequilíbro de poder, em que a vítima geralmente é de estatura, força física ou habilidade de defesa menor que o agressor, por isso é transformado em alvo; o agressor sabe que o aluno mais fraco não tem como revidar, como se defender e não tem quem o proteja de seus ataques, pois está certo de que, por medo de maiores represálias, a vítima não o denunciará. Esta dominação provoca no agressor um alto sentimento de supremacia e geralmente ele consegue atrair para seu grupo outros agressores que imitam suas atitudes, tanto com a mesma vítima como na busca de novos "bodes expiatórios" para suprirem suas necessidades de diversão e auto-afirmação. Quando a luta entre os alunos ocorre de igual para igual, não é caracterizado *bullying*, este fenômeno se descreve como um abuso de poder do mais forte sobre o mais fraco (ESTRELA; AMADO, 2000).

As atitudes agressivas não apresentam motivações evidentes e se manifestam por meio de insultos, intimidações, apelidos pejorativos, gozações que magoam, acusações injustas, implicâncias com alunos que apresentam comportamento, forma de se vestir ou um biótipo diferenciado, causando exclusão, danos morais, materiais e físicos. (LOPES NETO & SAAVEDRA, 2003; FANTE, 2005).

O *bullying* é classificado em direto físico, que consiste em bater, tomar ou estragar pertences; direto verbal, que consiste em insultos, apelidos pejorativos que ressaltam defeitos ou deficiências e atitudes de discriminação; indireto, que se refere à conduta de excluir alguém da turma por motivo de discriminação ou espalhar boatos como forma de destruir a reputação de alguém. (MARTINS, 2005). Uma das características que difere o *bullying* das demais formas de violência é sua repetição. Não se trata de um ato isolado, mas decorre de atitudes diárias de violência contra uma mesma vítima. Entre os gêneros, a ocorrência do *bullying* acontece com mais freqüência nos meninos. (BALDRY; FARRINGTON, 2000).

As vítimas podem apresentar características diferenciadas que, segundo Fante (2005) podem ser classificadas em:

Vítima típica: apresenta aspecto físico de sensibilidade, timidez, passividade, submissão, insegurança, baixa auto-estima, dificuldade de aprendizagem, ansiedade, aspecto depressivo e coordenação motora deficiente. Fisicamente é mais frágil que seus companheiros, tem medo de sofrer algum dano, de ser fisicamente ineficaz nos esportes

e nas brigas, tem dificuldades de se impor e não apresenta comportamento agressivo. Geralmente relaciona-se melhor com adultos do que com crianças de sua idade.

Vítima provocadora: é o aluno provocador, mas que não possui habilidades para lidar com as conseqüências de suas provocações. Briga quando é atacada, mas não consegue resolver a situação. Pode apresentar características de hiperatividade ou ser inquieta, dispersiva e ofensora.

Vítima agressora: é o aluno que transfere todo seu sofrimento para outro, reproduzindo as agressões sofridas em um aluno mais frágil que ele. Contribui com o aumento no número de vítimas.

Agressor: Poder ter a mesma idade ou ser mais velho que sua vítima, pode ser fisicamente maior, ser mais dinâmico nos esportes e nas brigas. Vangloria-se de sua superioridade, intimida, ameaça, domina e subjuga os outros alunos. Tem dificuldades em aceitar normas, irrita-se com facilidade e não aceita ser contrariado. É visto como o aluno mau, frio e antipático. Pode se envolver em condutas anti-sociais, como roubo, vandalismo e consumo de bebida alcoólica.

Espectador: é o aluno que testemunha todo o sofrimento da vítima, mas não tem coragem de denunciar por medo de represália dos agressores. Com medo de se transformar no próximo alvo, o aluno que testemunha as agressões tende a se afastar da vítima, contribuindo com o processo de exclusão. (FANTE, 2005, p.72).

O *bullying* é um problema difícil de solucionar e de ser detectado, visto que o aluno-vítima normalmente não denuncia as agressões por medo de sofrer represálias dos agressores ou por vergonha de expor aos pais ou professores os apelidos dos quais é chamado, de expor as humilhações que vem sofrendo e sua indefensão diante das agressões; o professor que não conhece o fenômeno não consegue perceber quando um aluno está sendo vítima. A dificuldade que o professor tem em identificar o *bullying* não se deve somente ao fato de não haver denúncia por parte da vítima, devemos considerar que a falta de uma formação continuada abrangendo o tema violência escolar, que dê suporte ao professor no atendimento aos conflitos ocorridos em sala de aula, dificulta o discernimento entre violência e brincadeiras próprias da idade. Além disso, em sua atuação diária, cada professor lida com um grande contingente de alunos, o que dificulta o atendimento individualizado e prejudica a adoção de medidas adequadas para a solução e prevenção do problema (MARRIEL, 2006).

Diante dessa dificuldade, Fante (2005) cita alguns comportamentos próprios de alunos vítimas, formuladas por Olweus (1996), que podem ajudar a identificar quando um aluno está sendo vítima do *bullying* na escola. Os professores devem ficar atentos se: durante o recreio a criança está frequentemente isolada do grupo ou procura a companhia somente de adultos; na sala de aula demonstra insegurança ou ansiedade e dificuldade em falar diante dos demais alunos; nas atividades em grupo é o último a ser escolhido; nas tarefas escolares apresenta um desleixo gradual, demonstra fisionomia deprimida, aflita ou contrariada; apresenta contusões, feridas, cortes,

arranhões ou roupa rasgada sem uma causa natural; falta às aulas com freqüência; seus pertences escolares sempre somem. Os pais também devem ficar atentos a esses itens e observar se a criança freqüentemente tem, principalmente na parte da manhã, dores de cabeça, pouco apetite e tonturas, explosões de irritação, muda o humor de forma inesperada, inventa desculpas para não ir à aula, apresenta altos gastos na cantina, sempre pede dinheiro extra e não possui amigos fora da escola.

As conseqüências do *bullying* dependem das características individuais de cada aluno. Ter um bom suporte familiar que proporcione a ele segurança, autoconfiança e o ajude a manter um bom nível de auto-estima facilita a superação do trauma. Não devemos nos esquecer de que as principais vítimas são crianças, portanto, não possuem maturidade nem habilidade suficientes para lidarem com este sofrimento sozinhas. A falta de suporte familiar deixa a criança desorientada, entregue a seus pensamentos, que, em decorrência de repetidas humilhações, podem ser pensamentos negativistas, ocasionando queda na auto-estima, no auto-conceito e provocando comportamentos de fuga e não de enfrentamento dos problemas. Esta fuga constante pode gerar dificuldades de aprendizagem e queda no rendimento escolar, pensamentos de vingança e comportamentos agressivos ou depressivos, podendo desenvolver transtornos mentais e psicopatologias graves, que podem levar a um pensamento suicida (FANTE, 2005).

Deve-se levar em consideração também o isolamento social, que é nefasto e perturba o ajustamento psicossocial do indivíduo ao longo da vida (CARVALHO, 2006). As relações sociais bem sucedidas em sala de aula são vitais para o bom desenvolvimento intelectual e social do aluno; é de fundamental importância que o professor intervenha quando percebe que movimentos excludentes decorrentes do *bullying* ou de outras formas de discriminação estão ocorrendo em sala de aula. A percepção e a intervenção ficam limitadas na medida em que não se tem conhecimento sobre a forma como o *bullying* se apresenta e se propaga, fato que pode contribuir para a omissão de caso, para a sensação de impunidade dos agressores e para o sentimento de insegurança nos alunos.

3. Metodologia

A população de referência para o estudo foi composta por 35 alunos na faixa etária de 11 a 13 anos, matriculados em uma turma de 5ª série do ensino fundamental de uma escola estadual do Paraná e 11 educadores envolvidos com a turma pesquisada, sendo que dois ocupam o cargo de orientadores do período e nove são professores da turma; oito dos 11 educadores são do sexo feminino e três do sexo masculino, a faixa etária dos educadores variam de 30 a 50 anos de idade, todos possuem graduação na área em que atuam, um professor possui curso de especialização e mestrado e os demais possuem curso de especialização e a média de tempo exercendo a profissão é de 22,6 anos.

Os procedimentos adotados foram: observação comportamental em sala de aula, teste sociométrico e questionários para os educadores. Na observação foi

adotada a técnica de registro cursivo, utilizando para as anotações, o Protocolo de Observações, seguindo o modelo de Danna e Matos (2006), onde cada ato agressivo, seguindo a categoria de comportamentos adotados pelos agressores e vítimas do *bullying* citados por Fante (2005), foi anotado no Protocolo. Para a preservação da identidade do aluno, foram adotados códigos de identificações nos registros dos comportamentos. Ao final das anotações, os dados foram transcritos para a ficha individual para identificação do aluno vítima do *bullying*. Observando-se a repetição de atos agressivos sofridos por um mesmo aluno, este passa a ter um quadro próprio, em que é transcrita a ação sofrida, podendo ser verificada, então, sua freqüência ou não, caracterizando assim, se aquele aluno pode ou não ser considerado uma possível vítima. As observações foram divididas em duas etapas: na primeira etapa o objetivo foi identificar a vítima, portanto, todos os alunos foram observados; na segunda etapa, as observações voltaram-se apenas para os alunos identificados como possíveis vítimas do *bullying* com o objetivo de confirmar os dados colhidos na primeira etapa e descrever o comportamento adotado por esses alunos.

O teste sociométrico, desenvolvido por Moreno (1992), que o define como "[...] um instrumento que examina estruturas sociais através da medição das correntes de atração e repulsa que existem entre indivíduos em um grupo" (Moreno, 1992, p. 195), teve como objetivo verificar se o aluno vítima do *bullying* é excluído dos círculos de amizades. Após o teste, pudemos perceber a posição ocupada por cada integrante do grupo. Seguindo as definições de Saravali (2005), essas posições podem ser: isolada é a pessoa que não escolhe nem é escolhida por ninguém; rejeitada é a pessoa que não é escolhida por ninguém ou é escolhida apenas pelos membros com quem se relaciona; estrela ou líder é o membro que possui várias escolhas; o par acontece quando há escolha mútua entre dois membros do grupo e não há outras ligações; o triângulo ocorre quando o par quebra sua vinculação a partir da aceitação de um terceiro membro; ilha ou "panela" são pessoas do grupo que se relacionam, mas permanecem isoladas dos demais (SARAVALI, 2005, p. 70). Para a aplicação do teste, utilizamos o modelo de Saravali (2005), que consiste em solicitar ao aluno que escreva em uma folha de papel o nome de dois colegas com os quais gosta de brincar na hora do intervalo, o que representa a escolha afetiva, e o nome de dois colegas com os quais gosta de fazer as atividades em sala de aula, o que representa a escolha intelectual; assim, cada aluno teve a oportunidade de escolher quatro nomes. Os dados colhidos foram transferidos para uma folha sociomatriz e depois para o sociograma, gráfico que revela as estruturas de escolhas, rejeição e neutralidade. Sendo quatro as opções de respostas, quatro gráficos foram montados.

O questionário para os educadores, contendo 26 questões, teve como objetivo verificar qual a percepção que eles têm a respeito do *bullying***.** O questionário foi dividido em três partes: a parte A foi destinada a questões inerentes às características pessoais dos educadores; a parte B refere-se a questões sobre os problemas, comportamentos e relacionamentos entre os alunos da turma pesquisada; a parte C destina-se à opinião pessoal dos educadores a respeito do tema proposto.

4. Resultados

Foram observadas 46 horas/aula; dos 35 alunos observados na primeira etapa, oito estiveram envolvidos com episódios característicos de vítimas do *bullying* e continuaram sendo observados na segunda etapa. Destes oito alunos observados, dois alunos foram confirmados como vítimas de *bullying* e apresentaram comportamentos de vítimas típicas, conforme descrição de Fante (2005). Os alunos D7 e C3 foram alvos de insultos, apelidos pejorativos, atitudes de discriminação e de brincadeiras que humilham. Quanto ao comportamento, os alunos D7 e C3 ficam isolados dos demais alunos em sala de aula, não fazem questionamentos aos professores, são fisicamente menores que seus agressores, são submissos quando sofrem ataques, não apresentando reações de defesa, não apresentam comportamentos agressivos e, segundo notas apresentadas nos boletins escolares e relato dos orientadores e do vice-diretor da escola, apresentam baixo rendimento escolar. O diferencial entre os dois alunos é que D7 não toma iniciativas de contato com alunos da sala, já C3 apresenta comportamentos nos quais evidencia querer participar de atividades junto com outros alunos.

Os alunos C3 e D7 são também excluídos dos grupos de amizades, isso tanto no que se refere às escolhas afetivas como também às escolhas intelectuais. A aluna D7 ocupou a posição de isolada em todas as opções de escolha, fato que comprova seu isolamento social e também sua auto-exclusão. O aluno C3 ocupa uma única vez a posição de isolado, momento em que não escolhe e nem é escolhido por ninguém; nas demais opções, C3 aparece como rejeitado.

Quanto aos questionários, neste artigo optou-se por destacar as questões mais relevantes para a interpretação da percepção dos educadores sobre o *bullying*; as respostas dos orientadores são citadas separadamente por representarem uma visão que pode ser diferenciada da visão dos professores e serão apresentadas em forma de itens.

Questionados sobre o relacionamento entre os alunos, os orientadores responderam: existem grupos fechados, alunos individualistas e falta de respeito entre os alunos. As respostas dos professores foram: conversa em excesso provoca confusão entre os alunos; a indisciplina causa atritos entre eles; existem pequenos grupos em sala de aula que excluem os demais alunos; alguns alunos têm bons relacionamentos e alguns brigam entre si; o relacionamento entre os alunos depende do professor.

Em relação à existência ou não de alunos excluídos nesta série, os orientadores responderam que existem alunos excluídos dos grupos de amizades, 4 professores responderam que há alunos excluídos nesta turma, 4 responderam que não há alunos excluídos nesta turma, um professor deixou de responder esta questão.

As questões de número 4, 5 e 6 da parte B do questionário foram destinadas aos professores que responderam que havia alunos excluídos em sala de aula, os que responderam que não deveriam deixar estas questões em branco. Os motivos da exclusão foram questionados àqueles que responderam que ela existia e as

respostas dos orientadores foram: existência de alunos repetentes, o que gera um desnível de faixa etária, e variedade de nível social. Respostas dos professores: comportamentos desregrados, falta de respeito, timidez, medo, indisciplina, auto-exclusão, brincadeiras de mau gosto, apelidos, xingamentos e intimidações.

Quanto ao comportamento adotado pelos alunos excluídos, os orientadores responderam: "Há os alunos que se sentem discriminados, apresentam complexo de inferioridade e se auto-excluem e existem os alunos que respondem a discriminação com agressão". Respostas dos professores: os alunos excluídos são pouco participativos, ficam calados, nem sempre estão à vontade em sala de aula, ficam isolados dos demais por serem indisciplinados, tentam aparecer o tempo todo.

Quanto à comparação entre o desempenho escolar dos alunos excluídos e não excluídos, os orientadores responderam que: "Os alunos excluídos se trancam em seu mundo interior obstruindo canais de aprendizado" e "A exclusão gera desequilíbrio na turma e os excluídos, quando não fazem suas atividades, tarefas, provas, trabalhos, além de não mostrarem interesse, ninguém se oferece para ajudar, com isso seus rendimentos escolares ficam a desejar". As respostas dos professores foram: o rendimento do aluno excluído é mais fraco; o aluno excluído apresenta um mesmo desempenho e, às vezes, até um desempenho maior; alguns alunos excluídos apresentam o mesmo desempenho, outros não, está relacionado ao conhecimento e à maturidade.

Na questão 7 da parte B do questionário, foram sugeridos 15 comportamentos, dentre os quais os educadores deveriam assinalar os que eram percebidos com maior freqüência em sala de aula. Apresentamos no quadro abaixo os comportamentos sugeridos. Os números apresentados na coluna ao lado de cada comportamento correspondem à quantidade de vezes em que o comportamento foi assinalado.

Comportamentos	**Quant.**
Agressão verbal	10
Implicância	08
Desinteresse	07
Gestos ofensivos	07
Chamar um aluno por um apelido que o humilha	07
Empurrões	06
Exclusão de um aluno de um grupo de amizade	06
Arremessar objetos contra outro aluno	05
Danos aos objetos e móveis da sala	04
Agressão física	03
Intimidação (assustar, apavorar como meio de controle do outro)	03
Espalhar boatos maldosos	02
Extorsão (emprego de força ou ameaça para obtenção de um bem)	01
Agressão de vários alunos dirigida a um só aluno	01
Roubo	00

Quadro: Comportamentos que os educadores percebem com mais freqüência em sala de aula

Verifica-se no quadro que a agressão verbal é o comportamento de maior incidência observado em sala de aula, assinalada por 10 educadores; a implicância ocupa a segunda posição e na terceira posição estão o desinteresse, os gestos ofensivos e o ato de chamar um aluno por um apelido que o humilha. Vale ressaltar que estes comportamentos são citados como característicos de *bullying* se praticados de forma repetitiva contra uma mesma vítima (FANTE, 2005).

Quando questionados se já participaram de cursos preparatórios para a mediação de conflitos em sala de aula, os 2 orientadores e 3 professores responderam já terem participado e 6 professores disseram não terem participado de nenhum curso dessa natureza. Em relação ao conhecimento que possuem sobre o *bullying*, os orientadores responderam saber pouco sobre o assunto, 1 professor respondeu que sabe tudo, 7 professores responderam que não sabem nada e 1 professor respondeu "Não me interessa".

Como causas mais freqüentes para os comportamentos violentos adotados por alunos contra outros alunos em sala de aula, os orientadores responderam: injustiça social; exclusão; desníveis sociais; estrutura familiar (pais separados, falta de carinho, atenção e educação) e falta de religião. As respostas dos professores foram: problemas de estrutura familiar; quebra de valores; provocação entre os próprios alunos; maior valorização dos bens materiais e menor valorização do ser humano; falta de diálogo na família; perda de autoridade dos pais; modelo político de desonestidade; falta de ideal; falta de trabalho, saúde, educação, habitação e segurança; falta de limites dados pelos pais ou responsáveis; existência de alunos que querem aparecer, chamar a atenção.

Quanto às características dos alunos que sofrem exclusão dos grupos de amizades, os orientadores responderam: nível social; alunos com dificuldades de aprendizagem e "os bons alunos com facilidade de aprendizagem e que se tornam egoístas". Os professores responderam: aspectos físicos (defeitos físicos, raça, cor, bonito, feio); situação econômica; comportamentos (trejeitos, opção sexual, timidez, jeito de se vestir); alunos estudiosos; alunos quietos; alunos que apresentam defasagem de conteúdo e chamam a atenção por meio de brincadeiras.

Quanto aos procedimentos adotados pelos professores quando ocorrem comportamentos agressivos ou violentos, as respostas foram: procura resolver com diálogo; chama a atenção; leva ao conhecimento da orientação e supervisão ou direção da escola; ignora os comportamentos agressivos; evita o ócio dos alunos; faz advertências por escrito no livro do professor e se o comportamento insistir, chama os pais ou responsáveis; ameaça fazer ocorrência e encaminhar para a coordenação da escola. Quanto ao procedimento adotado diante de atos agressivos e violentos, os orientadores relataram processos idênticos: "Convidamos os alunos envolvidos a irem até à sala da coordenação para uma conversa, lavramos em ata e fechamos com um acordo. Quando há reincidência, telefonamos para os pais ou responsáveis para uma conversa. Se continuarem, levam uma advertência que fica na pasta do aluno".

5. Discussão

Os resultados revelam uma clara associação dos comportamentos adotados pela vítima típica do *bullying*, citados por Fante (2005) com os comportamentos registrados nas observações, adotados por dois alunos identificados como vítimas. Os alunos D7 e C3 são fisicamente menores que seus agressores e não reagem defensivamente quando são agredidos. Estas características são um dos indicadores do uso do poder e da força física para intimidar; quando esta diferença de poder não existe, segundo Estrela e Amado (2000), não podemos definir o problema como *bullying*, pois este é caracterizado como um desnível de poder entre agressor e vítima. O baixo rendimento escolar dos alunos D7 e C3, segundo as notas nos boletins e o relato dos orientadores e do vice-diretor da escola é citado por Fante (2005) como um indicativo de que algum problema pode estar ocorrendo na escola. No caso dos alunos D7 e C3, já existe a indicação de que ambos são alvos do *bullying*, portanto, uma análise mais detalhada deve ser feita para verificar se há outro motivo que pode estar correlacionado com o problema do baixo rendimento escolar desses alunos.

Quanto ao fato de D7 não ter iniciativas de contato com os outros alunos da sala, estar sempre de cabeça baixa e não fazer questionamentos com os professores, podemos sugerir, baseados nos relatos de Fante (2005) e Lopes Neto (2003), que este comportamento está relacionado ao fato de não querer chamar a atenção para si com medo de ser alvo de novas atitudes ofensivas, o que de certa forma prejudica o desempenho nas atividades propostas pelo professor, acarretando déficit na aprendizagem, pois as dúvidas sobre os conteúdos não são sanadas, não ocorre troca de informações, ficando assim, prejudicadas tanto as relações sociais como as intelectuais. Já o aluno C3, conforme registros de observações, tem iniciativas de conversas ou brincadeiras com os demais alunos, porém sem obtenção de êxito, sua atenção na sala de aula estava constantemente voltada para aqueles com quem gostaria de brincar. O medo e a fuga são citados por vários autores como motivos de baixo rendimento escolar, mas a constante busca por amigos não foi encontrada como motivo de desvio de atenção. Seja por medo, seja na busca de interações sociais, o fato é que a exclusão provoca um déficit em atenção em sala de aula, que pode estar voltada para defesa das agressões ou para tentativas de aceitação.

A questão da exclusão aparece tanto no registro das observações como nas respostas dos educadores, ainda que estes não tenham citado nomes, mas confirmaram a presença de alunos excluídos. O sociograma confirmou essa tendência. Todos os alunos da sala tiveram a oportunidade de quatro escolhas, duas afetivas e duas intelectuais, os alunos D7 e C3 não foram escolhidos em nenhuma das quatro opções. Esta exclusão, segundo Fante (2005), pode ter como motivo o medo dos demais alunos de serem as próximas vítimas ou de não quererem ser vistos na companhia de alguém que é considerado um “bobo” por alguns alunos.

Nos questionários, tanto os orientadores como os professores demonstraram afinidades na forma de perceber o relacionamento entre os alunos desta série. As respostas revelam que os educadores têm uma boa percepção dos conflitos

existentes em sala de aula e das exclusões dos grupos de amizades, quais os motivos destas exclusões e que estas geram déficit na aprendizagem, porém não identificam estes problemas com o *bullying*. Dos onze educadores, 6 responderam não terem participado de cursos sobre mediação de conflitos escolares, o que responde à falta de preparo nas intervenções necessárias para resolver o problema. Levando em consideração que estes educadores estão a 22,6 anos no exercício da profissão sem receberem a devida instrução, pode-se questionar sobre os métodos utilizados na contenção dos conflitos ocorridos em sala de aula. Se os métodos utilizados há mais de 20 anos fossem eficazes, com certeza os conflitos geradores da violência escolar já teriam sido erradicados das escolas.

6. Considerações finais

No contexto real em que atuam, os educadores são capazes de identificar características de *bullying* sem saber que o estão fazendo. Eles sabem os motivos das exclusões e dos conflitos, mas não os relacionam com o termo. Isso pode ser decorrente da falta de participação em cursos que abordem o tema. Em se tratando de *bullying* escolar, é imprescindível que o professor se sensibilize, que reconheça que é um problema e não simples brincadeiras de criança para, depois disso, aprofundar-se nas causas, conseqüências, métodos de prevenção, mediação e solução do *bullying* por meio de estudos e pesquisas para poder agir de forma adequada, distinguindo brincadeira de violência e agressor de vítima, tomando medidas que não sejam paliativas, mas que surtam efeitos a curto e longo prazo, proporcionando à vítima o sentimento de segurança e de respeito às suas diferenças e provocando no aluno agressor a consciência de que seus atos violam o direito à diferença e de que esta violação é passível de punição se não for contida.

Fazer com que o *bullying* seja reconhecido como um problema grave existente nas escolas é um grande desafio. Por isso, a maior contribuição que este estudo pode ter fornecido foi chamar a atenção dos profissionais da educação e da sociedade para um fenômeno que tem sido mascarado como brincadeira própria da idade escolar, mas que tem como finalidade a intimidação, humilhação e exclusão.

7. Referências bibliográficas

BALDRY, A. C.; FARRINGTON, D. P. Bullies e delinqüentes: Características pessoais e estilos parentais. Tradução: Cristina Maria Coimbra Vieira. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Coimbra: Ediliber, Ano 34, n.1/2/3, p. 195-221, 2000.

CARVALHO, R. G. G. Isolamento social nas crianças: propostas de intervenção cognitivo-comportamental. *Revista Iberoamericana de Educación*. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), n. 40/3, 2006. Disponível em: <http://www.rieoei.org/deloslectores/1435Gil.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2008.

DANNA, M. F.; MATTOS, M. A. *Aprendendo a observar*. São Paulo: EDICON, 2006.

ESTRELA, M. T.; AMADO, J. S. Indisciplina, violência e delinqüência na escola: Uma perspectiva pedagógica. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Coimbra: Ediliber, Ano 34, n.1/2/3, p. 249-271, 2000.

FANTE, C. *Fenômeno bullying:* como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. 2. ed. Campinas: Verus Editora, 2005.

LOPES NETO, A.; SAAVREDRA, L. H. *Diga não para o bullying*: Programa de Redução do Comportamento Agressivo entre Estudantes. Rio de Janeiro: ABRAPIA, 2003.

MARTINS, M. J. D. *Agressão e Vitimação entre Adolescentes em contexto escolar*: um estudo empírico. *Análise Psicológica*, v. 4, n. 23, p. 401-425, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v23n4/v23n4a05.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2007.

MARRIEL, L. C. et al. Violência Escolar e Auto-estima de Adolescentes. *Cadernos de Pesquisa*, v. 36, n. 127, p. 35-50, jan./abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742006000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 fev. 2008.

MORENO, J. L. *Quem sobreviverá?* Fundamentos da sociometria, psicoterapia de grupo e sociodrama. Tradução: Alessandra R. de Faria, Denise L. Rodrigues e Márcia A. Kafuri. Goiânia: Dimensão, 1992.

OLWEUS, D. Hostigamiento y vejaciones em la escuela: um programa de intervención. *Perspectivas*, v. 2, n. 2, p.133-139, jun. 1996. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001047/104709so.pdf#104609>. Acesso em: 08 jul. 2008.

SARAVALI, E. G. *Dificuldades de aprendizagem e interação social*: implicações para a docência. Taubaté: Cabral Editora, 2005.

Artigo recebido em: 29/06/2009
Artigo aprovado em: 02/08/2010

MOTINS DE FOME E POLÍTICA ALIMENTAR EM MINAS GERAIS NO SÉCULO XVIII

FLÁVIO MARCUS DA SILVA
Professor dos departamentos de História,
Direito e Administração da Faculdade de Pará de Minas – FAPAM

RESUMO: Neste artigo, o abastecimento alimentar nas Minas Gerais do século XVIII é analisado a partir de uma perspectiva político-jurídica. A análise das ordens que chegavam de Portugal, bem como da legislação de circunstância, promulgada de acordo com as necessidades coloniais, revela que a Coroa portuguesa e seus representantes na capitania mineira, diante da possibilidade da sociedade mineradora ser assolada por graves crises de subsistência, tentaram estabelecer um controle sistemático sobre o mercado de víveres, de forma a garantir uma provisão de alimentos a preços justos para os moradores dos centros urbanos. Analisando vasta documentação manuscrita do século XVIII, como bandos, editais, acórdãos, cartas régias e a correspondência de governadores e outras autoridades, o autor deixa para trás paradigmas como os da pobreza e da fome na área mineradora em razão da exclusividade da economia do ouro, e os de uma colonização levada "a ferro e fogo", caracterizada pela indiferença das autoridades metropolitanas em relação às necessidades da população da Capitania.

PALAVRAS-CHAVE: Minas Gerais; século XVIII; direito; poder.

ABSTRACT: In the present article, one analyses with a political-juridical perspective the food supply in the Province of Minas Gerais in the 18th century. Not only the orders from Portugal but also the circumstance legislation, promulgated according to the colonial necessities, were analysed. The analysis reveals that when the Portuguese Crown and its representatives in Minas Gerais realized the possibility of a severe subsistence crisis amongst the mining population, they attempted to establish a systematic control on the food market with the aim of guaranteeing food supply at fair prices to the inhabitants of urban centres. By analysing the wide array of manuscript 18th century documents such as publications, judgements, royal letters and the correspondence of governors and other authorities, the author broke paradigms such as poverty and hunger in the mining area due to the exclusivity of the gold-driven economy, and the paradigms of a colonization characterized by the indiference of the metropolitan authorities towards the needs of the people of the provinces.

KEY WORDS: Province of Minas Gerais; 18th century; law; power.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Motins. 3. O direito ao alimento. 4. Controle e estímulo. 5. A justiça local e o pequeno comércio. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Entre os anos de 1717 e 1719, o governador da Capitania de São Paulo e Minas do Ouro, Dom Pedro Miguel de Almeida Portugal, enfrentou uma séria ameaça à ordem nos principais distritos mineradores do centro-sul do Brasil. Considerado naquele momento a "galinha dos ovos de ouro" do império português, o rico território das Minas foi aterrorizado por uma série de notícias vindas do sertão do Rio São Francisco a respeito de um movimento rebelde contra o governador, liderado por alguns criadores de gado daquela região. Tais fazendeiros estariam se unindo para impedir a entrada de gado nas Minas, o que afetaria seriamente o abastecimento da região, já que a maior parte do gado de corte que chegava aos centros mineradores para a alimentação do povo vinha do sertão.

O principal líder desse movimento era Manuel Nunes Viana, um português já conhecido das autoridades coloniais por seu envolvimento na "Guerra dos Emboabas" (1708-1710), quando portugueses e paulistas se enfrentaram numa disputa pelas minas de ouro recém-descobertas. Dessa vez, o temor das autoridades era de que esse líder rebelde pudesse provocar nos centros mineradores um outro tipo de distúrbio social, conhecido entre os historiadores como *motim de fome*. Para as autoridades, a violência coletiva provocada pela falta de alimentos criaria nas Minas uma situação de instabilidade e insegurança que não só afetaria a cobrança de impostos, mas também atrairia invasores estrangeiros, conscientes das precárias defesas portuguesas no litoral. (SILVA, 2008, p. 106-118).

2. Motins

Em 1717, Dom Pedro Miguel de Almeida Portugal, 3º Conde de Assumar (1688-1756), foi nomeado pelo rei de Portugal, D. João V (1689-1750), para governar a turbulenta Capitania de São Paulo e Minas do ouro, recebendo a missão de manter a ordem entre os mineiros e garantir a arrecadação dos impostos devidos à Coroa portuguesa.[1]

Assim que chegou à região das Minas, em 1717, o recém-empossado governador teve notícia de que um rico fazendeiro do sertão, Manuel Nunes Viana, pretendia arrematar o contrato dos gados e carregações que vinham do sertão do Rio São Francisco para o abastecimento da região mineradora. Quem oferecesse a maior quantia em dinheiro

[1] Palco de uma série de revoltas contra a voracidade do fisco português nas duas primeiras décadas do século XVIII, a região das Minas pertenceu à Capitania de São Paulo até 1720. Naquele ano, o rei de Portugal criou a Capitania de Minas Gerais, com estruturas administrativa e fiscal próprias, organizadas com o objetivo principal de aumentar a arrecadação tributária para o império português.

à Coroa pelo contrato passaria a ser o contratador, com o direito de se apropriar dos impostos que pagavam tais mercadorias ao entrarem na Capitania. Porém, chegou ao conhecimento do governador que Manuel Nunes Viana estaria se utilizando de violência e intimidação para impedir que outras pessoas se lançassem com ele na disputa pelo contrato. Diante disso, o governador mudou a praça da arrematação da Vila de Sabará para a Vila de Nossa Senhora do Carmo (atual cidade de Mariana), onde havia instalado a sede do governo e sua residência. Acreditava o Conde que, com a sua presença, desapareceriam os temores que o fazendeiro queria inspirar.

Manuel Nunes Viana ficou sem o contrato, mas, para se vingar, voltou para a Barra do Rio das Velhas (região onde o Rio São Francisco se encontra com o Rio das Velhas, no atual norte de Minas Gerais), onde tinha suas fazendas, e mandou publicar uma ordem para que nenhum fazendeiro da região recebesse gado vindo do norte e do nordeste nas suas terras, onde era costume *andar alguns meses engordando antes de ser introduzido nas Minas*. Como era rico e influente naquela região, Manuel Nunes Viana não teve dificuldades em se tornar líder de um amplo movimento rebelde cujo objetivo principal, ao que tudo indica, era mostrar ao governador da Capitania que quem ditaria as regras naqueles sertões distantes não seriam os representantes da Coroa portuguesa. (ANASTASIA, 1998, p. 104-112).

Diante de tal situação, o Conde de Assumar escreveu ao ouvidor da comarca de São Paulo, Rafael Pires Pardinho, pedindo informações sobre o número de currais de gado no sul do Brasil e se era possível mandar vir às Minas de 18 a 20.000 cabeças de gado, pois só assim poderia o governador "[...] fechar os currais da Bahia [...] e castigar este régulo, pondo-o a ele de sítio como aqui nos quer fazer".[2] Nessa carta, nota-se que Assumar não tinha a mínima noção do estado em que se encontrava a pecuária no sul da colônia, pois como informa Caio Prado Júnior, é somente a partir da segunda metade do século XVIII que aquela região passa a contar economicamente; mesmo assim, segundo esse autor, "[...] a exportação de gado em pé não ia, ainda em princípios do século XIX, além de 10 a 12000 cabeças por ano, que se destinavam a Santa Catarina e Curitiba". (PRADO JÚNIOR, 1996, p. 204-205).

Em cartas enviadas ao Conde de Vimieiro, governador da Bahia, e ao ouvidor-geral da Comarca do Rio das Velhas, entre 1717 e 1719, Assumar pedia socorro, pois parecia não ter condições de colocar fim ao movimento liderado por Viana, sendo "[...] este o maior mal que se experimenta neste governo, por falta de tropas com que reprimir essas insolências".[3] Em uma carta ao Conde de Vimieiro, datada de 1718, Assumar referia-se à vulnerabilidade do poder na região das Minas diante do perigo de uma revolta popular causada pela falta de carne, porque "[...] este governo não tem meio nenhum com que reprimir um levantamento do povo, que daqui por diante será inevitável se Manuel Nunes

[2] CARTA do Conde de Assumar ao ouvidor da comarca de São Paulo. 13 de dezembro de 1718. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano V, 1900. p. 216.

[3] CARTA do Conde de Assumar ao Conde de Vimieiro, governador da Bahia. Oito de janeiro de 1719. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano III, 1898. p. 252-261.

puser aqui, como pode e como intenta, em sítio de gados".[4] Conclui-se, pelas palavras do governador, que Manuel Nunes Viana tentava "[...] sublevar este governo", pois "[...] faltando os gados nestas Minas, certamente entrarão os povos em desesperação".[5]

Em uma carta de 12 de dezembro de 1718, enviada ao ouvidor-geral da Comarca do Rio das Velhas, o governador das Minas ressaltava a importância de prender o fazendeiro amotinador, pois se ele escapasse, "[...] tenho aviso que [com] o que quer fazer é quase infalível a perdição deste governo, porque então nos há de querer sitiar por fome".[6] Em outra carta a esse mesmo ouvidor, reiterava a importância de efetuar tal prisão "[...] usando do meio que lhe aponto para a colher, [pois] quando não, correm grande perigo os habitantes deste governo".[7] Em fevereiro do ano seguinte, o clima ainda era de tensão. Em carta ao Conde de Vimieiro, o governador referia-se novamente à possibilidade das Minas serem sitiadas pela fome "[...] e em tal caso não seguro muito a quietação deste país".[8]

Em 1719, após várias cartas e inúmeras tentativas malogradas de prender Manuel Nunes Viana, caíram de repente as Minas em profunda paz. Não há, na documentação analisada, informações precisas sobre como se deu o fim do movimento no sertão, nem foi encontrado qualquer indício de que tenham ocorrido nos centros mineradores revoltas contra o governo relacionadas à falta de carne entre 1717 e 1719. Mas é certo que durante toda a primeira metade do século XVIII, a região das Minas viveu sob a ameaça constante da crise de subsistência e do motim de fome. Como provas dessa ameaça, existem inúmeros documentos do governo e das câmaras em que é clara a preocupação das autoridades com os aumentos abusivos de preços dos alimentos e com qualquer movimentação popular contra a carestia que pudesse ser vista como "princípio de motim". Como exemplo, há o movimento que ocorreu na vila de São João del Rei em 1722 contra o aumento do preço da cachaça, exigindo do governador da Capitania de Minas Gerais na época, D. Lourenço de Almeida, extensa negociação para evitar que a inquietação dos moradores explodisse em violência coletiva de difícil controle. (SILVA, 2008, p. 213).

Em Minas Gerais, esse tipo de ameaça levou o governo da Capitania e as câmaras localizadas nas vilas a empreenderem uma política de controle e estímulo da comercialização e da produção interna de gêneros de primeira necessidade.

---

[4] CARTA do Conde de Assumar ao Conde de Vimieiro, governador da Bahia. 1718. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano V, 1900. p. 220.

[5] CARTA do Conde de Assumar ao Conde de Vimieiro, governador da Bahia. Oito de janeiro de 1719. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano III, 1898. p. 252-261.

[6] CARTA do Conde de Assumar ao ouvidor geral da Comarca do Rio das Velhas. 12 de dezembro de 1718. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano V, 1900. p. 214.

[7] CARTA do Conde de Assumar ao ouvidor geral da Comarca do Rio das Velhas. 1718. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano V, 1900. p. 215.

[8] CARTA do Conde de Assumar ao Conde de Vimieiro. 20 de fevereiro de 1719. Arquivo Público Mineiro, Seção Colonial, Códice 11 (documentação manuscrita), fl. 112, 112 v.

3. O direito ao alimento

Nas Minas do século XVIII, a população que ameaçava amotinar-se em épocas de carestias visava à manutenção de um acordo estabelecido entre as autoridades portuguesas e os colonos, o qual obrigava o governo da Capitania e as câmaras (verdadeiras "prefeituras" coloniais) a garantirem um fluxo regular e estável de alimentos para os centros urbanos, em troca do sossego da população.

Segundo a historiadora Carla Maria Junho Anastasia, esse tipo de negociação marcou as relações entre colonos e autoridades em toda a América portuguesa. Segundo essa autora, as revoltas ocorridas no Brasil colonial durante a primeira metade do século XVIII derivaram do "[...] descumprimento de acordos que geravam expectativas de procedimentos justos por parte da Coroa e em sintonia com os privilégios pessoais internalizados pela população". (ANASTASIA, 1999, p. 109).

Em 1720, uma noção bem clara do direito ao alimento encontrava-se já firmemente integrada ao domínio das formas de organização e atividade do poder no território mineiro. Prova disso é que, no dia 4 de fevereiro daquele ano, o Conde de Assumar, em carta ao ouvidor-geral da Comarca do Rio das Velhas, referia-se à necessidade de prover a Vila de Pitangui com roças de mantimentos, para evitar uma revolta do povo contra as autoridades, pois segundo o Conde, "[...] o ventre é um animal tão feroz que não aguarda medidas nenhumas quando lhe falta o necessário".[9]

A partir do momento em que a Coroa estabeleceu nas Minas os principais centros administrativos, entre 1711 e 1718, até os primeiros anos do século XIX, não ocorreram na Capitania crises de subsistência que levassem a população mineira a se amotinar, como as que atingiram a Bahia e o Rio de Janeiro nos séculos XVII e XVIII. Em Salvador, por exemplo, as autoridades encontravam grande resistência por parte dos senhores de engenho e produtores de tabaco da região para investirem na plantação de mandioca (que servia de alimento à população), o que, aliado às secas constantes, ocasionava crises de subsistência e muitos motins de fome. Durante uma grave crise alimentar ocorrida em 1688, a falta de farinha de mandioca nos mercados de Salvador fez com que trezentos soldados da Infantaria, que eram pagos em farinha, se amotinassem. E, no Rio de Janeiro, em 1726, a crise alimentar era tão grave que se espalhava rapidamente pelo interior da Capitania, levando a que as câmaras de importantes centros produtores de farinha, como Cabo Frio, Campos e Ilha Grande, negassem o envio de alimentos para a cidade do Rio de Janeiro, o que gerava descontentamento e motins na sede da Capitania. (SILVA, 1990).

Na capitania mineira, os aumentos de preços dos alimentos foram freqüentes na primeira metade do século XVIII, mas em nenhum momento a situação de perigo durou tempo suficiente para que a inquietação dos mineiros se transformasse em revoltas de difícil controle. A explicação para isso está na ação das autoridades coloniais que, buscando

[9] CARTA do Conde de Assumar ao ouvidor geral da Comarca do Rio das Velhas. 04 de fevereiro de 1720. Arquivo Público Mineiro, Seção Colonial, Códice 11, fl. 198 v.

preservar a estrutura administrativa e fiscal estabelecida nas Minas, preocuparam-se com a organização do comércio de alimentos e com a produção interna dos principais gêneros de subsistência.

4. Controle e estímulo

Visando à quietação do povo, as autoridades locais de Vila Rica (atual cidade de Ouro Preto) exigiam que os "carniceiros" vendessem carne nos lugares em que o povo pedisse;[10] que cortassem o gado em locais que fossem visíveis, "[...] pela desconfiança que possa haver do povo de que a carne não seja de boi";[11] que os comerciantes de gado comparecessem nas reuniões com os oficiais da Câmara para "[...] averiguação e bem comum do povo desta vila";[12] que os lavradores não vendessem farinha mal torrada ou mal peneirada, "com muita canjica";[13] que ninguém atravessasse mantimentos para revender por maior preço[14] e que ninguém pesasse ou mandasse pesar mantimentos com pesos de pedra.[15]

A maior preocupação das autoridades era com os pobres, que não teriam condições de adquirir no mercado o seu sustento se os preços aumentassem. Em julho de 1720, os oficiais da câmara de Vila Rica decidiram mandar chamar os tratantes de gado "[...] que costumam cortar e ter currais nesta vila, para darem preço aos quartos de carne e libras dela até quatro vinténs, para que não fiquem os pobres sem provisão de sustento".[16] A facilidade de acesso era também uma preocupação das autoridades. Em 14 de dezembro daquele mesmo ano, foi registrado na câmara de Vila Rica um despacho do Conde de Assumar para que fosse estabelecido um corte de gado no Ouro Podre, "[...] ou na paragem que comodamente se provessem os moradores circunvizinhos".[17]

Em um edital da câmara de Vila Rica, datado de oito de janeiro de 1738, era a qualidade da farinha de mandioca que estava em questão. Tinha chegado ao conhecimento das autoridades que os lavradores de mantimentos não tomavam o cuidado de torrar a farinha da forma correta e que isso era prejudicial ao público. Foi decidido, então,

[10] EDITAL da Câmara de Vila Rica de sete de agosto de 1736. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 36, fl. 21 v.

[11] EDITAL da Câmara de Vila Rica de 17 de fevereiro de 1745. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 50, fl. 143.

[12] EDITAL da Câmara de Vila Rica de nove de março de 1745. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 52, fl. 27.

[13] ITENS a serem observados pelos almotacés em Vila Rica durante o ano de 1739; item 4. Arquivo Público Mineiro, CMOP-32, fl. 209, 209 v.

[14] ITENS a serem observados pelos almotacés em Vila Rica durante o ano de 1739; item 5. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 32, fl. 209, 209 v.

[15] ITENS a serem observados pelos almotacés em Vila Rica durante o ano de 1739; item 7. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 32, fl. 209, 209 v.

[16] ACÓRDÃO da Câmara de Vila Rica de 29 de julho de 1720. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano XXV, 1937. p. 137.

[17] DESPACHO do Conde de Assumar de 14 de dezembro de 1720. Revista do Arquivo Público Mineiro, ano XXV, 1937. p. 157-158.

conceder um prazo de 15 dias aos lavradores que tinham farinha estocada para gastá-la, sob "[...] pena de que passados eles, toda aquela que se lhe achar lhe [será] tomada por perdida para o oficial ou rendeiro que fizer esta diligência".[18]

Paralelamente a essa política de controle do pequeno comércio nas vilas e arraiais mineiros, foi preciso também dar início a uma política de aquecimento da produção interna de alimentos, através da concessão, pelo governo, de títulos de propriedade de terras (cartas de sesmaria), que teve como principal objetivo aumentar a oferta de gêneros de primeira necessidade no mercado.

Nas Minas do século XVIII, o que determinou a política de sesmarias, iniciada logo com a chegada do primeiro governador, Antônio de Albuquerque Coelho e Carvalho, naquela região, em 1711, foi, certamente, a situação de fome que parecia não dar trégua aos primeiros povoadores. Embora o rápido crescimento populacional exigisse que as autoridades empreendessem uma política de concessão de terras para povoar o interior e fixar uma população que errava pelo território mineiro, a maior preocupação das autoridades era com a subsistência do povo, que nos primeiros anos das Minas chegou a desaparecer de determinadas localidades devido à falta de alimentos.

Nesse sentido, a carta de sesmaria era um estímulo à produção porque legitimava a posse da terra. Quem a requeria passava a ser proprietário de um sítio ou fazenda com limites definidos, podendo até mesmo, posteriormente, vender sua propriedade no mercado.

A importância dessa política para o abastecimento da Capitania foi destacada pelo desembargador Teixeira Coelho, que em 1780 definia as sesmarias como sendo

> [...] as porções das terras ou matos maninhos e bravos pertencentes a Sua Majestade que nunca foram lavrados, nem aproveitados e que se concedem a sesmeiros que os rompam, lavrem e semeiem para que haja abundância de mantimentos. (TEIXEIRA COELHO, 1994, p. 246).

Com a concessão de cartas de sesmaria, as autoridades buscavam também povoar os caminhos para as Minas, de forma que os passageiros encontrassem neles roças e ranchos localizados em pontos estratégicos, o que facilitava a circulação de pessoas e mercadorias. Além disso, estando habitados os caminhos, os riscos de ataques de escravos fugidos, índios e salteadores eram menores, o que também ajudava a garantir maior previsibilidade para o abastecimento. Em 1711, por exemplo, o governador Antônio de Albuquerque recebeu instruções do próprio rei para que continuasse concedendo cartas de sesmaria aos moradores do Caminho Novo, que ligava as Minas ao Rio de Janeiro, por ser muito conveniente, "[...] assim para haver mais povoadores no dito caminho, como por haverem nele mantimentos bastantes de que são falta".[19]

---

[18] EDITAL da Câmara de Vila Rica de oito de janeiro de 1738. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 32, fl. 131, 131v.

[19] CARTA do rei de Portugal ao governador de 15 de junho de 1711. Arquivo Público Mineiro, Seção

A construção e a manutenção das vias de comunicação também faziam parte da política de abastecimento do governo e das câmaras. Vila Rica, em especial, necessitava de uma infra-estrutura de comunicações que garantisse a conexão não só com as roças das redondezas, mas também com os núcleos produtivos localizados em regiões mais afastadas do centro urbano. Em 29 de janeiro de 1714, por exemplo, os oficiais da Câmara de Vila Rica decidiram mandar um funcionário partir em diligência para consertar os caminhos e pontes que se encontravam fora do termo da vila, "[...] para mais prontamente se poderem conduzir os mantimentos para esta vila e seguirem-se utilidades aos povos e moradores dela".[20] Em 1734, o sargento-mor Domingos de Souza recebeu ordem dos oficiais da câmara de Vila Rica para que, junto com os vizinhos do seu distrito, fizesse "[...] o caminho que vem da Parapetinga das Catas Altas para esta vila, pela grande utilidade que recebe este povo na extração do mantimento que pode entrar nesta vila".[21] Em um edital da mesma Câmara, datado de quatro de janeiro de 1738, foi decidido ordenar aos moradores do termo de Vila Rica que consertassem as pontes e os caminhos que pertenciam às suas roças, "[...] pela utilidade de que se segue aos passageiros na condução dos mantimentos".[22] E, ainda, em um Acórdão de 22 de maio de 1745, as autoridades locais de Vila Rica decidiram recomendar ao oficial Joaquim Ferreira que garantisse "[...] a conservação das pontes e caminhos por onde se conduzem os mantimentos para esta vila".[23]

Em 1725, o próprio governador da Capitania, D. Lourenço de Almeida, escrevia ao rei, ressaltando a importância de abrir um caminho que passasse por Pitangui, "[...] que não só seria menos dilatado [...], mas que poderia lograr maiores provimentos, assim de gados como dos mais mantimentos".[24] Em 1723, na iminência de uma crise no abastecimento de alguns gêneros alimentícios, esse mesmo governador já havia manifestado a importância de se consertarem as estradas e pontes "[...] pela utilidade dos passageiros e condução dos mantimentos".[25]

Em 28 de novembro de 1739, foram os próprios condutores de mantimentos que representaram ao senado da câmara de Vila Rica, pedindo para que as autoridades locais mandassem consertar os caminhos que ligavam a vila ao seu entorno agropastoril. Segundo a representação que enviaram aos oficiais da Câmara, os viandantes das Lavras Novas, Itatiaia, Catas Altas e Piranga, "[...] que costumam conduzir seus mantimentos em cavalos e mais gêneros que vêm vender a esta vila para utilidade

Colonial, Códice 04, fl. 31v.

[20] ATAS da Câmara de Vila Rica (1711-1715). Anais da Biblioteca Nacional, 1927, v. XLIX, p. 310.

[21] ACÓRDÃO da Câmara de Vila Rica de 29 de janeiro de 1734. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 28, fl. 154, 154 v.

[22] EDITAL da Câmara de Vila Rica de 04 de janeiro de 1738. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 32, fl. 122 v. e 123.

[23] ACÓRDÃO da Câmara de Vila Rica de 22 de maio de 1745. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 50, fl. 158. Sobre essa mesma questão ver CMOP-32, fl. 188, 188 v.

[24] CARTA de D. Lourenço de Almeida ao rei de Portugal. 1725. Arquivo Público Mineiro, Seção Colonial, Códice 20, fl. 137.

[25] CARTA de D. Lourenço de Almeida. 1723. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, Códice 06, fl. 39, 39 v.

dela", os caminhos estavam, em alguns trechos, "incapazes de se poder andar por eles", pois as chuvas abundantes tinham feito estragos consideráveis. Afirmavam, ainda, que, na estrada que passava pela roça de Roque Pinto, havia uma ponte danificada "[...] e se passa pelo córrego com muito trabalho, por atolarem os cavalos [...] e caem e se molham os mantimentos".[26]

Segundo Caio Prado Júnior, "[...] a técnica da construção de estradas é na colônia o que pode haver de sumário e rudimentar, e a trafegabilidade delas estava muito mais entregue aos azares da Natureza que às artes do homem". (PRADO JÚNIOR, 1996, p. 257). No entanto, as autoridades coloniais tentaram manter as mínimas condições de tráfego pelos caminhos mineiros no século XVIII através de uma intervenção política constante, de sorte que os roceiros e comerciantes de mantimentos que abasteciam as vilas e arraiais pudessem chegar mais facilmente ao seu destino.

5. A justiça local e o pequeno comércio

Voltando ao momento da chegada do Estado português nas Minas, no início do século XVIII, é importante lembrar que foi com o objetivo de estabelecer a lei e a ordem, impor controles fiscais e garantir o abastecimento dos centros urbanos, que, em 1711, Antônio de Albuquerque Coelho e Carvalho, o primeiro governador, elevou à condição de vilas os mais importantes arraiais mineradores, criando em cada um deles um órgão administrativo para lidar com os problemas e vicissitudes do governo local: o Senado da Câmara. Segundo Russell-Wood, a criação desse órgão respondeu às necessidades de uma situação específica, na qual fatores sociais, econômicos, políticos, militares, religiosos e étnicos constituíram uma variável que, em diferentes momentos do século XVIII, determinou mudanças e transformações na infra-estrutura administrativa local. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 29).

Embora não tenham sido raros os atritos entre as câmaras e o governo da Capitania, as autoridades administrativas locais estavam subordinadas à administração geral, como demonstram as constantes intervenções de governadores e ouvidores em assuntos puramente locais. Segundo Caio Prado Júnior, a câmara colonial funcionava como departamento executivo, subordinado à autoridade do governador "[...] e seu papel, neste terreno, tem grande amplitude, pois o contato direto que ela mantém com a população permite às autoridades superiores, mais distantes e não dispondo de outros órgãos apropriados, executarem através dela suas decisões". [27]

---

[26] REPRESENTAÇÃO à Câmara de Vila Rica de 28 de novembro de 1739. Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, cx. 11, doc. 25, avulsos.

[27] "Este caráter de mero departamento administrativo, subordinado ao governo geral e nele entrosado intimamente, aparece ainda bem claro na forma e termos com que se referem ao Senado da Câmara os relatórios dos governadores. Assim o Vice-Rei do Rio de Janeiro, dando contas da sua administração, trata da Câmara local e de seus negócios indiscriminadamente com os demais órgãos da administração, e referindo-se às suas funções e atos como se fossem assunto do 'seu' governo (*Relatório* do Marquês de Lavrádio, entre outros). Coisa semelhante faz Vilhena quando enumera e analisa o departamento da administração pública da Bahia, em que não dá destaque algum ao Senado da Câmara, tratando dele como dos demais órgãos e sob a epígrafe geral de 'empregos de Justiça e Fazenda' (*Recopilação*, carta 10).".

Em verdade, pode-se dizer que, pelo menos nas questões relativas ao abastecimento, as câmaras mineiras de fato funcionaram, na maioria das vezes, como departamentos executivos de ordens superiores que visavam à manutenção da ordem através de um controle e estímulo do mercado interno de alimentos.

A Câmara era composta por dois juízes ordinários, com ampla jurisdição em assuntos judiciais e fiscais; três vereadores, responsáveis pela administração em geral e pelo cumprimento das leis, e por um procurador, funcionário responsável, principalmente, pela busca de informações a respeito de problemas locais que deveriam ser apreciados pelos vereadores. Com o tempo, o aumento da população e o surgimento de problemas administrativos cada vez mais complexos exigiram que as câmaras delegassem responsabilidades a outras pessoas que, por sua vez, nomeavam seus próprios subordinados, criando, assim, uma infra-estrutura burocrática bastante complexa. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 53).

Logo nos primeiros anos de existência das vilas, as câmaras mineiras responderam às necessidades de um abastecimento regular e estável delegando autoridade a uma série de indivíduos que seriam responsáveis pela fiscalização e pelo controle do pequeno comércio local. Havia o contratador dos pesos e medidas (aferidor), o contratador de inspeção (rendeiro do ver), o almotacé, o meirinho da almotaçaria e seu escrivão, além do alcaide e do capitão-do-mato, que, em determinados momentos, também contribuíram para o controle do mercado local, prendendo atravessadores e inspecionando as licenças. Os próprios juízes ordinários participavam dessa infra-estrutura administrativa montada em torno do abastecimento, pois eram eles que julgavam a maior parte dos casos de contrabando, vendas ilícitas e comércio ilegal de gêneros alimentícios.

Uma das tarefas mais comuns realizadas pelos agentes da fiscalização eram as buscas nos morros de mineração, geralmente seguindo indicações de moradores sobre a existência de vendas ocultas ou de comércio ilegal de cachaça e de gêneros comestíveis proibidos pelos editais das câmaras e bandos dos governadores. Essas buscas eram realizadas, geralmente, pelo aferidor ou pelo rendeiro do ver, quase sempre em companhia do escrivão e do meirinho da almotaçaria.

O aferidor era um contratador que inspecionava pesos e medidas, tendo como renda as multas que eram cobradas dos mercadores e artesãos que não seguiam os padrões oficiais e as taxas de inspeção e confecção de novos pesos e medidas. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 54). Embora essa fosse a sua função principal, era comum o aferidor ser também responsável pelas buscas realizadas nos morros e outras áreas de mineração. Segundo Russell-Wood, durante um longo período, foi prática habitual em Vila Rica uma mesma pessoa ser administradora do contrato dos pesos e medidas e do contrato de inspeção, o que revela certa convergência de atribuições entre esses dois delegados da administração local. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 55).

(PRADO JÚNIOR, 1996, p. 318).

O rendeiro do ver tinha como função a fiscalização e o controle de praticamente todos os aspectos do comércio local, desde a verificação da qualidade dos alimentos e de outros produtos consumidos pela população até a prisão de atravessadores e vendedores ambulantes que desrespeitavam as determinações das autoridades. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 55).

O almotacé tinha as mesmas funções dos dois contratadores, além de outras atribuições relacionadas com a limpeza das áreas públicas, reparação das ruas e controle dos preços dos alimentos comercializados nas vilas. Esse oficial podia também presidir uma espécie de Corte Fiscal – o juízo de almotaçaria –, cujos objetivos eram apurar possíveis infrações contra os editais e bandos que regulamentavam o comércio, e punir os culpados. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 61). As apelações do juízo de almotaçaria, no entanto, eram feitas aos juízes ordinários. (RUSSELL-WOOD, 1977, p. 39).

Em resumo, era bastante significativo o número de oficiais e delegados da administração local que circulavam pelos centros urbanos com o objetivo de garantir o bom funcionamento do mercado interno de gêneros alimentícios. Muitas vezes, porém, esses indivíduos eram acusados de cometer injustiças contra os roceiros e comerciantes, movidos, quase sempre, pela ambição, já que a maior parte de suas rendas vinha das multas cobradas e das mercadorias confiscadas, quando ocorriam punições.

Contudo, as câmaras garantiam aos pequenos produtores e comerciantes o direito de defesa, abrindo-se um processo pelo qual os juízes ordinários analisavam e julgavam os fatos, geralmente com a ajuda de testemunhas. Dessa forma, as autoridades administrativas locais procuravam evitar punições desnecessárias que pudessem constituir entraves ao comércio de gêneros de primeira necessidade no interior das vilas e arraiais.

Parece claro que, na opinião do governo e das câmaras, as atividades direcionadas para o abastecimento interno, desde que dentro da legalidade, deviam ser estimuladas. Nessa perspectiva, injustiças cometidas contra roceiros e pequenos comerciantes de mantimentos só funcionariam como obstáculos à concretização de uma política de abastecimento que tinha como principal objetivo estimular a produção e a comercialização dos gêneros essenciais para a subsistência dos mineiros.

Essa atitude da justiça local pode ser claramente observada em alguns processos encontrados em meio à documentação avulsa da Câmara Municipal de Ouro Preto, no Arquivo Público Mineiro. Embora as fontes analisadas a seguir sejam referentes à Vila Rica, entre os anos de 1730 e 1745, é muito provável que o comportamento das autoridades locais em face da questão do pequeno comércio tenha sido o mesmo em todas as vilas mineiras e também em outros períodos do século XVIII.

Quando prendiam pessoas acusadas de comércio ilegal de gêneros alimentícios, os contratadores de inspeção e aferidores requeriam a abertura de um “auto de achada”, ato processual em que eram narradas as circunstâncias da busca, os indícios encontrados e os detalhes da prisão. As penas eram requeridas e o caso passava imediatamente para a alçada do juiz ordinário que, antes de dar a sentença final, analisava atentamente as

representações e os requerimentos das partes. Mesmo depois de proferida uma sentença, caso esta fosse desfavorável ao réu, podia ocorrer uma anulação, o que resultava na libertação do prisioneiro, no perdão de sua multa e na devolução das cargas apreendidas.

Em fevereiro de 1732, por exemplo, uma negra forra foi presa sob a acusação de vender cachaça no morro de Vila Rica, contribuindo para os extravios de ouro e para a ocorrência de brigas e mortes entre os escravos que lá mineravam, crime do qual, em requerimento às autoridades locais, ela afirmou ser inocente. Embora tivesse sido sentenciada como culpada e ouvido as penas que lhe cabiam, a condenada, após insistir na sua versão do ocorrido, afirmando que o aferidor responsável pela prisão não tinha encontrado na casa em que ela vivia nenhum indício incriminador, agindo apenas "por um simples dizer", teve a sua sentença anulada pelo juiz ordinário.[28]

Em quatro de fevereiro de 1734, a justiça de Vila Rica decidiu a sorte do roceiro Domingos Luiz Ferreira, acusado de vender fubá no termo daquela vila numa época em que esse produto encontrava-se proibido devido à sua má qualidade. Ao receber a notícia de que o seu feitor tinha sido preso por alguns capitães-do-mato, conduzindo seis cavalos carregados de fubá, o roceiro escreveu à Câmara afirmando ser inocente da acusação de comércio ilegal. Segundo o suplicante, os capitães-do-mato tinham sido mandados por algumas pessoas que lhe queriam mal para que forjassem uma situação incriminadora. Na petição que enviou ao Senado da Câmara, Domingos Luiz Ferreira afirmava que os carregamentos de fubá tinham sido encontrados no morro da Passagem, termo da Vila de N. S. do Carmo, onde o comércio desse gênero não era proibido, tendo sido maliciosamente conduzidos pelos capitães-do-mato até o termo de Vila Rica, para que lá fossem apreendidos.[29] Em 28 de janeiro de 1734, uma primeira sentença, proferida pelo juiz ordinário Nicolau de Freitas, declarou o roceiro culpado. Esse resultado foi recebido com indignação pelo acusado, que em uma outra petição enviada às autoridades locais afirmava não haver

> [...] juízo nem tribunal tão despótico e absoluto que possa condenar e executar sem ouvir as partes, [...] principalmente quando o agravante quer mostrar que não tem incorrido em pena [...] nem violado os editais da Câmara, e que o caso que lhe querem acumular foi sucedido em território e jurisdição diversa.[30]

Essa petição foi entregue ao escrivão da Câmara, Antônio Falcão Pereira, em 3 de fevereiro de 1734, e foi logo anexada aos autos do processo. No dia seguinte, o outro juiz ordinário, Domingos Francisco da Silva, mandou liberar as cargas de fubá e os cavalos apreendidos; porém, na análise da documentação, não fica claro se a multa e a pena de prisão também foram anuladas.[31]

Quando as injustiças cometidas pelos contratadores e oficiais da fiscalização pareciam óbvias para os juízes ordinários, estes não perdiam muito tempo com delongas e logo liberavam

[28] Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, cx. 03, doc. 23, avulsos.

[29] APM, CMOP, cx. 06, doc. 10, avulsos.

[30] APM, CMOP, cx. 06, doc. 10, avulsos.

[31] APM, CMOP, cx. 06, doc. 10, avulsos.

os acusados. Foi o caso de Francisco da Silva Ferreira, preso em 1733 sob a acusação de vender aguardente aos negros mineradores de Vila Rica. No requerimento que enviou ao Senado da Câmara, o comerciante afirmava ser inocente das acusações, dizendo que os responsáveis pela prisão tinham invadido a sua casa à noite e, maliciosamente, mandado fazer um auto de achada de uns frascos de aguardente que não existiam. Ademais, o escrivão da almotaçaria teria procedido ao auto sem estar presente no momento da prisão, o que, no entender do suplicante, tornava ilegítima a ação dos delegados da Câmara. Após ler a petição do acusado, o juiz ordinário Domingos da Costa Ferreira decidiu que Francisco Ferreira era inocente e ordenou que fosse solto, "[...] para o que sendo necessário, passe alvará de soltura". [32]

Outro caso interessante foi o de Pedro de Freitas Guimarães, preso em fevereiro de 1732 sob a acusação de ter venda oculta no morro de Vila Rica, onde estaria comercializando gêneros proibidos. Na busca dada em sua casa, foram encontrados um barril e meio de aguardente de cana, um frasco da mesma bebida, embrulhado em um lenço pardo, e uma carga de bacalhau, "[...] com vários indícios de, com efeito, ser venda". Esses indícios, no entanto, não foram considerados suficientes para justificar uma punição, pois, juntamente com os gêneros referidos, não foram encontrados instrumentos "por onde se presuma vender-se", como são copos, funil e balança. Ao fim, o juiz ordinário de Vila Rica decidiu que o auto de achada não confirmava que o acusado vendia no morro gêneros proibidos e, por isso, considerou-o inocente das acusações.[33]

Já o caso de Caetano Alves Ribeiro, preso pelo aferidor de Vila Rica no início de 1733, exigiu a convocação de testemunhas para que a sua inocência fosse confirmada. De acordo com o auto de achada, feito a requerimento do aferidor João de Brum, o acusado vendia todo gênero de bebidas e comestíveis no morro de Vila Rica, dando causa a extravios de ouro e turbulências entre os escravos mineradores, e devia, por isso, ser condenado nas penas dos bandos e editais que proibiam esse tipo de comércio. As testemunhas chamadas à casa do juiz ordinário, no entanto, não confirmaram a acusação e o réu foi libertado. Na sentença, o juiz decidiu que o aferidor não tinha mostrado de forma convincente que o autuado vendia alimentos proibidos no morro, não tendo sido suficiente apenas achar os gêneros na casa do acusado e, "[...] portanto, julgo não estar incurso o autuado nas penas do bando". [34]

As testemunhas que eram convocadas pelos juízes ordinários geralmente decidiam a sorte dos acusados, o que não é difícil de entender, pois a palavra sob juramento tinha um valor enorme nas Minas setecentistas.

Testemunhas também tiveram um papel crucial no processo aberto contra Francisco da Silva, morador no morro de Vila Rica, acusado de vender gêneros proibidos aos escravos mineradores. Na madrugada do dia 23 de fevereiro de 1734, o rendeiro do ver, Alexandre Pinto de Miranda, o escrivão e o meirinho da almotaçaria foram até à casa do dito Francisco, onde fizeram uma busca e encontraram, debaixo da cama, um barril e um frasco e meio de

[32] APM, CMOP, cx. 04, doc. 49, avulsos.

[33] APM, CMOP, cx. 03, doc. 24, avulsos.

[34] APM, CMOP, cx. 04, doc. 20, avulsos. Vila Rica, 8 de fevereiro de 1733.

aguardente, cinco pedaços de couro – "que se costumam vender a negros para faiscar" –, um funil de folha, um copo de vidro, uma balança de pesar ouro e um saco com um resto de farinha. Mesmo com fortes indícios de que um comércio ilegal era ali realizado, foi requerida pelo Senado uma inquirição de testemunhas.

Em 25 de fevereiro de 1734, na casa de morada do juiz ordinário de Vila Rica, Domingos Francisco de Oliveira, reuniram-se as testemunhas convocadas, juntamente com o rendeiro do ver, Alexandre Pinto de Miranda. Os depoimentos não confirmaram a acusação feita no auto de achada, pois o que as testemunhas afirmaram foi que o acusado tinha sido punido em 1733 por vender gêneros proibidos no morro, mas que não sabiam se depois daquela punição ele tinha reiniciado esse tipo de atividade. Manuel de Souza, por exemplo, afirmou saber, "pelo ver", que o acusado tinha o costume de vender cachaça e outros gêneros proibidos a negros e que por isso tinha sido castigado no ano anterior. No entanto, não sabia se ele continuava no mesmo delito, embora tivesse visto um negro passar pela sua porta carregando um barril de cachaça.[35]

Apesar dos indícios, a sentença do juiz ordinário foi favorável ao réu, pois as testemunhas não tinham confirmado que o comércio proibido continuava a ser realizado no morro. Embora no auto de achada Francisco da Silva fosse apresentado como culpado, o juiz ordinário preferiu não atender ao requerimento do rendeiro do ver e dos outros oficiais que, como partes interessadas, solicitaram a punição. Alegou o juiz que o auto deveria ter sido corroborado pelas testemunhas para ser considerado verdadeiro, o que não tinha acontecido, "[...] porque só lhe consta que vendesse o dito réu [...] e como pelo bando do Exmº Sr. General só devem ser compreendidos aqueles que são atualmente transgressores dele e não os de pretérito [...], o que tudo visto e o mais deles, absolvo o réu de tudo [...] e mando seja solto".[36] O alvará de soltura foi passado em cinco de março de 1734.

Já a escrava Joana e a sua senhora, Inácia, puderam contar com a defesa de um magistrado, o doutor Francisco Ribeiro da Silva, que, ao que tudo indica, conseguiu a anulação de uma sentença que as condenava por comércio ilícito de gêneros alimentícios no morro de Vila Rica. Em 18 de setembro de 1731, Alexandre Pinto de Miranda – que nessa ocasião era administrador do contrato de aferição – e o meirinho da almotaçaria, Custódio Soares, encontraram a escrava Joana a caminho do morro de Vila Rica carregando um cesto que continha um frasco de aguardente da terra, nove lingüiças, 11 broas de milho, 10 pés-de-moleque, além de um copo de vidro e uma balança. A acusada foi conduzida à presença do almotacé "[...] e este a mandou remetida ao juiz ordinário, que é a quem toca deferir, por se achar incursa no bando de Sua Exª".[37] Joana foi condenada a ser açoitada no pelourinho de Vila Rica, a 30 dias de cadeia e a 100 oitavas de ouro, que deveriam ser pagas pela sua senhora, Inácia. Ao saber do ocorrido, a dona da escrava fez uma procuração ao Dr. Francisco Ribeiro da Silva que, em seu nome, requereu a anulação da sentença. Em um documento anexado aos autos, este magistrado afirmava que a escrava Joana não conduzia gêneros alimentícios para serem vendidos aos negros mineradores, mas que os levava de encomenda a uma amiga da sua senhora. Ademais, ressaltava o magistrado que a escrava

[35] Arquivo Público Mineiro, Câmara Municipal de Ouro Preto, cx. 06, doc. 14, avulsos.

[36] APM, CMOP, cx. 06, doc. 14, avulsos.

[37] APM, CMOP, cx. 03, doc. 10, avulsos.

e a sua senhora não tinham sido notificadas para o auto e não puderam se defender da acusação, como de direito, ficando por isso "[...] este processo nulo e a sentença nele dada de nenhum vigor".[38]

Do exposto, conclui-se que a política do abastecimento alimentar nas Minas setecentistas teve como principal objetivo estimular a produção e a comercialização de gêneros de primeira necessidade, de sorte que não ocorressem crises de subsistência capazes de comprometer a continuidade da empresa mineradora. Ao tentarem organizar o pequeno comércio nas vilas e arraiais mineiros e garantir a conservação das vias de comunicação que ligavam as unidades produtivas aos mercados consumidores; ao concederem cartas de sesmaria para agricultura e criação de gado e estimularem o comércio interno através de uma postura flexível e prudente em relação aos roceiros, seus condutores e outros pequenos comerciantes, as autoridades coloniais nas Minas não tiveram outro objetivo senão o de fazer aumentar a oferta de gêneros alimentícios, contribuindo, assim, para maior previsibilidade do mercado e da própria ordem social.

6. Referências bibliográficas

ANASTASIA, Carla Maria Junho. América portuguesa: mais direitos, menos revoltas. In: CONSENTINO, Francisco Carlos; SOUZA, Marco Antônio de (Ed.) *1500/2000*: trajetórias. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 1999.

ANASTASIA, Carla Maria Junho. *Vassalos Rebeldes*: violência coletiva nas Minas na primeira metade do século XVIII. Belo Horizonte: C/Arte, 1998.

PRADO JÚNIOR. *Formação do Brasil* contemporâneo (1942). Colônia. São Paulo: Brasiliense, 1996.

RUSSELL-WOOD, A. J. R. O governo local na América portuguesa: um estudo de divergência cultural. *Revista de História*, São Paulo, ano XXVIII, v. LV, p. 25-79, 1977.

SILVA, Flávio Marcus da. *Subsistência e Poder*: a política do abastecimento alimentar nas Minas setecentistas. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *A morfologia da escassez*: crises de subsistência e política econômica no Brasil colônia (Salvador e Rio de Janeiro, 1680-1790). 1990. Tese (Doutorado em História) – UFF, Niterói.

TEIXEIRA COELHO, José João. *Instrução para o governo da capitania de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1994.

Artigo recebido em: 31/03/2009
Artigo aprovado em: 05/06/2010

[38] APM, CMOP, cx. 03, doc. 10, avulsos.

2

Artigo • 175

Comentário à Jurisprudência • 218

Jurisprudência • DVD-ROM

Direito Penal

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

BRUNO DE OLIVEIRA MOURA
Especialista em Ciências Penais - UNISUL

MATHEUS ALMEIDA CAETANO
Mestrando em Direito - UFSC

RESUMO: A relação entre ação e resultado é um tema permanente do Direito Penal. Durante muito tempo, o nexo causal foi tido como pressuposto suficiente para a subsunção típica nos crimes materiais. Eis o chamado "dogma causal", veiculado pelo sistema clássico de delito (LISZT-BELING) pela teoria da *conditio sine qua non* e sua curiosa fórmula de eliminação hipotética. Sem embargo, a moderna dogmática jurídico-penal não tardou em perceber a arrogância científica da teoria. Surgiram diversas concepções que promoveram a lenta e paulatina separação entre o juízo ontológico-naturalista de causalidade e o juízo axiológico-normativo de imputação objetiva, até então confundidos no seio daquele dogma. A despeito da desconfiança filosófica em torno da lei causal, hoje parece haver um consenso no sentido de que aquela bifurcação de níveis no âmbito da tipicidade objetiva constitui uma grande conquista político-criminal e dogmática do moderno Direito Penal. Nessa linha, o presente estudo traça um panorama da crise científica do conceito geral de causalidade, aborda as diversas teorias causais e culmina na defesa da teoria da condição conforme uma lei natural como a única capaz de evitar a freqüente confusão entre aquelas duas realidades de problemas fundamentais, abrangidas pelo tipo penal objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; tipo de injusto; causalidade; imputação; lei natural.

ABSTRACT: The relation between action and result has been a constant topic in Criminal Law. For a long time, the causal relation was regarded as a pressuposition that sufficed the typical categorization of material crimes. That is the so-called "causal

dogma" conveyed by the classic system of offenses (LISZT-BELING) by means of the theory *conditio sine qua non* and its curious formulae of hypothetical elimination. Without obstacles, it was not long before the modern juridical-criminal dogma exposed the scientifical arrogance of that theory. Many concepts have arised to promote the slow and gradual separation between the ontologic-naturalist judgement of cause and the axiologic-normative judgement of the objective legal liability, so far misunderstood and confounded in that dogma. In spite of the philosophical distrust aroused by the law, nowadays, there seems to be an agreement that the bifurcation of levels of objective criminal types are a major political-theoretical and dogmatic conquest of the modern Criminal Law. In this theoretical line of thought, the present work draws the panorama of the scientifical crisis of the general concept of cause, it approaches the many causal theories and culminates in the defense of the condition theory according to a natural law as the only one capable of avoiding the frequent confusion between those two realities of fundamental problems systematized by the objective criminal type.

KEY WORDS: Criminal Law; wrongful acts types; cause; legal liability; natural law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ciência, crise, causalidade e Direito Penal. 3. Teoria da equivalência das condições. 4. Teoria da causalidade adequada. 5. Teoria da relevância. 6. Teoria da causalidade conforme uma lei natural. 7. Teoria da causalidade funcional. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde os primórdios da dogmática jurídico-penal, o conceito de causalidade assumiu papel central na teoria geral do delito. Tamanha chegou a ser essa relevância que o nexo causal foi tido, durante muito tempo, como elemento suficiente para sustentar o pesado mecanismo de imputação penal nos crimes de resultado (*Erfolgsdelikte*) comissivos, em que a consumação do fato depende de uma modificação sensível do mundo exterior separada no tempo e no espaço da ação do autor.[1]

[1] Wessels; Beulke (2002, p. 7 e 51); Jescheck; Weigend (1996, p. 260 e 297); Roxin (1997, p. 345 e 346). O conceito de resultado é equívoco, assumindo três significados distintos. Em primeiro lugar, em razão do *princípio do fato*, todo delito deve evidenciar um resultado exterior à psique do autor, ou seja, uma ação corporal que modifica o mundo fenomênico. Trata-se do *resultado externo*. Em segundo lugar, em razão do *princípio da ofensividade*, todo delito contém um desvalor de resultado residente na lesão, na colocação em perigo concreto de lesão ou na colocação em perigo abstrato de um *bem jurídico* (embora haja controvérsia a respeito da existência de um genuíno desvalor do resultado nos delitos de perigo abstrato). Trata-se do *resultado normativo* ou *jurídico*. Em terceiro lugar, no sentido estrito dos *delitos de resultado*, o resultado é compreendido como a modificação *in pejus* ou colocação em perigo do *objeto de ação* na qualidade de efeito empírico-exterior diferenciável ou apartado da ação no tempo e no espaço. Trata-se do *resultado físico-naturalístico*. O *delito de mera atividade* apresenta apenas as duas primeiras espécies de resultado, pois a conduta e o resultado físico-naturalístico são praticamente concomitantes. Em sentido similar: Jescheck; Weigend (1996, p. 260 e 263); Jakobs (1997, p. 205 e 206); Stratenwerth (2005, p. 126 e 127), salientam que não cabe considerar como resultado apenas a afetação do bem jurídico protegido, pois isso também ocorre nos delitos de mera atividade (do contrário, a distinção entre ambas as espécies

No Direito Penal, as teorias sobre causalidade surgiram no auge do positivismo-naturalista do final do século XIX. O ponto de partida desse modelo científico é a neutralização e objetivização da investigação científica através do rechaço a todo e qualquer resquício de especulação metafísica típica do jusnaturalismo, do romantismo e do idealismo alemão (*negativismo*).

O sistema científico limitar-se-ia, pois, ao estudo dos eventos e de suas relações empiricamente observáveis. A elaboração de leis naturais, extraídas a partir de sucessões regulares de causas e efeitos, passa a ser o centro das preocupações científicas (juízos de fato). Não havia espaço para considerações axiológicas ou teleológicas (juízos de valor), pois os fins e valores escapariam ao domínio da ciência, pertencendo apenas ao mundo espiritual intangível.

Nesse contexto, a ciência assume dupla função descritiva e causal-explicativa: o princípio da causalidade surge como a lente que conduz à explicação do universo. Apenas as chamadas "ciências da natureza" mereciam o rótulo de "verdadeiras ciências" ou "ciências por excelência", pois eram consideradas as únicas capazes de chegar a resultados verdadeiros, dotados de validade universal. Baseado no trinômio observação/experimentação/formulação de leis, o método indutivo-experimental foi logo levado ao âmbito jurídico, uma vez que também as denominadas "ciências do espírito" estariam condicionadas pela rigidez e infalibilidade do modelo positivo.

No que tange especificamente ao Direito Penal, tal metodologia deu origem ao sistema clássico do delito (LISZT-BELING). As categorias analíticas do crime eram consideradas elementos desprovidos de qualquer perspectiva teleológico-normativa, e a tarefa do penalista se limitava ao exame da realidade para constatar empiricamente a existência ou não do delito. Analiticamente, o crime se estruturava em duas partes. A parte objetiva ou externa (o injusto) era formada pelo tipo legal, como mera descrição objetiva e neutra da conduta e do seu resultado. A ação era vista como mero processo causal, definida como movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior (movimento corporal na condição de manifestação de vontade + resultado + nexo causal), e a antijuridicidade foi inicialmente concebida como pura contrariedade ao direito. A parte subjetiva ou interna do fato se concentrava no conceito de culpabilidade, entendida como o vínculo psicológico entre o agente e o resultado, sob as formas de dolo ou culpa. Sua função dogmática era precisamente limitar a responsabilidade penal[2] baseada na causalidade.

---

de delito ficaria sem sentido). O presente estudo não alcança os crimes omissivos, até porque nesse setor já existe certo consenso no sentido da inexistência de nexo causal entre omissão e resultado: a omissão é um não-acontecimento e não condiciona nenhum resultado (*ex nihil nihil fit*). O que existe é apenas uma relação de imputação exclusivamente normativa. Por todos: Jakobs (1997, p. 236).

[2] O termo "responsabilidade" é utilizado aqui não no sentido roxiniano (como estrutura analítica do delito integrada pela culpabilidade e pela necessidade de pena), mas sim como sinônimo de imputação do injusto típico objetivo. Nessa direção: Mezger (1954, p. 113); Jakobs, Günther. (1997, p. 238).

Essa orientação metodológica levou ao exagero a importância da questão da causalidade, a ponto de definir o injusto penal material como a antijurídica causação do resultado descrito no tipo legal. Eis o chamado "dogma causal". Em outros termos, bastava a constatação da relação causal, em que conduta e resultado aparecem pressupostos, para verificar a tipicidade do comportamento.[3]

Foi nesse solo fértil que germinou a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non* (*c.s.q.n.*), ainda hoje para alguns a teoria mais difundida. Segundo essa concepção doutrinária e jurisprudencial entre nós, esse seria o critério adotado pelo *caput* do art. 13 do CPB, em que pese a limitação estampada no § 1º do mesmo dispositivo.[4]

A despeito da grande aceitação dessa teoria,[5] alguns problemas teóricos e práticos oriundos de sua aplicação não receberam, durante muito tempo, a devida atenção da literatura especializada, descuido que pode ser atribuído à equivocada crença em sua pretendida infalibilidade. Além disso, o debate sobre o nexo causal enfrenta duas grandes dificuldades: a euforia em torno da moderna teoria da imputação objetiva a partir da década de 70 do século passado e a ausência de uma suficiente distinção entre causalidade e imputação, algo muito freqüente entre nós.

Em todo caso, como adverte Jakobs (1997, p. 227), a delimitação entre aquilo que pode ser considerado como condição de um resultado e aquilo que não pode ser está longe de ser exata. Com efeito, sentenças como "a causalidade é algo inacessível ao conhecimento humano" ou "a idéia de causalidade estrita deve ser abandonada e as leis de probabilidade devem passar a ocupar o lugar que alguma vez foi ocupado pela causalidade" são cada vez mais comuns.[6] Tal imprecisão alcança seu ápice no âmbito da chamada "responsabilidade penal pelo produto", em que o estágio de conhecimentos científicos disponíveis impede muitas vezes a demonstração de uma "causalidade específica" e conduz ao reconhecimento da suficiência da comprovação estatística de uma "causalidade geral".[7]

O objetivo do presente estudo é triplo: (*i*) indicar os pontos problemáticos da aplicação da teoria da equivalência das condições; (*ii*) apresentar e avaliar o potencial das alternativas teóricas em nível de causalidade; (*iii*) reforçar a diferença existente entre causalidade e imputação objetiva do resultado. Nessa linha, o trabalho começa com um esboço da crise pela qual atravessa a ciência atual, em especial o conceito de causalidade em geral (*item 2*). Em seguida serão analisadas e criticadas as diversas

---

[3] Sobre tudo isso: Roxin (1997, p. 198-201); Camargo (2002, p. 24 e 46); Greco in Roxin (2002b, p. 10 e ss); Callegari (2001, p. 16 e ss). Sobre os fundamentos da filosofia política subjacente ao positivismo naturalista: Lesch (1997, p. 16 e ss).

[4] Assim, entre outros: Jesus (1995, p. 217); Bitencourt (2003, p. 181); Prado (2002, p. 256); Santos (2002, p. 46).

[5] Em razão da facilidade e simplicidade de sua fórmula. Assim: Roxin (1997, p. 352).

[6] Informativo: Bacigalupo (2006, p. 241).

[7] Sobre os problemas de causalidade nos processos *Contergan*, *Lederspray*, *aceite de colza*, *Holzschutzmittel* e *Degussa*: Kuhlen (2002, p. 67-90); Tiedemann (2007, p. 111 e ss.); Bacigalupo (2006, p. 233 e ss).

teorias causais (*itens 3*, *4*, *5*, *6* e *7*). Por último, a sistematização das conclusões apontará para o equacionamento do problema causal a partir da teoria da condição conforme uma lei natural, fundamentada na rígida diferenciação funcional entre juízo de causalidade e juízo de imputação e na conseqüente e clara separação entre os problemas ontológico-naturalístico e normativo-axiológico, a serem trabalhados no âmbito da teoria do tipo objetivo (*item 8*).

2. Ciência, crise, causalidade e Direito Penal

Indubitável que a ciência sempre enfrentou a problemática da incerteza científica, sendo esta sua mola propulsora. O anseio pelo descobrir sempre impulsionou as ciências (principalmente aquelas tidas como naturais), pois, se o saber fosse dotado sempre de certezas, não seriam necessárias mais pesquisas nem *experts* nas inúmeras áreas do conhecimento criadas pelo homem.

Antes de iniciar as reflexões sobre a causalidade e suas teorias na dogmática penal, é indispensável fazer uma abordagem histórica sobre o conhecimento científico, permitindo compreender melhor a razão pela qual a Idade Moderna e a Contemporânea foram os principais períodos da busca pela certeza científica. Tendo em vista que o estabelecimento de uma relação de causalidade decorre da utilização de técnicas e conhecimentos das ciências, o presente tópico esclarecerá alguns dos problemas e limites por estas enfrentados.

Na Idade Média (período compreendido entre o declínio do Império Romano e a formação dos Estados Nacionais), algumas características da época tornaram inviável a busca eficaz por um conhecimento científico sistematizado e objetivo. A começar pela aceitação divina e a predominância do cristianismo pagão do período, o que restringia a liberdade das pessoas para conhecer e experimentar coisas diferentes. Dessa forma, toma-se o Renascimento por primeiro ponto de partida de uma ciência moderna com grande parte das características que hoje lhe são atribuídas.

É relevante a análise da mudança de paradigma da Idade Média/ Idade Moderna, contextualizando as épocas e suas respectivas peculiaridades, como aponta o físico português Deus (2003, p. 21): "a modernização das sociedades e da ciência dá-se com a substituição dos valores correspondendo às normas sociais aceites e integradas na tradição, por valores de eficiência e competência, por regras técnicas ligadas à ação prática. Enquanto os velhos mitos, bem como para as visões religiosa e metafísica, se buscava resposta às questões centrais para a existência individual e coletiva dos homens, questões de vida e da morte, com a nova racionalidade nascente o que se busca é a definição de objetivos tecnicamente realizáveis e de estratégias de sucesso".[8]

[8] Segundo Deus (2003, p. 11 e 12): "É certo que a atividade científica moderna, que nasceu na Europa do Renascimento, não nasceu sem ligação com tradições anteriores. A curiosidade, a especulação, o pensamento abstratizante, o saber prático já existiam antes. Mas ao contrário do que às vezes se sugere, estabelecendo-se equivalências entre diferentes saberes e práticas associadas, é um erro não ver a dife-

A ciência moderna se pautou por um método analítico que dividia o objeto a ser conhecido em inúmeras partes com o intuito de atingir as suas propriedades mais íntimas. Era notável a incessante busca pela precisão de detalhes (por exemplo, os elementos de um átomo), pela validação de leis (como as Leis de Newton) e de máximas comprovadas experimentalmente no âmbito de uma teoria. Tais fatores levaram a uma fragmentação do conhecimento, fato que gerou inúmeras disciplinas desconexas. O conhecimento científico firmava verdades com a utilização de quatro princípios.[9]

O primeiro deles é o "princípio da ordem" (terminologia escolhida por ser mais ampla do que a noção de determinismo, englobada neste último). La Place e sua máquina determinista formam o modelo desse princípio, pois a máquina poderia conhecer todos os acontecimentos do passado e prever o futuro.[10] O segundo é o "princípio da separação", bem preconizado por Descartes com sua forma analítica de conhecimento, que levou ao distanciamento entre o sujeito *cognoscendi* e o objeto a ser conhecido.[11] Tal rompimento é uma das causas do atual cenário de incerteza científica e de instrumentalização da natureza, e o porquê disso está estampado nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005, p, 62):

> [...] é total a separação entre a natureza e o ser humano. A natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismos cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes ativo, já que visa conhecer a natureza para a dominar e controlar.

Ainda sobre esse aspecto, perceptível é a contribuição da razão iluminista para o atual cenário de neutralidade e indiferença por parte das ciências em geral. O positivismo sociológico pregava a neutralidade do agente (sujeito) conhecedor do objeto, não podendo este realizar juízos valorativos acerca dos fatos e dos objetos a serem analisados. Inclusive o *pai do positivismo* (Augusto Comte) teve grande contribuição para essa separação por meio da sua famosa *lei dos três estados*, erigindo o empírico como algo superior. O método científico da época acreditava que "[...] o sistema da natureza podia ser dividido em componentes isolados quase estáveis, e os objetos de estudo podiam ser separados do sujeito que os estudava. Disso resultaram uma ciência dividida em disciplinas (a base do sistema universitário) e o mito de uma ciência neutra, livre de valores, que legitima os especialistas"

---

rença abissal entre a actividade dos cientistas, por um lado, e atividades dos feiticeiros, dos padres, dos curandeiros, dos artesãos, por outro".

[9] Esses princípios foram levantados pelo filósofo francês Edgar Morin (2002, p. 559-567).

[10] Para mais detalhes: Morin (2002, p. 559).

[11] Segundo Sarmento (2006, p.37): "Neste contexto, exsurge o indivíduo como o novo protagonista da história, alimentado pela filosofia racionalizadora de René Descartes, que, com seu novo método fundado na dúvida sistemática e na separação entre sujeito e objeto, abrirá a senda para a evolução científica".

(FUNTOWICZ; MARCHI, 2003, p. 69). Tal elogio da neutralidade do sujeito (que é um mito) só era mitigado para atender a vontade do sistema produtivo, como salienta Labeyrie: "Ora, desde o século XIX, a sociedade industrial está organizada segundo o modelo mecano-produtivista do positivismo: progresso científico = progresso técnico = desenvolvimento econômico = progresso sociocultural" (MORIN, 2002, p. 125). O *princípio da redução* levava a falsa idéia de que o conhecimento das unidades permitiria o conhecimento dos conjuntos das quais aquelas faziam parte. Por último, os métodos indutivo e dedutivo são elevados ao absoluto e a contradição ignorada por completo: eis o *princípio da validade absoluta da lógica clássica*.

A própria ciência tratou de quebrar muitos desses dogmas. A Termodinâmica (com os seus cálculos estatísticos que abordam somente o conjunto das partículas e não os movimentos e relações de cada uma destas) gerou uma ruptura no princípio da ordem. Não há determinismo mais, as estatísticas são possíveis e não concretas. Sobre isso, o ganhador do Prêmio Nobel de Química de 1977, assevera que:

> [...] começamos a perceber os limites de validade dos conceitos fundamentais da Física, como as trajetórias da mecânica clássica ou as funções de onda na mecânica quântica. Eles estão ligados a noções como a instabilidade e o caos, que apresentaremos brevemente na seção seguinte. A consideração desses conceitos leva a uma nova formulação das leis da natureza, uma formulação que, como já mencionado, não mais se assenta em certezas, como as leis deterministas, mas avança sobre possibilidades. Além disso, essa formulação probabilista destrói a simetria temporal e permite, portanto, que o caráter evolutivo do universo se exprima na estrutura das leis fundamentais da física. (PRIGOGINE, 1996, p. 31-32).

Capra (1996, p. 42), por sua vez, afirma que "enquanto na mecânica clássica as propriedades e o comportamento das partes determinam as do todo, a situação é invertida na mecânica quântica: é o todo que determina o comportamento das partes". O postulado da separação ruiu com o surgimento de ciências como a Genética, pois esta é constituída dos conhecimentos da Química e da Biologia, e não apenas de uma delas.

O tema da causalidade é muito discutido no campo da Filosofia e das ciências naturais. Trata-se de assunto de caráter geral, universal, eminentemente filosófico, e como tal, interfere nas investigações de todas as ciências.[12] Alguns setores da ciência, especialmente a Física, afirmam que a causalidade se encontra em um momento de crise, como salientado acima. Isso porque a Física Quântica, que se ocupa com o estudo dos fenômenos de ondas e partículas na seara atômica, chegou à conclusão, reconhecida atualmente de modo dominante, de que os processos ocorridos no interior dos átomos (a emissão de elétrons, no interior da estrutura

[12] Mezger (1954, p. 109) sustenta que o direito penal não precisa de uma teoria causal em sentido jurídico, podendo se valer da causalidade em sua concepção lógico-filosófica universal, sendo essa noção um "conceito lógico pertencente à teoria da ciência em geral". No mesmo sentido, Asúa (1965, p. 499-500).

atômica) não são determinados por leis causais, mas por leis estatísticas que apenas permitem enunciados de caráter probabilístico.[13]

O físico Heisenberg, com o seu princípio da incerteza, dispara que não é possível conhecer o que realmente se passa na natureza, apenas o que nela é introduzido ou provocado. Torna-se pertinente aqui a frase do filósofo do conhecimento Karl Popper (apud ALVES, 2000, p. 171): "[...] nós não conhecemos. Nós só podemos dar palpites". Tais afirmações são constatadas pela própria teoria de Newton. Toma-se, por exemplo, um problema de mecânica, no qual se deverá descobrir a velocidade do automóvel no trecho de 100 km, feito em 2 horas. Pela fórmula *V= distância percorrida / tempo gasto no percurso*, a conclusão é de que o automóvel desenvolveu uma velocidade de 50 km/h. Detalhes como a resistência do ar, a aerodinâmica do automóvel e as condições da estrada são desprezadas pela física newtoniana, sendo impossível chegar a um cálculo preciso (nota-se que tais "desvios" não são mencionados). Além disso, o tempo era considerado um fator universal para aquele físico, sendo desconfigurada esta imutabilidade por Albert Einstein, com sua "Teoria da Relatividade Geral". Neste contexto conclui Capra (1996, p. 50): "[...] portanto, os cientistas nunca podem lidar com a verdade, no sentido de uma correspondência precisa entre a descrição e o fenômeno descrito".

Diante das insuficiências constadas por essa racionalidade mecânica descrita alhures, é razoável que uma nova forma de trabalhar o conhecimento científico surja. Dessa forma, "o pensar complexo" de Edgar Morin contribui para a abordagem do tema. Algumas críticas são inevitáveis àquele modelo de conhecimento cego às suas próprias limitações: "[...] por um lado, há a velha e florescente ciência de laboratório, que penetra e abre o mundo matemática e tecnicamente, mas é desprovida de experiência e está envolvida em um mito de precisão; [...]". (BECK, 1997, p. 44). Além disso, o pensamento sistêmico não trabalha com um âmbito fechado de elementos e regras como o mecânico, mas faz uso da incorporação das incertezas do conhecimento humano, fato ressaltado com uma das revoluções científicas manifestadas por Morin na segunda metade do século XX: "Com tudo isso, o século XX viveu duas revoluções científicas. A primeira originou-se da irrupção da desordem, especialmente com a física quântica, e levou à necessidade de tratar a desordem e de negociar com a incerteza" (MORIN, 2002, p. 563). Assim, uma nova epistemologia está por surgir, tendo-se em mente que o conhecimento não é insular, mas peninsular. Contrariamente aos princípios da separação e da redução, necessário é ligar a parte ao todo, em um sentido duplo (da parte ao todo e desta para a parte). Além disso, Morin (2004, p. 16) assevera que "É preciso aprender a navegar em um oceano de incertezas em meio a arquipélagos de certeza". Assim, tal fragmentação do objeto a ser estudado, leva às limitações: "[...] utiliza-se aí precisamente o método analítico sobre o qual se fundamentou há mais de dois séculos a quase totalidade de nosso ensino, a decomposição analítica tida como

[13] Ver Roxin (1997, p. 346); Santos (2002, p. 43); Romero Soto (1969, p. 284). Este último assinala que os rigorosos ataques ao princípio da causalidade no campo da ciência em geral chegam ao ponto de considerá-lo "um fetiche, uma superstição ou um mito".

sagrada, prioritária, mas que me parece potencialmente nefasta." (MOIGNE, 2002, p. 545).

O pensamento complexo de Morin, em termos gerais, resume-se a interligar o que está separado. A complexidade é dialógica, intera e reintera a ordem, a desordem e a organização dos conhecimentos agrupados. A "complexidade", o "pensamento complexo", o "pensar complexo", dentre outras expressões próximas, são construções (propostas) erguidas pelo filósofo francês[14] para uma mudança epistemológica nos parâmetros científicos atuais.

A ciência tornou-se figura intocável e perfeita, o que fez com que inúmeros desastres provocados por decisões humanas ocorressem e fossem tratados como algo corriqueiro, com menos importância do que os resultados pretendidos pelos cientistas e pesquisadores, ou ainda como uma fatalidade ou desgraça secundária. A necessidade do pensamento complexo surgiu de "[...] um percurso onde surgiram primeiro os limites, as insuficiências e as carências nas quais não se pode escamotear o desafio do complexo" (MORIN, 2006, p. 6). Num sentido simplificador, a teoria da complexidade visa instituir um novo olhar sobre os fenômenos e o que se passa no mundo, em dissonância com os paradigmas cartesianos da ciência atual: "[...] será assim reputado complexo aquilo que faz com que a analítica cartesiana fracasse ao tentar decompor (enquanto convém sempre reservar o uso da palavra complicado para aquilo que pode ser desenlaçado e aquilo que será eventualmente reduzido posteriormente por decomposição)". (ARDOINO, 2002, p. 552).

Conclui-se pela busca deste saber complexo, instigador de uma possível religação dos saberes, na qual as incertezas serão o norteador das investidas cognitivas. Uma das bases do pensar complexo consiste no questionamento do modelo de ciência que se arrasta desde os longínquos anos do iluminismo, baseados na crença insuperável nos resultados científicos, na fragmentação do objeto do conhecimento, dentre outras inúmeras peculiaridades. A interdisciplinaridade é elemento indispensável no pensamento moriniano, pois "O objeto de conhecimento não pode cair prisioneiro de uma disciplina especializada ou de uma área enclausurada do saber, uma vez que tudo é complexo". (MARTINAZZO, 2004, p. 21).

Colocadas algumas das transformações enfrentadas pela ciência ao longo da história, e estabelecidos os limites e deficiências de toda e qualquer técnica ou teoria nos diferentes ramos do conhecimento humano, resta elucidar alguns aspectos pontuais sobre a causalidade na ciência jurídico-criminal.

Aqui, a questão mais fundamental reside em saber se a causalidade é uma *categoria ontológica* que determina as estruturas do "ser" ou uma *categoria apriorística do pensamento*; ou seja, uma forma de pensar contida em nosso intelecto e que

[14] Martinazzo (2004, p. 16): "No entanto, trata-se de um pensador inclassificável – filósofo, sociólogo, cientista, antropólogo – em pleno processo criativo, cuja obra, embora suficientemente elaborada e que, por isso mesmo, permite uma visão geral, ainda encontra-se inacabada".

funciona como pressuposto de toda experiência possível.[15] A própria teoria da relatividade de Einstein acabou por demonstrar que a idéia de uma sucessão causal dos acontecimentos no tempo só tem sentido em dimensões muito limitadas. (ROXIN, 1997, p. 346).

Sem embargo, essa mudança do quadro científico geral não traz consigo a perda de funcionalidade do conceito de causalidade para a ciência jurídica e em especial para o Direito Penal. É que a controvérsia entre leis causais e probabilísticas não diminui em nada a idoneidade explicativa do conceito tradicional de causalidade como categoria científica a ser utilizada pelo aplicador do Direito para solucionar os casos práticos. De acordo com Roxin, a existência de leis estatísticas no campo subatômico

> [...] não altera o fato de que o jurista pode seguir trabalhando com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência unicamente de leis estatísticas no campo subatômico não obsta que, para o mundo da vida cotidiana, que é aquele do qual deve cuidar o jurista, possamos seguir confiando nas leis causais com certeza praticamente absoluta; e por outra parte, a teoria da relatividade apenas torna inaplicáveis as tradicionais concepções causais em um pensamento de dimensões cósmicas, enquanto que nos limitados terrenos do Direito não pode modificar mensuravelmente as condições às quais conduz a lei causal. (ROXIN, 1997, p. 346-347).

Isso equivale a dizer que o Direito Penal deve trabalhar com o conceito empírico-naturalista, sendo desnecessária a formulação de uma teoria jurídica própria para o conceito de causalidade, pois já tal tentativa seria perniciosa para a unidade científica do princípio causal.[16]

3. Teoria da equivalência das condições

De acordo com Asúa (1965, p. 550), mais do que base, é a essência da teoria da *conditio sine qua non* a noção de causa desenvolvida pelo inglês John Stuart Mill.[17] A tese construída pelo famoso filósofo utilitarista é o produto de pensamento empirista

[15] Em ambos os casos, temos uma concepção avaloravariva. Lampe (2003, p. 62 e ss). A moderna teoria do conhecimento compreende a causalidade como um fenômeno empírico. Nessa trilha, o sistema finalista a causalidade aparece como elemento da estrutura ontológica da ação, visto que toda ação se utiliza de um processo causal. Não se trata aqui de uma causalidade cega, mas de uma causalidade teleologicamente orientada, inteligente e vidente, uma categoria própria do atuar humano. Assim: Welzel (1976, p. 66); Prado (2002, p. 225); Bitencourt (2003, p. 179-180); Bettiol (2000, p. 229-230). Em direção diversa, a concepção de Kant encara a causalidade como uma das categorias fundamentais do pensamento, como forma apriorística da mente, com a qual se colocam os dados do mundo exterior em particular relação de conformidade ou confronto, conferindo ordem às coisas. Ver Battaglini (1973, p. 199); Santos (2002, p. 43).

[16] No sentido do caráter filosófico do tema e da adoção de um conceito empírico-naturalista pré-jurídico, em oposição a um conceito normativo: Asúa (1965, p. 499-500; 570); Battaglini (1973, p. 199); Mezger (1954, p. 109 e ss); Welzel (1976, p. 66).

[17] No mesmo sentido: Bitencourt (2003, p. 181); Bettiol (2000, p. 338); Prado (2002, p. 256).

inglês e parte da premissa de que o resultado se deve sempre à união de todos os antecedentes fáticos ou condicionantes, que juntos compõem a causa do evento. (ASÚA, 1965, p. 550).

Segundo Mill, "A causa é, portanto, filosoficamente falando, a soma total das condições positivas e negativas tomadas em conjunto; o acervo de contingências de várias naturezas, às quais, uma vez realizadas, invariavelmente se segue a conseqüência". (BATTAGLINI, 2003, p. 59). Tem-se assim, que a causa é um conceito conglobante, que reúne o plexo dos fatores determinantes do resultado. Este é o conceito filosófico de causa, tido como a "totalidade das condições" (*Gesamtheit der Bedingungen*) de um evento.[18]

Bettiol (2000, p. 336) deixa claro esta idéia reitora (causa como conjunto), ao afirmar que a teoria da equivalência

> [...] parte do pressuposto de que, sendo todo evento determinado por um certo número de antecedentes causais, a causa não pode ser dada senão pelo complexo de todas as condições que contribuíram para a produção do evento. Em outras palavras, não seria possível, no elenco dos precedentes causais de um fenômeno, atribuir importância particular a um determinado antecedente, a uma determinada condição, para promove-la ao conceito de causa. Causa é o conjunto de todas as condições necessárias e suficientes para a produção do evento. Isto, todavia, não impede que causa possa ser considerada também qualquer condição singular sempre que se apresente como condição sem a qual o evento não se verificaria.[19]

Contudo, no que diz respeito à ciência jurídica e particularmente ao Direito Penal, esta ressalva final sobre a causa "independente" ou "parcial" assinalada por Bettiol acabou por superar a idéia da "causa total", porque o Direito Penal se ocupa apenas de determinadas ações humanas e suas conseqüências. Com efeito, no âmbito da teoria do delito o princípio causal foi formulado de forma não conglobante, recebendo o nome de *teoria da equivalência das condições* (*Bedingungstheorie* ou *Äquivalenztheorie*). Elaborada inicialmente pelo processualista austríaco Julius Glaser, a *teoria da conditio sine qua non* deve sua sistematização e fundamentação mais profunda, assim como sua introdução na jurisprudência alemã, a Maximilian Von Buri a partir de 1860.[20]

---

[18] Jescheck (1996, p. 277); Battaglini (1973, p. 202).

[19] Ainda sobre a idéia totalizante: Asúa (1965, p. 501), o qual afirma que causa é "[...] o conjunto de fatores que precedem a produção de um fenômeno, inclusive os passivos e os aparentemente mais afastados deles"; Battaglini (2003, p. 202) escreve que "A teoria da equivalência, encarando o evento como a resultante de todos os antecedentes eficazes nas circunstâncias dadas, considera 'causa' a sua totalidade". Entre nós: Bitencourt (2003, p. 181-182) assevera que para a teoria da equivalência "Causa é a soma de todas as condições, consideradas no seu conjunto, produtoras de um resultado".

[20] Roxin (1997, p. 348-349); Camargo (2002, p. 47); Tavares (2002, p. 210); Prado (2002, p. 256); Asúa

Segundo essa teoria ainda admitida, causa é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Todos os antecedentes do fato são considerados necessários e equivalentes, atribuindo-se a cada uma das condições, isoladamente, o caráter de causa do resultado: toda causa produz todo o resultado. Assim, causa é a condição que, de acordo com a fórmula proposta por Julius Glaser em 1858, não pode ser suprimida mentalmente sem que o resultado desapareça (*juízo da supressão mental* ou *procedimento hipotético de eliminação*). Trata-se, pois, de um juízo *ex post facto*, um diagnóstico.[21] Nota-se claramente que, quando recebida pela dogmática jurídico-penal, a teoria causal perde o ponto de partida proposto por Mill, pois o conceito de causa não é mais tido como a soma dos antecedentes de um fenômeno.[22]

Todas as condições determinantes do resultado são necessárias para produção do resultado e, *ipso facto,* equivalentes, pois possuem o mesmo peso ou valor causal. Trata-se de uma teoria generalizadora,[23] pois não faz distinção, no âmbito do conjunto de antecedentes de um fato, entre o que é causa e o que não é, considerando causa tudo aquilo que é indispensável para a ocorrência do resultado. Dito de outro modo, a teoria atribui relevância causal indistintamente a todos os antecedentes. Exemplo: se X corta o cabo do freio da bicicleta de Y e este, ao imprimir uma excessiva velocidade à magrela, de modo a não conseguir pará-la, acaba por se chocar com uma vitrine de vidro de uma loja, X e Y serão causa do resultado, pois suprimida

(1965, p. 551).

[21] Wessels e Beulke (2002, p. 52 e ss.); Jakobs (1997, p. 227); Welzel (1976, p. 67); Roxin (1997, p. 347-349) destaca que já em 1858 Glaser escrevia o seguinte: "Há um ponto de apoio segura para examinar o nexo causal; quando se intenta suprimir mentalmente o evento originalmente da soma dos acontecimentos e então se vê que apesar disto se produz o resultado, que apesar disto a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mês,a está claro que o fato e seu resultado não podem ser reconduzidos à eficácia desta pessoa. Se, pelo contrário, se vê que, quando se suprime mentalmente esta pessoa do cenário do acontecimento, o resultado não poderia se produzir em absoluto ou que teria que produzir-se por outra via totalmente distinta, então está justificado com toda segurança considerá-lo como efeito de sua atividade". Cabe apontar que essa formulação rege apenas as condições positivas. No caso das condições negativas (omissão), a fórmula deve ser invertida para verificar a "causalidade": uma omissão seria causa de um resultado se, suposta hipoteticamente, com a realização da ação omitida, aquele *teria* sido evitado. Sobre esse procedimento de eliminação ao inverso e a causalidade hipotética na omissão, ver: Bacigalupo (2006, p. 230-231); Díaz (1996, p. 31).

[22] Sobre a quebra da idéia de causa conjunta, ver Jescheck e Weigend (1996, p. 277); Roxin (1997, p. 348). Segundo Díaz (1996, p. 26): "[…] é uma doutrina jurídica que se distancia do significado proveniente da filosofia e das ciências naturais, pois para a equivalência a causa não é a soma de todas as condições do resultado, senão cada uma das condições, ainda quando estas atuam conjuntamente com muitas outras para alcançar o resultado".

[23] As teorias individualizadoras possuem índole parcialmente normativa, pois pretendem distinguir e escolher, dentre entre os diversos antecedentes, aqueles que, de acordo com certos critérios ("proximidade", "prevalência", "maior eficácia", "eficiência", "preponderância", "qualidade do efeito" etc.), revelam certa relevância jurídica em cotejo com os demais, geralmente contida no valor decisivo para a produção do resultado. A mais famosa delas é a teoria que distingue entre "causa" e "condição". Sobre essa classificação e o conteúdo das várias teorias individualizadoras, ver Welzel (1976, p. 71-72); Romero Soto (1969, p. 286-287); Asúa (1965, p. 519 e ss.); Battaglini (1973, p. 200); Prado (2002, p. 257-258). Tais teorias obtiveram pouco sucesso na doutrina e na jurisprudência. Cabe assinalar que a teoria da adequação não deixa de ser, em certa medida, uma teoria individualizadora.

a atuação do primeiro, o segundo *teria* conseguido parar a bicicleta a tempo e, suprimida a conduta do segundo, não *haveria* acidente nenhum.

Sem embargo, a fórmula da supressão mental hipotética utilizada pela teoria da equivalência não é um recurso geral infalível para a demonstração do liame causal. Ao inverso, a mesma é objeto de fortes críticas: o método da exclusão hipotética é excessivo, insuficiente e inútil no que concerne à pesquisa causal.

A primeira e mais severa crítica dirigida à fórmula da exclusão hipotética concerne à sua extensão ou amplitude, pois ela leva até o infinito a pesquisa sobre a causa de um evento (*regressus ad infinitum*). Trata-se, pois, da ampliação desmesurada do objeto passível de valoração penal. Valendo-se de um critério ilimitado, a teoria conduz a uma verdadeira exasperação do conceito de causa, chegando em muitos casos a conclusões inaceitáveis, injustas e absurdas do ponto de vista sistemático. Com isso, o alcance do tipo penal é tão extenso, que abarca resultados derivados de cursos causais irregulares, extravagantes ou desafortunados que são evidentemente irrelevantes para a teleologia do Direito Penal já em sede de tipicidade objetiva. Isso significa que a teoria veicula uma clara confusão entre juízo de fato (causação) e juízo de valor (imputação), pois confere a mesma importância penal a todos os fatores causais que culminam no resultado.[24] Em outros termos, o erro reside no nivelamento entre a ação humana e os fatores causais mecânicos, pois apesar de se poder sustentar, no mundo naturalístico, a inexistência de diferenças entre a causa cega e a vidente, o mesmo não acontece no plano axiológico. Nas palavras de Bettiol (2005, p. 338-339), "[...] equiparar a ação humana a um fator puramente mecânico é desnaturar a ação naquilo que ela tem de peculiar: a possibilidade de erigir-se sobre todos os demais fatores e coordená-los para um determinado fim".

Assim, se um motorista embriagado não consegue mais dominar o seu carro, entra na contramão da via e se choca com um carro vindo na outra direção, a ingestão de álcool é causa do resultado (pois suprimida mentalmente, o motorista teria-se mantido em sua mão de direção e o resultado não teria ocorrido). Também seriam causas do resultado a vítima, os projetistas e fabricantes dos veículos, os engenheiros que planejaram a pista, assim como seus construtores, os pais dos protagonistas e assim por diante (pois excluídas as contribuições desses fatores, o resultado não teria ocorrido).

Para darmos outro exemplo: Aquele que provoca lesões corporais leves em uma pessoa que falece depois no hospital ao sofrer um mal súbito decorrente de anestesia, ou em razão de um erro médico (violação da *lex artis*), ou ainda em virtude da queda de energia que impede o tratamento adequado é causa do resultado morte. O

[24] Roxin (2006, p. 101-132); Bacigalupo (2006, p. 232); Romero Soto (1969, p. 289); Battaglini (1973, p. 203); Asúa (1965, p. 571). Stratenwerth (2005, p. 132) salienta que a teoria "[…] contém, além de afirmações controláveis mediante as ciências naturais, uma decisão de valor, quando declara relevante para o Direito penal, com princípio, todos os riscos originados pelo autor, inclusive os mais distantes". Cerletti (2003, p. 241-243) enfatiza a identidade absoluta entre ambos os juízos: "Todo juízo de imputação coincidirá com todo o juízo de causalidade (seriam *o mesmo juízo*)".

mesmo vale quando a causa determinante do resultado está no estado biológico da vítima (como o hemofílico que morre em razão de um pequeno ferimento causado por outrem); e quando esta infringe os deveres de autoproteção (como paciente que se recusa a seguir a prescrição ou tratamento médico; ou o motociclista que, em disputa de velocidade com outro, comete um erro de condução fatal). Da mesma forma, um fabricante de armas seria causa de todos os fatos puníveis cometidos com seu uso.[25]

No sistema clássico de delito, a limitação da causalidade era realizada pela culpabilidade, concebida como vínculo subjetivo do autor com fato, nas formas de dolo ou culpa (LISZT, 1972). Entretanto, tal mecanismo fracassou por sua incoerência, já que a limitação pela culpabilidade recorre a fatores de índole subjetiva para solução de um problema de índole eminentemente objetiva (crítica também dirigida à tese finalista de limitação da causalidade pelo tipo subjetivo).[26] Em segundo lugar, a filtragem da responsabilidade pela culpabilidade implica um desnecessário vai-e-vem pelas categorias analíticas do delito, contrário ao princípio da economia: é um sem-sentido situar aquela filtragem apenas no terceiro nível da estrutura do delito e não já no próprio âmbito da tipicidade. Por último, a solução proposta conduz a resultados sistemáticos e práticos inadmissíveis: o corte da imputação feito na culpabilidade supõe a afirmação da antijuricidade da conduta e, com isso, da responsabilidade civil, instituto nem sempre condicionado ao requisito da culpa *lato sensu*.[27]

Ainda buscando uma restrição da causalidade no campo subjetivo, a *teoria da proibição de regresso* (FRANK), preceitua que o juízo de verificação da causalidade não pode retroceder ou retornar às condições que temporalmente precederam à posterior atuação típica culposa ou dolosa de outrem, a qual teria o condão de interromper o nexo causal iniciado pelo primeiro interveniente. Em outros termos, se a intervenção posterior do terceiro não for intencional ou culposa, será causa do resultado tanto a condição colocada pelo primeiro a atuar quanto a condição posterior colocada por outrem. Em sentido contrário, se a condição posterior for colocada livremente de modo consciente ou ainda culposamente, as condições anteriores não devem ser levadas em conta para a determinação da causalidade. Se, por exemplo, X deixa uma arma de fogo carregada sobre a mesa e Y esbarra na arma, que cai, dispara e mata Z, as condutas de X e Y dão causa da morte de Z, já que, eliminada cada uma delas de forma alternativa, a morte de Z não teria ocorrido. Mas se Y mata Z de forma dolosa (ao saber que a arma está carregada, dela se apodera e dispara intencionalmente contra Z) ou imprudentemente (ao brincar com a arma, esta acaba disparando na direção de Z), a ação de X não deveria ser levada em consideração para efeitos de determinação da causalidade.[28]

---

[25] O primeiro exemplo em Roxin (1997, p. 349-350); Tavares (2002, p. 210). Os demais em Díaz (1996, p. 27-28); Stratenwerth, (2005, p. 129).

[26] Sobre causalidade no finalismo, caracterizada pela adequação ao dolo: Welzel (1976, p. 69).

[27] Sobre as criticas: Asúa (1965, p. 571-572); Lampe (2003, p. 63).

[28] Sobre a formulação de Frank: Hruschka (2005, p. 169 e ss.); Robles Planas (2003, p. 82 e ss.). O exemplo em: Bacigalupo (2006, p. 231-232). Note-se que a proibição de regresso nasceu dentro do âmbito causal e só depois migrou para a teoria da imputação objetiva. Sobre isso: Jakobs (1998, p. 73 e ss).

Todavia, a intervenção posterior dolosa ou culposa de um terceiro não interrompe o nexo causal. Pelo contrário, a intervenção anterior facilita ou até mesmo possibilita a ocorrência do resultado. Assim, quando alguém deixa um revólver carregado dentro do bolso de seu paletó, confiado ao guarda-roupa de um teatro, e este toma a arma que cai por casualidade e, a título de brincadeira, aperta o gatilho contra o companheiro, que morre em razão do disparo, tanto o visitante quando o funcionário do teatro são causas do resultado. Isto é assim porque a relação de causalidade existe ou não existe e não pode ser interrompida. Também neste sentido caminhou uma clássica decisão judicial alemã, ao reconhecer que aquele que constrói uma casa sem cumprir as medidas de segurança contra incêndios ou sem possuir a licença de construção é causa da morte de um habitante queimado melo incêndio no imóvel, mesmo que as chamas tenham sido originadas dolosamente por um terceiro, pois o resultado havia sido co-determinado pelo estado da edificação.[29]

A fórmula da exclusão mental também não consegue explicar os chamados cursos causais hipotéticos, casos em que com a eliminação dos antecedentes não afasta a existência do resultado. No tradicional exemplo das execuções de doentes mentais em atendimento a ordens de superiores hierárquicos do governo nazista alemão, a defesa dos acusados se baseava no argumento de que, na hipótese de recusa à execução de tais ordens, outros médicos as cumpririam da mesma forma. Excluídas as condutas dos médicos acusados, o resultado permaneceria o mesmo em razão da ação hipotética dos médicos substitutos. Logo, o comportamento daqueles não constituiria causa do resultado. Da mesma forma, a conduta hipotética substituta dos outros médicos não seria causa de nenhum resultado. Chegaríamos ao absurdo de uma morte sem causa.[30]

Uma proposta para a solução do problema foi apresentada por Spendel e utilizada por Mezger (1954) e Welzel (1976). Segundo essa proposta, a teoria da equivalência deveria excluir o exame hipotético da causalidade e trabalhar unicamente com as condições efetivamente presentes: o resultado é sempre produto concreto de

[29] Outro exemplo: X, um caçador, está em uma festa com sua arma carregada. Y, seu amigo, ao entrar em peleja com Z, tira a arma de X, sem que este perceba, e dá cabo da vida de Z com um tiro à queima-roupa. X, ao portar a arma que utilizada pela conduta típica dolosa de Y, constitui causa da morte de Z. Informativos: Díaz (1996, p. 28); Roxin (1997, p. 355); Jakobs (1997, p. 232); Jescheck e Weigend (1996, p. 280-281); Welzel (1976, p. 67); Tavares (2002, p. 218). Cabe apontar que o progresso trazido pelo finalismo à teoria do tipo penal se limita ao tipo subjetivo: o tipo objetivo segue esgotado na mera causalidade, nos termos da teoria da equivalência. Assim: Roxin (1997, p. 102); Greco (2002, p. 7): "O finalismo nada mais fez do que acrescentar, ao conceito de tipo do naturalismo, a componente subjetiva. O tipo objetivo do finalismo (ação + causalidade + resultado) é idêntico ao tipo do naturalismo". Ainda: Lesch (1997) aponta que a única coisa que fez o finalismo foi subjetivar o conceito de ação dos causalistas.

[30] Cabe aqui outro exemplo. X vai com seus amigos Y e Z até uma taverna. Y e Z sempre andam acompanhados de um bastão de basebol para sua segurança pessoal. Ao chegarem ao recinto, Y e Z penduram seus utensílios na porta de entrada. X, ao entrar em peleja com W, pede a Y e a Z que algum deles pegue um bastão. Y e Z vão até a porta e cada um pega seu respectivo instrumento. X pega o bastão de Z e mata W com pancadas na cabeça. Nesse caso, a conduta de Z não seria causal para o resultado, pois se suprimida sua atuação, X pegaria o bastão das mãos de Y e a morte de W teria acontecido mesmo assim. E a conduta de Y também não é causal para o resultado. Mais uma vez, temos um resultado sem causa. Sobre a causalidade hipotética, ver Camargo (2002, p. 53); Roxin (1997, p. 253); Díaz (1996, p. 35-36); Bacigalupo (2006, p. 231).

condições reais e não de possíveis ou prováveis fatores hipotéticos que não participam de nenhum processo histórico temporal e espacialmente situado. O que importa é evento ocorrido em essência, não aquilo que aconteceria ou poderia acontecer. Um acontecimento real nunca pode ser substituído por um curso hipotético. Isso significa que qualquer condição que produza uma mudança concreta do resultado no tempo e no espaço constitui causa desse resultado. Com a eliminação de qualquer um dos antecedentes, o resultado não ocorreria nos mesmos moldes temporais, espaciais, qualitativos e quantitativos: o resultado nunca será o mesmo em seu modo de existir. Assim, causa seria toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido, *tal como ocorreu* (*fórmula da equivalência concretizadora*). Assim, inclusive aquele que antecipa a morte de um doente terminal é causa da morte deste, em sua concreta configuração. O mesmo ocorre com o medico que posterga com sua atuação a morte inevitável de seu paciente.[31]

Sem embargo, o recurso a esta idéia concretizadora, ainda que feita a título de exceção válida apenas para solucionar os casos de causalidade hipotética, provoca uma fricção interna nos fundamentos da própria teoria da equivalência, que propõe exatamente um método hipotético-abstrato para definir o juízo de causalidade. Em suma, esta solução inventada *ad hoc* acaba por desfigurar a formulação da teoria.

A teoria também é incapaz de explicar os casos de dupla causalidade alternativa, hipóteses (raras na prática) em que diversas condições atuam de forma conjunta, mas cada uma delas, por si só (isoladamente considerada) é suficiente para produzir o resultado. Eis o exemplo de cátedra. X e Y, independentemente um do outro, e sem conhecimento recíproco, colocam cada um uma dose de veneno na bebida a ser ingerida por Z, de modo que cada uma das doses é suficiente para matá-lo. Eliminada mentalmente a conduta de X, o resultado permaneceria tal como ocorreu. O mesmo ocorre quando, mantida a conduta de X, a contribuição de Y é suprimida. Assim, nem X nem Y seriam causa do resultado. Teríamos novamente um resultado sem causa; assim, X e Y só poderiam ser condenados por tentativa.[32]

Uma tentativa de solução do problema foi apresentada por Welzel (1976, p. 69), ao elaborar a fórmula da eliminação global ou cumulativa: "Se diversas condições podem ser suprimidas *in mente* de forma alternativa sem que o resultado desapareça, mas não assim cumulativamente, cada uma delas é causal para o resultado". Entretanto, esta fórmula corrigida substitui um defeito por outro, pois conduz à condenação dos diversos intervenientes por delito consumado ainda que a contribuição de um dos sujeitos não tenha sido eficaz (ou seja, no caso em que uma das contribuições levou por si só ao

[31] Ver Mezger (1954, p. 108-111). Segundo Welzel (1976, p. 68): "Na aplicação da fórmula das condições para a determinação de uma relação causal real, se deve partir sempre somente das circunstâncias realizadas, enquanto que aquelas circunstâncias meramente possíveis ou prováveis que não aconteceram não podem ser incluídas mentalmente". Informativos: Jescheck e Weigend (1996, p. 282); Tavares (2002, p. 216); Jesus (1995, p. 218).

[32] Outro exemplo: X e Y, independentemente um do outro, atiram simultaneamente contra Z, que morre. Ambos os disparos atingem a cabeça de Z e por isso têm a mesma idoneidade letal. Eliminada o disparo de X, a morte de Z não desaparece. O mesmo ocorre com a supressão do disparo de Y. Sobre a causalidade alternativa, ver Jakobs (1997, p. 234); Camargo (2002, p. 52); Stratenwerth (2005, p. 129).

resultado, mas não se sabe qual delas), hipótese em que contra os envolvidos seria legítima apenas uma imputação a título de tentativa. Trata-se do chamado "curso causal ultrapassante", situação em que uma contribuição assume o lugar do anterior, levando sozinha ao resultado. Nesses casos, é preciso considerar também a vigência do princípio da presunção de inocência. Assim, se X e Y adicionam, cada um, igual quantidade de veneno na comida de Z, sendo cada contribuição isoladamente capaz, segundo uma perícia, de levar ao resultado de morte por envenenamento, ambos serão causa do resultado. Diferentemente, se o resultado se der em razão somente de uma contribuição que se adiantou à outra, mas a análise química realizada conforme as leis científico-naturais não identificar qual delas se trata, o princípio *in dubio pro reu* impõe a responsabilidade dos intervenientes apenas por tentativa.[33]

Outro problema diz respeito àqueles casos em que uma ação impede ou inviabiliza um curso causal de salvação já iniciado (cursos causais salvadores). A questão reside em como fundamentar a causalidade, pois nestes casos ela não está presente enquanto "força eficiente, dinâmica, atuante": a ação humana não tem lugar no processo causal real, senão incide eliminando as possibilidades de evitação do resultado existentes. Aqui a doutrina majoritária entende que haverá causalidade se os cursos causais impedidos pudessem, com probabilidade próxima da certeza, evitar o resultado (provável eficácia hipotética de evitação próxima da certeza). Trata-se, pois, de uma condicionalidade hipotética.

Eis alguns exemplos: X, que está perdido com Y em uma mata fechada e de difícil acesso, destrói o único frasco de remédio capaz de salvar a vida deste; Z impede, de qualquer forma, que um bote inflável ou uma bóia chegue a alguém que está se afogando na correnteza; diante de um incêndio na vizinhança, W corta as mangueiras de água dos bombeiros, que, não fosse isso, teriam apagado as chamas. Nesses casos, X, Z e W (assim como a doença, a água e o fogo) seriam causas dos respectivos resultados, já que o impedimento de cursos causais destinados à salvação de bem jurídico possui a mesma eficácia causal que a ativação de seus cursos destruidores.[34]

Não haverá causalidade se o curso impedido for ineficaz para excluir o resultado, por exemplo, se o remédio estivesse estragado ou se, em razão da força da correnteza, a bóia ou o bote não alcançassem a vítima. Em síntese, é preciso demonstrar que as chances de salvamento eram absolutas. O princípio da exclusão de fatores hipotéticos seguiria não apenas válido, mas também reafirmado, pois o que ocorreria nesses casos não seria a substituição da conduta do autor, mas unicamente sua *complementação* por um curso causal hipotético adicionado mentalmente (um suposto desenvolvimento da causalidade).[35]

---

[33] A solução em: Roxin (1997, p. 354-355); Tavares (2002, p. 212 e ss.); Díaz (1996, p. 37).

[34] Sobre tudo isso: Roxin (1997, p. 358); Santos (2002, p. 48); Camargo (2002, p. 53).

[35] Assim: Roxin (1997, p. 358) afirma que esta complementação pelo curso causal hipotético não é uma refutação, mas uma maior precisão do princípio pelo qual um acontecimento real jamais pode ser substituído por cursos causais hipotéticos. Também: Díaz (1996, p. 38-39); Santos (2002, p. 48); Camargo (2002, p. 53). Segundo Welzel (1976, p. 68): "[...] pelo contrário, cursos causais de salvamento têm que ser incluídos mentalmente".

Todavia, a despeito de ser classificada como um complemento, a utilização dos cursos causais hipotéticos continua sendo insustentável. De fato, há causalidade real na interrupção de cursos causais salvadores. Mas a explicação é outra. O que deve ser objeto de análise é o que deve suceder para que o resultado tenha lugar. Quando ocorre um curso causal salvador, todas as condições do resultado presentes até o momento só são suficientes caso atendido o requisito adicional que exige o impedimento do curso salvador do resultado. Esse impedimento não é uma interrupção de um impulso, mas sim um condicionamento da não-salvação e, como tal, é causa desta: o fato (interrupção da salvação) determina o resultado não de forma hipotética, mas de forma concreta. Assim, aquele que quebra o único frasco de remédio capaz de salvar o moribundo é causa de sua morte, já que condiciona sua não-salvação; o mesmo ocorre com aquele que corta a mangueira dos bombeiros. Em suma, nesse grupo de casos a solução não pode ser dada unicamente pelo critério da exclusão hipotética, pois o resultado é meramente provável.[36]

Ademais, a teoria da *conditio sine qua non* em nada contribui para pesquisa da causalidade por uma razão lógico-conceitual: pressupõe justamente aquilo que se deveria descobrir, isto é, se determinado fator é causa concreta do resultado. Sua fórmula é enganosa. Para averiguar, por exemplo, se o calmante-sonífero *contergan* (talidamida) ingerido durante a gravidez é causa de deformação fetal, de nada adianta excluir sua ingestão e perguntar se o resultado, com isso, teria desaparecido. Isso porque para responder a esta indagação é necessário saber de antemão se o medicamento é causador de deformações no feto e, se este conhecimento já existe, a pergunta já não tem mais razão de ser.[37]

Em defesa da teoria da *c.s.q.n.*, argumenta-se que, para demonstrar se certo fator ou circunstância pode ser causa concreta de um resultado, é necessário "[...] o prévio conhecimento abstrato da eficácia causal geral deste fator". (SANTOS, 2002, p. 45). Este saber prévio seria inclusive pressuposto da fórmula da supressão *in mente*. Em que pese o referido argumento, tal conhecimento prévio abstrato nada mais é do que a causalidade mesma, em sua formulação hipotética própria da teoria

[36] Ver Jakobs (1997, p. 234-235), que acrescenta: "O fato de que a interrupção do curso causal salvador condicione o resultado não significa que também a ausência de um curso salvador seja condição do resultado, já que a ausência não é (em oposição à interrupção) nenhum sucesso em absoluto, senão a falta de um sucesso. Com independência da circunstância de que, no sentido da Lógica, a falta de algo possa ter conseqüências (no sentido de 'permitir conseqüências', não de 'ter um resultado'), aquilo que não existe na realidade em que estão situadas as conseqüências do Direito penal tampouco pode ter conseqüências (no sentido de 'resultado'). Mais bem, a ausência de impedimentos sempre está implicitamente contida na declaração de que o resultado foi suficientemente condicionado por um sucesso; a ausência *não* é, pois, nenhuma condição *adicional junto* ao sucesso" (grifos do autor). No mesmo sentido: Tavares (2002, p. 218) afirma a respeito dos exemplos acima: "A causalidade aqui se baseia em que a ação de A é causal para a morte de C, porque diminuiu as possibilidades de que ela não ocorresse, alterando, pois, a seqüência dos fatos".

[37] Ver Jescheck e Weigend (1996, p. 281); Roxin (1997, p. 350); Díaz (1996, p. 33-34). Bacigalupo (2006, p. 232-233) afirmou: "Quem não saiba que o disparo de uma arma de fogo pode produzir a morte de uma pessoa não pode saber tampouco se, ao suprimir-se mentalmente a ação de disparar, o resultado não teria se produzido".

da equivalência das condições, que, ao recusar atenção às condições realmente ocorridas, joga apenas com a idoneidade abstrata da hipótese em análise.

Ademais, cabe apontar um defeito metodológico que condensa toda a fraqueza da teoria da equivalência. Com efeito, a teoria peca por trabalhar com um critério hipotético situado apenas no plano lógico e incapaz de assinalar a existência ou não de um real e concreto liame entre a ação e o resultado típico. Ao invés de operar com os eventos concretos regidos conforme uma lei natural, a teoria se vale da fórmula de eliminação baseada em uma conjectura: a condição descoberta através deste *modus operandi* é considerada necessária, mas não se sabe se tal causa é suficiente (se teria mesmo surtido efeito) para o resultado. Em outros termos, a teoria verifica se um evento é ou não condição imprescindível para o resultado revelando as condições insubstituíveis, mas nada diz sobre se tal evento efetivamente levou, segundo as leis naturais que regem a experiência empírica da realidade, ao resultado. Não revela as condições suficientes, em tese, substituíveis.[38]

Assim, para ser capaz de suportar o aparato de imputação jurídico-penal, a teoria causal deve trabalhar apenas com condições reais e concretas, desconsiderando qualquer confrontação entre cursos causais empiricamente ocorridos e cursos existentes apenas em hipótese.[39] O que importa é o acontecido no mundo das coisas, regido pelas leis naturais, e não no mundo dos "acontecimentos" hipotéticos. Isso significa que o equívoco não está no conceito de condição em si, mas sim na fórmula utilizada pela doutrina para sua constatação.

Todas as tentativas de solução dos problemas da aplicação da teoria da equivalência acima apresentadas acabam por desnaturar e alterar *ad hoc* o conteúdo da própria

[38] No âmbito da causalidade hipotética somente são substituíveis as condições eficientes, não as necessárias. Sobre tudo isto: Jakobs (1997, p. 228) afirma "O errro metodológico da fórmula radica no seguinte: a fórmula funciona com uma hipótese; tal modo de proceder é adequado quando há de se verificar a relação de *input* e *output* de um sistema e o *input* (assim como o *output*) é controlável em sua totalidade, ou seja, quando se está ausente o *input* (se 'suprimido mentalmente') nada pode ocupar seu lugar. Mas quando se desconhece o que pode afluir ao sistema (no processo causal conduzente ao resultado) como condições substitutivas do *output* (resultado), no máximo se pode deduzir que a condição era necessária ou não, mas não que teria sido suficiente (que teria surtido efeito). A fórmula substitui os pressupostos sobre os quais se averigua o que é condição pelos pressupostos para que tenham lugar condições. Desde logo, somente se pode averiguar o que é condição investigando os elementos distintivos de fatos com produção de resultado e fatos sem esta". Ainda: Gimbernat Ordeig (1997, p. 51-102). Essa idéia realista ou concretizadora já havia sido reconhecida, ainda que de forma parcial e excepcional na proposta de Welzel e Spendel no âmbito da teoria da equivalência. Entretanto, isto foi autofágico para a teoria, pois se o que se analisa são as condições reais e concretas e o resultado em sua forma efetiva, a fórmula de supressão já não pode ter natureza hipotética. O desenvolvimento coerente dessa idéia (processo causal real e concreto) desemboca na teoria da condição conforme a uma lei natural.

[39] Ver Díaz (1996, p. 33): "A teoria da equivalência é incontroversa como definição da relação ontológico-causal. Nos últimos tempos, entretanto, surgiram algumas objeções que na verdade não se dirigem contra a teoria da condição como tal, senão contra a constatação dada pelo uso do método hipotético de supressão mental na fixação da relação de causalidade".

teoria. Em face disso, surgiram perspectivas teóricas mais amplas e coerentes que deram origem a diversas teorias autônomas alternativas: teoria da causalidade adequada, teoria da relevância, teoria da condição conforme a uma lei natural e teoria da causalidade funcional.

4. Teoria da causalidade adequada

Criada no âmbito do Direito Civil, onde segue como tese dominante,[40] a *teoria da causalidade adequada* ou *teoria da adequação* (*Adäquanztheorie*) foi desenvolvida e levada ao campo do Direito Penal pelo médico-fisiologista friburguês Johannes Von Kries em razão da necessidade de restrição da responsabilidade nos delitos qualificados pelo resultado no sistema alemão, o qual até a reforma penal processada em 1953, não exigia que o resultado mais grave fosse causado ao menos de forma culposa, o que levou a doutrina e a jurisprudência da época a considerar suficiente causação do resultado mais gravoso para a imposição da pena maior (pois o dolo e a culpa, os tradicionais mecanismos de restrição da responsabilidade, não atuavam neste caso). Por exemplo: em meio a uma briga, X provoca algumas lesões corporais em Y, que aparentemente recuperado, vai embora a pé e no caminho, ao se sentir tonto em razão de uma pancada recebida na cabeça, cai durante a travessia de uma rua e é atropelado por um automóvel, o que o leva à morte. Nesse caso, X responderia por lesão corporal seguida de morte. A teoria entrou em declínio após a referida reforma, mas mantém certo prestígio na literatura e jurisprudência penais.[41]

A teoria em tela entende que "[...] causa, no sentido jurídico, é apenas a condição adequada ao tipo penal".[42] Ou seja, é a condição que, por elevar as chances de ocorrência do resultado típico, é adequada para produzi-lo. Há uma causa adequada quando a causação do resultado não for improvável ou se a condição conduzir ao resultado de forma previsível. Em termos mais refinados, a causa adequada é a conduta que possui uma tendência geral para provocar o resultado descrito no tipo penal segundo um juízo de probabilidade/previsibilidade baseado nas regras da experiência. As condições que não possuem essa idoneidade probabilística e que apenas levam ao resultado por pura casualidade, são condições não adequadas ou fortuitas, juridicamente irrelevantes.[43]

---

[40] Sua criação se deve a Ludwig Von Bar, que em 1871 a propôs como um meio de restringir a causalidade natural no campo jurídico a partir da consideração dos fins do Direito e das chamadas "regras da vida". Essa formulação de Bar foi e segue como doutrina majoritária sobre o tema causal na literatura e jurisprudência do Direito Civil. Sobre isso: Wessels e Beulke (2002, p. 56); Camargo (2002, p. 55); Tavares (2002, p. 267); Jakobs (1997, p. 238).

[41] Sobre a repercussão da teoria e a questão dos crimes qualificados pelo resultado antes da reforma de 1953, ver: Jakobs (1997, p. 238-239); Roxin (1997, p. 358-359); Greco (2002, p. 24); Welzel (1976, p. 70); Mezger (1954, p. 112).

[42] WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Op. cit.*, p. 56, onde se lê no original: "*ist Ursache im Rechtssinn nur die tatbestandsadäquate Bedingund*".

[43] Informativos: Jakobs (1997, p. 238 e ss.); Roxin (1997, p. 359); Camargo (2002, p. 55 e ss.); Greco (2002, p. 24 e ss.); Mezger (1954, p. 112). Sobre a orientação finalista, de uma causalidade adequada ao dolo e a colocação da previsibilidade na estrutura dos tipos culposos, ver: Welzel (1976, p. 69-71).

O problema fundamental da teoria era determinar o conteúdo e a forma do juízo de adequação (se *ex ante* ou *ex post*; se desde o ponto de vista do autor ou de um terceiro). Entre um juízo puramente subjetivo (que levaria a um juízo de evitabilidade que não teria razão de ser junto com o dolo e com a culpa) e outro puramente objetivo (cujo prognóstico levaria à conclusão de que o sujeito com conhecimentos especiais ou superiores poderia deles se valer sem ser causa do resultado). Prevaleceu o entendimento de que o juízo possui natureza mista (objetiva e subjetiva). Segundo esse prognóstico póstumo-objetivo (*objektive-nachträgliche Prognose*), o juiz deve colocar-se, durante o processo penal posterior ao fato, na posição de um observador ideal-abstrato presente no momento prévio ao acontecimento que possui os conhecimentos de um "homem inteligente" ("*einsichtiger Mensch*") situado "no mesmo papel do autor" ("*in der Rolle des Täters*"). Além desse conhecimento padrão derivado do círculo social do autor, o juízo considera relevantes também os conhecimentos especiais do agente (aqueles que excedem aquele *standard*). Ilustrando com o seguinte exemplo de cátedra: X, interessado em herdar de seu tio, envia este a uma viagem de avião, na esperança de que a aeronave caia. Todavia, a conduta de X, do ponto de vista dos conhecimentos de um homem prudente, é inadequada para produzir o resultado pretendido, pois este é *ex ante* objetivamente improvável. Caso ocorra o acidente, X não será causa da morte. Diferentemente, se X tivesse conhecimento da existência de uma bomba na aeronave, tal saber especial tornaria sua conduta adequada para a produção de um resultado que é *ex ante* previsível (provável). Ocorrida a explosão, X será causa adequada da morte do tio. O mesmo vale no caso em que um hemofílico morre em razão do pequeno ferimento sofrido em razão de um golpe desferido por outrem: se o agressor desconhece o peculiar estado de fragilidade da vítima, o golpe é inadequado para produzir o resultado morte; será, entretanto, adequado o golpe se o autor estiver na posse daquele conhecimento especial.[44]

A despeito do inegável mérito da teoria em demonstrar a insuficiência da concepção meramente causal-naturalista da realização do tipo e de excluir do âmbito do penalmente relevante tudo aquilo que seja imprevisível (o acaso/azar expresso nos cursos causais extravagantes/extraordinários, tidos como desvios causais além de qualquer cálculo racional) pela distinção entre "causalidade típica" e "causalidade atípica" (GRECO, 2002, p. 27), seus defeitos são insuperáveis.

Primeiramente, o juízo de adequação implica a confusão entre aspectos objetivos e subjetivos do delito, pois enxerta considerações de previsibilidade no contexto causal.[45] Em segundo lugar, dito juízo não pode ser caracterizado como um prognóstico objetivo-posterior. De um lado, ele não é apenas objetivo, pois considera os saberes especiais do sujeito concreto; do outro, ele não é posterior, pois sendo um juízo ideal, tem existência intemporal (há cadeias causais que, a despeito de

[44] Informativos: Wessels e Beulke (2002, p. 56); Jescheck e Weigend (1996, p. 285-286); Díaz (1996, p. 42-43).

[45] A esfera adequada para essa mistura é a imputação objetiva, por operar com critérios exclusivamente normativos. Sobre a utilização do juízo de previsibilidade como elemento da imputação objetiva, ver: Greco (2002, p. 26-27).

não serem conhecidas pelo juiz, podem ser adequadas). Em terceiro termo, o juízo de adequação não é capaz de definir com segurança suficiente qual o grau ou intensidade de probabilidade necessária para que uma causação seja considerada juridicamente relevante.[46]

Em quarto lugar, a adequação de um determinado curso causal em face de certa conseqüência simplesmente não existe. Um curso inadequado é aquele que leva ao resultado de forma desacostumada, não usual. Entretanto, ao olhar detalhadamente cada curso causal, percebe-se que cada um deles se revela, em verdade, raríssimo, pois cada uma das condições do fato nada mais é do que um fator entre as inúmeras variantes possíveis de ocorrência no caso concreto. Vejamos o seguinte exemplo. O carro do condutor X, que leva Y como passageiro, derrapa em razão dos pneus carecas e se choca de frente com um caminhão que vinha em sentido contrário. Um dos pulmões de Y é esmagado pelo choque, o que adicionado à prévia insuficiência respiratória do outro pulmão do acompanhante, o leva morte. A conduta do motorista não deixa de ser causal para a morte do seu carona, a despeito do desencadeamento inusual dos acontecimentos. Mas essas condições são apenas uma variante a mais dentro do marco das inúmeras variáveis possíveis. Por outro lado, existem cursos inadequados que, apesar da extrema improbabilidade, não excluem a imputação. Z obriga W ingerir um veneno comum, que geralmente produz efeito no estômago. Entretanto, W toma um medicamento muito raro e, em razão de sua constituição física modificada pelo remédio, aquele veneno produz graves efeitos no esôfago, o que o leva à morte. Nesse caso, não há razão nenhuma para excluir a imputação do resultado, pois a conseqüência configura a realização do risco criado por Z. (JAKOBS, 1997, p. 240).[47]

Por último, a teoria da adequação não é, em verdade, uma teoria causal, mas sim uma teoria de imputação objetivo-normativa do resultado. Ao tentar limitar a causalidade natural e trabalhar em um primeiro passo com a fórmula da eliminação hipotética, a proposta em análise não passa de um complemento, ao mesmo tempo causal e normativo, da teoria da equivalência, pois apenas elimina a equivalência entre todas as condições. Isso significa que, ao pretender construir um conceito jurídico para a causalidade através da eleição, dentre as causas de um resultado, daquelas que são juridicamente relevantes, o critério da adequação assume evidente feição normativa que sobrecarrega a causalidade enquanto categoria empírico-natural e dogmática: a questão ontológico-naturalística (causalidade) e a questão normativo-axiológica (imputação) abrangidas pela tipicidade penal são confundidas sob o rótulo de uma

[46] As críticas em: Jakobs (1997, p. 239); Camargo (2002, p. 57). Stratenwerth (2005, p. 129) aponta que a combinação entre um "hipotético observador entendido" e os conhecimentos especiais do autor "não é uma base muito segura: não se pode estabelecer com precisão qual será a medida dos conhecimentos disponíveis pelo observador imaginado. Dito com um exemplo: saberá ele que a vítima alvejada pelo autor com uma pedra é hemofílica ou não saberá? Algo similar rege para a previsão de possíveis cursos do acontecer: se deve partir da base de uma capacidade de apreciação média ou da altamente especializada, própria de um *expert*?"

[47] No mesmo sentido, Díaz (1996, p. 44).

teoria da causalidade.[48]

Não bastasse essa confusão metodológica, a teoria da adequação ainda fracassa como teoria de imputação objetiva. A probabilidade do resultado típico é um critério incorreto, pois a teoria analisa os processos causais com base em elementos estatísticos, sem destacar sua importância em termos normativos. Ademais, a delimitação do resultado objetivamente imputável não é dada apenas pela intensidade da probabilidade mas também pela natureza do risco e o contexto no qual esse surge. O prognóstico de adequação não é suficiente para substituir o juízo de natureza diversa feito em nível de imputação. Além de não substituir, é supérfluo se utilizado juntamente com este.[49]

5. Teoria da relevância típica

Consciente da confusão entre causação e imputação expressa na teoria da adequação, Mezger procurou desenvolver a partir de uma distinta base metodológica uma teoria da relevância (*Relevanztheorie*) do nexo causal para o Direito Penal, conforme sua específica teleologia. Para ele, a causalidade deve ser definida segundo o conceito filosófico e pré-jurídico, nos termos propostos pela teoria da equivalência das condições em sua modalidade concretizadora. (MEZGER, 1954, p. 108-112).

Todavia, essa verificação causal nada diz sobre a importância da causação desde a perspectiva da finalidade do Direito Penal. Em vez de pretender criar uma teoria de causalidade própria do Direito criminal, Mezger promove a separação entre a questão fática da causalidade e a questão de sua valoração jurídico-penal, esta última abrangida pela chamada "responsabilidade", que nada mais é do que o juízo de imputação.

Em suas palavras,

> [...] a teoria da relevância distingue nitidamente, ao contrário, entre conceito causal e conceito de responsabilidade. A teoria segue aferrada, consequentemente, quanto ao problema da causalidade, ao conceito causal científico geral. Mas resolve o problema da responsabilidade exclusivamente com base em critérios jurídico-penais, precisamente com apoio no 'sentido' que corresponde aos distintos tipos jurídico-penais. [...] A equivalência causal das frações causais não traz consigo,

[48] Sobre essa confusão, ver: Jakobs (1997, p. 239); Roxin (1997, p. 361); Mezger (1954, p. 113-114), que assinala que a teoria abandona o conceito de causa filosófico-geral em favor de um conceito jurídico. Jescheck e Weigend (1996, p. 285-286) destacam que esse erro se deve a um "conceito de causalidade incorreto" ("*falschen Begriff der Kausalität*"); Greco (2002, p. 26-27); Camargo (2002, p. 55 e 57); Díaz (1996, p. 43); Cerletti (2003, p. 244 e ss).

[49] Jakobs (1997, p. 239-240) diferencia dois aspectos da teoria da adequação: a adequação da conseqüência e a adequação de um curso causal para uma conseqüência. Esse segundo plano seria o principal âmbito de aplicação da teoria.

> pois, sua equivalência jurídica. [...] Podemos nos expressar também da seguinte maneira: o pressuposto de toda relação causal mencionada nos tipos jurídico-penais é a causalidade em sentido lógico; mas são estes mesmos tipos que decidem se, para a relação que fundamenta o injusto ou a culpabilidade são necessários outros pressupostos. (MEZGER, 1954, p. 113).

Nesta trilha, o juízo de relevância do curso causal para o Direito Penal depende da interpretação teleológica (*Schutzzweck der Norm*) dos tipos penais em espécie contidos no código penal e na legislação esparsa. Ou seja, a separada entre causação do resultado e responsabilidade pelo mesmo ocorre no âmbito da Parte Especial do Direito Penal. É clássico o exemplo do crime de inundação: X joga um balde d'água nas áreas já praticamente inundadas, as quais estouram a represa e inundam um vilarejo. No sentido da teoria da equivalência, X causou o resultado. Mas isso não conduz automaticamente à sua responsabilização, porque o ato de jogar um balde d'água em um curso já praticamente inundado não pode ser considerado relevante em face do tipo penal de inundação. Outro exemplo: Y convida vários amigos para uma festa que oferece em um restaurante. Um dos convidados vai até o quintal do estabelecimento para fumar ao ar livre e, em razão da escassa iluminação, cai em um poço artesiano que não havia sido corretamente fechado pelos empregados do restaurante e sofre graves lesões que o levam à morte. Em termos causais, na direção proposta pela teoria da equivalência, o anfitrião da festa é causa do óbito do convidado. Entretanto, convidar alguém para uma celebração de forma alguma pode ser relevante para o tipo penal do crime de homicídio e, por isso, não pode ser considerado como um ato de matar.[50]

A teoria em análise possui o grande mérito de desfazer a confusão feita pela teoria da adequação e "separar o joio do trigo" no âmbito dos problemas equacionados pelo tipo penal objetivo: de um lado, o juízo fático de causalidade; do outro, o juízo axiológico de imputação. Isso demonstra que catalogar esta concepção entre as teses estritamente causais é um grande e primário equívoco, pois se trata de uma verdadeira teoria de imputação.[51] Outro mérito reside em invocar a leitura teleológica dos tipos penais e, como conseqüência, abrir espaço para a introdução de considerações teleológicas mais gerais na teoria do delito, deduzidas particularmente a partir da teoria dos fins da pena, oportunidade aproveitada por Roxin, responsável pela aproximação entre dogmática penal e política criminal, especialmente por meio da teoria da imputação objetiva. (ROXIN, 2002a).

Sem embargo, a teoria da relevância é viciada por um duplo pecado. Em primeiro lugar, a teoria foi tímida ao trabalhar a questão interpretativa de modo puramente tópico, limitado apenas ao âmbito da Parte Especial do Direito Penal, desprezando

[50] Informativos: Roxin (1997, p. 361); Díaz (1996, p. 45-46).

[51] Wessels e Beulke (2002, p. 57) afirmam que a teoria "[...] reflete a exata separação entre causação do resultado e imputação do resultado. Este correto ponto de partida colocou as bases para a teoria da imputação objetiva"; ver: Roxin (1997, p. 362); Jescheck e Weigend (1996, p. 286); Greco (2002, p. 30).

a chance de desenvolver um sistema hermenêutico de imputação válido para toda a parte geral do Direito Penal.[52] Em segundo lugar, a teoria utiliza o critério da *c.s.q.n.* para definir o nexo causal.

6. Teoria da causalidade conforme uma lei natural

Com origens no pensamento de Engisch, a recente *teoria da condição conforme uma lei natural* (*Lehre von der naturgesetzmässigen Bedingung*) encontra na Alemanha e na Espanha um ambiente cada vez mais favorável à sua difusão doutrinária e jurisprudencial. A despeito de possuir certas semelhanças com a teoria da equivalência (tanto que ambas merecem o título de "teoria da condição"), a tese em análise trabalha com conceitos e elementos completamente distintos. Com efeito, a *fórmula da condição ajustada a uma lei* (*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*) se baseia em três premissas específicas destinadas à superação das fraquezas da famigerada fórmula da supressão hipotética utilizada pela teoria da *c.s.q.n*.

Primeiramente, ela parte do reconhecimento da necessidade do abandono daquela perspectiva lógica, hipotética e abstrata expressa na teoria da equivalência em prol de uma perspectiva empírica, real e concreta. O conceito de condição deve, pois, manter-se livre de hipóteses: constitui causa qualquer modificação do resultado *em sua configuração concreta* (teoria concretizadora).

Em segundo lugar, a tese propõe uma rígida separação funcional-temporal entre *juízo de causação* e *juízo de imputação* no contexto das questões a serem abrangidas pelo tipo objetivo: enquanto o primeiro juízo se encarrega do problema ontológico-naturalístico prévio (o resultado foi causado pela conduta do autor?), o segundo cuida da questão axiológico-normativa posterior (o resultado causado pela conduta do autor pode ser considerado obra sua?). Em outros termos, a causalidade é condição necessária, mas não suficiente para a imputação típica. Assim, a tese postula apenas o *status* de pura teoria da causalidade, plenamente compatível com a moderna teoria da imputação objetiva.

Em terceiro lugar, a teoria reconhece que a crescente, veloz e quase incontrolável complexidade do mundo contemporâneo freqüentemente impossibilita o acesso do juiz da causa à realidade empírico-científica subjacente à prática do crime: trata-se de uma verdadeira *black box* posta diante da limitada capacidade cognitiva do órgão judicial. Nesses casos extremos a constatação do curso causal concreto sujeito ao procedimento de prova durante a instrução do processo penal depende dos conhecimentos especializados já sedimentados pelos peritos técnicos das diversas áreas das chamadas "ciências naturais". Trata-se, pois, de um "conceito científico-natural de causalidade" (*naturwissenschaftliche Kausalitätsbegriff*).[53]

Nessa trilha, causa é a condição que, de acordo com as leis científico-naturais gerais, conduz à produção do resultado em sua forma concreta. Essas leis possuem

[52] Ver: Greco (2002, p. 30); Roxin (1997, p. 362).

[53] Ver: Wessels e Beulke (2002, p. 56); Jescheck e Weigend (1996, p. 277).

caráter probabilístico-estatístico e devem gozar de validade certificada pelo inventário teórico-experimental do ramo científico (Medicina, Biologia, Farmacologia etc.) responsável pela elucidação da questão em pauta no caso concreto. Em outros termos, haverá causalidade quando a modificação verificada no mundo exterior puder ser reconduzida a uma ação segundo "uma lei causal ajustada ao nosso conhecimento experimental" ("*des Kausalgesetzes nach unserem Erfahrungswissen*") (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 283). Logo, a teoria outorga novo perfil e função ao conceito de condição e à fórmula da supressão hipotética, os quais perdem o viés lógico, hipotético e abstrato e assumem uma feição empírica, real e concreta. Isso se dá pela distinção entre "causalidade" e "explicação" ou "comprovação processual" da causalidade: enquanto a primeira é dada pelas leis científico-naturais, dotadas de função constitutiva, a segunda é dada pela fórmula da *c.s.q.n.*, que cumpre apenas uma limitada função declaratória ou confirmativa.[54]

A existência de uma lei causal natural geral depende da verificação de dois requisitos: a repetição do mesmo resultado em um número estatisticamente representativo de casos e a exclusão de toda possibilidade contrária. Assim, "[...] deve se considerar que existe uma lei causal natural quando, comprovado um fato em número considerável de casos similares, seja possível descartar que o evento tenha sido produzido por outras causas. Tais condições são suficientes para garantir uma decisão racional do caso a partir do ponto de vista do Direito penal". Uma vez afirmada a lei geral vigente (exemplo: sob certas condições, os ferimentos corporais produzem infecções que podem levar à morte), o caso *sub judice* deve ser subsumido ao seu pressuposto de incidência.[55]

---

[54] A teoria é proposta em Jescheck (1984, p. 268-170) e em Jescheck e Weigend (1996, p. 283 e ss.). Neste último, lê-se que haverá causalidade quando "[...] uma ação está conectada a posteriores mudanças no mundo exterior, vinculadas à ação segundo conhecidas leis necessárias da natureza e constitutivas do resultado típico". Ver também: Roxin (1997, p. 351 e ss.); Jakobs (1997, p. 229 e ss.); Stratenwerth (2005, p. 129); Hurtado Pozo (2005, p. 427-428). Torio Lopez (1983, p. 226 e ss.) dá especial atenção àquela diferenciação. Ver ainda: Bacigalupo (2006, p. 233); Gimbernat Ordeig (1997, p. 51-102). Puppe (1992, p. 679-694) salientou a distinção entre "resultado" e "explicação do resultado", definindo como causa individual a condição necessária não do resultado, mas sim da "explicação causal" (p. 692 e 692): "Não se trata, pois, de eliminar mentalmente do mundo determinados fatos e constatar então o que teria ocorrido sem eles. Trata-se, simplesmente, de eliminar mentalmente de uma explicação causal já estabelecida um determinado acontecimento, para comprovar se a explicação sem o mesmo segue sendo concludente. [...] Se o resultado segue podendo derivar-se dos fatos restantes, este componente terá se revelado como não necessário e, portanto, como não casual. Será uma causa apenas quando a explicação venha abaixo, isto é, quando o resultado já na possa ser derivada uma vez que se tenha apagado o referido fato".

[55] Bacigalupo (2006, p. 233 e ss.) cita a decisão do Tribunal Supremo espanhol (23/04/92) sobre o caso do envenenamento massivo pelo azeite de Colza. Subjacente à teoria está o paradigma positivista-naturalista que considera objetivamente verdadeiro apenas aquilo que pode ser cientificamente fundamentado no sentido das ciências naturais. Assim: Cerletti (2003, p. 245-246) destaca a dependência contextual das leis naturais, pois estas "[...] correspondem a sistemas de interpretação de fenômenos naturais e por isto também 'mudam' ou são 'reformadas' não apenas quando variações experimentais sugerem a necessidade de correções dentro de um mesmo paradigma, senão também quando o próprio sistema de interpretação é abandonado e substituído por outro (o que pode ocorrer também por influências filosóficas, não experimentais".

Na grande maioria dos casos (os ditos "normais") o nexo causal não será duvidoso e inexistirão problemas especiais para sua verificação, de modo que a vigência de lei científico-natural e a relação de causalidade podem ser aferidas diretamente pelo próprio juiz com base nos conhecimentos derivados de experiência geral (que lhe permitem, por exemplo, reconhecer o nexo causal entre o disparo de uma arma e o resultado morte, entre uma facada e o resultado lesões corporais ou ainda entre a explosão de um coquetel molotov e o resultado incêndio). Nos casos mais complexos e duvidosos, a demonstração do curso causal não se dá por meio de qualquer fórmula, mas apenas por métodos científico-naturais exatos (experimentos empírico-laboratoriais) no seio de uma constatação pericial. Como a existência ou não de uma lei científico-natural não é um problema jurídico em sentido estrito, o juiz deve recorrer à opinião de um *expert* no tema causal discutido na lide.[56] Aqui a ausência de prova científico-natural da causalidade (nos chamados "cursos causais não verificáveis", especialmente nos casos em que a vigência da lei causal não é reconhecida de maneira geral pelos especialistas) não pode ser suprida pela convicção subjetiva do juiz segundo o princípio da livre valoração da prova. (ROXIN, 1997, p. 351-352).[57]

Além de desconsiderar os cursos causais hipotéticos (que não são imputáveis em razão da falta de realidade), definir a causa de um resultado como qualquer alteração

---

[56] Ver: Roxin (1997, p. 351 e ss.); Jakobs (1997, p. 229 e ss.); Stratenwerth (2005, p. 128).

[57] A questão é tormentosa e reside, fundamentalmente, no seguinte: o *non liquet* das ciências naturais pode ser afastado pela liberdade judicial para afirmar o negar a existência de uma lei natural? Aqui são possíveis duas respostas. A primeira sustenta que o crime de resultado é uma espécie de lei penal em branco que deve ser complementado com a lei natural da causalidade, concebida como elemento estrutural do tipo. Por isso a existência da lei causal natural deve ser objetivamente segura e as proposições gerais científico-naturais só podem fundamentar uma decisão quando gozam de reconhecimento geral entre os *experts*. Do contrário, os juízes não teriam os conhecimentos necessários para decidir racionalmente, o que privaria a legitimidade da decisão tomada em desrespeito ao princípio *in dubio pro reo*. Assim, o *non liquet* científico atesta a inexistência de uma lei causal geral aplicável a caso e a certeza subjetiva do juiz não pode substituir aquela validade geral-objetiva exigida como condição de existência da proposição científica (o espaço de convicção judicial se limita ao reconhecimento das afirmações empírico-científicas). A segunda tese entende que as leis naturais de causalidade não constituem elementos do tipo penal, pois do contrário o recurso à opinião dos peritos para sua afirmação judicial expressaria uma clara violação do princípio *iura novit curia*. Esta tese distingue entre "prova científico natural" e "prova jurídico-penal" da causalidade: enquanto a primeira exige um conhecimento de certeza matemática excludente de toda possibilidade contrária ("conhecimento absolutamente seguro"), esta exige apenas a plena convicção judicial de acordo com o conteúdo do processo. Nesta linha, é suficiente a "prova em sentido jurídico", pois a verificação da causalidade no processo penal é regida pelos princípios do conhecimento próprio das ciências humanas, baseando-se "no peso do juízo sobre o contexto geral do evento obtido ponderando os elementos fundamentais". A causalidade é, pois, objeto tanto a prova quanto da convicção judicial. A ausência de consenso entre *experts* pode ser suprida pela convicção judicial acerca da existência da causalidade sem que isto signifique a violação do princípio *in dubio pro reo*, uma vez que este exige apenas que o juiz não tenha dúvidas em seu convencimento. Assim, quando não tiver dúvidas, o juiz será livre para afirmar a causalidade controvertida no âmbito científico, mas somente na medida em que esta aceitação não redunde na negação de conhecimentos científicos ou princípios da experiência evidentes (o que se dá exatamente quando inexiste uma lei de validade conhecida pelos peritos em geral). Sobre a discussão: Bacigalulupo (2006, p. 235 e ss.), Torio Lopez (1983, p. 224 e ss).

em sua forma concreta (inclusive sua aceleração e retardamento) e conceber a causalidade como condição necessária mas não suficiente para a constatação da tipicidade objetiva de um comportamento, a teoria em análise entende que a relação causal não admite interrupção, pois um nexo conforme as leis naturais existe ou não existe (*tertium non datur*): as condições ou circunstâncias anteriores, concomitantes ou supervenientes são irrelevantes, não possuem efeito excludente da causalidade. O que pode ser interrompido, em certas hipóteses, é apenas o nexo de imputação do resultado ao autor, nos termos da moderna teoria da imputação objetiva. A teoria também é capaz de solucionar os problemas de dupla causalidade alternativa e de interrupção de cursos causais salvadores, como já apontado acima no tópico sobre a crítica à teoria da equivalência.[58]

Mas o grande e recente sucesso da teoria se deve ao êxito de sua aplicação no âmbito da âmbito da responsabilidade penal pelo produto, por se contentar com a afirmação de uma "causalidade geral" (baseada nos dois requisitos acima indicados) que prescinde da demonstração do preciso mecanismo em particular que conduz especificamente ao resultado ("o fundamento último da causalidade"). No caso *Contergan* (1970), por exemplo, constatou-se que todas as gestantes cujos fetos sofreram má-formação haviam ingerido o calmente-sonífero e que não existia nenhuma causa alternativa capaz de explicar razoavelmente o ocorrido, o que culminou na afirmação da causalidade mesmo sem se conhecer qual dos componentes químicos da talidomida conduziu em última instância ao resultado. No caso *Lederspray* (1990), a repetição de casos similares e a exclusão de possibilidades contrárias levaram à conclusão de que a utilização do aerossol para conservação de artigos de couro provocou lesões corporais nos consumidores, novamente a despeito do desconhecimento específico quanto à substância lesiva em particular. O mesmo ocorreu no caso do *Azeite de Colza* (1992), quando a não descoberta da "molécula de significação toxicológica" não impediu a verificação da causalidade entre o consumo culinário do óleo industrial derivado de uma espécie de couve silvestre e o resultado, baseada na demonstração de que os 330 mortos e os 15.000 lesionados haviam ingerido o produto e no descarte de outras explicações possíveis, bem como na constatação adicional de que a retirada do azeite do mercado coincidiu com o desaparecimento dos casos de síndrome tóxica.[59]

Sem embargo, a teoria enfrenta algumas dificuldades. Primeiramente, permanece pouco claro o grau de probabilidade estatística suficiente para considerar um antecedente como causa do resultado. Em segundo termo, existe uma leve tensão entre a teoria e o princípio *in dubio pro reu* naqueles casos em que, por um ou outro motivo, a *probatio plena* se torna inviável. Por último, conceber as leis científico-naturais constitutivas da causalidade como elementos do tipo objetivo e ao mesmo recorrer ao conhecimento de *experts* parece sugerir uma violação do princípio *iura novit curia*.[60]

---

[58] Ver: Roxin (1997, p. 352 e ss.); Jakobs (1997, p. 230 e ss).

[59] Ver: Bacigalupo (2006, p. 237 e ss.); Roxin (1997, p. 351-352). Ver também referências citadas na nota 7.

[60] Informativo: Torio Lopez (1983, p. 226-238).

7. Teoria da causalidade funcional

Outra recente teoria caminha em sentido totalmente oposto ao da teoria da condição conforme a uma lei natural. Partindo da crítica e renúncia à teoria da imputação objetiva, a *teoria da causalidade funcional* postula um conceito normativo-jurídico de causalidade próprio para o Direito Penal.

Kindhäuser promove uma síntese entre a teoria da equivalência e a teoria da condição conforme a uma lei natural. Por um lado, o estabelecimento da causalidade se apóia em leis das ciências empíricas. Por outro, também está motivada por um interesse cognitivo específico, pois uma explicação da totalidade das condições necessárias para o resultado segundo uma explicação científico-natural é irrealizável na prática e carece de interesse para a valoração jurídico-penal. O interesse normativo deduzido do fim de proteção das normas de conduta do Direito Penal deve promover uma "delimitação normativa do curso causal" que recorte e "reduza a um seguimento sumamente pequeno" o "curso do mundo a ser explicado com exatidão de acordo com as leis empíricas", pois, para a "causalidade jurídico-penalmente relevante", somente interessa a explicação do nexo entre um "determinado comportamento" e um "determinado resultado", em um "determinado momento".

Nessa trilha, para o Direito Penal, a causa é a "condição que é intencionalmente manipulável em atenção ao resultado em questão", pressupondo a existência de "uma alternativa controlável mediante o seguimento de uma norma de comportamento". Dentro desse universo de interesse cognitivo reduzido, a causa é todo comportamento que não pode ser mentalmente suprimido sem que o resultado também desapareça, segundo as leis empíricas da natureza. Nesses termos, somente o comportamento de uma pessoa capaz de evitar o resultado pode ser causa no Direito Penal.[61]

Uma concepção estritamente normativa também é sustentada por Lampe (2003). Segundo o autor, o Direito é uma entidade do mundo do sentido, não do mundo na natureza. O mesmo vale para a "causalidade jurídico-penal", cuja função é fundamentar a imputação. Como conseqüência, "a causalidade deve produzir uma relação de imputação especificamente jurídica entre um resultado e uma ação". Essa relação é um "sistema de referência retrospectiva" composto de dois elementos: (*i*) o processo biofísico expresso na causalidade conforme uma lei natural e (*ii*) o processo dinâmico de atribuição de responsabilidade, que fazem com que os eventos sejam interpretados como "resultados" de "ações" e que a incorreção dos "resultados" seja atribuída à incorreção das "ações". Assim, o "conceito jurídico-penal de causalidade" envolve um processo igualmente *social-normativo* e *individual-psíquico*, pois reside,

[61] No incêndio de uma casa, por exemplo, são irrelevantes, enquanto fatores causais, a presença do material incendiado, o oxigênio no ar e os detalhes acerca do estado da casa. O interesse cognitivo está normativamente circunscrito ao comportamento de uma pessoa capaz de evitar intencionalmente o incêndio, observando a proibição de provocar incêndios. Nesse caso surge uma causa se, por exemplo, constata-se na perícia que a origem do incêndio foi um cigarro aceso que caiu sobre uma pilha de livros. Sobre tudo isso, ver: Kindhäuser (2007, p. 91-95), que segue a postura quase unânime e considera somente as circunstâncias concretas e efetivamente dadas, descartando os cursos causais hipotéticos.

respectivamente, tanto na atribuição de algo dotado de sentido (e não de algo real como um resultado ontológico-naturalístico, mas de um "resultado injusto funcional dependente da conduta humana") quanto na "atribuição de responsabilidade realizada normalmente pelo próprio agente, que resulta somente assegurada normativamente frente a uma consciência de responsabilidade insuficientemente formada" (e não a partir do perigo juridicamente desaprovado de ocorrência do resultado criado pela conduta). (LAMPE, 2003, p. 60-74).[62]

Entretanto, essa concepção normativo-funcional de causalidade é impraticável. Primeiramente, porque desconhece a importância do conceito científico-natural geral de causalidade e da conseqüente necessidade de religação de saberes nesse âmbito. Como aquele conceito pré-jurídico, nos termos das formulações mais modernas, continua válido no âmbito da Filosofia e das ciências naturais, não há razão alguma para seu abandono em favor da elaboração de um conceito de causa específico para o Direito Penal. As exigências sistemáticas demandam justamente o contrário.[63] Em segundo lugar, atendendo a motivos de ordem exclusivamente didática, a teoria promove o arbitrário e desnecessário desfazimento da distinção entre juízo ontológico-naturalístico de causalidade e juízo normativo-axiológico de imputação no âmbito do tipo penal, separação obtida a duras penas pela teoria da relevância e pela teoria da condição natural. Trata-se de uma grande conquista dogmática e abandoná-la seria um retrocesso injustificável. Por último, tal concepção metafísica do conceito de causalidade, a exemplo daquela proposta pela teoria da equivalência, é simplesmente inadmissível no âmbito do Direito Penal.[64]

8. Conclusões

O ponto de partida da teoria do tipo penal objetivo dos crimes materiais comissivos é reconhecer que ele abrange duas ordens de questões completamente distintas, embora intimamente relacionadas. A *questão naturalístico-ontológica* é equacionada pelo *juízo de causalidade*, cuja função é restringir a responsabilidade típica em seu marco superior (limite máximo ou extremo da possível e posterior imputação): apenas as ações causais para o resultado podem ser alcançadas pelo tipo objetivo. Entretanto, em razão da teleologia própria do Direito Penal, a causalidade é condição mínima necessária, mas não suficiente para a subsunção da ação ao tipo, pois a

---

[62] Segundo o autor, esta natureza dúplice é o que distingue sua concepção da teoria da imputação objetiva, uma vez que esta última postula um processo de atribuição *social-normativo* atrelado à compreensão ontológico-naturalística do resultado e *objetivo-não individual*.

[63] Nesse sentido: Roxin (1997, p. 347) afirma que a existência de leis estatísticas no campo subatômico "[...] não altera o fato de que o jurista pode seguir trabalhando com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência unicamente de leis estatísticas no campo subatômico não obsta que, para o mundo da vida cotidiano, que é aquele que o jurista tem de tratar, possamos confiar nas leis causais com certeza praticamente absoluta; e por outra partem a teoria da relatividade só faz inaplicávis as tradicionais concepções causais em um pensamento em dimensões cósmicas, enquanto que nos limitados terrenos do Direito não pode modificar mensuravelmente as condições às quais conduz a lei causal". Na mesma direção: Díaz (1996, p. 24). Segundo Cerletti (2003, p. 245): "[...] o juízo de causalidade, por vir do âmbito das ciências 'duras', 'experimentais', goza de uma presunção de veracidade da qual não goza nenhum outro".

[64] Nesse sentido: Roxin (1997, p. 359); Díaz (1996, p. 38-39).

tipicidade depende ainda da análise da *questão axiológico-normativa*. É preciso um segundo recorte que seleciona as causações (*Verursachung*) de resultado relevantes para o tipo penal (*strafrechtliche Relevanz*). Essa questão é equacionada pelo posterior *juízo de imputação objetiva*, cuja função é restringir a responsabilidade típica em seu marco inferior (limite mínimo), definindo em que medida a causação deriva de um risco juridicamente desaprovado que se realiza no resultado (causação típica).[65]

Com efeito, a confusão entre as questões fático-empírica (causação) e axiológico-normativa (imputação) é extremamente daninha para a sistemática da tipicidade objetiva, pois a inserção de critérios normativo-valorativos dentro do elemento causal "sobrecarregam a verificação da causalidade com um acúmulo de pré-decisões jurídicas que a convertem em inidônea para deslindar o marco máximo de responsabilidade, que é o único com o que se devem enlaçar as categorias jurídicas valorativas". (ROXIN, 1997, p. 348).[66]

---

[65] Entretanto, há divergência quanto à exata relação topográfica entre ambos os juízos: a causalidade deve ser colocada *dentro* ou *ao lado* da imputação objetiva? Uma primeira resposta situa a causalidade e a imputação objetiva como elementos distintos e autônomos no âmbito do tipo =, relacionados segundo uma sucessão temporal (*tipo objetivo = causalidade + imputação objetiva*): primeiro se verifica a causalidade; depois a imputação objetiva seleciona aquelas causações consideradas relevantes para o Direito penal. Representando essa corrente, Roxin (1997, p. 305, 345 e ss), apesar de afirmar (p. 305) que "A teoria da imputação inclui em seu seio a teoria do nexo causal", distingue (p. 346, 362 e 363) entre "teoria do nexo causal" e "posterior imputação ao tipo objetivo", esta última encarregada de "indicar as circunstâncias que fazem de uma causação uma ação típica"; Jescheck e Weigend (1996, p. 277; 286; 287) apontam a causalidade e a imputação objetiva como "[...] fundamentos da responsabilidade jurídico-penal" ("*Kausalität und objektive Zurechnung als Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*") e afirmam que "As categorias imputação objetiva e causalidade em nenhum caminho são idênticas"; Wessels e Beulke (2002, p. 51-52; 58) propõem um "exame de dois níveis" ("*zweistufige Prüfung*"): "*Kausalität zwischen Handlung und Erfolg*; *Objektive Zurechnung des Erfolgs*". Entre nós, Greco (2002, p. 7-9). Uma segunda corrente concebe a imputação objetiva como uma categoria mais ampla, na qual se incluem dois níveis distintos e sucessivos de análise: a verificação da causalidade e a apreciação de sua relevância normativa para o tipo objetivo. Dito de outro modo, enquanto para a primeira corrente é o juízo de tipicidade como um todo que se bifurca em causalidade e imputação objetiva, para a segunda é a própria imputação objetiva que se bifurca em causalidade e critérios normativos de relevância jurídico-penal (*tipo objetivo = imputação objetiva = causalidade + critérios normativos de imputação*). Representando a segunda tese: Jakobs (1997, p. 237) aduz: "A causalidade é apenas condição mínima da imputação objetiva do resultado; a ela se deve acrescentar ainda a relevância jurídica da relação entre ação e resultado". Stratenwerth (2005, p. 128 e 132) decompõe a "imputação do resultado" em "causalidade" e "relação de risco"; Bacigalupo (2006, p. 228 e ss.) escreve que o ponto de partida da teoria é (p. 246) "A substituição da relação de causalidade como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada com base em considerações jurídicas e não naturais. Nesse sentido, a verificação da causalidade natural será um limite máximo, mas não suficiente para a atribuição do resultado. Portanto, comprovada a causalidade natural, a imputação do resultado depende da verificação de certos requisitos". Cabe salientar que a divergência é puramente didática, pois atende à preferência de cada autor por certa forma de arranjo dos elementos. Em todo caso, o núcleo da questão permanece o mesmo: *a causação do resultado é condição necessária, mas não suficiente para sua imputação ao tipo objetivo e ao autor como sua própria obra; a causalidade é apenas o primeiro, mas não o único pressuposto da imputação.*

[66] Sobre a natureza axiológica da imputação objetiva, ver Greco (2002, p. 10): "[...] *imputar* significa atribuir algo a alguém; imputação é a valoração de algo como atribuível a alguém".

Em outros termos, o decisivo é reconhecer que causalidade e imputação objetiva são os dois passos sucessivos do exame de subsunção da ação e do resultado ao tipo objetivo e que não há nenhuma "superioridade" ou "maior autoridade" entre eles, pois a diferença é meramente funcional: enquanto o juízo de causalidade é fundamento de toda imputação, o juízo de imputação objetiva é o limite do alcance da causalidade, e "[...] cada um responde a fins específicos distintos e tem valor em si mesmo, sua própria forma de objetividade, de cientificidade, sua própria força e fraqueza, e a solidez de cada um não se esgota nele mesmo e não pode salvar a do outro" (CERLETTI, 2003, 246-247). Essa distinção é uma conquista dogmática e político-criminal do moderno Direito Penal. Renunciá-la seria um absurdo retrocesso. Ao menos até agora, não há motivo algum capaz de justificar repentino abandono. Não por acaso, a euforia dos estudos sobre a imputação objetiva nos últimos 40 anos não diminuiu a importância da causalidade no âmbito da teoria do tipo objetivo.

Nessa perspectiva, as diversas concepções tradicionalmente catalogadas como "teorias causais" tratam de fenômenos distintos. De um lado, a teoria da adequação e a teoria da relevância são na verdade teorias de imputação e possuem inegável valor histórico como precursoras da moderna teoria da imputação objetiva. A teoria da causalidade funcional também é uma teoria de imputação, embora pretenda rechaçar a moderna teoria da imputação objetiva. Do outro lado, apenas a teoria da equivalência das condições e a teoria da condição natural são verdadeiramente teorias causais e por isso podem ser reunidas no rótulo "teorias da condição". Em todo caso, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a teoria da *c.s.q.n*. é a mais acertada, encontrando seu limite externo no âmbito da imputação objetiva. (DÍAZ, 1996, p. 39).

Sem embargo, a teoria da causalidade conforme uma lei natural é de longe a melhor concepção. Em última instância, ela nada mais é do que a teoria da equivalência das condições desvinculada da fórmula lógico-abstrata da supressão hipotética, substituída pelo método de experimentação científica peculiar às ciências naturais.[67] Esse é o único caminho para a elaboração de uma teoria verdadeiramente causal ao mesmo tempo compatível com a teoria da moderna imputação objetiva e com o cenário científico contemporâneo. Ao abrir as portas da verificação da causalidade no âmbito do processo penal para o *input* dos conhecimentos oriundos das diversas ciências da natureza, a teoria da condição conforme uma lei natural lança as bases para a religação de saberes no seio do já inevitável paradigma do pensamento complexo proposto por Morin. Isso significa que o Direito Penal "[...] deve utilizar o mesmo conceito de causa que é manejado pelas ciências físico-naturais, sob pena de perder o contato com o mundo da experiência e com o restante do pensamento científico". (DÍAZ, 1996, p. 25).

[67] Jescheck (1984, p. 269) afirma que a teoria da condição agora já não se vale mais do anterior e habitual método abstrato da eliminação hipotética, mas sim da *gesetzmässigen Zusammenhang*. Ver ainda: Wessels e Beulke (2002, p. 56). Segundo Cerletti (2003, p. 242), "A teoria da condição conforme uma lei natural se distingue daquela por pretender ser, precisamente, apenas um reflexo de um conceito meramente naturalista de causalidade, mas não coloca nada distinto a respeito da infinitude de condições e sua equivalência entre si".

Essas idéias são também compatíveis com nosso Direito positivo. Em primeiro lugar, o *caput* do art. 13 do CPB descreve um conceito de causa comum às "teorias da condição", mas sem apontar se sua verificação se dá pela fórmula da eliminação hipotética *in mente* ou do método experimental das ciências naturais. Em segundo lugar, ao diferenciar expressamente os termos "causa" e "imputável" (*caput*) e estipular que o desdobramento inusual do curso causal "exclui a imputação" (§ 1º), a redação do referido artigo permite a interpretação no sentido da distinção entre os dois juízos fundamentais para a tipicidade: existem causas imputáveis e causas não imputáveis.[68]

9. Referências bibliográficas

ALVES, Rubens. *Filosofia da Ciência*: introdução ao jogo e a suas regras. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

ARDOINO, Jacques. A complexidade. *In*: MORIN, Edgar. *A religação dos saberes*: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 548-558.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1965.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*: parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2006.

BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexo causal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

_____. *Direito Penal*: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Arminda Bergamini Miotto. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. 1. v.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BETTIOL, Guiseppe. *Direito Penal*. Versão portuguesa do original italiano *Diritto Penale*: *parte generale*. Campinas: RED Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002.

[68] Nesse sentido: Greco (2002, p. 170 e ss.); Santos (2002, p. 46-47).

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CERLETTI, Marco. *Juicios de imputación y juicios causales*. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El Funcionalismo en Derecho penal*. *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

DEUS, Jorge Dias de. *Da crítica da ciência à negação da ciência*. Lisboa: Gradiva, 2003.

DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

FUNTOWICZ, Silvio; MARCHI, Bruna De. Ciência pós-normal, complexidade reflexiva e sustentabilidade. In: LEFF, Enrique. *A complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidade, omisión e imprudência. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. (Ed). *Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución*. Granada: Editorial Comares, 1997.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal.* Estudios sobre la teoria de la imputación. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 3. ed. Lima: Grijley, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Neue Deutsche Verbrechenslehre und ihre praktische Bedeutung*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Tomo II. Unversidade de Coimbra: Coimbra, 1984. p. 257-279.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

KINDHÄUSER, Urs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Tres estudios. Lima: Grijley, 2007.

KUHLEN, Lothar. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministério de Justicia 55 (2002).

LABEYRIE, Vincent. As conseqüências ecológicas das atividades tecno-industriais. In: *RS*.

LAMPE, Ernst-Joachim. *La causalidad y su función en el Derecho penal*. In: _____. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Edición e traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez *et. al*. Lima: Grijley, 2003.

LESCH, Heiko Hartmut. *Intervención delictiva y imputación objetiva*. Traducción de Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. 3. ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1972.

MARTINAZZO, Celso José. *A utopia de Edgar Morin*: da complexidade à concidadania planetária. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: parte general. 5. ed. Trad. Ricardo Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1954.

MOIGNE, Jean-Luis Le. Complexidade e sistema. In: MORIN, Edgar. *A religação dos saberes*: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MORIN, Edgar. Os desafios da complexidade. In: MORIN, Edgar. *A religação dos saberes*: *o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

_____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

PUPPE, Ingeborg. Causalidad. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministério de Justicia *45* (1992).

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito*: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROMERO SOTO, Luis Henrique. *Derecho Penal*: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et. al. Barcelona: Editorial Civitas, 1997.

_____. A teoria da imputação objetiva. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002a.

_____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*. Parte General. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

TORIO LOPEZ, Angel. Cursos causales no verificables en Derecho penal. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministério de Justicia *36* (1983), p. 220-238.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*: parte general. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 32. neu bearbeitet Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2002.

Artigo recebido em: 24/08/2009
Artigo aprovado em: 28/04/2010

CRIMES AMBIENTAIS: NORMAS PENAIS EM BRANCO, ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO E COMPETÊNCIA ESTADUAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

DANNIEL LIBRELON PIMENTA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pós-graduado em Direito Público

RESUMO: O legislador ordinário brasileiro adotou, na tipificação dos crimes ambientais, normas penais em branco e elementos normativos do tipo, conferindo a determinados preceitos incriminadores menor densidade normativa ou descritiva, a ser completada por disposições jurídicas apartadas ou julgamentos axiológico-culturais casuísticos. O objetivo deste artigo é, à luz da doutrina e da jurisprudência e tendo em vista casos práticos vivenciados, analisar essa técnica legislativa, apontar sua conformidade com o princípio constitucional da legalidade penal e indicar a idoneidade de preceitos normativos estaduais ao adensamento das disposições penalizadoras segundo ela forjadas.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes e competências ambientais; normas penais em branco; elementos normativos do tipo.

ABSTRACT: When tipifying environmental crimes, the Brazilian ordinary legislator adopted criminal norms that needed not only the provision of another norm to be enforced but also normative elements for the type of offense. Therefore, the legislators conferred to particular criminal precepts less normative or descriptive consolidation and the laws needed to be completed by separate juridical dispositions or by the use of precedent sentences without the necessary axiologic-cultural analysis. The main aim of the present work is to analyze this legislative technique in the light of doctrine and jurisprudence, having in mind practical cases. Besides, the article aims at pointing out the conformity of the mentioned technique to the constitutional principle of criminal lawfulness and at indicating the competency of state precepts that complete the environmental legislation.

KEYWORDS: Environmental crime; environmental jurisdiction power; statute norms that needed the provision of another norm to be enforced; normative elements for the type of offense.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Normas penais em branco. 3. Elementos normativos do tipo. 4. Técnica legislativa nos crimes ambientais. 5. Competência dos Estados em matéria ambiental. 6. Atos normativos estaduais complementando normas penais em branco ambientais e fundamentando juízos de valor referentes a elementos normativos de tipos ambientais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O constituinte brasileiro, acolhendo dogma arraigado não só na cultura jurídico-penal pátria, mas antes na consciência jurídica dos povos civilizados em geral, insculpiu, no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna, o princípio da legalidade das normas penais incriminadoras. Mercê do dispositivo, "[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

No entanto, apesar do prestígio superlativo e do *status* de garantia fundamental de que goza tal preceito, razões de política criminal, representadas pela necessidade de também serem reprimidas e prevenidas pela coerção penal condutas cuja descrição normativa completa seria de cogitação impossível ao legislador – pelo menos nos rígidos limites do processo de elaboração de leis ordinárias e complementares –, determinaram o surgimento de técnicas legislativas diferenciadas, destinadas a superar as dificuldades e deficiências do legislador durante o processo legiferante e a atender aos justos anseios de segurança da sociedade. Entre essas técnicas, destacam-se as *normas penais em branco* e os *elementos normativos do tipo*.

2. Normas penais em branco

Diz-se norma penal em branco aquela cujo preceito incriminador, apesar de descrever a conduta penalmente proibida, por fazê-lo de forma incompleta e vaga, deve, necessariamente, ser complementado, como condição à sua aplicabilidade, por preceito contido em outro dispositivo legal, lançado no mesmo ou em diverso diploma legiferante, de qualquer natureza (leis, decretos, regulamentos, portarias etc.).[1]

A doutrina as classifica em normas penais em branco em sentido amplo (ou homogêneas) e em sentido estrito (ou heterogêneas). As primeiras são as normas penais em branco cujo "[...] complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma que necessita desse complemento" (GRECO, 2003, p. 25). Assim, segundo o citado autor, o tipo do art. 237 do Código Penal é norma penal em branco homogênea, eis que os impedimentos que levam à decretação da nulidade absoluta do casamento são conceituados pelo Código Civil, diploma legislativo oriundo da mesma fonte de produção daquele códex, qual seja, o Congresso Nacional. Já as segundas (normas penais em branco heterogêneas),

[1] Nesse sentido, Mirabete (1999, p. 49): "As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto."

> [...] se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso. Ex.: o crime contra a economia popular, referente à transgressão da tabela de preços, que é fixada por órgão do Poder Executivo, através de regulamento federal, *leis ou regulamentos estaduais ou municipais*, tem como complemento da lei penal em branco um complemento de diferente fonte normativa (NUCCI, 2003, p. 58, grifo nosso).

3. Elementos normativos do tipo

Também como técnica legislativa que propicia maior e necessário elastério às previsões legais de variegados fatos delituosos, frequentemente permeiam os tipos incriminadores os chamados elementos normativos. Segundo Bitencourt (2003, p. 205), elementos normativos:

> [...] são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. São exemplos característicos de elementos normativos expressões tais como 'indevidamente' (arts. 151, §1°, II; 162; 192, I; 316; 317, 319 etc.), 'sem justa causa' (arts. 153; 154; 244; 46; 248) 'sem permissão legal' (art. 292); 'sem licença da autoridade competente' (arts. 166 e 253); 'fraudulentamente' (art. 177, caput); 'sem autorização' (arts. 189; 193; 281 e 282); 'documento' (arts. 297; 298 e 299); 'funcionário público' (arts. 312; 331 e 333); 'decoro' (art. 140); 'coisa alheia' (arts. 155; 157) etc.

Ou, conforme leciona Zaffaroni (2003, p. 447), são aqueles "[...] elementos para cuja compreensão se faz necessário socorrer a uma valoração ética ou jurídica." Percebe-se, assim, que o uso de elementos normativos do tipo configura técnica legislativa que transfere para o aplicador da norma o exercício do juízo de valor sobre determinada circunstância que orbita o fato em tese delituoso. Por isso mesmo, não se confunde com as normas penais em branco, cuja complementação não deriva da valoração do fato concreto pelo julgador, mas de fonte separada de cognição normativa, prévia àquele, geral e abstrata, emanada de autoridade diversa.

4. Técnica legislativa nos crimes ambientais

Dado o jaez eminentemente dinâmico do meio ambiente e a ampla diversidade de condutas que podem degradá-lo, os dispositivos penais tipificadores de crimes ambientais valem-se, com recorrência, das normas penais em branco e dos elementos normativos. É o que aponta a doutrina:

> Na defesa do meio ambiente, há necessidade de complementação da lei penal em branco mediante ato administrativo. [...] A lei é estática; e o meio ambiente é

> dinâmico. Se se pretende proteger o meio ambiente, é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível. Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada de extinção, por exemplo. Há espécies em estado avançado de extinção a curto prazo e consideradas ameaçadas de extinção a médio prazo (*espécies nacionais, regionais e locais*). *E por ato administrativo emanado de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA é que melhor se protegerá a espécie silvestre ameaçada* (SIRVINSKAS, 2002, p. 41-42, grifo nosso).

> A lei 9.605/98, em vários de seus dispositivos penais (arts. 29, 30, 44, 45, 46, parágrafo único, 51, 52, 55, 56, 60, 63 e 64), traz o elemento normativo do tipo [...] Como se verifica, esse elemento está nas expressões 'sem licença', 'sem autorização', 'sem permissão', 'em desacordo com a determinação legal obtida' e outras assemelhadas (FREITAS; FREITAS, 2001, p. 38).

Analisando especificamente os delitos do art. 46 (*caput* e parágrafo único) da Lei 9.605/98, uns dos crimes ambientais mais recorrentes nos Juizados Especiais Criminais de todo o país, Prado (2001, p. 132) pontifica:

> As expressões 'sem exigir a exibição de licença do vendedor' e 'sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto' constituem elementos normativos do tipo referentes à ausência de uma causa de justificação que, uma vez presente, torna lícita a conduta. [...] a expressão 'sem licença válida para todo o tempo da viagem, ou do armazenamento' constitui elemento normativo relativo à falta de uma causa de justificação. Autoridade competente para a concessão da licença de que trata essa infração é o IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, ou órgão estadual que desempenhe funções delegadas.

5. Competência dos Estados em matéria ambiental

Consagrando o "[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", a Constituição da República, visando conferir a tutela o mais abrangente possível a esse tão valioso bem jurídico, repartiu as competências a ele pertinentes entre os três níveis de entidades federativas. Com efeito, no art. 23, incisos VI e VII, estabeleceu a competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para "[...] proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" e "[...] preservar as florestas, a fauna e a flora". Já no art. 24, inciso VI, instituiu a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre "[...] florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição". Sendo

assim, não resta dúvida de que, vigente a atual ordem constitucional, os Estados[2] têm competência para editar leis e regulamentos disciplinando a proteção do meio ambiente ou a exploração e utilização das florestas e dos recursos naturais e para, exercendo o poder de polícia ambiental, adotar medidas tendentes a combater a poluição e preservar as florestas, a fauna e a flora.

6. Atos normativos estaduais complementando normas penais em branco ambientais e fundamentando juízos de valor referentes a elementos normativos de tipos ambientais

Ocorrendo amiúde a adoção pelo legislador penal ambiental de normas penais em branco e de elementos normativos do tipo, e havendo a Carta Fundamental outorgado aos Estados federados amplo leque de competências em matéria ambiental, exsurge, como corolário irrefutável, que muitas vezes a norma penal ambiental será complementada, ou terá seus elementos normativos juridicamente aferidos, a partir de atos normativos emanados de órgãos estaduais.Um óbice que eventualmente poderia suscitar-se contra essa assertiva seria a disposição contida no art. 22, inciso I, da mesma Carta Fundamental. Conforme o dispositivo, compete privativamente à União legislar sobre direito penal. Dessa forma, atos emanados de autoridade estadual não deveriam integrar os preceitos incriminadores de normas penais em branco, ou amparar juízos valorativos referentes a elementos normativos, sob pena de inconstitucionalidade formal. No entanto, o raciocínio é falacioso e não procede.

Os referidos atos estaduais não inovam o direito penal, vale dizer, não criam novas condutas puníveis; na verdade, o próprio tipo contido no diploma federal já define e individualiza a conduta punível, sendo o ato estadual ou municipal disposição meramente complementar. Tanto é verdade que a doutrina sempre reconheceu a possibilidade de a norma penal em branco ser complementada até mesmo por atos do Poder Público municipal. É o que afirma Nucci NO trecho acima transcrito e destacado. No mesmo sentido, também a lição de Damásio E. de Jesus (1998, grifo nosso):

> Normas penais em branco em sentido estrito são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa [...]
>
> O art. 268 de nosso estatuto repressivo define a figura do crime de infração de medida sanitária preventiva da seguinte forma: 'Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa'. Seu complemento se contém nas 'determinações do poder público', mediante editais ou portarias, oficialmente publicados. *Tais medidas podem advir do poder público estadual ou municipal* [...]

[2] E o Distrito Federal igualmente.

> Daí resulta que, podendo o complemento ser elaborado por autoridades municipais e estaduais, e anotando que só á União pode legislar sobre Direito Penal, **excepcionalmente o conteúdo da lei penal incriminadora pode ser completado por órgão outro que não aquela.** (grifo nosso)

Prado, conforme acima transcrito e destacado, reconhece a competência de órgãos estaduais para conceder licenças ambientais. Não sem razão, portanto, que a jurisprudência pátria registre precedentes como os seguintes, acolhedores da tese ora advogada:

> APELAÇÃO CRIMINAL. [...] PESCA COM PETRECHO NÃO PERMITIDO. CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA. CONDUTA TÍPICA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRELIMINAR REJEITADA E APELO DESPROVIDO. [...] O conceito de pesca envolve, por expressa definição legal (art. 36 da Lei ambiental), atos que tendem à retirada de peixes, não se exigindo sua efetiva captura para a caracterização dos crimes previstos na Lei nº 9.605/98. Aquele que é detido utilizando-se de tarrafa para pescar no Rio São Francisco responde pelo delito previsto no art. 34, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 9.605/98, *pois se trata de meio proibido por legislação que completa referida norma penal em branco.* (TJ-MG; APCR 1.0058.03.011465-4/0011; Três Marias; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Ediwal José de Morais; Julg. 16/01/2008; DJEMG 29/04/2008) (grifo nosso)

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – PESCA PREDATÓRIA [...] NORMA PENAL EM BRANCO – EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL SOBRE A MATÉRIA – IMPROVIMENTO [...] *Em casos de norma penal em branco, não há que se falar em transgressão ao artigo 5º, II, da CF, quando existe legislação estadual dispondo sobre a matéria.* (TJMS – ACr 2002.006720-2/0000-00 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Rui Garcia Dias – J. 08.10.2002) (grifo nosso)

Ainda ilustrando o pendor pretoriano, é proficiente colacionar pertinente trecho do voto condutor do primeiro julgado acima transcrito:

> Com efeito, narra-se na inicial ato de pescar com tarrafa, no curso do Rio São Francisco, sendo referido petrecho expressamente proscrito pelo Decreto *Estadual* nº. 38.744 de 1997, em seu art. 12, III, "b", ao regulamentar a Lei *Estadual* de nº. 12.265 de 1996.
>
> Aliás, o que restou acolhido na decisão condenatória foi justamente a pescaria mediante utilização de petrecho proibido, subsumindo o culto Magistrado *a quo* a conduta do acusado nas iras do art. 34, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 9.605 de 1998, capitulação que não merece reparos, pois a norma penal em branco mencionada é exatamente complementada

pelo decreto estadual que veda a utilização de referido meio empregado pelo réu.

Considerando tais fundamentos, conclui-se ser constitucional, doutrinária e jurisprudencialmente fundada a juridicidade das normas estaduais que complementem normas penais em branco e fundamentem o juízo valorativo referente a elementos normativos do tipo. Mais que isso, reputa-se indubitável que toca ao Estado membro não apenas o poder, senão o poder-dever de editar essas normas, visto competir-lhe, por mandamento constitucional, disciplinar a proteção do meio ambiente ou a exploração e utilização das florestas e dos recursos naturais, e, exercendo o poder de polícia ambiental, adotar medidas tendentes a combater a poluição e a preservar as florestas, a fauna e a flora.

7. Referências bibliográficas

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, V. P.; FREITAS, G. P. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, R. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JESUS, D. E. *Direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, G. S. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, L. R. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

SIRVINSKAS, L. P. *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

Artigo recebido em: 23/01/2009
Artigo aprovado em: 15/03/2010

PRESCRIÇÃO PENAL APÓS A LEI Nº 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010

MARCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA VILELA
Oficial do Ministério Público
Bacharel em Direito pela Universidade de Alfenas – Unifenas

No Direito penal brasileiro está previsto o instituto da *prescrição*, que é a perda do direito de punir do Estado em virtude de sua inércia e do transcurso do tempo (perda do *ius puniendi* estatal). Como sabemos, os únicos crimes imprescritíveis admitidos em nosso país são a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que estão previstos respectivamente nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, cabe, inicialmente, recordarmos que o ordenamento jurídico pátrio comporta cinco espécies de prescrições, a saber:

- prescrição pela pena máxima em abstrato;
- prescrição retroativa;
- prescrição virtual ou em perspectiva (não prevista legalmente);
- prescrição superveniente ou intercorrente;
- prescrição da pretensão executória.

Abordaremos, resumidamente, cada uma dessas espécies de prescrição.

Prescrição pela pena máxima em abstrato: essa prescrição é contada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao crime, enquanto ainda não há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para seu cálculo basta identificar a pena máxima cominada abstratamente e verificar em que inciso do art. 109 do Código Penal (CP) ela se encaixa. A Lei nº 12.234/2010 não alterou esta modalidade de prescrição.

Prescrição retroativa: é calculada pela pena *in concreto*. Depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, o prazo será contado para trás e novamente encaixado no art. 109 do CP. Antes da Lei nº 12.234/2010, a

prescrição retroativa poderia ser verificada em dois períodos: da data do fato até o recebimento da denúncia ou do recebimento da denúncia até a sentença.

Exemplificando: imagine um crime de furto ocorrido em maio de 2002, em que a denúncia foi recebida em maio de 2005 e a sentença condenatória de um ano transitou em julgado para a acusação em maio de 2010. A pena de um ano prescreve em quatro anos. Entre a data do fato e o recebimento da denúncia, passaram-se três anos, então não houve prescrição. Já entre o recebimento da denúncia e a sentença, passaram-se cinco anos; logo, houve prescrição retroativa nesse período.

Prescrição virtual: também pode ser chamada de prescrição em perspectiva ou antecipada ou ainda, prescrição projetada. Esta modalidade de prescrição é reconhecida antecipadamente em um caso concreto, onde se "prevê" a futura pena a ser aplicada ao réu e, posteriormente comparada com os prazos prescricionais previstos no art. 109 do CP. Como a prescrição virtual é derivada da prescrição retroativa, antes da Lei nº 12.234/2010, também eram dois os períodos prescricionais, quais sejam, da data do fato até o recebimento da denúncia e do recebimento da denúncia até a sentença.

É importante frisar que a prescrição virtual não tem previsão legal, somente é admitida pela doutrina e pela jurisprudência de primeira instância, tendo o STJ, recentemente, aprovado a Súmula nº 438, com os seguintes dizeres: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Prescrição superveniente ou intercorrente: será o prazo entre a sentença condenatória e o acórdão final transitado em julgado, ou seja, o recurso interposto não poderá exceder o lapso prescricional da pena *in concreto* aplicada aos limites impostos pelo art. 109 do CP.

Prescrição da pretensão executória: esta espécie é contada pela pena concretamente aplicada ao condenado e o prazo prescricional é igualmente obtido mediante comparação com a tabela prevista no art. 109 do CP. A prescrição da pretensão executória refere-se ao prazo que o Estado tem para dar cumprimento à pena efetivamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A tão citada "tabela" do art. 109 sofreu apenas uma importante modificação com a Lei nº 12.234/2010, qual seja, seu inciso VI dispunha que o lapso temporal para as penas inferiores a um ano era de dois anos. Agora, o prazo prescricional, nestes casos, passou a ser de *três anos*.

Com essa modificação do inciso VI do art. 109, os prazos prescricionais das sanções disciplinares da Lei de Execução Penal (LEP) que eram de dois anos, agora, conforme jurisprudência do STF, também passaram a ser de três anos.

Mas, por outro lado, mesmo com o advento da nova lei, é preciso observar que ainda restam dois casos de prescrição em dois anos na legislação brasileira, a saber:

- a prescrição relacionada aos usuários de drogas (art. 30 da Lei nº 11.343/2006) continua ocorrendo em dois anos, pois lei especial prevalece sobre lei geral;

- a pena de multa prevista isoladamente em caso de contravenção penal ou aplicada isoladamente em caso de crime, nos termos do art. 114, I, do CP.

Outra importante modificação trazida pela lei em comento diz respeito ao seu art. 1º, que dispõe: "Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, *para excluir a prescrição retroativa*". (grifo nosso).

Se a *mens legislatoris* era acabar definitivamente com a prescrição retroativa, esse objetivo não foi alcançado, pois a nova redação do § 1º do art. 110 impede que haja prescrição retroativa tendo como *termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*, mas nada fala sobre as datas posteriores à da denúncia ou queixa.

Dessa forma, a nova lei acabou apenas com "metade" da prescrição retroativa, ou seja, apenas um dos lapsos temporais foi excluído (entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia). No entanto, quanto ao prazo entre o recebimento da denúncia e a sentença a nova lei nada mencionou.

Durante o processo legislativo, o Projeto de Lei nº 1.383/2003 acabava definitivamente com a prescrição retroativa, já que expressamente impedia ter como marco inicial para contagem do prazo prescricional "*data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão*" (grifo nosso). No entanto, a redação final da Lei nº 12.234/2010 fez menção tão somente à data anterior à denúncia ou queixa.

O legislador acabou eliminando, dessa forma, apenas um dos casos de prescrição retroativa, não a excluindo inteiramente do nosso cenário jurídico, permanecendo a hipótese do lapso temporal entre o recebimento da denúncia ou queixa à data da sentença.

Crítica à Súmula nº 438 do STJ: como já mencionado, citada súmula veda completamente o reconhecimento da prescrição virtual, o que é lastimável, pois, em muitos casos, o aplicador do direito poderá verificar, antecipadamente, que, se o réu for condenado, até o final do processo, sua pena já estará fulminada pela prescrição.

Em casos como esse, para que levar o processo adiante? Para chegar a uma sentença e então reconhecer a prescrição retroativa? É um absurdo a utilização da máquina judiciária para esse fim! Falta justa causa para a continuidade da ação penal até mesmo porque nossos tribunais já estão abarrotados de processos aguardando a tutela jurisdicional, não se admitindo "perda de tempo" com processos prescritos.

Em seu artigo intitulado “No Brasil, só é preso quem quer!”, o Promotor de Justiça mineiro Marcelo Cunha de Araújo traz uma impressionante estatística, revelando que, no Brasil, o STF julga aproximadamente 100.000 processos por ano, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga em torno de 100! Como fica a “reforma do Judiciário brasileiro” trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004? E a tão comentada celeridade processual acrescentada ao art. 5º, LXXVIII, da nossa Carta Magna?

Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a edição da Súmula nº 438 pelo STJ trouxe um grande retrocesso ao cenário jurídico brasileiro.

O TRF da 4ª Região (que engloba a região sul do país), brilhantemente, já acolheu a tese da prescrição virtual, aduzindo o seguinte:

> PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRÉDITO PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. FACTIBILIDADE. É factível a aplicação da prescrição pela pena em perspectiva para evitar o deletério desgaste do emprego da força de trabalho do Judiciário ao longo de toda uma instância processual quando *ex prompto* já se constata que o resultado, mesmo em caso de efetivo juízo condenatório, será absolutamente nenhum. (TRF4, RSE 2006.72.14.002573-7, Sétima Turma, Relator Ricardo Nüske, D.E. 28/01/2009).

No mesmo sentido:

> PENAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. ARTIGOS 299 e 171, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, INCS. I E II DO DLNº 201/67. VIÁVEL A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. EXCEPCIONALIDADE. 1. A prescrição pela pena projetada, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a sanção aplicada não será apta a impedir a extinção da punibilidade. 2. Na espécie, considerando o período transcorrido das datas dos fatos até o presente momento (mais de nove anos), sem que a denúncia tenha sido recebida, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória – que, provavelmente, muito não se afastará do mínimo legal. (TRF4, RSE 2005.71.08.011814-0, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 14/01/2009).

De qualquer forma, se a prescrição retroativa acabou pela metade, por força da lei em comento, para aqueles que “ousarem contrariar” a Súmula nº 438 do STJ, a prescrição virtual também foi “podada” pela metade, pois esta sempre foi atrelada àquela, somente sendo possível entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença.

Direito Intertemporal: todas essas modificações trazidas pela Lei nº 12.234/2010 aumentaram os prazos prescricionais, sendo desfavoráveis ao réu (*novatio legis in pejus*), ou seja, o Estado terá mais tempo na apuração das infrações penais. Logo, citadas modificações, por configurarem norma material, são todas *irretroativas*, só podendo ser aplicadas para fatos ocorridos após a entrada em vigor da nova lei, que é de 5 de maio de 2010.

Prescrição pela pena máxima em abstrato: esta espécie de prescrição não foi alterada pela nova lei; dessa forma, não é correto afirmar que não exista mais nenhuma prescrição antes do recebimento da denúncia ou da queixa (período pré-processual), ou seja, as investigações não podem ser eternas. Caso o Estado demore demasiadamente na apuração dos fatos, ocorre a prescrição pela pena máxima em abstrato.

Equívocos legislativos: a redação final do § 1º do art. 110 dispõe erroneamente "data anterior à da denúncia ou queixa", quando a forma correta seria "data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa".

Outro equívoco foi que no art. 110 constou "*§ 1º*", sendo que o correto seria "*parágrafo único*", pois passou a ser o único parágrafo do art. 110 do CP.

Conclui-se, portanto, que a prescrição retroativa bem como a virtual persistem no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que mitigadas, sendo possível visualizá-las entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e da publicação da sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso.

Dessa forma, enquanto o fato criminoso estiver sendo investigado (fase pré-processual) não ocorrerá mais a prescrição retroativa ou virtual. A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, citadas prescrições penalizam apenas a demora judicial, não mais a demora nas investigações.

Por outro lado, tendo em vista tratar-se de uma lei recém-sancionada, resta-nos aguardar para observarmos se esta será realmente a interpretação que nossos tribunais darão a esta lei que alterou, significativamente, a prescrição penal brasileira.

Referências bibliográficas:

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. No Brasil, só é preso quem quer! *MPMG Jurídico*: publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano IV, n. 18, p. 61, out./nov./dez. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Lei nº 12.234*, de 5 de maio de 2010. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.383*, de 2 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RSE 2005.71.08.011814-0, Oitava Turma. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 14/01/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. RSE 2006.72.14.002573-7, Sétima Turma. Relator: Ricardo Nüske. D.E. 28/01/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 30 jul. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual não desapareceram completamente*. Disponível em: < http://www.lfg.com.br> Acesso em: 11 maio 2010.

3



Artigo • 227
Comentário à Jurisprudência • 242
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Processual Penal

3 Artigo

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO
Mestre em Direito de Empresa pela Universidade de Itaúna
Advogado

RESUMO: Este pequeno artigo trata dos crimes de perigo abstrato, partindo das características da sociedade pós-industrial, denominada sociedade do risco, em que novas tecnologias trazem novos riscos até então inexistentes. Tratando superficialmente das teorias causais às da imputação objetiva, informa os conceitos dos delitos de perigo abstrato e as diferenças entre os crimes de lesão, de perigo e de periculosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco; bem jurídico relevante; crime de perigo abstrato.

ABSTRACT: The present article deals with abstract danger crimes. At first, one analyses the characteristics of post-industrial society, called risk society, in which new technologies bring so far non-existent new risks. By approaching superficially the causal theory and the theory of objective imputation, one informs the concepts of abstract delict danger and the differences between injury, danger and risk crimes.

KEY WORDS: Risk society; relevant juridical property; abstract danger crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sociedade de risco, bem jurídico e teoria da imputação objetiva. 2.1. Sociedade de risco. 2.2. Alargamento do conceito de bem jurídico. 2.3. Bens jurídicos individuais e coletivos. 2.4. Seleção de bens penalmente relevantes. 2.5. Ponte entre a teoria causal e a da imputação objetiva do resultado. 2.5.1. Teorias causais – resultado. 2.5.2. Teorias da imputação objetiva. 2.5.2.1. A Teoria da imputação objetiva de Claus Roxin. 2.5.2.1.1. Criação de um risco não permitido. 2.5.2.1.2. Realização do risco não permitido no resultado concreto. 2.5.2.1.3. Realização do resultado dentro do alcance do tipo. 2.5.2.2. A imputação objetiva como teoria do tipo objetivo de Jakobs. 3. Crimes de perigo abstrato. 3.1. Crimes de lesão e crimes de perigo. 3.2. Crimes de perigo e crimes de periculosidade. 3.3. Crimes de perigo abstrato-concreto. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é discutir a sistemática da aplicação dos Crimes de Perigo Abstrato no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema crimes de perigo abstrato ganha relevância a partir da sociedade pós-industrial, denominada sociedade do risco.

Nessa sociedade do risco, novas tecnologias importam em criação de novos riscos e na necessidade de tutela de novos bens jurídicos, notadamente coletivos, cuja proteção não poderia ser realizada por meio de clássicas figuras dos crimes de lesão, nem sob o prisma das teorias causais.

Sem a pretensão de esgotar o tema aqui abordado, o trabalho ora apresentado fornece noções da sociedade do risco e de bens jurídicos penalmente relevantes para, passando direto das teorias causais às teorias de imputação objetiva de Roxin e Jakobs, tão-somente conceituar os delitos de perigo abstrato e apresentar as diferenças entre os crimes de lesão, de perigo e de periculosidade.

2. Sociedade de risco, bem jurídico e teoria da imputação objetiva

2.1. Sociedade de risco

A evolução do mundo, da vida traz riscos, conhecidos ou não. O uso de novas tecnologias e os processos de globalização e entrelaçamento entre povos parecem irreversíveis.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 11) discorre acerca de um:

> [...] processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado.

Não obstante os inegáveis ganhos proporcionados pela revolução tecnológica de que participamos – como os que experimentamos através da popularização de meios de comunicação sem fio, tais como da internet e dos telefones celulares, ou pelo incremento da produtividade da agroindústria –, nem tudo são flores.

Por conta dos avanços da modernidade, a sociedade se sujeita a riscos – ou no mínimo à ameaça deles – que inexistiam no passado. Apesar de essas mencionadas tecnologias proporcionarem benefícios incontroversos, também trazem novas ameaças, conhecidas ou desconhecidas.

Não há dúvidas quanto aos riscos, outrora inexistentes, do mau uso da energia nuclear, quer sejam da sua utilização para fins beligerantes, quer sejam frutos da simples desídia no trato dessa fonte energética.

Segundo lição de Herzog (1993), no estágio em que vivemos, há, efetivamente, muitos lugares nos quais é possível sentir-se angustiado diante do iminente perigo de nossa moderna civilização: nos arredores de uma central nuclear, de uma zona de armazenamento de resíduos tóxicos, de uma central purificadora, de uma estação de manobras, de um campo de exercícios militares, de uma fábrica química, entre outros. (HERZOG, 1993, p. 317, tradução nossa).[1]

Mas o que podemos concluir a respeito da existência ou não de possibilidade de dano advindo da ingestão de alimentos geneticamente modificados ou da freqüente exposição a ondas de telecomunicação de telefones móveis celulares? Ainda não sabemos.

Isso porque, apesar de a ciência ter evoluído (do ponto de vista da tecnologia) para criação dessas benesses, a mesma ciência não consegue, ainda, precisar os efeitos da submissão do indivíduo – tomado de forma isolada ou coletiva – a tais tecnologias.

Esse é o dilema da sociedade de risco, caracterizada pela desproporcional distribuição de benefícios e riscos entre seus partícipes.

Ulrich Beck (1992), um dos grandes expoentes do argumento da sociedade do risco, informa em sua obra denominada homônima que, nesse novo estágio, posterior à sociedade industrializada, há uma espécie de democratização perversa do risco, que não mais se limita àqueles indivíduos que experimentam ou não as benesses criadas pelas tecnologias da modernidade.

Os riscos são repartidos por todos os partícipes da comunidade nessa sociedade, independentemente de cada um receber o benefício que individualmente nem todos experimentam.

Nesse novo estágio, mesmo que determinada parcela da sociedade não receba as benesses advindas da construção de uma usina nuclear, por exemplo, esta coletividade, mesmo que distante geograficamente do empreendimento criado com suporte nos avanços tecnológicos e pautado por mecanismos de segurança, poderá sofrer os riscos causados por um hipotético vazamento no reator da usina.

Nesse exemplo, independentemente de receber ou não os benefícios criados por essa tecnologia, esta parcela da sociedade compartilha os riscos decorrentes da empreitada.

Isto posto, na sociedade de risco, na lição de Coria (1998), a dinâmica da tecnosfera origina inumeráveis fontes de perigo para os bens individuais, de modo que a

[1] Hay, efectivamente, muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro de nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de una campo de ejercicios militares, de una fábrica química, entre otros.

realidade se estrutura cognitivamente como um constante conflito entre segurança e risco, como o que se observa no uso da energia nuclear. (CORIA, 1998, p. 2, tradução nossa).[2]

E é sob essa sociedade do risco que se estrutura a rede de proteção penal aos direitos coletivos, cuja tutela merece especial atenção em nosso mundo moderno, em que as ameaças de novas tecnologias deixam de tocar apenas o indivíduo isoladamente considerado, para sombrearem toda uma coletividade.

2.2. Alargamento do conceito de bem jurídico

Conseqüência inarredável dessa sociedade do risco é a criação de perigos até então inexistentes, que ameaçam bens que anteriormente não necessitavam de ser tutelados e protegidos. No campo do Direito Penal, presenciamos a ampliação do conceito de bem jurídico.

Na noção tridimensionalista de Miguel Reale (1984, p. 508), o Direito cuida-se de fato, valor e norma. E a ciência do Direito é uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização da convivência humana (SMANIO, 2004).

O Direito é, portanto, dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto, e não fechado. Assim, a dificuldade da conceituação do bem jurídico deve ser vista não como uma impossibilidade, mas como decorrência da própria natureza do Direito (SMANIO, 2004).

Bens são os valores materiais ou imateriais, que servem de objeto a uma relação jurídica, na definição de Clóvis Beviláqua, citado por Barros Monteiro (1991).

O bem jurídico, neste dinamismo, tem conceito mutável, tendo em vista que o próprio Direito é dinâmico. E essa mutabilidade conceitual funciona como uma espécie de mecanismo de proteção social, pois limita a aplicação do Direito Penal à tutela daqueles bens eleitos como relevantes para o próprio Direito Penal.

No entanto, o surgimento de situações jurídicas e de ameaças que no passado inexistiam traz como conseqüência para o Direito como um todo, e em especial para o Direito Penal, o alargamento do conceito de bem jurídico para proteção contra essas inéditas ameaças.

2.3. Bens jurídicos individuais e coletivos

A identificação dos bens jurídicos que merecem tutela penal encontra obstáculos não só sob o prisma dos bens que se relacionam ao indivíduo como também principalmente no que tange aos bens analisados sob a ótica da coletividade.

---

[2] La dinámica de la tecnósfera origina innumerables fuentes de peligro para los bienes individuales, de modo que la realidad se estructura cognitivamente como un constante conflicto entre seguridad y riesgo, lo que se observa en el uso de la energía nuclear.

No Direito, o vocábulo bem possui significado amplo e abrange coisas corpóreas e incorpóreas, materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas. Entre os bens imateriais, podemos arrolar o direito à liberdade, que nem sequer admite estimação. (CALDEIRA, 2004).

Ao estudar o Direito brasileiro, vemos que o conceito de bem jurídico é amplíssimo, pois ao lado das coisas e de bens econômicos, outros existem que se incluem na ordem moral – inapreciáveis, portanto – tais como a vida, a liberdade, a honra e os que constituem objetos dos direitos puros da família.[3]

Ao lado, pois, dos bens valorados economicamente, formadores do patrimônio, outros gravitam na ordem jurídica, insuscetíveis de valoração econômica e que constituem irradiações de personalidade.[4]

E se a identificação desses bens penalmente relevantes encontra óbice se eles forem analisados sob o ponto de vista individual, mais árdua ainda é a tarefa de examiná-los sob o prisma da coletividade, pois tal construção praticamente impossibilitaria uma análise dogmática, numa perspectiva puramente causal, para fundamentar a aplicação de uma norma penal suficientemente hábil para inibir ameaças de danos à coletividade, em situações em que muitas das vezes não se podem precisar resultados, tal qual uma ameaça ecológica de derramamento de óleo em rio.[5]

Essa perspectiva de perversa democratização das ameaças[6] é característica da sociedade do risco.

2.4. Seleção de bens penalmente relevantes

A missão primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.[7] A própria sociedade, no processo que Habermas (1989) chama de agir comunicativo, através de seus legisladores, tipifica os comportamentos que lesionam ou expõem a lesão esses bens. Dessa forma, a tipificação penal desempenha uma função de seleção de comportamentos penalmente relevantes.[8]

Conforme Mir Puig (2005), se o Direito Penal há de estar a serviço dos seres humanos, haverá de proteger interesses reais destes, que serão diretamente vinculados a sua individualidade – como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio etc. –, e serão mediados por instituições das quais dependem interesses individuais – como a administração da Justiça ou outras instituições estatais. Os *bens jurídico-penais* hão de ver-se como concreções desses interesses reais dos indivíduos, diretos ou indiretos, que merecem, por sua importância fundamental, a

[3] Ver Caldeira (2004).

[4] Ver Caldeira (2004).

[5] Este tema será abordado em momento oportuno.

[6] Ver Beck (1992).

[7] Ver Prado (1996).

[8] Ver Prado (2005, p. 338).

máxima proteção que supõe o Direito Penal. Assim entendidos, hão de constituir a referência básica para determinar a função do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito. (MIR PUIG, 2005, tradução nossa).[9]

Insta, no entanto, salientar que sabidamente essa seleção de bens penalmente relevantes, apesar de ter alicerce na Constituição, a esta não se limita. Vale dizer que, se o objeto da tutela penal é necessariamente valorado pela Constituição, nem todo bem constitucionalmente tutelado é bem jurídico no estrito senso penal.

Dessa feita, o bem jurídico não pode ser entendido apenas como valor acolhido ou não vedado pela Constituição.

A esse respeito labora o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, ou da *ultima ratio*, que exatamente informa que nem todo valor acolhido ou não vedado constitucionalmente deve ser objeto de intervenção penal.

Como o Direito Penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma violação de um interesse qualquer para legitimar a intervenção penal. Com base no princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só se prestará para a defesa contra ataques intoleráveis a esses bens jurídicos.

Como conclusão, resta afirmar que o bem jurídico objeto da tutela penal deve possuir relevância tamanha que justifique a imposição de sanção penal à sua violação.[10] E essa seleção de bens penalmente relevantes, tal como limitação ao número de atividades desvaloradas no ordenamento criminal, funciona como freio à expansão do Direito Penal.

2.5. Ponte entre a teoria causal e a da imputação objetiva do resultado

2.5.1. Teorias causais – resultado

A tipificação de comportamentos socialmente abominados serviu como método de seleção dos bens jurídicos relevantes: a tutela age sobre o que é valorado. A delimitação de condutas típicas ou atípicas foi, historicamente, realizada por meio do exame da causalidade e da subsunção do fato à norma.

Hodiernamente, no entanto, dentro de uma perspectiva puramente causal, em que a ação é um movimento dirigido a um resultado, torna-se obstáculo intransponível a determinação de qual conduta é ou não típica.

---

[9] Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio etc.–, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales – como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales–. Los *bienes jurídico-penales* han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

[10] Ver Greco (2004, p. 89-147).

Isso porque se, sob a perspectiva causal, a existência de um resultado é requisito indispensável para a constatação da ação típica, torna-se impossível a proteção, por exemplo, de direitos coletivos surgidos a partir da sociedade do risco.

2.5.2. Teorias da imputação objetiva

Afastando-se da concepção das teorias causais, em que a imputação de um fato é fruto da relação entre um acontecimento e uma vontade, surgem as teorias da imputação objetiva do resultado, capitaneadas principalmente pelo teórico alemão Claus Roxin.

O homem livre é pressuposto na imputação objetiva. Somente com a garantia da liberdade de agir é possível tipificar a conduta praticada pelo homem no exercício dessa liberdade, não só pela ação conhecida e pretendida por ele mas também por aquela simplesmente conhecida e passível de ser abarcada por sua vontade.[11]

Nessa perspectiva, defendida por Larenz, o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade.[12]

A imputação é objetiva para Larenz porque o sentido teleológico-objetivo pode ser aferido de acordo com um critério geral do homem inteligente e prudente.

No mesmo caminho Honig entende que o ponto central não é a análise de relação de causalidade entre ação e resultado, mas sim da valoração entre eles.[13]

A finalidade objetiva é o ponto de análise central, sendo imputáveis os resultados que possam ser finalmente vislumbrados.

Por não examinar o conhecimento e a vontade do autor, mas sim suas capacidades potenciais, estamos diante da hipótese de imputação objetiva.

Objetiva porque prescinde de análise subjetiva, de relação psíquica existente entre a conduta e o resultado – pretendido ou não.

2.5.2.1. A teoria da imputação objetiva de Claus Roxin

Na concepção de Roxin, é imputável aquele resultado que pode conceber-se como desejado finalmente pelo autor, tendo em vista que o Direito Penal tem por missão regular os comportamentos humanos dirigindo suas ordens e proibições à vontade dos sujeitos, pois só ela é motivável. (CERVINI, 2007, tradução nossa).[14, 15]

---

[11] Ver Prado (2005, p. 339).

[12] Ver Larrauri (1998, p. 733).

[13] Ver Larrauri (1998, p. 736).

[14] En la concepción de Roxin, es imputable aquel resultado que puede concebirse como dispuesto finalmente por el autor, puesto que el derecho penal tiene por misión regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad de los sujetos, ya que solo ésta es motivable.

[15] Ver Cervini (2007).

Claus Roxin (2002, p. 11-31), em sua construção da teoria da imputação objetiva, entende que é imputável o resultado que poderia ser previsto e dirigido pela vontade, ao passo que atípico seria o resultado de qualquer conduta que não pudesse ser previsto ou dirigido pela vontade.

Esse teórico entende que o princípio geral da imputação objetiva caracteriza-se pela criação de um risco juridicamente desvalorado por meio da ação humana, cujo resultado seja típico.

Os critérios para imputação objetiva criados por Roxin (2002, p. 13) passam pela verificação das seguintes condições, quais sejam a criação de um risco não permitido para o objeto da ação, a realização desse risco no resultado concreto e a compreensão desse resultado dentro do alcance do tipo.

Para isso, exemplifica cada uma dessas premissas.

2.5.2.1.1. Criação de um risco não permitido

A criação do risco não permitido, segundo o doutrinador, não pode ser equiparada a uma diminuição do risco, que é atípico.

Nesse sentido Prado ilustra a questão com a hipótese de um sujeito A que vê uma pedra ser jogada em B, e não pode evitar o acidente, mas tão-somente laborar para a diminuição do impacto, o que faz.[16]

Roxin, por seu turno, traz o exemplo do sujeito que demove um ladrão da sua idéia inicial de furtar mil francos, convencendo-o a furtar tão-somente cem francos.[17]

Nesses casos, em que há apenas uma diminuição do risco, não há conduta típica.

Por outro lado, da mesma forma que inexiste tipicidade na diminuição do risco, inexistirá a tipicidade na criação de um risco permitido.

Roxin (2002, p. 12-15) desenha em sua obra a situação em que A, que pretende a morte de B e, sabendo que na Flórida há muitos homicídios e crimes violentos, aconselha este a viajar para o estado norte-americano, onde efetivamente vem a falecer vítima de assassinato.

Não obstante a vontade dirigida nesse caso, não há que se falar em imputação objetiva do resultado pois o risco criado é permitido; *in casu,* não se criou um perigo de morte juridicamente relevante e não se elevou de modo mensurável o risco à vida.

O aumento do risco permitido, para Roxin, é em geral atípico, tendo em vista que vigora nesta hipótese o princípio da confiança.

---

[16] Ver Prado (2005, p. 341).

[17] Ver Roxin (2002, p. 17).

O autor exemplifica esse aumento de risco impunível com a venda de punhal para uma pessoa com aparência suspeita. A despeito de admitir a existência de um certo risco, esse seria permitido. Para Roxin, aqui vigoraria o princípio da confiança, segundo o qual o vendedor confiaria que o comprador se comportaria de acordo com o Direito.

No entanto, o aumento de risco permitido pode ser típico quando importe em aumento juridicamente relevante da esfera de risco permitido; neste caso, possibilitaria a imputação objetiva do resultado.[18]

2.5.2.1.2. Realização do risco não permitido no resultado concreto

A segunda condição para aplicação da teoria da imputação objetiva de Roxin é a realização do risco proibido no resultado concreto.

Vale dizer a esse respeito que não basta a ocorrência do resultado, ele deve ser decorrente do risco não permitido.

Por exemplo, não responde por homicídio consumado aquele que fere terceiro que, ao ser levado por ambulância para o hospital, falece em decorrência de acidente automobilístico com o veículo hospitalar.[19]

Tendo em vista que a morte pretendida não foi alcançada por conta da ação do agente, e que o risco para o qual a vítima foi exposta não aumentou em razão da utilização da ambulância, não há que se falar em realização do resultado dentro da esfera do risco proibido criado.

2.5.2.1.3. Realização do resultado dentro do alcance do tipo

Segundo Roxin (2002), mesmo que exista a criação de um risco não permitido e desse risco advenha o resultado pretendido, a imputação objetiva do resultado poderia ser afastada.

Analisando por um segundo nível de imputação, estariam fora do alcance do tipo os resultados ocorridos, por exemplo, dentro do campo de autonomia da vítima, como no caso em que um toxicômano com tendência suicida ingere heroína em excesso para morrer por overdose.

Nesse caso, o traficante, ao vender a droga – mesmo que conhecendo a tendência de auto-extermínio do comprador –, não poderia responder por homicídio, pois a morte ocorreu dentro do campo de autonomia da própria vítima e, assim, fora do alcance do tipo.

---

[18] Roxin (2002) relativiza o princípio da confiança diante de uma "reconhecível inclinação para o fato", como no exemplo em que o mesmo vendedor do punhal entrega a arma a um dos contendores de uma rixa que está ocorrendo no momento da venda. Neste caso, na hipótese de o adversário deste comprador ser por ele assassinado com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por auxílio ao homicídio, dependendo do seu conhecimento da situação.

[19] Exemplo empregado por Roxin (2002).

2.5.2.2. A imputação objetiva como teoria do tipo objetivo de Jakobs

Ao contrário de Claus Roxin, que propõe um método indutivo para imputação objetiva do resultado, Günther Jakobs (2000, p. 120) entende essa imputação objetiva como uma teoria do tipo objetivo. Para tanto, a imputação objetiva em Jakobs é definida com base em critérios objetivos.

O comportamento perigoso, ou reprovável, tem juízo *ex ante* para ser penalmente desvalorado. As normas, para Jakobs, laboram como padrões de comportamento que orientam os membros de uma coletividade, e o agente, ao ser analisado segundo a possibilidade de imputação objetiva, é definido normativamente, por meio do exame do papel social que desempenha. A imputação objetiva, para Jakobs, consiste na interpretação de um comportamento.

Câncio Meliá e Suárez González (2000, p. 50), em introdução à obra do teórico alemão Günther Jakobs, assim asseveram:

> Certamente, é um indivíduo, uma pessoa dotada de subjetividade quem se expressa através do fato. Essa é razão pela qual com freqüência não será possível obter o significado do comportamento sem conhecer a representação interna de quem atua. Por isso, o decisivo é definir o agente que atua em sociedade, pois essa definição também oferecerá as pautas necessárias para interpretar de modo geralmente válido tal comportamento, decidindo quais de seus conhecimentos individuais são relevantes.

A teoria de Jakobs encontra dois níveis: um de imputação de comportamento, outro de imputação do resultado.

O primeiro nível, de imputação objetiva de comportamentos, subdivide-se em quatro critérios básicos de imputação: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima; o segundo nível, de imputação de resultado.[20]

3. Crimes de perigo abstrato

Entendemos por delitos de perigo abstrato aqueles em que a pretensão punitiva se eleva para rechaçar nada mais que meras desobediências a normas jurídicas.[21] É por meio do juízo de reprovação *ex ante* que podemos entender o fundamento desses crimes.

Fruto do engrandecimento da proteção dada aos bens jurídico-penais coletivos,[22] os delitos de perigo abstrato prescindem da verificação, na conduta punível, da probabilidade de dano que importe em perigo para a vida social.[23]

---

[20] Que não são objeto deste trabalho, razão pela qual são somente mencionados. Para maiores informações sobre o tema, *vide* Jakobs (2000, p. 119 e ss.) e Cancio Meliá; Suárez Gonzáles (2000, p. 67 e ss.).

[21] Ver Oliveira (2004, p. 95).

[22] Ver Goenaga (2002, p. 2).

[23] Ver Oliveira (2004, p. 95).

A ampliação do conceito de bem jurídico e, por conseguinte, da tutela penal, no entender de Blanca Mendoza Buergo (2002, p. 2), conduz-nos a recorrer a técnicas que são consideradas teoricamente necessárias por sua maior efetividade ou adequação para proceder a tal tutela. (BUERGO, 2002, p. 2, tradução nossa).[24]

Discorrendo sobre os delitos ambientais, Blanca Mendoza aduz que, para a tutela de seus respectivos bens, já o Código Penal Espanhol de 1995 lança mão dos Crimes de Perigo Abstrato, que paulatinamente substituem os de Perigo Concreto e os de Lesão para proteção penal.

Importa, no entanto, que estejamos atentos à diferença entre delitos de lesão e de perigo, e entre estes e os de periculosidade.

Como já asseverado, os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo tipo se considera preenchido sem que o bem jurídico sequer seja exposto a um perigo concreto.[25] Independem de produção de resultado externo, sem guardar referência direta com efeitos exteriores.

Os crimes de perigo abstrato caracterizam-se pela prescrição normativa cuja completude de restringe à ação.

3.1. Crimes de lesão e crimes de perigo

No clássico crime de lesão (também denominado crime de dano), o resultado é parte integrante do tipo, e sem ele não se completa, tal qual no vetusto exemplo do homicídio, em que a morte da vítima constitui *conditio sine qua non* para a sua caracterização.

Nos crimes de perigo, por outro lado, podemos vislumbrar diferenciação entre os delitos de perigo concreto e os de perigo abstrato, ou mera periculosidade.

Segundo D'Avila, os crimes de pôr-em-perigo há muito têm sido caracterizados como uma situação de significativo desvalor jurídico, em razão de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico.[26]

3.2. Crimes de perigo e crimes de periculosidade

Os delitos de perigo concreto diferem-se dos delitos de perigo abstrato, por óbvio. Para caracterização de um concreto pôr-em-perigo há que se verificar ameaça tamanha ao bem jurídico que se torne possível falar em uma situação de crise do bem jurídico.[27]

Há que existir uma situação concreta de ameaça ou exposição de bem jurídico a dano.

---

[24] [...]conduce a recurrir a técnicas que se consideran teóricamente necesarias por su mayor efectividad o adecuación para proceder a tal tutela.

[25] Ver Greco (2004).

[26] Ver D'Avila (2007, p. 35).

[27] Ver D'Avila (2007, p. 35).

Nos delitos de perigo concreto é necessário reconhecer, de fato uma situação de perigo concreto, em que se verifique que o bem jurídico tenha, efetivamente, entrado no raio de ação da conduta perigosa.[28]

O perigo de dano só pode ser entendido como concreto se decorrer de uma conduta que coloque em real probabilidade de perecimento o bem jurídico protegido pela norma incriminadora.[29]

Os crimes de perigo abstrato, por seu turno, prescindem de referência a fenômenos externos.

Nestes crimes, a mera prática da conduta tipificada na norma exaure aspectos objetivos do tipo. Aqui, o núcleo do injusto encontra-se na mera conduta – e a ação é que é o desvalor. Ao contrário da exigência de reconhecimento de perigo concreto, a mera periculosidade já basta.

Importa, aqui, uma ofensa de cuidado-de-perigo.[30] Desta feita, a expressão perigo deveria ser empregada apenas para descrever ameaças concretas, específicas dos crimes de perigo concreto.

No entanto, é quase pacífico o emprego da cabível nomenclatura “crimes de perigo abstrato”. Seria, no entanto, mais bem empregada a denominação “delitos de periculosidade”, pois a utilizada carrega idéia de perigo, e não de periculosidade.

3.3. Crimes de perigo abstrato-concreto

Ainda podemos apontar diferenças entre os crimes de perigo abstrato puro e os crimes de perigo abstrato-concreto.

São delitos de perigo abstrato-concreto aqueles que nem se contentam com a mera realização formal da conduta, nem exigem ameaça concreta a bens jurídicos para caracterizar tipicidade.

Delitos de perigo abstrato-concreto descrevem conduta, mas exigem periculosidade geral. Atrelam a conduta a um critério material de injusto, à criação de um risco não permitido, mesmo que não realizado concretamente.

São delitos que demonstram o surgimento de categorias de perigo intermediárias.[31]

4. Conclusão

A moderna sociedade de risco, globalizada, traz tecnologias e riscos desconhecidos. Como conseqüência, novos bens figuram como objeto da tutela penal. Novos bens jurídicos são protegidos.

[28] Ver D’Avila (2007, p. 36).

[29] Ver Oliveira (2004, p. 92).

[30] Ver Costa (2001).

[31] Ver D’Avila (2007, p.37).

A expansão do Direito Penal vale-se dos crimes de perigo abstrato como instrumento para enfrentar novos riscos.

E são muitas as razões para essa expansão: dado o alto potencial lesivo das novas tecnologias, mais importa controlar riscos que reprimir efeitos. Nessas situações de risco altamente lesivo e desconhecido, o gestor do risco antecipa-se em relação à lesão, e a norma dos crimes de perigo abstrato funcionam como antecipação de tutela.

O tipo penal nos crimes de perigo abstrato dirige-se à conduta, e não ao resultado. Como a simples atividade passa a ser o núcleo do injusto, a tutela do bem jurídico resta potencializada.

Também labora em favor dos crimes de perigo abstrato a imprevisibilidade dos resultados. Aqui, a dificuldade de previsão de nexos causais decorrentes da conduta acarreta utilização dos crimes de perigo abstrato.

Os delitos de lesão já não são suficientes para a tutela dos bens jurídicos.

Num terceiro ponto, vale ressaltar a proteção aos bens jurídicos coletivos e o adiantamento de barreiras jurídicas que os protegem.

A aplicação dos crimes de perigo abstrato ajuda a tutela de bens coletivos, pois, prescindindo de prova de resultado concreto, facilita inibição de condutas.

Ainda apresentam os delitos de perigo abstrato vantagens em relação aos delitos culposos, pois enquanto aqueles não exigem resultado, os culposos não descrevem conduta abominada, mas somente resultado não admitido.

Nesse quadro, os delitos de perigo abstrato tornam-se núcleo do Direito Penal de risco.

No entanto, a problemática da tutela dos bens jurídicos através dos delitos de perigo abstrato só se resolve na verificação de cada caso concreto, numa análise *ex ante* e *ex post.*

Conforme ilustra Fábio Roberto D'Avila (2007, p. 42) em seu exemplo da ultrapassagem proibida em uma curva, a verificação das situações de perigo criadas só pode ser vislumbrada em cada caso concreto.[32]

Entretanto, inegavelmente, os delitos de perigo abstrato são as ferramentas que melhores respostas dão aos problemas nascidos com a sociedade do risco.

---

[32] O exemplo diz respeito a um motorista que, infringindo a lei de trânsito, opta por realizar uma ultrapassagem proibida numa curva. Segundo o autor, no caso podemos verificar três situações: o condutor, ao realizar a ultrapassagem, choca-se com outro veículo que trafega no sentido contrário, provocando morte; o condutor, ao realizar a ultrapassagem e encontrar-se, na curva, com veículo que trafega no sentido contrário, consegue, por perícia em manobra defensiva do motorista, não abalroar; o condutor faz a curva e não encontra outro veículo. Segundo o doutrinador, nas três hipóteses são criadas situações de perigo que evoluem de forma diferente e criam diferentes formas de ofensividade: na primeira, de dano; na segunda, de concreto pôr-em-perigo; na terceira, de uma ofensa ao cuidado de perigo.

5. Referências bibliográficas

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

BUERGO, Blanca Mendoza. El delito ecológico y sus técnicas de tipificación. *MECD*, n. 13, mar. 2002, (Ref. PB 96/0068). Madrid, 2002.

CALDEIRA, Adriano. O princípio da proporcionalidade. *UNIFIG*: São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.fig.br/artigos/dir/n4/7-adriano.doc>. Acesso em: 27 dez. 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLES, C. Estudo Preliminar (La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputacioón objetiva). In: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CERVINI, Raul. *La responsabilidad objetiva a la luz de sus actuales proyecciones intradogmaticas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 27 dez. 2007.

CORIA, Dino Carlos Caro. *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*. 1998. Tese (Doutorado) – Universidad de Salamanca. Salamanca, Espanha.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34 , p.9-25, abr./jun. 2001.

D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 15, n. 67, p. 29-58, jul./ago. 2007.

GOENAGA, Javier Camilo Sessano. La Proteccion Penal del medio ambiente. In: GIMÉNEZ, Vicente (Coord.). *Justicia Ecológica y Proteccion al medio ambiente*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

GRECO, Luiz. Princípio da ofensifidade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HERZOG, Felix. Los límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XI, 1993.

JAKOBS**,** Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARRAURI, E. Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva. *Anuário del Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLI, n. III, 1998.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. *Revista de Estudos Criminais*: revista do Instituto Interdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Sapucaia do Sul, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7-18, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e a Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5.ed. São Paulo: RT, 2005. v. I, p. 338.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org). *A Globalização e as Ciências Sociais.* São Paulo: Cortez, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>. Acesso em: 26 dez. 2007.

Artigo recebido em: 01/03/2010
Artigo aprovado em: 25/04/2010

A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL APÓS A LEI Nº 12.015/2009

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Introdução

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, provocou profundas reformas no Título VI da Parte Especial do Código Penal, na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O presente artigo pretende analisar, de forma bastante sucinta, a atual disciplina da ação penal dos crimes previstos nos Capítulos I e II do referido Título VI da Parte Especial do Código Penal após o advento da novel legislação.

Antes deste marco legislativo, os então chamados crimes contra os costumes estavam submetidos, em regra, à ação penal privada (artigo 225, *caput*, do Código Penal). Apenas excepcionalmente é que tais crimes seriam de ação penal pública, ora incondicionada (se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal; ou se da violência resultasse lesão corporal grave ou morte, com base no artigo 223 do Código Penal), ora condicionada à representação do ofendido (se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, consoante o artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal).

A doutrina, à época, entendia que a intenção do Código em estabelecer como regra geral a ação penal privada para os crimes contra os costumes era a de evitar o que ficou conhecido como *strepitus iudicci*, o "[...] escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal [...]" (OLIVEIRA, 2008, p. 116), com a finalidade de "[...] evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso [...]" (OLIVEIRA, 2008, p. 116).

Destarte, de um modo geral, a doutrina não concordava com a regra aqui exposta. Com efeito, alegava-se que não era lógico permitir que a decisão sobre o início da persecução penal ficasse exclusivamente nas mãos do particular, considerando que alguns crimes contra os costumes eram de extrema gravidade, notadamente os crimes de estupro

(artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214), com pena máxima abstratamente cominada de dez anos de reclusão. Em situações como essas, era nítido o interesse público na devida punição dos agentes delitivos, o que deveria autorizar o Estado, por meio do Ministério Público, a deflagrar a ação penal. Nesse contexto, é conveniente relembrar que esses crimes eram considerados crimes hediondos (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/90), tanto na sua forma simples como na sua forma qualificada, conforme posicionamento do STF (HC nº 81.288/SC). Aliás, o próprio STF, no julgamento do HC nº 81.360/RJ, chegou a afirmar que o estupro, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, seria um problema de saúde pública.

Nesse trilhar, como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 123), se a preocupação do Estado fosse realmente com os efeitos danosos que porventura pudessem atingir a vítima desses crimes pela divulgação dos fatos, "[...] bastaria que a lei os submetesse à persecução penal pública, condicionada à autorização da vítima ou seu representante legal".

Ademais, a regra da ação penal privada para os crimes contra os costumes poderia levar a absurdos absolutamente indesejáveis, a exemplo de um estupro ou mesmo de um atentado violento ao pudor praticado contra vítima que viesse a falecer no curso da ação penal não deixando sucessores (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão – art. 31 CPP), ensejando a perempção desta ação (artigo 60, inciso II, do Código de Processo Penal), a extinção da punibilidade do querelado (artigo 107, inciso, IV, do Código Penal) e, via de consequência, a impunidade de um fato gravíssimo.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, na tentativa de consertar essa distorção e por motivos exclusivamente de política criminal, editou a Súmula nº 608, segundo a qual "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

Não obstante, o problema ainda persistia, pois, se o crime de estupro fosse praticado com violência presumida e contra vítima que viesse a falecer no curso da ação penal privada sem deixar sucessores, o agente do delito seria igualmente beneficiado pela extinção da sua punibilidade, ficando o fato mais uma vez impune.

O legislador teve uma ótima oportunidade de encerrar essa aberração com o advento da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que provocou algumas alterações nos crimes contra os costumes – entre elas a revogação (tardia) do crime de adultério –, o que acabou não ocorrendo.

Felizmente, quatro anos depois, eis que surge a Lei nº 12.015/2009, atendendo a todos esses reclamos da doutrina e consagrando, no artigo 225, *caput*, do Código Penal, como regra geral, a ação penal pública condicionada à representação do ofendido para os agora chamados crimes contra a dignidade sexual (expressão, inclusive, que afasta a carga moralista da antiga expressão "crimes contra os costumes", sendo mais consentânea com os tempos hodiernos e atenta ao verdadeiro bem jurídico tutelado, a dignidade sexual, vertente da dignidade humana insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Nesse ponto, portanto, andou bem o legislador.

Desse modo, a partir de agora, continua-se respeitando a vontade da vítima do crime, mas ela não precisa tomar a frente do polo ativo da demanda, expondo-se ainda mais, já que a ação penal será oferecida pelo Ministério Público. Frise-se

ainda que a persecução penal estará mais fortalecida, afinal de contas o Ministério Público possui prerrogativas públicas que não estão disponíveis para o particular.

Excepcionando a regra do *caput* do artigo 225 do Código Penal, o parágrafo único desse dispositivo legal dispõe ser a ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Apesar do ponto positivo alhures mencionado, não há que se olvidar que a novel legislação desperta algumas questões nebulosas, que merecem ser a seguir respondidas.

2. O que se entende por crime praticado contra vulnerável?

Os crimes contra a dignidade sexual são aqueles crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI da Parte Especial do Código Penal. O Capítulo I trata dos crimes contra a liberdade sexual, englobando os crimes de estupro (artigo 213), violência sexual mediante fraude (artigo 215) e assédio sexual (artigo 216-A). Já o Capítulo II disciplina os crimes contra vulnerável, envolvendo os crimes de estupro de vulnerável (artigos 217-A e 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B).

Portanto, crime praticado por vulnerável, na verdade, é qualquer um dos crimes previstos nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal. Por conta disso, em apertada síntese, pode-se entender como vulnerável o menor de catorze anos de idade (artigos 217-A, 218 e 218-A) ou o menor de dezoito anos submetido, induzido ou atraído à prostituição ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (artigo 218-B). Como pode-se ver, as hipóteses de definição do indivíduo vulnerável são muito semelhantes às situações que caracterizavam a vítima de violência presumida, outrora definidas no hoje revogado artigo 224 do Código Penal (alínea "a", menor de 14 anos; alínea "b", pessoa alienada ou débil mental; alínea "c", pessoa que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência).

Por fim, saliente-se que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62), com a tutela ao vulnerável, "[...] elimina-se a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida [...]", antigamente requisito indispensável para possibilitar a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, consoante o antigo artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal.

3. Os crimes praticados contra vulnerável são de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido?

Quanto à ação penal dos crimes praticados contra vulnerável, a Lei nº 12.015/2009 apresenta uma aparente contradição, senão vejamos. O *caput* do artigo 225 do Código Penal atualmente apregoa que os crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI são de ação penal pública condicionada à representação. Lembre-se que, como visto no item anterior, os crimes praticados contra vulnerável estão previstos justamente no Capítulo II. Portanto, a princípio, eles também seriam de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. De outro lado, porém, o parágrafo único do artigo 225, com sua nova redação, determina que os crimes praticados contra vulnerável são de ação penal pública incondicionada. Nesse aparente conflito, afinal de contas, qual regra deve prevalecer?

Em uma interpretação sistemática e atenta ao espírito do legislador de punir com maior rigor obviamente as condutas mais graves, entende-se que apenas os crimes previstos no Capítulo I do Título VI (crimes contra a liberdade sexual) é que serão de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Para os crimes tipificados no Capítulo II (crimes contra vulnerável), a ação penal deverá ser pública incondicionada. Com esse entendimento corrobora Paulo Rangel (2009, p. 301):

> Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225, é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação, e no parágrafo único do mesmo artigo, será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

4. A Súmula nº 608 do STF continua válida?

A doutrina vem se inclinando para a eliminação da Súmula nº 608 do STF. Isso porque, como já dito anteriormente, a intenção do STF ao editar essa súmula foi consertar distorções que ocorriam por ser o crime de estupro, em regra, de ação penal privada (política criminal). Contudo, a partir do momento em que a nova lei traz regra expressa determinando que o delito de estupro será sempre de ação penal pública (ora condicionada à representação do ofendido, ora incondicionada), a Súmula perdeu a sua razão de existir. Nesse sentido Paulo Rangel (2009, p. 304-306) e Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62-63), o qual externa o seguinte magistério:

> [...] Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

5. A Lei nº 12.015/2009 deve ser aplicada aos crimes praticados antes da sua vigência?

Quanto à aplicação de uma lei processual penal no tempo, há de ser considerado, como regra geral, o princípio da imediatidade (*tempus regist actum*) estampado no artigo 2º do CPP, segundo o qual "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Esse princípio, porém, somente é aplicável às leis processuais penais puras. Outrossim, existem leis que são apenas formalmente processuais penais, mas que materialmente são penais, pois possuem conteúdo relacionado ao Direito Penal. A essas leis dá-se o nome de leis processuais penais mistas ou híbridas, devendo incidir

outro princípio, o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável (consagrado no artigo 5º, XL, da Constituição Federal e no artigo 2º do Código Penal), nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal ("À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis" – conforme melhor interpretação doutrinária, este dispositivo se estende a qualquer situação que envolva as já citadas leis processuais penais mistas ou híbridas).

Nesse prisma, não há dúvidas de que a Lei nº 12.015/2009, no que tange à ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, tem natureza híbrida ou mista. De um lado, ao tratar de ação penal, ela apresenta um caráter formalmente processual penal. No entanto, ao determinar que a ação penal nesses crimes deixa de ser privada para se tornar sempre pública (condicionada à representação do ofendido ou incondicionada), é claro que tal lei atinge diretamente institutos tipicamente de direito material, a saber, a decadência, a renúncia, o perdão e a perempção, todos causas de extinção da punibilidade do agente delitivo (artigo 107, incisos IV e V, do Código Penal), relacionados, portanto, ao direito de liberdade deste último.

Em sendo lei processual penal mista ou híbrida, será que a Lei nº 12.015/2009 sempre retroagiria no caso de fatos ocorridos antes da sua vigência? Para responder a esta indagação, é preciso considerar todas as situações possíveis, que são abaixo listadas.

a) Se o crime, antes do advento da lei, estava submetido a ação penal privada: É sempre favorável a um indivíduo que o crime seja de ação penal privada, pois, como já afirmado, essa ação permite a aplicação dos institutos da decadência, da renúncia, do perdão e da perempção, os quais promovem a extinção da punibilidade do crime. Não há esse resultado na ação penal pública incondicionada. Na ação penal pública condicionada à representação do ofendido, por sua vez, só é possível se operar a decadência. Portanto, na situação em testilha, há um claro prejuízo para o agente do delito, independente se a ação penal, no caso concreto, passou a ser pública condicionada à representação do ofendido ou incondicionada, motivo pelo qual a Lei nº 12.015/2009 não deve retroagir, persistindo o crime como de ação penal privada. *Não haverá, pois, nenhuma alteração*. Por isso, se o fato ainda está sendo investigado em sede de inquérito policial, a vítima do delito deve estar atenta ao prazo decadencial que ainda resta para que ofereça a queixa-crime. Se, porém, a ação penal já está em andamento, não há nenhuma alteração no polo ativo da demanda, devendo o feito permanecer como está. Havendo decisão com trânsito em julgado, não há nada mais a se fazer.

b) Se o crime, antes do advento da lei, estava submetido a ação penal pública condicionada à representação do ofendido: Entre a ação penal pública condicionada à representação do ofendido e a ação penal pública incondicionada, é melhor para o agente do delito que o crime esteja submetido àquela primeira, pois ela permite o instituto da decadência, responsável pela extinção da punibilidade, o que não acontece nesta segunda espécie de ação. Diante disso, se o crime era de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, assim permanecerá, independente se a ação penal se tornou pública incondicionada (hipótese prejudicial ao agente, daí porque a Lei nº 12.015/2009 não retroagirá) ou pública condicionada à representação do ofendido (não há diferença). *Nessa hipótese, pois, também não haverá nenhuma alteração*, à semelhança do que ocorre com a hipótese anterior.

c) Se o crime, antes do advento da lei, estava submetido a ação penal pública incondicionada: Claro que se o crime era de ação penal pública incondicionada e continua submetido a esta espécie de ação penal, não haverá nenhuma diferença, permanecendo, pois, tudo como está. Entretanto, a dúvida surge se o crime era de ação penal pública incondicionada e passou a estar submetido a ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Nesta hipótese, há melhoria na situação do agente delitivo, pois ele poderá agora ser beneficiado pelo instituto da decadência, que provoca a extinção da punibilidade. Por conta disso, entende-se que *a Lei nº 12.015/2009 deverá retroagir*. Assim, se foi iniciada a ação penal, a vítima deverá ser chamada para oferecer a representação, caso isso já não tenha feito. Entretanto, deve-se advertir que, se já houver o trânsito em julgado da decisão proferida ao longo da ação penal, *não será possível a retroatividade da Lei nº 12.015/2009*. A retroatividade de uma lei após o trânsito em julgado de uma decisão somente é possível se aquela for de caráter exclusivamente penal. Nesse caso, a lei mais benéfica deverá ser aplicada pelo juízo da execução penal, em conformidade com o artigo 66, inciso I, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). A respeito do tema, veja-se o quanto apregoado por Rômulo de Andrade Moreira (2009):

> Ressalve-se, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (*lex nova* que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º, parágrafo único do Código Penal.

6. Se o crime era de ação penal pública incondicionada e passou a ser de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, qual o prazo que a vítima tem para oferecer a sua representação?

Como mencionado no item anterior, nessa hipótese, se a ação penal foi iniciada antes do advento da Lei nº 12.015/2009, o juiz deverá determinar a intimação da vítima para que apresente a representação. Nesses termos, verifica-se que a representação do ofendido deixa de ser condição de procedibilidade (condição a ser preenchida para permitir o início da ação penal) para se tornar uma verdadeira *condição específica de "prosseguibilidade"* da ação penal (condição a ser preenchida para permitir o prosseguimento da ação penal).

Mas persiste o questionamento: qual o prazo que a vítima terá para oferecer a representação se ela ainda não consta dos autos?

Há séria divergência na doutrina a esse respeito. Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 69), por exemplo, entende que a vítima deve apresentar a representação de imediato, não havendo novo prazo de seis meses para tanto. Todavia, ainda em sede doutrinária, parece prevalecer o entendimento segundo o qual o prazo deverá ser de trinta dias, por analogia com o disposto no artigo 88 (que tornou obrigatória a representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas) e no artigo 91 (que estipulou esse prazo

de trinta dias para os crimes anteriormente citados) da Lei nº 9.099/95, posicionamento com o qual concordamos. É o que postulam Paulo Rangel e Rômulo de Andrade Moreira:

> Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida estará a representação. Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da Lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar. Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias. (RANGEL, 2009, p. 304).
>
> Qual o prazo para esta representação (agora uma verdadeira condição específica de 'prosseguibilidade')? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da Lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91, *in verbis*: 'nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência'. (MOREIRA, 2009).

Ressalte-se ainda que, na prática, vem sendo comum verificar que muitos juízes estão reabrindo o prazo decadencial de seis meses com a intimação da vítima para oferecer a representação, o que, em nosso sentir, tecnicamente não é medida das mais corretas.

De qualquer forma, independente do prazo a ser considerado, uma vez intimada, a vítima, se pretender o prosseguimento da ação penal, deverá oferecer a representação ou ao menos evidenciar assentimento, o que pode ser alcançado tacitamente. Do contrário, caso não queira o prosseguimento desta ação penal, deverá negar expressamente ao juiz esse seu direito ou deixar passar o prazo *in albis*, o que promoverá a extinção da punibilidade do agente do delito.

7. Como fica a ação penal para os crimes que resultem em lesão corporal grave ou morte?

Como mencionado anteriormente, o Código Penal, antes do advento da Lei nº 12.015/2009, estipulava no seu artigo 223 que, se do crime contra o costume resultasse lesão corporal grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada. Esse artigo, porém, com o advento da novel legislação, foi expressamente revogado, daí porque, a princípio, a ação penal para esses crimes seria pública condicionada à representação do ofendido.

Destarte, surge novamente uma grave distorção: se a vítima de crime que resulte em lesão corporal grave ou morte, sendo maior e capaz, falecer sem deixar sucessores, não haveria como oferecer a representação em face do ofensor, que ficaria impune, pois que beneficiado pela extinção da punibilidade.

Certamente não foi isso que pretendeu a Lei nº 12.015/2009, criada para punir com maior rigor crimes desse *jaez*. Em sendo assim, admitir que a ação penal, nessas hipóteses, seria pública condicionada à representação do ofendido significaria ir contra o próprio espírito da legislação, sem falar na notória violação ao princípio da proporcionalidade. Diante disso,

recomenda-se que seja feita uma interpretação conforme a Constituição para que a ação penal, no caso em tela, continue a ser pública incondicionada. Disso não discrepa Paulo Rangel (2009, p. 301-303):

> Não é crível nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes e tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime, sendo a vítima maior e capaz, ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer [...].
>
> Sem dúvida será de ação penal de iniciativa pública incondicionada e a razão [...] é que o princípio da interpretação conforme a Constituição recomenda que os seus aplicadores, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, aproveitando ou conservando, assim, as leis, evitando o surgimento de conflitos sociais e, porque não dizer, no caso penal, evitando também a impunidade, caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.
>
> Destarte, se o que se quer com a Lei 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes conta a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave [...], é intuitivo que a ação penal seja pública incondicionada.

À guisa de conclusão, em linhas gerais, afigura-se positiva a iniciativa da Lei nº 12.015/2009 em tornar, em regra, pública condicionada à representação do ofendido a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, pois, desse modo, os interesses da vítima e da sociedade são melhor conciliados, mas é preciso muita cautela na aplicação no tempo desta novel lei, assim como deve ser fixada a regra de que a ação penal será pública incondicionada nos crimes praticados contra menor de dezoito anos ou vulnerável e naqueles cujo resultado seja lesão corporal grave ou morte da vítima.

8. Referências bibliográficas

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a Lei nº 12.015/09. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>. Acesso em: 05 dez. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

4

Artigo • 253

Comentário à Jurisprudência • 260

Jurisprudência • DVD-ROM

Direito Civil

MUDANÇAS INTRODUZIDAS NO DIREITO DE FAMÍLIA PELA LEI Nº 11.698/2008

ALINE MARIA PEREIRA
Advogada. Bacharel em Direito pelo UNIFOR/MG.

RESUMO: A fragmentação da família sempre trouxe grandes desgastes para os envolvidos, gerando graves conseqüências, principalmente para a criança, fruto dessa relação dilacerada. Diante disso, foi publicada em 13 de junho de 2008 a Lei nº 11.698/2008, que institui e disciplina a guarda compartilhada no direito brasileiro. Muito questionada e alvo de inúmeras críticas, a referida lei tem por objetivo transformar a proteção ao filho em um momento de cumplicidade entre a família, em que todos se unem em prol do melhor para a criança. Assim, este estudo visa analisar a Lei da Guarda Compartilhada, contrapondo argumentos e, ainda, examinar criticamente como se dará sua aplicação em relação à vida futura da família.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; família; criança; argumentos; críticas.

ABSTRACT: The fragmentation of the family has always generated great pain for those involved, causing serious consequences, especially for the child, the fruit of the shattered relationship. In this light, the Law 11698/2008 was published on 13th June, 2008. It establishes and rules the shared custody under the Brazilian Law. A target of much criticism, the Law aims at transforming the protection of the child in a moment in which all members of the family unite for the best interests of the child. Thus, this study examines the Law of the Shared Custody and discusses the ways in which its enforcement will reflect in the future family life.

KEY WORDS: Shared custody; family; children; arguments; criticism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Guarda compartilhada. 3. Das mudanças introduzidas pela Lei nº 11.698/2008. 3.1. A responsabilidade conjunta e suas conseqüências. 3.2. Dos alimentos. 3.3. Das visitas. 3.4. Mudança de domicílios. 4. Dos pontos positivos e negativos da Lei nº 11.698/2008. 5. Aplicação do instituto. 6. Crítica. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Já aplicada em vários países, como Inglaterra, França e Argentina, a expressão "guarda compartilhada" ganhou *status* com o projeto de lei do então deputado federal Thilden Santiago, que, no dia 13 de junho de 2008, por sanção do Presidente da República, transformou-se em lei.

A inovação já era aplicada pelos tribunais pátrios[1] com base no art. 13 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que descreve a possibilidade de o juiz estipular a guarda dos filhos de maneira distinta do estipulado em lei, e também no art. 1690, parágrafo único, do Código Civil (CC), que pugna pela decisão comum dos pais em relação aos filhos. Desse modo, o que a nova lei fez foi regulamentar algo já praticado pelos juristas brasileiros.

A mudança ocorrida foi comemorada por muitos juristas e pais que viam na ausência legal a violação do princípio da igualdade, descrito no art. 5º, I, e art. 226, §5º, da CF/88, por propagar que os menores estariam sendo mais bem assistidos por um único genitor, o qual, na sociedade arcaica, seria a mãe.

2. Guarda compartilhada

A palavra "guarda", segundo o dicionário Aurélio, vem do alemão *warda*, de guardar, de ter vigilância. Já a palavra "compartilhada" significa usar em comum, compartir. Assim, fazendo a junção das duas palavras, chegamos à expressão "guarda compartilhada", que exprime o dever de vigilância dividida pelos pais do menor que teve o lar familiar fragmentado. Ou seja, é o exercício conjunto pelos pais (daí o fundamento de também ser denominada de guarda conjunta) da guarda dos filhos menores, conforme disposto no alterado art. 1.583, §1º, do CC. Citando Waldyr Grisard Filho (2000, p. 28-31):

> A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

No entanto, esse tipo de guarda não se confunde com a guarda alternada, que não tem previsão no ordenamento brasileiro, mas é aplicada raramente. A guarda alternada

[1] Nesse sentido: Recurso do Ministério Público contra decisão do Juizado de Menores. Deferimento da guarda e responsabilidade de um menor a casal. Não há vedação legal para que a guarda e responsabilidade seja deferida ao casal em vez de a um dos cônjuges, embora o art. 24 da Lei nº 6.697/79 (art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente) utilize a expressão " detentor " no singular. O Poder Judiciário, assim como tem atribuição para decidir sobre o exercício do pátrio poder, poderá também deliberar sobre a guarda e responsabilidade do menor em situação irregular, sendo justo que essa guarda seja deferida desde logo ao casal, que tem possibilidade e interesse na adoção do infante. (TJRJ, Rel. Des. Hilário Alencar. RT 669/149).

consiste na alternância de lares, ou seja, o filho fica um mês com a mãe e um mês com o pai, por exemplo, e assim sucessivamente. Tal alternância de ambientes em nada contribui para o desenvolvimento afetivo das crianças, criando apenas uma falta de referência familiar e, conseqüentemente, perda do poder hierárquico dos pais.

3. Das mudanças introduzidas pela Lei nº 11.698/2008

3.1. A responsabilidade conjunta e suas conseqüências

Com a nova lei, o poder de decisão (em qual escola o filho estudará, qual clube freqüentará, qual curso fará) será divido entre os genitores, deixando de ser poder exclusivo do genitor que detém a guarda física do filho, como ocorre na guarda unilateral.

No entanto, outros poderes também serão divididos, como a responsabilidade pelos atos praticados pelos filhos. Assim, o art. 932, cumulado com o art. 933 do CC, estipula a obrigação dos pais de reparar os atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua companhia, ainda que não haja culpa de sua parte.

Desse modo, fixada a guarda compartilhada, haverá responsabilidade solidária de ambos os genitores em reparar os danos causados pelos filhos. Na guarda unilateral, a reparação seria ato exclusivo do genitor detentor da guarda física, pois nela é a este que compete o poder de fiscalização dos atos dos filhos.

3.2. Dos alimentos

Com as mudanças introduzidas pela nova lei, os alimentos não se modificarão. Afinal, a guarda física também enseja gastos com a alimentação, educação e lazer dos filhos, tendo apenas a possibilidade de o genitor não-guardião também escolher como serão gastos os valores da pensão alimentícia.[2]

A aplicação da guarda compartilhada em outros países tem mostrado que o genitor não-guardião se sente mais ligado aos filhos, não apresentando dificuldades em pagar a pensão alimentícia, além de se dispor a pagar valores superiores ao estipulado judicialmente.[3]

---

[2] AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. Evidenciado que o alimentante não dispõe de boa situação econômica, é de se manter o valor da verba alimentar fixado na decisão de primeiro grau. Da mesma forma, estando a infante sob a guarda compartilhada de ambos os genitores, a estipulação do valor dos alimentos deve levar em conta o fato de que o alimentante, além do pensionamento, possui despesas extras com a mantença da filha. Preliminar desacolhida, diligência indeferida e apelo desprovimento. (Apelação Cível, nº: 70016686461, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator: Maria Berenice Dias, julgado em: 28/03/2007).

[3] Ver Vilela (2008).

3.3. Das visitas

A Lei nº 11.698/2008 em nada se manifestou a respeito das visitas do genitor não-guardião aos filhos. Com isso, o que se conclui, e vem sendo o entendimento majoritário na doutrina, como por exemplo, de Maria Berenice Dias,[4] é que estas serão livres, pois, ao fixar-se a guarda compartilhada, presume o consenso dos pais em relação ao melhor para os filhos.

3.4. Mudança de domicílios

A mudança de domicílio do genitor guardião não lhe retira a guarda ou impede o exercício da guarda compartilhada, pois com as inúmeras possibilidades de comunicação, o genitor não-guardião poderá passar o final de semana com o filho e decidir via internet ou telefone a respeito de qual escola o filho irá freqüentar, por exemplo. Além disso, impedir o genitor guardião de mudar o domicílio violaria a sua liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88).[5]

No entanto, entendemos que a possibilidade de exercício da guarda compartilhada pode estender-se apenas as cidades dentro do mesmo Estado, pois, em se tratando de países e Estados diferentes, estaria inviabilizada a proximidade dos filhos com o genitor não-guardião e também a divisão de responsabilidades.[6]

4. Dos pontos positivos e negativos da Lei nº 11.698/2008

A guarda compartilhada introduzida pela Lei nº 11.698/2008 traz efeitos importantes sobre as relações afetivas entre pais e filhos, principalmente por propiciar uma maior proximidade dos filhos com o genitor não-guardião. Vejamos então:

- pais tornam-se mais responsáveis pelo atendimento das necessidades dos filhos devido ao convívio mais estreito;
- pais e filhos se tornam mais unidos, o que é favorável ao desenvolvimento mental e físico das crianças, que têm melhorada a auto-estima e perdem o sentimento de

---

[4] Ver Dias (2008).

[5] Esse também foi o entendimento do desembargador Brandão Teixeira, vejamos: "[...] não consta do acordo de GUARDA COMPARTILHADA que a agravante estaria impedida de mudar seu DOMICÍLIO sob pena de perder a GUARDA de seu filho; tal restrição implicaria cerceio no direito de ir e vir da agravante"; (TJMG - Número do processo: 1.0479.03.046895-9/001(1). Relator: BRANDÃO TEIXEIRA. Relator do Acórdão: BRANDÃO TEIXEIRA. Data do Julgamento: 15/03/2005. Data da Publicação: 08/04/2005).

[6] CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. GENITOR RESIDENTE DE OUTRO PAÍS. INTERESSES DO MENOR.1. Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria a efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho. 2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para o outro genitor. (Apelação Cível, nº: 20000110948395, Primeira Turma Cível, TJDFT, relator: Valter Xavier, julgado em 02/09/2002, DJ 13/11/2002, p. 98).

rejeição dos genitores;
- pais mais atentos aos interesses dos filhos e, portanto, com divergências mais equilibradas;
- menor sentimento de culpa e frustrações pelos pais que terão participado ativamente da vida do filho mesmo se tratando de ambientes distintos;
- pais menos sobrecarregados em relação aos filhos, com maiores possibilidades de constituírem nova união, elevarem-se profissionalmente etc.

Assim, a nova ótica apresentada pela Lei nº 11.698/2008 atende ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à observância do melhor interesse do menor em face dos caprichos dos pais.

Apesar das boas intenções do legislador, alguns pontos da nova lei podem trazer problemas à relação parental. Vejamos alguns:

- possibilidade de qualquer dos genitores representar os filhos, o que poderia ensejar o abuso do direito e ocasionar demandas para desfazer tais atos;
- resistência dos pais em adotar tal modelo, por confundirem com a guarda alternada, que é visivelmente prejudicial à criança.[7]

Assim, os pontos negativos se mostram bastante inferiores aos pontos positivos. Enquanto estes dizem respeito mais às crianças, aqueles dependerão mais dos pais no desempenho de suas condutas, bastando, portanto, o interesse deles para que a guarda compartilhada se concretize.

5. Aplicação do instituto

Conforme descrito na Lei nº 11.698/2008, a aplicação da guarda compartilhada poderá dar-se por consenso dos pais na ação de separação, na de divórcio, na de dissolução de união estável ou na de medida cautelar, ou ainda, decretada pelo juiz atendendo aos interesses do menor. A lei ainda impõe a obrigatoriedade de o juiz informar os pais a respeito do instituto, dando prioridade a este em face dos demais tipos de guarda.

A aplicação de tal guarda pelo magistrado deverá ser feita com muita ponderação, sobretudo devido ao desgaste sofrido após a fragmentação do lar conjugal, o que

[7] AGRAVO DE INSTRUMENTO. FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE). REGULAMENTACAO DE VISITA. GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA. INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS. AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvam guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois 'as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado numero de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos' (RJ 268/28).' (Agravo de Instrumento Nº 00.000236-4, TJSC, Relator: Des. Alcides Aguiar, Julgado em: 26/6/2000).

pressupõe partes rancorosas que poderão se utilizar dos filhos para se opor ao outro cônjuge.[8] Assim, a guarda compartilhada necessita amplamente da sensibilidade do juiz no caso concreto.

E é desse sensível poder de decisão em face do menor que a lei descreve a possibilidade de o magistrado basear em laudo técnico-profissional requerido pelo Ministério Publico ou pelo próprio juiz.

6. Crítica

O que não se coaduna com o disposto em toda a Lei nº 11.698/2008 é o descrito em seu art. 1.584, §4º, que descreve a possibilidade de redução do número de horas de convivência do filho com o genitor que descumprir ou alterar o modelo de guarda adotado.

Tal punição desarmoniza o objeto da lei, que é estimular a proximidade entre pais e filhos, acabando por punir a própria criança ao ser reduzida sua convivência com o genitor. Ou seja, a punição deixa de ser ao genitor que violou o estipulado e passar a ser à criança.

7. Conclusão

A inovação positivada pela Lei nº 11.698/2008 veio demonstrar o comprometimento do ordenamento jurídico brasileiro com o pactuado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Igualdades entre homens e mulheres, paternidade responsável, continuidades das relações familiares, melhores interesses da criança e do adolescente e convivência familiar são princípios constitucionais agora mais fortalecidos infraconstitucionalmente.

Assim, o legislador, ao editar o instituto da guarda compartilhada, demonstra seu compromisso com a consolidação dos hábitos familiares mais sólidos, visando o benefício da sociedade como um todo.

Com certeza a aplicação da nova lei necessitará de amparo técnico e emocional, principalmente de juízes e genitores que poderão ver na aplicação da guarda compartilhada o fortalecimento do poder familiar que se encontra tão defasado no mundo atual, podendo os pais participar efetivamente da vida das crianças e dos adolescentes, criando um ambiente mais equilibrado e, assim, uma personalidade sem distúrbios emocionais.

É possível concluir que deverá haver bastante cautela e harmonia entre os pais para a construção do ambiente que a guarda compartilhada se propõe a criar.

---

[8] GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (Apelação Cível, nº: 70007133382, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator: Des. Maria Berenice Dias, julgado em: 29/10/2003).

Que a guarda compartilhada seja o meio utilizado pelos pais, após a separação ou o divórcio, no intuito de fazer persistir a firmeza no que diz respeito aos laços entre os genitores e a prole.

8. Referências bibliográficas

ALVES, Wellington Lopes. *Da guarda compartilhada dos filhos.* Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=992>. Acesso em: 12 set. 2008.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 12, n. 275, jun. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: quem melhor para decidir a respeito? *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 47, n. 268, p. 28-31, fev. 2000.

MELGAÇO, Fernanda A. Tizôco. *Guarda Compartilhada:* dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira. Disponível em: <http://www.oabdf.org.br/sites/200/227/00001244.pdf>. Acesso em: 13 set. 2008.

NÓBREGA, Airton Rocha. Guarda de filhos: unilateral e compartilhada. Inovações da Lei nº 11.698/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1847, 22 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11494>. Acesso em: 14 set. 2008.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 13 set. 2008.

VILELA, Sandra. *Alimentos se mantêm na guarda compartilhada*. Disponível em: <http://www.pailegal.org/chifinsup.asp?rvTextoId=1211840058>. Acesso em: 12 set. 2008.

Artigo recebido em: 12/01/2010
Artigo aprovado em: 16/04/2010

A RESPONSABILIDADE CIVIL ADVINDA DA PERDA DE UMA CHANCE

DALVANEY ARAÚJO
Advogada

Trata-se de comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 788549-BA, Quarta Turma, relator ministro Fernandes Gonçalves, DJ 13/03/2006, p. 334, de cuja ementa se extrai:

> RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.
> 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
> 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

No caso, a autora da ação havia participado do programa televisivo "Show do Milhão", que consistia em um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo era um milhão de reais em barras de ouro. Esse valor seria repassado ao participante caso ele respondesse corretamente às perguntas feitas pelo programa.

Todas as questões direcionadas à autora foram respondidas satisfatoriamente, exceto a última indagação (pergunta do milhão). A autora preferiu não responder a essa última pergunta para salvaguardar a premiação já acumulada de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), já que, caso a respondesse incorretamente, perderia o valor já conquistado.

Contudo, na concepção da autora, a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda. agiu de má-fé ao elaborar uma pergunta sem resposta. Assim, propôs ação de pagamento por danos materiais do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo.

Em primeira instância, a autora teve êxito. Para o magistrado, a pergunta foi mal formulada, pois deixou a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade foi retirada da Enciclopédia Barsa. Concluiu que a pergunta realmente era irrespondível e, consequentemente, condenou a ré ao pagamento de quinhentos mil reais a título de vantagem esperada.

Houve interposição de recurso de apelação, mantendo o Tribunal de Justiça da Bahia a decisão primeva. A seguir, foi aviado o recurso especial por suposta violação ao art. 1.059 do Código Civil de 1916 sob a fundamentação de que a chance de a autora responder à pergunta era de 25%, já que eram quatro o número de assertivas.

Ao analisar o recurso, o relator Fernando Gonçalves asseverou que a conduta da ré fez com que a autora perdesse a oportunidade de ganhar o prêmio máximo. Assim, ponderou sua análise com base na teoria da perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance representa a perda de uma oportunidade esperada por um indivíduo que se encontrava em um processo aleatório que foi totalmente interrompido pela conduta de outrem, impedindo-o de auferir a vantagem esperada. A referida teoria também se aplica aos casos em que a vítima teve suas chances diminuídas. É a perda de uma chance de angariar determinado resultado ante a conduta lesiva de alguém.

Por exemplo, o fato de um advogado não interpor, de forma tempestiva, um recurso de apelação automaticamente levará ao não conhecimento deste, o que implicará perda para o cliente. Da mesma forma, o fato de um atleta não ter participado de determinado campeonato esportivo ou de um pintor não ter apresentado seu trabalho em determinada exposição, porque os respectivos agente e empresário não realizaram a inscrição em tempo hábil, configura perda de uma chance. Constituem ainda casos de perda de uma chance: a falta de diagnóstico feito por um médico levando o paciente a ter menos chances de cura; o estudante que não consegue prestar o exame de vestibular; o concursando que deixa de realizar o exame oral por causa do sistema de transporte. São, portanto, inúmeras as situações que podem levar à perda da vantagem esperada, que não necessariamente terá um resultado danoso final.

Esse dano advindo da perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito durante muito tempo por não se poder afirmar, com certeza absoluta, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida. É que a doutrina ortodoxa sempre pautou sua análise pela necessidade de um dano final, ignorando a existência de um dano diverso da vantagem esperada. (SAVI, 2006, p.4).

Ainda hoje, por mais que a teoria possua certo respaldo doutrinário e jurisprudencial, a sua aceitação ainda é limitada por essa especificidade quanto à certeza do dano. Apura-se um dano acerca de uma vantagem esperada, de uma oportunidade que se pretendia, mas de algo que não chegou a seu ponto derradeiro.

E, como "[...] aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta" (BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2006, p. 1), tem-se a incerteza da teoria da perda de uma chance. É que se trata da perda da vantagem e não do fato danoso em si (dano final). A perda da vantagem esperada representa uma situação hipotética, materializada no dano final, que se sucederá conforme o processo aleatório. Só que esse processo pode ser interrompido devido a uma causa externa e, consequentemente, impõe à vítima a perda de uma vantagem. (SILVA, 2009).

A prova quanto a essa perda da vantagem é feita por meio de estimativas e probabilidades, que apresentam certos graus de precisão, dado o avanço tecnológico que a sociedade vem vivenciando. Assim, a ciência jurídica tem aceitado esse método para promover a análise e aplicar a teoria da perda de uma chance.

Nessa perspectiva, assinala Savi (2006) que "[...] hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor do dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo." (SAVI, 2006, p. 2).

Portanto, por meio de estatística e cálculos de probabilidade, é possível avaliar se a chance era de fato séria e real, não se tratando de mera hipótese de perda ou uma simples expectativa. Esclarece Venosa (2004) que, se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. Isso porque a "chance" deve ser avaliada quando existe certo grau de probabilidade, como no caso de um cavalo obter vitórias em um determinado torneio ou de um recurso não interposto ser bem-sucedido. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constitui uma probabilidade concreta, já que a oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade (VENOSA, 2004, p. 245).

O grau de probabilidade que ditará se a chance é séria e real vai depender dos entendimentos a serem adotados. O direito italiano admite a indenização pela perda de uma chance quando a vítima evidenciar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%. Caso contrário, não se pode afirmar que as chances seriam sérias e reais.

Esse entendimento é adotado por doutrinadores brasileiros, dentre eles, Sérgio Savi. Assinala o dito autor que, se não for atingido tal patamar de 50%, o juiz deve julgar o caso improcedente. Agora se a vítima provar que "[...] tinha mais de 50% (cinqüenta por cento) de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *an debeatur,* faltando, somente, quantificar esse dano *(quantum debeatur)*" (SAVI, 2006, p. 102-103).

Frise-se que, para o referido doutrinador, assim como para alguns doutrinadores italianos, a perda de uma chance constitui uma categoria de dano emergente. Sobre essa temática, afirma o autor que:

> [...] ao se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, o fato danoso não repercute sobre a vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vitima já existente e a ela pertencente. (SAVI, 2006, p. 102).

Já no Direito estadunidense, alguns doutrinadores tratam o "dano" advindo da perda de uma chance como dano autônomo, independente, uma terceira modalidade de dano. Outros o colocam sob a perspectiva da causalidade parcial, ou seja, a conduta do lesador representou tão somente causas parciais para a perda da vantagem esperada pela vítima.

Sobre a quantificação do dano feito a partir da incidência dessa teoria da causalidade parcial, que ocorre geralmente nos casos da perda de uma chance na seara médica, Silva (2009) assinala que os operadores do Direito estadunidense aplicam o padrão *more likely than not* nos casos inerente ao sistema causal.

Afirma o autor que:

> Caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) sofrido pela vítima, tornando inaplicável, portanto, a utilização da teoria da perda de uma chance. Assim, somente são verificadas ações julgadas de acordo com o modelo da teoria da perda de uma chance quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir vantagem. (SILVA, 2009, p. 141-142).

O valor da reparação a ser pago a título de indenização pela perda de uma chance será analisado tendo-se em vista a perda da vantagem esperada e não do dano em si, de modo que o valor a ser pago será sempre inferior ao valor que a vítima receberia caso auferisse a oportunidade esperada. Isso porque a análise pautar-se-á pela vantagem perdida e não pelo eventual benefício perdido (dano final).

Nesse caso, assevera Bocchiola que a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que partirá do dano final e fará incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem. (BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2006, p. 103).

Já na concepção de Silva (2009), que se vale dos entendimentos da doutrina estadunidense, a chance perdida é derivada da vantagem esperada e varia conforme esta nos casos em que a perda de uma chance se caracteriza como um dano autônomo, independente. Nos casos em que a chance perdida não passe de uma parcela do dano final, verificada por meio da utilização da causalidade parcial, o autor adota a fórmula proposta por Paul Speark, que pauta sua análise pelas ações coletivas dentro da seara médica.

É que o autor, diferentemente de Savi, promove a divisão da teoria da perda de uma chance em dois grupos. No primeiro grupo, autônomo independente, o processo aleatório no qual a vítima se encontrava para se auferir determinada vantagem foi totalmente interrompido pelo lesador e aquele teve sua chance perdida. Já no segundo grupo o processo aleatório não foi totalmente interrompido e tal fator representou a perda ou diminuição de chances da vítima - esse seria o caso da seara médica.

Silva (2009), para explicar a quantificação da teoria da perda de uma chance, vale-se do entendimento de King Jr. e Paul Speaker.

King Jr. pondera sobre quantificação da chance perdida valendo-se de variáveis múltiplas. Para ele, quando dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de um evento, a probabilidade de tal evento acontecer decresce exponencialmente. A regra que motiva a junção de dois ou mais fatores aleatórios pode ser descrita da seguinte forma: a probabilidade de dois eventos ocorrerem é igual à probabilidade de tal evento ocorrer, multiplicada pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de se saber que o primeiro evento de fato aconteceu. (KING JR. *apud* SILVA, 2009, p. 146).

> A certeza de cem por cento em relação ao nexo causal, como já evidenciado é raramente atingida. Em regra, o juiz chega à conclusão de que um dano foi 'conseqüência certa e direta' de determinado ato por meio de um julgamento probabilístico. Dessa forma, é usual que os juízes considerem que determinado fator, quando apresenta um alto grau de probabilidade de ser verificado (maior ou igual a noventa por cento), não seja incluído no cálculo do princípio da *conjunction.* (KING JR. *apud* SILVA, 2009, p. 147)

Já Paul Speaker, com base na concepção de René Savatier, afirma que, se o dano final já aconteceu, deve-se perguntar qual a causa do dano final e não quantas chances foram perdidas, uma vez que considerar o aumento de probabilidade de gerar um dano como uma espécie de prejuízo autônomo somente faria sentido nos casos em que uma coletividade de pessoas sofresse um determinado prejuízo. (SPEAKER *apud* SILVA, 2009, p. 148).

Para o autor, dentro de uma coletividade de pessoas lesionadas, é possível separar esse grupo que efetivamente sofreu o dano final daquele para o qual a conduta equivocada do réu não representou nenhum dano efetivo concedendo a reparação apenas ao primeiro. Assim, seria possível conceder uma reparação integral para o que o autor chama de verdadeiras vítimas, o que seria impossível pela aplicação do método integral. (SPEAKER *apud* SILVA, 2009, p. 148).

Não cabe aqui uma análise pormenorizada da teoria da perda de uma chance, já que se trata tão somente de um comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Até mesmo porque, dadas a especificidade da matéria e a complexidade do tema, seria preciso um estudo mais aprofundado para analisar todo o entorno dela, o que seria

impossível neste breve comentário. Por isso, limitou-se a uma breve explicação dessa teoria, apenas como forma de se permear o estudo do acórdão.

Analisando-se, pois, o caso em tela, tem-se que nele, assim como nos demais envolvendo a teoria da perda de uma chance, não há como se afirmar de forma absoluta que a participante do "Show do Milhão" acertaria a questão que lhe fora proposta. Assim, a análise deve-se pautar pela vantagem por ela esperada e se, de fato, a chance perdida era séria e real.

Fazendo essa análise, o relator manifestou-se da seguinte forma:

> Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à 'pergunta do milhão'. Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R$ 300,00 (trezentos reais). (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

No entendimento do relator, as chances de a participante acertar a questão formulada eram sérias e reais, uma vez que ela demonstrou um excepcional desempenho nas demais perguntas que lhe foram feitas. Mas não se pode afirmar que ela de fato responderia corretamente, já que estamos trabalhando com um fato que não aconteceu. Na verdade, houve uma interrupção nesse processo aleatório que a fez perder a vantagem esperada: o prêmio de um milhão de reais. A questão foi mal formulada: nos enunciados constava que a resposta seria de acordo com a Constituição Federal e a resposta tida como certa era conforme a Enciclopédia Barsa.

De fato, na análise do caso, o desempenho que a participante teve durante o programa demonstra que ela teria chances reais e sérias de responder à questão "milionária" caso ela tivesse sido formulada em parâmetros mais bem delineados, o que não aconteceu e automaticamente gerou o dever de reparar o dano, já que tal conduta não lhe permitiu angariar a vantagem esperada.

A esse respeito, o relator se manifestou da seguinte forma:

> Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava

> resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.
> Resta, em conseqüência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação [...]. (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

Contudo, essa reparação não poderia ser integral, já que estamos falando da perda de uma chance e não do evento final. Essa indenização deve ser analisada dentro de um critério de probabilidade e estatística a partir de uma percentagem de chances que a autora teria de acertar a questão. No caso, considerando que eram quatro as assertivas, o relator ponderou pela divisão do valor a título indenizatório de R$500.000,00 (quinhentos mil) por quatro e chegou ao valor de R$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil).

Nas palavras de Gonçalves (2006):

> Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. [...] A quantia sugerida pela recorrente - R$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

A fixação do valor nesse patamar, na concepção de Silva (2009), foi baixa, já que "[...] a vítima demonstrou ter um conhecimento enciclopédico impressionante e, mesmo com a complexidade da 'pergunta do milhão', qualquer criança em tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a pergunta" (SILVA, 2009, p. 202-203).

Já Savi (2006) afirma que a fundamentação do acórdão foi excelente. Todavia, o caso concreto não representa uma chance séria e real. Isso porque o autor adota o posicionamento da doutrina italiana de que somente aquelas oportunidades que atingirem patamar superior a 50% são consideradas como reais e sérias.

Não obstante o entendimento do autor, há que se vislumbrar que de fato houve chances sérias e reais de a participante acertar a questão não se podendo afirmar que ela acertaria com certeza absoluta, mas a probabilidade era grande. A conduta lesiva da ré na má formulação da pergunta deve ser objeto de reparação ainda que não se atinja o patamar de 50%, que, diga-se de passagem, é muito vago para a quantificação do dano.

Ademais, cada caso é um caso e com o estabelecimento desse patamar mínimo, o direito à reparação de muitos indivíduos seria ferido. A título exemplificativo, Silva (2009) cita os casos de aprovação em determinado concurso público ou licitação pública. Neles, se, na última fase da prova oral ou do processo licitatório, houvesse mais de dois candidatos ou licitantes, ainda que se configurassem chances sérias e reais e existisse a perda da vantagem em face da conduta do agente, de acordo com a teoria italiana, não se poderia conceber a aplicação da teoria. Ora, se configurada a seriedade da chance num patamar de 30% ou 40%, no caso de haver três ou mais licitantes ou concursandos, seria injusta a não aplicação da teoria.

Contudo, há de se salientar que a fundamentação feita pelo relator foi esplendorosa. Analisou-se pormenorizadamente cada faceta da teoria diante do caso concreto. E, no caso da quantificação do dano, muito embora ela não tenha sido satisfatória, houve a demonstração da metodologia empregada, o que representa um avanço, já que muitos tribunais, quando lhe são submetidos casos acerca de chance perdida, não o fazem.

Portanto, o acórdão evidencia a aceitação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que há sim o dever de reparação quando uma pessoa tem suas chances perdidas em razão da conduta de outrem que interrompe o processo aleatório no qual se encontra ou quando o agente não o interrompe mas promove a diminuição da possibilidade de a vítima auferir a vantagem.

Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 788549-BA. Recorrido: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernandes Gonçalves. DJ 13/03/2006 p. 334. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?>. Acesso em: 20 fev. 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance.* São Paulo: Atlas, 2006. 111 p.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e estrangeiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 263 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil:* responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 4.

5



Artigo • 271
Comentário à Jurisprudência • 297
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Processual Civil

REPERCUSSÃO GERAL: A OBJETIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES[1]
Doutorando e Mestre pela PUC MINAS.
Diretor Acadêmico da FASPI.
Professor do curso de Pós-Graduação em Direito Processual - IEC- PUC MINAS, pela FIC e pela FCJ.

RESUMO: Este artigo analisará a repercussão geral e sua base histórica. Trata-se de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que tenta se aproximar do controle de constitucionalidade concentrado. Representa um mecanismo de controle do acesso ao STF, um filtro com objetivo de imprimir celeridade ao trâmite do Recurso Extraordinário e quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, os procedimentos repetitivos terão o mesmo resultado. Por outro lado, reduz a participação das partes interessadas. A finalidade maior deste novo requisito de admissibilidade (repercussão geral) de competência do STF é a diminuição do número de recursos extraordinários. Uma tentativa para resolver o problema da chamada "crise numérica".

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão geral; arguição de relevância; recurso extraordinário; controle de constitucionalidade; celeridade.

ABSTRACT: This article will examine the general impact and its historical basis of the new requirement for admissibility of extraordinary attempts to get close to the control of concentrated constitutionality. It represents a mechanism for controlling access to the Brazilian Supreme Court, a filter with the objective of quickly processing the extraordinary appeal, the binding precedence, as it reduces the participation of parties. The major goal of this new requirement for admissibility (general effect) in the jurisdiction of the Supreme Court is the decrease in the number of extraordinary appeals, an attempt to solve the number of appeals in that court.

KEY WORDS: General effect; questions concerning relevance; extraordinary appeal; judicial review; promptness.

[1] Outras informações: http://lattes.cnpq.br/9540786558735514.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do nascedouro da repercussão geral. 2.1. Modelo dos Estados Unidos. 2.1. Modelo dos Estados Unidos. 2.2. Da Arguição de Relevância *versus* Repercussão Geral. 3. A "abstrativização" do recurso extraordinário e sua aproximação do controle da constitucionalidade (difuso e concentrado). 4. Processamento da repercussão geral. 4.1. Do *quorum*. 4.2. Apreciação da repercussão geral via Plenário Virtual. 4.3. Fatores objetivos e subjetivos da repercussão geral. 4.4. Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 4.5. Da necessidade ou não da manutenção do prequestionamento da questão constitucional. 4.6. Da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. 4.6.1. Sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário. 4.7. Eficácia do reconhecimento da repercussão geral da questão debatida. 4.8. Dos recursos. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa objetiva elaborar pequenas contribuições ligadas ao Recurso Extraordinário. Decerto que, ao debruçar-se sobre o tema, obtempera-se inicialmente "[...] que uma lei, em si, não é capaz de tornar idêntico algo que é, em sua essência, diferente" (MADEIRA, 2007, p. 124) sem reconhecer a pluralidade (diversidade de opiniões) da sociedade e a sua colaboração como construtor de sua realidade. Para piorar, a não implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República causa a insatisfação social. Tenta-se demonstrar que algumas medidas legais criadas são paliativas, as quais não resolvem os problemas do Judiciário e acabam por aumentar o "abismo" da decisão construída democraticamente, refletindo no assoberbamento ("crise numérica") do conflito levado ao Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe algumas inovações. No nosso entender, aproximou-se o recurso extraordinário, através do instituto da repercussão geral, ao Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Ela representa uma solução legal para resolver a "crise numérica" e desafogar o Judiciário. O resultado dessa mudança legislativa implica a redução de demanda e a mudança de tratamento do controle de constitucionalidade. Por outro lado, há uma eliminação da participação das partes no procedimento, violando o devido Processo Constitucional.

O art. 102 foi acrescido do parágrafo 3º, pela emenda supracitada, que tem a seguinte redação: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, para que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.". Trata-se de uma norma de eficácia contida. O Código de Processo Civil (CPC) foi acrescido dos arts. 543-A e 543-B, através da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro, regulamentando a repercussão geral das questões constitucionais.

2. Do nascedouro da repercussão geral

A base da construção da arguição ou repercussão geral não é genuinamente brasileira. Vamos verificar no modelo comparado que outros países também criaram institutos semelhantes. Permita-se acrescentar que o STF e o próprio recurso extraordinário "[...] são institutos inspirados no sistema jurídico norte-americano, a *Supreme Court* e o *writ of error*, respectivamente. Este último, de inspiração anglo-saxônica, foi criado na Inglaterra e transmitido para suas colônias, cuja função era a revisão de julgados por *error in procedendo* ou *error in judicando*.". (MOREIRA, 2009).

Cabe apresentar alguns relatos históricos do modelo em discussão em outros sistemas. Esses relatos não são exaustivos, porém, viabilizarão a compreensão do instituto e sua proliferação em outros países. As entrelinhas históricas criam em cada época uma variada gama de situações para a qual a lei tenta buscar soluções. A história mostra que vários fatores proporcionaram algumas alterações; torna-se perceptível que alguns instrumentos desligaram-se da sua finalidade e ganharam vida própria. Os instrumentos que se desagregaram da justificativa inicial e continuaram a criar efeitos *pro futuro,* sem referência na base histórica, perderam o contexto teórico podendo refletir alguns problemas de coerência.

Curial novamente apontar que a análise comparativa não esgotará todos os conteúdos, por conta da dimensão do assunto e por não ser o único objetivo deste trabalho, conforme analisaremos abaixo.

2.1. Modelo dos Estados Unidos

À Suprema Corte (*United States Supreme Court*) cabia inicialmente a competência originária, restando a competência recursal (*appelate jurisdiction*) incumbida ao Congresso Nacional. A Suprema Corte americana atuava até 1891 como tribunal de revisão. Todavia, houve um aumento de demandas judiciais, o que refletiu nas apelações (*mandatory appeals*). (AZEM, 2009, p. 41).

Tentou-se criar várias restrições para reduzir a quantidade de demandas da época. "Foram criados os tribunais regionais federais (*U. S. Courts of Appeal*) com competência recursal de segunda instância, retirando esta responsabilidade da Suprema Corte" (MOREIRA, 2009), mas mantiveram-se algumas apelações obrigatórias e outras mediante *petition for writ of certiorari (nom-mandatory appeals).*

Todavia, as demandas continuaram a crescer; buscaram-se novas soluções, agora para obstaculizar as apelações (*mandatory appeals*).

"A partir de uma lei do ano de 1925, operou-se nova restrição de acesso à Suprema Corte. As apelações de conhecimento obrigatório diminuíram, crescendo o número de *petitions for writ of certiorari*" (AZEM, 2009, p. 41). Percebe-se que a tentativa era de reduzir as apelações obrigatórias, mas por outro lado houve um aumento exagerado do *petition for writ of certiorari (appeals não obrigatórias).* Essa foi a conclusão de

Moreira: "[...] o número das *mandatory appeals* caiu, mas ocasionou o crescimento das *petitions for writ of certiorari* como sucedâneo recursal das apelações obstaculizadas." (MOREIRA, 2009).

Agora o foco seria a redução das demandas originadas do *writ of certiorari*. Foi atribuída uma ampla discricionariedade (*discretionary power*) à Suprema Corte. Trata-se de uma análise subjetiva da Suprema Corte, viabilizada pelo seu regimento interno.

O modelo americano criou um novo procedimento de cunho subjetivo. A parte interessada deveria demonstrar a importância geral da causa (o interesse público) ou controvérsia julgada da matéria estadual ou federal pelo respectivo tribunal. "É necessário que quatro juízes (*rule of four*) votem pelo acolhimento da *petition for certiorari*, que será levado ao plenário". Semelhante ao que acontece na repercussão geral no Brasil, "[...] isso não indica, no entanto, quem sairá vencedor, mas apenas que a Corte entende que o caso é suficientemente importante para ser ouvido."(AZEM, 2009, p. 43).

Alexandre de Moraes sintetiza a tramitação do *writ of certiorari*:

> Em virtude do acúmulo de solicitações feitas à Corte, criou-se um *procedimento de pré- -triagem*, de forma que o Presidente da Corte coloca em uma lista, denominada *lista de exame*, os casos de relevância, para que sejam analisados e obtenham sua admissibilidade pelo menos por quatro juízes. Ressalte-se que os casos excluídos pelo *Chief Justice* da *lista de exame* poderão, a pedido de qualquer dos demais juízes, ter sua admissibilidade analisada.
> A *lista de exame* é apresentada pelo *Chief Justice*, na chamada *conferência,* que, após oferecer um resumo do caso, concede a palavra, por ordem inversa de antiguidade, aos demais membros, para que sua admissibilidade seja votada. Uma vez admitido um determinado caso para exame, a Suprema Corte emite um *writ of certiorari* (carta requisitória), ordenando que o tribunal inferior reúna os autos de um processo e os envie a ela para revisão. (MORAES, 2008, p. 56, grifo nosso).

Sua finalidade seria *restringir ou filtrar o excesso de demanda*, para permitir que apenas a matéria relevante seja analisada pela Suprema Corte e, ao mesmo tempo, possibilite a uniformização de entendimento.

Azem afirma que esse controle ao acesso à Suprema Corte Americana não ficaria restrito ao *certiorari;* aplica-se ao próprio *appeal*. (AZEM, 2009, p. 43).

Ao buscar as bases históricas americanas do controle ao acesso à Suprema Corte, percebeu-se que o fator primordial das medidas de controle ao acesso à Suprema Corte foi o crescente aumento de demanda. Também se constatou que este foi decorrente de fatores naturais oriundos das sociedades relacionadas ao crescimento populacional e à conquista de direitos antes não observados, que impulsionaram,

em determinado período, o aumento de demanda. Os vários fatores sociais exigiram dos americanos novas medidas. O foco em discussão, a nosso ver, não deveria ser apenas o número de processos que realmente "escraviza" o Judiciário, isto é, com o objetivo de não ver transformadas as medidas de controle em paliativas, como ocorreu com algumas medidas americanas.

Esse modelo influenciou, no Brasil, a criação da Arguição de relevância, como também o retorno dela, agora, com uma nova roupagem, a denominada Repercussão Geral da questão constitucional.

Hoje, discute-se no Brasil, após a implementação da Repercussão Geral, se a via direta proporcionada pela Reclamação Constitucional (art. 102, I, alínea "l", da CR/88) também não aumentaria os problemas ocasionados pela quantidade de demandas da Corte Constitucional brasileira, e se não seria o momento de repensar algumas alternativas.

Por um lado tem-se a engenhosidade dos advogados; por outro, é visível que a estrutura física do Judiciário não acompanha o crescimento populacional (art. 93, XIII, CR/88), bem como o respeito às normas do direito material, sendo o próprio Estado o que mais desrespeita os direitos dos cidadãos e sobrecarrega o Judiciário com o número de recursos.

O problema não se resume em uma decisão para todos ou criação de medidas controladoras do acesso à jurisdição para "desafogar" os julgadores, mas no reconhecimento da diversidade, da pluralidade e da legitimidade democrática das decisões. Não se pode pensar que o direito de recorrer é o causador da demora jurisdicional, esse direito constitucional é das partes e constitui parte do Estado Democrático. Deve-se pensar que as dificuldades do Judiciário têm uma similitude com os problemas da Saúde (falta de profissionais da saúde e estrutura física inadequada) – pelo menos no Brasil.

Não adianta jogar a responsabilidade na quantidade de recursos, "crise numérica" direcionada ao STF. O grande volume de recursos é um reflexo de vários fatores que não têm como único responsável apenas a lei. Curial assentar que as últimas reformas processuais, com o propósito de imprimir celeridade aos trâmites procedimentais, exclui a atuação das partes processuais e amplia os poderes do julgador acarretando decisões solipsistas.

Além da estrutura física deficitária, apesar de a Constituição da República, no art. 93, inciso XIII, determinar que "[...] o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população", outro ponto problemático no Brasil apresenta-se com os chamados *prazos impróprios* que inviabilizam o cumprimento dos prazos judiciais bem delineados na norma infraconstitucional, postergando os feitos ao bel-prazer do julgador. Os advogados são obrigados a seguir os prazos, o que não acontece com os magistrados [*sic*]. Ademais, os *prazos impróprios* são incompatíveis com o princípio da duração razoável

do procedimento (art. 5º, LXXVIII, CR/88), com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88) e com o princípio da isonomia procedimental.

Fernando Horta Tavares ressalta a dissonância dos *prazos impróprios* com a obediência à legalidade estrita e ao princípio da isonomia, assim se posicionando:

> A obediência à legalidade estrita, contudo, inexplicavelmente não ocorre com a atividade desenvolvida pelo Estado-Juiz, não só porque o instituto da preclusão não o alcança como, a sua vez, recebe justificação da doutrina tradicional que classifica os prazos endereçados ao mesmo Estado-Juiz como 'prazos impróprios', em clara dissonância com o princípio da isonomia, constante do *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira, em que se institucionalizou a igualdade de todos perante a lei, não excluindo na escrituração do princípio, a sujeição do próprio Estado que é pessoa jurídica de direito público e, portanto, como qualquer outro, não autorizado a desrespeitar os prazos criados por lei. (TAVARES, 2007, p. 114).

O Estado-Juiz não se afasta do respeito aos prazos legais. Ademais, o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CR/88) não exclui o julgador da sua esfera de abrangência, nem poderia falar em atividade discricionária ou legislatória do Estado-Juiz para se eximir de observar os prazos criados por lei, por violar a separação das funções estatais (art. 2º da CR/88).

Interessantes são as observações apresentadas por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2005) acerca da importância de equacionar o número de demandas e da população ao número de juízes, situação verificada na Alemanha. Portanto, para se alcançar eficiência do serviço público em prazo razoável, sem essa equação não adianta os códigos processuais fixarem prazos:

> A eficiência do serviço público jurisdicional prestado pelo Estado tem de ser vista sob duas dimensões, quais sejam, *legalidade* – conformar-se externamente à lei (ordenamento jurídico) – e *legitimidade* – atender ao interesse público. Nessa perspectiva, observa-se que, *na Alemanha, cujo Código de Processo Civil (ZPO) data de 1877, o juiz somente pode ter sob sua direção, no máximo, cerca de 500 a 1000 processos*, viabilizando-lhe entregar a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável. De nada adianta, por exemplo, fixar o Código de Processo Civil brasileiro ao juiz proferir despachos em dois dias e decisões em dez dias (art. 190), designar audiências nos casos de procedimento sumário em trinta dias (arts. 277 e 278, § 2º), ou o Código de Processo Penal brasileiro determinar os prazos de dez dias para o juiz proferir decisão definitiva ou interlocutória mista, de cinco dias para decisão interlocutória simples e de um dia para despacho (art. 800), se estão em curso 6.000 ou 4.200 processos sob a direção de um único juiz, como ocorre nos casos das comarcas anteriormente apontadas. (DIAS, 2005, p. 50, grifo nosso).

Na tentativa de imprimir mais celeridade, criou-se outro requisito de admissibilidade para interposição do Recurso Extraordinário que, na realidade, é um "obstaculizador" do direito de recorrer; reduz a participação dos interessados, violando o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88), os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CR/88) e a "dupla análise das decisões jurisdicionais" (CHAVES, 2009, p. 404).

Percebe-se que a preocupação é com a rapidez, visando reduzir o grau de resistência (insatisfação) da sociedade. Melhor seria ter uma decisão rápida do que previsível ou coparticipada [*sic*]. Assim, mantém- se o *povo icônico.*[2] Nenhuma indagação é feita sobre a causa do conflito que assoberba o Judiciário. Em resumo, isso decorre da neutralização da Constituição da República, ou melhor, da não implementação dos direitos fundamentais que são *auto-executivos (líquidos) e infungíveis (certos)* (LEAL, 2003, p. 338).

2.2. Da arguição de relevância versus repercussão geral

Perceptível em uma breve análise que a repercussão geral das questões constitucionais surgiu como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário aferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Representa assim mais um filtro recursal (pré-triagem).

Interessante é que, na época da ditadura, existiu um instituto semelhante ao inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual denominava-se de Arguição de Relevância (Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977). Portanto, o filtro não nasceu em 2004, mas sim reviveu (ASSIS, 2007, p. 694).

Observa-se, como esclarece Araken de Assis, que "[...] o legislador optou por não reproduzir a terminologia antiga para evitar as críticas quanto à noção de relevância" (2007, p. 695). A mudança do nome evitaria qualquer comparação com o instituto da arguição de relevância, muito questionado na época e denominado de instrumento ditatorial. "A argüição de relevância funcionava como mecanismo de inclusão, tornando admissível o recurso originariamente inadmissível; a falta de repercussão geral da questão constitucional atua como elemento de exclusão do recurso" (ASSIS, 2007, p. 695). Com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, surgiu a arguição de relevância.

O art. 119, §§ 1º e 3º, *c*, da Constituição Federal de 1967, tinha a seguinte redação:

> § 1º As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.
>
> [...]

[2] "O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação" (MÜLLER, 2003, p. 79).

> § 3º O regimento interno estabelecerá: [...] c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal.

A questão federal era relevante em face dos seus reflexos, conforme o art. 327, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), em vigor, na época.

As similitudes dos institutos são também descritas por Miranda e Pizzol: "[...] enquanto a Constituição anterior exigia, para a admissão do recurso, que o STF considerasse a questão relevante por voto de quatro ou mais Ministros". Como na EC nº 45/2004, "[...] o atual dispositivo constitucional prevê que a repercussão geral somente poderá ser rejeitada pela manifestação de dois terços de seus membros". A diferença é que na arguição, a admissão do recurso dependia do voto dos Ministros para considerar relevante a questão; já na repercussão constitucional, a questão constitucional será recusada pela manifestação de dois terços dos Ministros. Daí a afirmativa de Miranda e Pizzol de que a repercussão geral é, na verdade, uma "arguição de irrelevância" (2006, p. 142).

A arguição de relevância *era* regulada pelos arts. 327 a 329 do Regimento Interno do STF. Perceptível que o instituto revogado contribuiu para o surgimento da repercussão geral da questão constitucional. Veja-se a redação do revogado art. 327 do RISTF:

> *Art. 327.* Ao *Supremo Tribunal Federal*, em sessão de Conselho, compete, privativamente, o exame da argüição de relevância da questão federal.
> *§ 1°* Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos *morais*, *econômicos, políticos ou sociais* da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.
> *§ 2°* Do despacho que indeferir o processamento da argüição de relevância cabe agravo de instrumento. (grifo nosso).

É possível perceber, após uma simples leitura, que a redação do §1º do art. 327 do RISTF é muito semelhante ao disposto no art. 543-A, § 1º, do CPC (artigo acrescido pela Lei nº 11.418/2006). O que se pode exaltar é que a repercussão geral não é um instituto novo no Brasil. Na realidade, "[...] a argüição de relevância baseou-se, principalmente, no direito norte-americano, mais especificamente na prática do *Suprem Court* na apreciação das *petitions for certiorari*" (AZEM, 2009, p. 54). Como citado acima, recebeu este nome para evitar as comparações e as críticas apontadas para a arguição de relevância. "A *eliminação* da arguição de relevância pela CF/88 foi considerada à época positiva pela doutrina, que atribuía ao instituto o caráter de *entulho autoritário*" (MIRANDA, 2006, p. 143, grifo nosso). O julgamento da arguição de relevância ocorria em sessão secreta, não observando o princípio da obrigatoriedade das motivações das decisões judiciais, conforme determina hoje o art. 93, IX, da CR/88.

Outra crítica que se fazia era a "[...] falta de clareza de seu conceito ou excessivo subjetivismo", situação também presente na repercussão geral (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil – CPC). Muitas das críticas pretéritas ainda são atuais, então vejamos: "[...] o critério de vinculação do conhecimento do recurso extraordinário à ocorrência, na causa, de *questão federal de alta relevância*, arma os juízes de um ilimitado arbítrio na admissão dos recursos, desde que transfere para um plano estritamente subjetivo os pressupostos do respectivo cabimento" (SEABRA FAGUNDES *apud* AZEM, 2009, p. 55).

Os dispositivos do RISTF que regulamentavam a arguição de relevância não estão mais em vigor, isto é, a Constituição Federal de 1988 não manteve o instituto e os artigos do RISTF não foram recepcionados. Também não cabe aplicá-los por terem sido "desenterrados e ressuscitados" pela EC nº 45/2004, conforme o art. 2º, § 3º, da LICC. Hoje, com a repercussão geral, houve várias emendas no RISTF para viabilizar sua aplicação.

Apesar da sua proximidade com a repercussão geral, o processamento da arguição de relevância dava-se de forma diferente. O seu exame competia ao STF, porém, em autos próprios, com registro autônomo. Do indeferimento do processamento da arguição de relevância cabia agravo de instrumento. A arguição, em instrumento próprio, seria acolhida quando no mínimo quatro ministros se manifestassem a favor. O exame da relevância era irrecorrível. Julgada favorável a arguição de relevância, o Presidente do Tribunal de origem era comunicado para processar o recurso extraordinário (AZEM, 2009, p. 54-55). Assim o recurso extraordinário não era encaminhado com o incidente de relevância, como acontece na repercussão geral. Cabe destacar que o fato de os ministros do STF acolherem o incidente de relevância não conduzia de imediato ao conhecimento do recurso extraordinário. O recurso deveria passar pelos demais requisitos de admissibilidade. Situação contrária acontece com a repercussão geral que será arguida em preliminar do recurso extraordinário e não como outrora ocorria, como incidente em autos próprios.

Outra diferença entre a arguição e a atual repercussão é que na primeira havia permissivo legal para que a matéria fosse tratada no regimento interno do STF, situação não permitida pelo art. 102, § 3º, da CR/88. Como realça Azem (2009, p. 58): "[...] no sistema atual, não houve delegação constitucional de poder legiferante ao STF para, em seu regimento interno, indicar as questões que oferecem, ou não, repercussão geral." Outra distinção que se destaca é que na arguição era da relevância da *questão federal*, enquanto a repercussão geral é da questão *constitucional*. Voto também era distinto. Na arguição de relevância eram suficientes 4 (quatro) votos de ministros para não acolher o recurso extraordinário; na repercussão geral, a recusa, por ausência da repercussão geral, dar-se-á apenas com voto de dois terços dos membros do STF.

3. A abstrativização do recurso extraordinário e sua aproximação do controle da constitucionalidade (difuso e concentrado)

Deve-se reconhecer o aumento exacerbado e a crescente demanda no Judiciário, a ponto de "escravizar" os julgadores.[3] Por outro lado – repete-se –, a estrutura do Judiciário assemelha-se ao mesmo problema da saúde. O que se verifica dos resultados é que, para ambos, as soluções são paliativas, não atendendo o objetivo primordial de cada uma delas.

Decerto, a repercussão geral tende a consolidar o STF como Corte Constitucional, guardião da Constituição, já que também é uma instância recursal. Afasta-se da análise apenas individual das partes dando relevância às matérias constitucionais para toda a sociedade. Ao tratar o STF não como instância recursal, evita-se que uma determinada matéria idêntica seja decidida pelo STF mais de uma vez, permitindo que a matéria constitucional idêntica tenha uma apreciação apenas. Ao negar a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º e art. 543-B, § 2º, do CPC).

O controle da constitucionalidade no Brasil é misto: o controle concentrado, também denominado de abstrato, e o controle difuso ou incidental. O controle incidental pode surgir como incidente ou pela via recursal. O reconhecimento da inconstitucionalidade pelo controle difuso tem como parâmetro o caso concreto. Os efeitos são *inter partes*, não alcançam a eficácia *erga omnes*, situação que poderá ocorrer apenas através de resolução elaborado pelo Senado Federal (cf. art. 52, X, da CR/88), após comunicação da decisão proferida pelo STF no controle difuso (decorrente do recurso extraordinário).

Para Gregório Assagra de Almeida, dois dispositivos constitucionais fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade: "a) o art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o denominado *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais*; e b) o art. 97 da CF, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da *cláusula constitucional de reserva de plenário*."(2007, p. 690).

Em regra, o controle concreto diz respeito ao controle difuso ou incidental e reflete estritamente as partes interessadas; no caso do *controle abstrato***,** deve ser feita via ação direta através da ADI onde a análise é puramente objetiva, sem lide e com efeitos que ultrapassam o interesse individual; daí por ser *erga omnes* e de eficácia vinculante.

No entanto, a *tese da objetivação ou abstrativização* do recurso extraordinário é algo que tem ganhado força, inclusive com o renascimento da repercussão geral da questão constitucional incluída no art. 102, § 3º, da CR/88, pela EC nº 45/2004. A questão constitucional deixa de importar apenas à individualidade das partes, como ocorria ou ocorre no controle difuso, para ostentar uma discussão geral que transcende a individualidade.

[3] Essa "escravização" se dá pelo descumprimento do disposto no art. 93, XIII, CR/88.

No entender de Azem, "[...] reforça-se, assim, o papel do recurso extraordinário como instrumento de defesa da ordem objetiva, mais especificamente, da Constituição Federal". Ainda explica que: "O novo instituto, destarte, conferirá um caráter objetivo, desvinculado de pretensões exclusivamente individuais, ao pronunciamento do Pretório Excelso no julgamento dos processos que lhe são submetidos por força do art. 102, III, da CF/88."(AZEM, 2009, p. 32-33).

Parece que existe uma tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético*, isto é, um "[...] sincretismo entre os sistemas do controle difuso e concentrado" (ALMEIDA, 2007, p. 678).

Convém destacar que se pode extrair uma interpretação diferente da tese sincrética do controle de constitucionalidade da própria Constituição Federal de 1988. Basta analisar os arts. 5º, XXXV, e 52, X, da CR/88. Não é outra a compreensão de Gregório Assagra de Almeida que entende inconstitucional a abstrativização do controle difuso ou incidental da constitucionalidade:

> Existe uma tentativa no Brasil, atualmente, no sentido da 'abstrativização' do controle difuso e incidental da constitucionalidade, principalmente no plano do que é denominado de 'objetivização do recurso extraordinário'. Entendemos que essa tese, além de ferir o art. 5º, XXXV, da CF e gerar um verdadeiro sincretismo entre os sistemas do *controle difuso e concentrado*, também viola frontalmente o art. 52, X, da CF, produzindo situação de flagrante desrespeito ao devido processo legal. (ALMEIDA, 2007, p. 678).

Algo interessante na repercussão geral é que o ônus da alegação da questão relevante constitucional incumbe à parte interessada demonstrar em preliminar do recurso extraordinário. Todavia, as alegações da parte interessada como exigência de admissibilidade do recurso não vincula os ministros do Supremo Tribunal Federal. Não se aplicam as regras dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC. Os ministros do STF podem decidir *fora da causa de pedir*. Situação semelhante acontece apenas no controle de constitucionalidade concentrado. Mais uma nuance que demonstra que existe uma tentativa de *objetivação ou abstrativização* do recurso extraordinário.

Nesse sentido explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> Pondera-se, contudo, que a fundamentação levantada pela parte para demonstração da repercussão geral da questão debatida não vincula o Supremo Tribunal Federal. Sendo o recurso extraordinário canal de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, pode o Supremo admitir recurso extraordinário entendendo relevante e transcendente a questão debatida por fundamento constitucional diverso daquele alvitrado pelo recorrente. É o que ocorre, e está de há muito sedimentado na jurisprudência do Supremo, a respeito da causa de pedir da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta

> de inconstitucionalidade, fenômenos semelhantes que, aqui, encontram ressonância. *Eis aí, a propósito, mais um traço de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.* [grifo nosso] (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p.44)

Em resumo, os argumentos das partes são relegados. Por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa também são desprezados, já que esses princípios se dão entre as partes, tendo o julgador o dever de assegurá-los.

Assim explica Leal: "O instituto jurídico do *devido processo* criou para os litigantes, e não para os juízes, direitos ao contraditório e *ampla defesa*, que, ao mesmo tempo, são faculdades e garantias personalíssimas das partes, não podendo sofrer restrições a qualquer pretexto" (LEAL, 2008, p. 261).

Com a repercussão geral da questão constitucional e com a *abstrativização* da questão discutida, pode-se afirmar que existem regras constitucionais "relevantes" e outras "não relevantes". Explicando melhor, mesmo que exista violação da norma constitucional, o STF poderá entender que aquele conteúdo verificado via recurso extraordinário, apesar de possuir base constitucional, seria irrelevante, situação totalmente paradoxal. Em uma Constituição analítica como a nossa dificilmente uma matéria não teria repercussão constitucional, ainda mais quando se discute hoje a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, se seria supralegal ou *status* constitucional (RE 466343/SP). Caso prevalecesse a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, antes da EC nº 45/2004 que acrescentou o §3º ao art. 5º da CR/88, tornar-se-ia ainda mais prolixa a nossa Constituição.

Como o cidadão não tem legitimidade direta para propor o controle de constitucionalidade concentrado (art.103 da CR/88), soma-se isso à impossibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Assim:

> Torna-se o recurso extraordinário, nesse contexto, remédio imprescindível para a veiculação de alegações de violação a direitos e garantias fundamentais. [...] Em matéria criminal, a solução alternativa, caso não seja reconhecida a repercussão geral, seria o *habeas corpus* que não tem os requisitos rigorosos de admissibilidade do recurso extraordinário (AZEM, 2009, p. 78).

Por outro lado, ao uniformizar a interpretação constitucional, evita-se que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. No entanto, as ideias não se eternizam, ao contrário, aperfeiçoam-se pelo discurso *não* solitário ou estratégico, como bem descreve Leal (2007, p. 14): "Em sendo o homem o ser da linguagem (advindo de línguas que originariamente não criou), há de ser posto um direito que lhe permita ser autor de si mesmo pela possibilidade de contrariar *linguagens pré-unificantes*" (grifo nosso). Ou seja, nada se torna estanque, as verdades são falíveis e são sempre testificadas ou modificadas; para isso o homem deve ter "[...] habilidades a legislar suas opiniões e vontades por critérios cujos fundamentos sejam continuadamente obtidos em bases processualizadas." (LEAL, 2007, p. 14).

O constituinte derivado introduziu um "mecanismo de controle do acesso ao STF" via controle difuso. Apesar de todas as incompatibilidades apontadas, essa orientação mostra-se dominante em outros países como o americano. Transformam-se os processos em algo mais objetivo, para que a Suprema Corte decida apenas matérias de maior importância. "A missão das cortes superiores vincula-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, de modo a garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade da jurisprudência." (AZEM, 2009, p. 34, 36 e 133).

Essa abstrativização com força vinculante passou a ser vista em maior grau, com o advento do disposto no art. 103-A da CR/88 (súmula vinculante), em que após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o STF poderá sumular a matéria. Com isso objetiva dar validade à interpretação da norma evitando controvérsia. Tenta-se evitar que o Judiciário aprecie matéria já uniformizada pelos Tribunais ou Cortes Superiores em nome de uma celeridade processual. Concorda-se que o art. 103-A conflitaria com o art. 5º, XXXV, da CR/88. "Em verdade, entendemos que o art. 103-A da CF, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é inconstitucional pela amplitude literal de suas dimensões, pois, se confrontado com o art. 5º, XXXV, da CF." (ALMEIDA, 2007, p. 692).

Evitar que a mesma matéria seja analisada mais de uma vez pelo STF e eliminar o acúmulo de trabalho decorrente da grande quantidade de recurso existente fazem parte também dos desígnios da repercussão geral inserida ou "ressuscitada" no nosso ordenamento. Sua finalidade é "[...] delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa". Isto é, "[...] uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional" (BRASIL, 2009).

Passa-se a analisar a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. No decorrer do trabalho apontar-se-ão outras linhas de objetivação do controle difuso.

4. Processamento da repercussão geral

A repercussão geral da questão constitucional é um filtro de recurso dirigido ao STF. Representa um requisito de admissibilidade de competência exclusiva do STF. Porém, a ausência da preliminar da repercussão pode ser analisada pelo Tribunal ou Juízo *a quo*, ou pelo ministro Presidente do STF ou pelo ministro Relator do STF, e da decisão que recusa o recurso por falta de preliminar cabe agravo (cf. art. 327 do RISTF). A verificação da *presença da preliminar* contendo a demonstração da repercussão geral e sua averiguação é concorrente, isto é, trata-se de uma competência concorrente. Poder-se-ia encaixar como requisito formal específico de admissibilidade do recurso extraordinário. Como foi abordada, outrora, a preliminar é um requisito formal do recurso extraordinário, cujo ônus da parte interessada em articular as questões relevantes constitucionais e sua verificação é concorrente. A articulação da parte interessada não vincula os ministros do STF, situação semelhante ao que ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade.

4.1. Do *quorum*

O artigo 102, § 2º, da CR/88 determina que apenas rejeitará o recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral pelo voto de dois terços dos membros do STF, ou seja, oito votos dos Ministros do STF. Por uma questão lógica, o art. 543-A, § 4º, do CPC estabelece que fica dispensada a remessa ao Plenário quando a Turma manifestar por 4 (quatro) votos dos ministros a existência da repercussão. Ora, se necessária seria a manifestação de dois terços de seus membros – no caso 8 (oito) votos – para negar a repercussão geral, tendo o STF 11 (onze) ministros, a manifestação de 4 (quatro) obsta alcançar o *quorum* de dois terços. Desnecessário por questão lógica o envio ao Plenário.

4.2. Apreciação da repercussão geral via plenário virtual

O RISTF introduziu o plenário virtual para submeter à análise a repercussão geral. O art. 323 apresenta a seguinte redação: "Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o (a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral." Criou-se um procedimento por meio eletrônico que imprime celeridade atendendo o disposto no art. 5º, LXXVIII, CR/88 (princípio da duração razoável do procedimento).

Cabe ligeiramente questionar a constitucionalidade do processamento da repercussão geral elaborado pelo RISTF, por meio eletrônico e o prazo de 20 (vinte) dias, que, uma vez não observado pelos ministros do STF, presume a existência da repercussão (art. 324 do RISTF).

O art. 102, § 3º, da CR/88 estabelece que, nos termos da lei, poder-se-á regulamentar a aplicação da repercussão geral. É uma norma constitucional de eficácia contida, e conforme realça Moraes, é aquela em "[...] que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados." (MORAES, 2008, p. 12). O que se verifica é que o procedimento virtual foi inserido pelo RISTF, e não por lei. Não há que se falar que o art. 542-B, § 5º, do CPC delegou tais atribuições. A norma constitucional descreveu paramentos que não podem ser alterados por lei, mas atribuiu uma certa discricionariedade para a lei e não para o regimento interno. A norma constitucional é bem clara: "nos termos da lei".

Destarte, não houve delegação *constitucional* de poder legiferante ao STF via regimento interno. Quanto à presunção de existência da repercussão decorrente da não manifestação dos ministros do STF, no prazo de 20 (vinte) dias, também seria inconstitucional. Da redação do art. 102, § 3º, extrai-se com clareza que o Tribunal, leia-se o STF, examina a admissão do recurso, ou seja, para admitir ou recusar faz-se necessária a *expressa manifestação* do Plenário do STF ou da Turma, no caso do art. 543-A, § 4º, do CPC.

Não cabe ao silêncio transformar em presunção de existência da repercussão geral, até porque o art. 5º, XXXV, da CR/88 determina que nenhuma lei excluirá da apreciação da função judiciária lesão ou ameaça a direito. Essa norma fala que é inafastável a apreciação pelo Judiciário. Ainda por força do art. 93, IX, da CR/88, todas as decisões devem ser motivadas.

4.3. Fatores objetivos e subjetivos da repercussão geral

O artigo 543-A, § 1º, do CPC tentou apresentar critérios para desvendar o que seria uma questão constitucional que representa uma repercussão geral. O referido dispositivo destacou os seguintes critérios para identificar a repercussão geral das questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico que transcendam os interesses individuais dos litigantes. Trata-se de parâmetros *subjetivos e indeterminados*. Esses parâmetros existiam na arguição de relevância e também se interligam com os escopos *metajurídicos*[4].

Discutível é essa exigência transcendental para considerar a existência, ou não, de questões relevantes, para efeito da repercussão geral, a vinculação com pontos de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Esses pontos "metajurídicos" estão, na nossa opinião, implícitos no conteúdo jurídico. Não se pode deixar de imaginar que uma norma jurídica, em tese, inconstitucional, não tenha implicações sociais, políticas e/ou econômicas. Imagine uma discussão de uma propriedade de valor extremamente pequeno. Apesar da proteção constitucional da propriedade, poder-se-ia falar que, por ser um valor irrisório, não haveria repercussão e o recurso extraordinário não seria conhecido. Muito se utiliza no jargão popular que o STF não poderia "perder" tempo para apreciar matérias de "menor importância", como o de "enfrentar discussões de roubo de galinhas". Daí já podem imaginar que as causas decididas nos Juizados Especiais serão obstaculizadas pelas "simplicidades" das causas ali discutidas[5]. Não se pode deixar de imaginar que, numa visão romancista, qualquer causa poderia ter uma ligação hermenêutica constitucional passível da análise de repercussão geral. Mas, numa visão constitucional, a Repercussão Geral *não* se harmoniza com o acesso à "justiça" (jurisdição) – regra contida no artigo 5 º, XXXV, da CR/88 – que tem como exigência da apreciação da função judiciária a lesão e a ameaça a direito. Mas parece que o foco central é a celeridade, isto é, a obstaculização de algumas matérias que não teriam repercussão geral. Difícil afirmar o que não reflete um interesse para a sociedade.

Torna-se desnecessário apontar outros parâmetros ou critérios que não sejam jurídicos, por entender que neles encontram-se incluídos esses valores sociais, políticos e econômicos, reflexos da sua construção pelo devido processo legislativo, ou melhor, da vontade popular.

---

[4] Vincula-se a outros escopos que não sejam somente o jurídico, mas aos sociais e políticos, ou seja, escopos metajurídicos. Ver: Chaves, 2004, p. 36-59.

[5] Importante frisar que não é o valor da causa que a torna simples ou não, e sim o direito discutido em juízo.

O fato de a parte ter que demonstrar a repercussão geral não muda nada; essa exigência torna-se incoerente, pois é interesse da sociedade que a norma inconstitucional seja declarada. Como se qualquer inconstitucionalidade da norma – apesar de o efeito da decisão ser *inter partes* (controle difuso) – não causasse repercussão para toda a sociedade. Indispensáveis são as críticas precisas feitas por Darlan Barroso, às quais aquiescemos:

> Para nós, mesmo que isso possa significar uma visão romântica do Direito, qualquer ofensa à Constituição, mesmo que seja entre particulares e não traga repercussão direta à coletividade, trata-se de questão relevante e incompatível com o Estado de Direito. E mais, seremos ousados em dizer que tal requisito, imposto pela EC nº 45/2004, afronta diretamente a Constituição no que se refere ao Estado de Direito e ao acesso ao Judiciário. Se um acórdão viola a Constituição, mesmo que sem repercussão geral, a manutenção e validade desse ato no mundo jurídico correspondem a uma usurpação do Estado de Direito e, pela via reflexa, toda a coletividade é atingida. (BARROSO, 2007, p. 126).

Ocorre que, se 2/3 (dois terços) dos ministros do STF negarem a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica[6], que serão indeferidos liminarmente. Isso quer dizer que pouco importa a participação ou manifestação das partes; o provimento já está previamente decidido. Novamente o devido processo é relegado para valer uma decisão solitária de uma Corte especializada que não necessita mais ouvir os sujeitos que serão os afetados pelo provimento jurisdicional; basta apenas o Supremo ratificar as razões pré-decididas. Como afirma Barroso, "[...] por se tratar, no entanto, de norma que beneficia diretamente os membros do Supremo Tribunal Federal – já que terão reduzido o número de recursos para julgamento –," o interesse transmuta-se; ao nosso sentir, deixa de ser pela resolução do conflito, para a eliminação do excesso de recurso (aspecto quantitativo), uma vez que "[...] não acreditamos que a referida Corte reconhecerá a inconstitucionalidade da restrição de acesso ao Supremo apenas das questões relevantes." (BARROSO, 2007, p. 126).

Isso nos levaria a dizer que há matérias constitucionais que são de menor importância [*sic*].

Intrigante e paradoxal é a existência da demonstração de repercussão geral (art.102, § 3º, CR/88 c/c art. 543-A, §1º, CPC) frente às hipóteses bem descritas do art. 102, III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da CR/88. A Constituição Federal deixou claras as situações de admissão do recurso extraordinário. Como justificar a ausência da repercussão quando presente uma das situações arroladas no art. 102, III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da CR/88? Supérfluo falar que a preliminar para demonstrar as questões relevantes se torna desnecessária quando as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local

[6] Outrora comentaremos qual o significado da expressão "matéria idêntica".

contestado em face desta Constituição e/ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal. A Constituição da República já delineou o que é relevante; então qual a finalidade da repercussão geral?

Técnica interessante para a admissão da repercussão geral foi a apresentada por José Marcos Rodrigues Vieira (2009). Dizia ele que ao confeccionar a peça recursal, a parte deveria articular os seus argumentos interligando aos direitos das inviolabilidades ("jurisdição das inviolabilidades"), a saber: art. 5º, *caput,* da CR/88: "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: [...]." Com esses argumentos muito dificilmente os ministros do STF negariam a existência de repercussão geral da questão constitucional.

Entre os fatores objetivos, que não passam pelos critérios da subjetividade do julgador, os quais presumem a existência da repercussão geral, encontram-se as súmulas ou jurisprudências dominantes do STF (cf. art. 543-A, § 3º, CPC). A jurisprudência deve ser pacífica. Isso não representa nenhuma novidade no ordenamento jurídico. No recurso de apelação existe algo semelhante, poderia ser obstado quando a decisão estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF (art. 518, §1º, do CPC). Interessante ressaltar as críticas desenvolvidas por Leal: "Aqui o juiz tem figura de *factotum*, uma vez que, de modo holístico, *ab ovo* e leviatanicamente, diz que a sentença é cópia fiel (plágio) de súmula do STJ ou STF e, por isso, adquire foros de uma estranha 'pré-coisa' julgada" (LEAL, 2008, p. 260).

Essa tendência reformista de aumento dos poderes do juiz e a criação de súmula impeditiva de recurso, priorizando uma celeridade numa perspectiva antidemocrática e solitária da aplicação do direito, além de obstar o exercício do duplo grau de "jurisdição" que decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa impedem a reapreciação, pelo instituto do recurso, da utilização do espaço procedimental de questões suscitadas e não observadas (CHAVES, 2009).

A existência de uma súmula ou jurisprudência impeditiva do curso do procedimento viola, também, o "Devido Processo Legal", uma vez que ninguém, no Estado Democrático de Direito, "[...] será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, CR/88). Ocorre que a Constituição da República estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II), mas não em virtude de súmula. Portanto, há clara violação do princípio da reserva legal e do "Devido Processo Legal".

Outro critério objetivo está no art. 543-B, *caput,* do CPC: o julgamento da questão constitucional, fruto de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. De acordo com Azem: "[...] traduz medida legislativa igualmente voltada à estabilidade do direito e à preservação da uniformidade dos pronunciamentos judiciais. Busca evitar que o Supremo, em prejuízo do exame de outros processos, tenha o tempo tomado com matérias repetidas."(AZEM, 2009, p. 80).

Aqui se percebe que os procedimentos repetitivos ou multidinários terão a mesma sorte. Apesar de o recurso extraordinário não ter efeito *erga omnes*, nesse caso, os efeitos serão comuns para os recursos com fundamento em idêntica controvérsia. Aqui, tem-se outro traço de objetivação do controle difuso ou incidental de constitucionalidade. "Julgado o mérito do *leading case*, os recursos extraordinários de decisões contrárias a este entendimento, que não forem objetos de retratação na origem, serão julgados no STF (CPC, art. 543-B, § 4º)". (BRASIL, 2009).

4.4. Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

A orientação da Súmula 126 do STJ estabelece que, existindo duplo fundamento (constitucional e federal), impõe-se a dupla interposição de recursos: o extraordinário e o especial.

A súmula 126 do STJ contém a seguinte redação: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

Existindo posicionamento do STF pela inexistência de repercussão geral, até porque, o art. 326 do RISTF estabelece a irrecorribilidade dessa decisão, a orientação da Súmula 126 do STJ deve ser mitigada. No caso, a ausência do recurso extraordinário não impediria a admissão do recurso especial, em face da inexistência de repercussão geral da questão constitucional.

4.5. Da necessidade ou não da manutenção do prequestionamento da questão constitucional

As Constituições Federais de 1891 (art. 59, §1º, *a*) (AZEM, 2009, p. 101), de 1934 (art. 76, III, *a* e *b*) e de 1946 (art. 101, III, *b*) exigiam, de modo expresso, o prequestionamento para o manejo do recurso extraordinário, ao tempo que o Supremo Tribunal Federal editou as seguintes súmulas orientativas:

"Súmula 356. *O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*";

"Súmula 282. *Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*".

O prequestionamento representa a obrigatoriedade da discussão constitucional antes de a matéria chegar aos tribunais superiores. Esse debate deve constar explicitamente articulado na decisão (sentença ou acórdão), isto é, a causa constitucional deve estar decidida. O art. 102, III, da CR/88 foi omisso quanto ao prequestionamento. O entendimento dominante é pela aplicação das súmulas supracitadas. Ressalta Azem que "[...] com o advento da EC nº 45/2004, a exigência do requisito tornou-

se expressa. De fato, a norma contida no art. 102, § 3º, da CF/88, ao se referir à 'questão constitucional discutida no caso', albergou, de forma inequívoca, a exigência do prequestionamento". (2009, p. 102).

Importante frisar que, com a necessidade da demonstração da transcendência da questão constitucional (repercussão geral) através da preliminar contida no recurso extraordinário, desnecessário falar em prequestionamento. No entanto, as súmulas continuam em vigor. O prudente seria continuar a observar aquelas orientações até a revogação das mesmas.

4.6. Da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia

Para evitar que o STF julgue várias causas conexas, o Tribunal [*sic*], ou melhor, o Juízo de origem selecionará um dos recursos para ser o paradigma dos demais. Tem-se aqui um único julgamento que exteriorizará para todos os casos com idêntica controvérsia (outra linha de objetivação do recurso extraordinário).

O legislador, ao utilizar a expressão "*fundamento em idêntica controvérsia*", não utilizou a melhor técnica deixando certa margem de dúvida do real alcance dessa expressão. Não se sabe se o legislador quis referir-se à similitude de alguns dos elementos da ação, como a causa de pedir (remoto e próxima) e/ou pedido (mediato e imediato). O legislador poderia apontar que a similitude das questões, para que seja decidido de forma uniforme, está ligada à situação que aplique o instituto da conexão (art. 103 do CPC). Na nossa opinião, a referência a "fundamento em idêntica controvérsia" seria mais bem interpretada quando fosse encaixada em uma daquelas situações passíveis de formação de litisconsórcio facultativo, conforme inteligência do art. 46 do CPC.

Outro ponto polêmico é a seleção de casos paradigmáticos pelos Tribunais ou Juízos de origem. O fato é que a escolha acaba restringindo-se aos critérios de subjetividade do julgador *a quo*. Daí a possibilidade do envio ao STF de um ou mais recursos extraordinários representativos da controvérsia não serem o mais adequado, por não sintetizarem o melhor argumento da questão constitucional. Azem afirma que "[...] na seleção dos recursos, as amostras enviadas ao STF devem revelar, de forma plena, a controvérsia que se busca dirimir" (2009, p. 116). O problema é que nenhum advogado gostaria que um outro recurso fosse o representativo da sua causa perante o Supremo Tribunal Federal. Então, indaga-se: o(s) recurso(s) escolhido(s) paradigmático(s) é (são) o(s) melhor (es) para representar a discursividade da matéria?

Marinoni e Mitidiero sugerem que a escolha da representatividade não seja solipsista. Defende um diálogo entre as diversas entidades de classe para que o(s) recurso(s) escolhido(s) represente(m) adequadamente a questão. Vejamos:

> A escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a *mais dialogada possível* a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia. Afigura-se apropriado que os Tribunais ouçam as entidades de

> classe para proceder à escolha (por exemplo, OAB, MP etc.), quiçá organizando sessão pública para tanto. A matéria inclusive pode ganhar disciplina nos regimentos internos dos Tribunais de origem (art. 24, XI, da CF). (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 62, grifo nosso).

Estamos sensíveis para com o acima defendido por Marinoni e Mitidiero. Eis que a escolha da representatividade após a decisão do STF criará efeitos para os demais recursos sobrestados (art. 543-B, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC); os interessados têm o direito de participar da escolha do recurso paradigmático. Ora, o instituto já admite a manifestação de terceiros para a identificação da repercussão geral, por exemplo, o *amicus curiae* (art. 543-A, § 6º, do CPC), instituto típico dos sistemas de *common law*. Que não se veja a impossibilidade desse diálogo para a escolha da representatividade. Cabe realçar que essa postura mais se aproximaria do postulado democrático.

Não se pode buscar uma celeridade a todo custo, sem a participação das partes processuais. Qualquer mecanismo legal que exclua o contraditório e a ampla defesa é inconstitucional. A justiça da decisão não se faz pelo critério da rapidez, como explica Aroldo Plínio Gonçalves: "[...] a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo" (2001, p. 125).

Eis outro ponto que demonstra a *tentativa de objetivar o recurso extraordinário:* os demais recursos serão sobrestados na origem aguardando o resultado do(s) seu(s) representante(s). Inclusive os agravos de instrumentos interpostos das decisões que inadmitiram recursos extraordinários, já sujeitos ao requisito legal da repercussão geral, podem ser sobrestados quando relativos aos assuntos já encaminhados à decisão sobre repercussão geral (artigo 328-A, § 1º, do RISTF, inserido pela Emenda Regimental nº 23/2008). (BRASIL, 2009). Os agravos sobrestados seguem a mesma sorte dos recursos sobrestados.

4.6.1. Sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário

Caso ocorra o sobrestamento equivocado de um recurso, situação não difícil de ocorrer, a solução seria demonstrar a diferença entre as controvérsias. A medida corretiva seria o agravo previsto no art. 544 do CPC. A doutrina não é uniforme na solução. Alguns apontam que a solução seria uma simples petição ao Tribunal ou Juízo de origem. Mantido o sobrestamento, o manejo do agravo de instrumento constitui a medida adequada. Marinoni e Mitidiero entendem que nesse caso aplica-se o princípio da fungibilidade das formas processuais, possibilitando-se até ação de reclamação (artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90). (2008, p. 63).

4.7. Eficácia do reconhecimento da repercussão geral da questão debatida

O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil é misto. Têm-se duas vias: pelo controle difuso ou incidental, por via de exceção e pelo controle concentrado ou abstrato. Em regra, o controle difuso tem efeitos *inter partes*, não afeta terceiro que

não tenha participado do processo; já o controle concentrado tem efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Com a repercussão geral da questão constitucional houve uma aproximação dos institutos de controle de constitucionalidade. "Na hipótese do Supremo Tribunal Federal não reconhecer a existência de repercussão geral, todos os recursos extraordinários suspensos serão automaticamente não admitidos, reafirmando o caráter geral da decisão da Corte e seus efeitos vinculantes" (MORAES, 2008, p. 563).

A tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético* é cada vez mais real. *Cria-se uma orientação no STF de objetivação do recurso extraordinário*, uniformizando os procedimentos de ambos. Esses são os relatos de Marinoni e Mitidiero:

> Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro. É nesse sentido a posição do Supremo Tribunal Federal (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 71).

Data venia, existem razões para tratar o controle da constitucionalidade de forma diversa, apesar do entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que se harmoniza com o exteriorizado acima na citação. Assim explica Elpídio Donizetti: "Na atualidade, a natureza do papel exercido pelo Senado no controle difuso de constitucionalidade vem sendo questionada no Supremo Tribunal Federal". Continua comentando o referido autor que: "[...] reputou ser legítimo entender que, atualmente, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade", isto é, "[...] se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá, por si só, efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso". (DONIZETTI, 2009, p. 77). Entretanto, no controle difuso, por força de norma constitucional, não tem eficácia *erga omnes*. O art. 52 estabelece: *"*Compete *privativamente* ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Qualquer entendimento contrário transgrediria o princípio da separação das funções estatais, conforme se extrai do art. 2º da CR/88: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, a fim de que possam refletir para terceiros, é indispensável a edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução de lei. Apenas assim o controle difuso terá eficácia *erga omnes*

A abstrativização do controle difuso violaria os arts. 5º, XXXV, e 97 da CR/88 como também o art. 52, X, CR/88.

4.8. Dos recursos

O art. 543-A do CPC e o art. 326 do RISTF são claros ao estabelecer que a decisão do STF quanto à questão constitucional nele versada de não oferecer repercussão geral será irrecorrível.

A doutrina (AZEM, 2009, p. 126) tem reconhecido a possibilidade de oposição de embargos declaratórios, tendo em vista que esta possibilidade encontra-se presente no controle de constitucionalidade concentrado, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 9.868/99.

Entendemos que a ação constitucional de Mandado de Segurança seria cabível, utilizada como sucedâneo recursal, quando houver o não recebimento do recurso extraordinário pela ausência de repercussão de maneira equivocada. Desde que a decisão não tenha transitado em julgado e não tenha recurso próprio (cf. Súmula 267 do STF).

5. Considerações finais

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe algumas inovações que aproximaram o Recurso Extraordinário através do instituto da repercussão geral ao Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Representa uma solução legal para resolver a "crise numérica" e desafogar o Judiciário. O resultado dessa mudança legislativa implica a redução da demanda e a mudança de tratamento do controle de constitucionalidade.

A repercussão geral das questões constitucionais surgiu como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário aferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Representa assim mais um filtro recursal (pré-triagem).

Interessante é que na época da ditadura existiu um instituto semelhante ao inserido pela Emenda nº 45/2004, o qual denominava-se de arguição de relevância (Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977).

Observou-se que o legislador optou por não reproduzir a terminologia antiga para evitar as críticas antigas. A mudança do nome evitaria qualquer comparação com o instituto da arguição de relevância, muito questionada na época e denominada de instrumento ditatorial.

Com o renascimento da arguição com nome de repercussão geral com algumas inovações, surge a *tese da objetivação* ou *abstrativização* do recurso extraordinário. A questão constitucional deixa de importar apenas à individualidade das partes, como ocorria ou ocorre no controle difuso, para ostentar uma discussão geral que transcende à individualidade.

O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil é misto. Têm-se duas vias: pelo controle difuso ou incidental, por via de exceção e pelo controle concentrado ou abstrato. Em regra, o controle difuso tem efeitos *inter partes*, não afeta terceiros que não tenham participado do processo; já o controle concentrado tem efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Parece existir uma tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético. A propósito, vários traços de objetivação do controle difuso de constitucionalidade foram demonstrados no decorrer deste trabalho.* Porém, os dois modelos (difusos e concentrados) não poderiam ser unificados, tratados de forma igual por obstáculo constitucional. A abstrativização do controle difuso violaria os arts. 5º, XXXV, 52, X e 97, ambos da CR/88.

Por outro lado, a uniformização da interpretação constitucional através da repercussão geral da questão constitucional evita que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

O constituinte derivado introduziu um "mecanismo de controle do acesso ao STF" via controle difuso. Essa orientação legislativa mostra-se dominante em outros países como o americano. Transformam-se os processos ao tornar-se mais objetivos, para que a Suprema Corte decida apenas matérias de maior importância. Essa abstrativização com força vinculante passou a ser vista, em maior grau, com o advento do artigo 103-A da CR/88 (súmula vinculante), depois de reiteradas as decisões sobre matéria constitucional, podendo o STF sumular a matéria. Isso objetiva dar validade à interpretação da norma evitando controvérsia. Tenta-se, assim, evitar que o Judiciário aprecie matéria já uniformizada pelos Tribunais ou Cortes Superiores em nome de uma celeridade processual – uma espécie de 'pré-coisa' julgada [*sic*].

Evitar que a mesma matéria seja analisada mais de uma vez pelo STF e eliminar o acúmulo de trabalho decorrente da grande quantidade de recursos existentes são os desígnios da repercussão geral inserida ou "ressuscitada" no nosso ordenamento.

Conclua-se, a morosidade ou retardamento ou acúmulo de trabalho não tem como *causa principal* a estrutura legal, já que é imprescindível que o processo observe o contraditório, a ampla defesa, isonomia, obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais e a possibilidade do duplo juízo sobre o mérito. A compreensão do que seja duração razoável do procedimento passa-se pelo prazo legal delineado e pela observância do devido processo constitucional. O fato é que a sociedade está crescendo, e, conseqüentemente, os conflitos. Não adianta tentar resolver o problema do excesso de "processos" sem resolver o problema do aparelhamento físico dos judiciários, por isso que a Constituição da República no art. 93, inciso XIII, determina que "[...] o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população". No entanto, faltam juízes e funcionários e não faltam medidas paliativas. Não se pode pensar em acabar com os litígios como se todos os casos fossem idênticos. A metáfora da indústria das decisões judiciárias aparenta ser hoje uma realidade próxima. Ademais, não adianta

jogar a responsabilidade da “crise numérica” também na quantidade de recursos, pois o direito de recorrer é constitucional e pertence às partes, como ainda faz parte do Estado Democrático. Por ironia, quem mais recorre é aquele que deveria respeitar os direitos – o Estado.

Os problemas também passam pelo desrespeito dos prazos procedimentais. O procedimento é bem delineado com prazos e preclusões. Todavia, os prazos para os julgadores são abrandados. Surge uma figura estranha, os denominados *prazos impróprios,* o que inviabiliza o cumprimento dos prazos procedimentais, alongando os feitos ao bel-prazer do julgador. Intrigante é que os advogados são obrigados a seguir os prazos, sob pena de preclusão. Situação diferente acontece com os magistrados que são “blindados” [*sic*]. Ademais, os *prazos impróprios* são incompatíveis com o princípio da duração razoável do procedimento (art. 5º, LXXVIII, CR/88), o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88) e o princípio da isonomia procedimental. A essa violação dos prazos procedimentais e para assegurar a razoável duração do procedimento (direito constitucional fundamental) é cabível o mandado de segurança.

Mais uma crítica que se tece diz respeito à previsão normativa que afasta o indivíduo de fiscalizar, de corrigir as incongruências do ordenamento jurídico. É ilegítima a exclusão do cidadão dessa capacidade de policiar a própria norma que impõe limites e vincula a todos. Há instrumentos adequados para testificar a validade e eficácia da norma, como o controle de constitucionalidade concentrado, porém os legitimados estão em um rol fechado, inacessível ao cidadão. Isso demonstra como a democracia está longe de ser alcançada. Para piorar, o controle difuso é cada vez mais repleto de obstáculos; trata-se o último da repercussão geral. É inconstitucional a tentativa, seja qual for sua justificativa – morosidade ou excesso de recursos – de retirar as partes processuais do direito de participarem do procedimento. A decisão centrada no julgador é solipsista e incompatível com o "Devido Processo Constitucional".

Por fim, ressalta-se que, para admitir o recurso extraordinário, faz-se necessário o preenchimento de um novo requisito de competência exclusiva do STF, e, em sendo negada a sua existência, haverá de refletir para todos os casos de matéria idêntica.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

AZEM, Guilherme Beaux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil.* Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral* – Apresentação do instituto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 02 jun. 2009.

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.

CHAVES, Charley Teixeira. Princípios institutivos e informativos dos recursos. In: *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 13, jul./dez.2009, p. 399-420.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. 11. ed. Belo Horizonte: *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais,* 2005.

DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direito fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Virtuajus*: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte, a. 5, n.1, julho de 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acesso em: 09 jul.2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2.180, 20 jun. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13004>. Acesso em: 29 jun. 2009.

MÜLLER, Frederich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In*:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Disciplina do Doutorado em Direito Processual: CÁTEDRA LOPES DA COSTA. Anotação em sala de aula, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Artigo recebido em: 26/01/2010
Artigo aprovado em: 30/04/2010

5 Comentário à Jurisprudência

A SUSPENSÃO OBRIGATÓRIA DE PROCESSOS INDIVIDUAIS REPRESENTATIVOS DE CONFLITOS DE MASSA

MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA
Procurador Federal

1. Acórdão

Processo: REsp 1.110.549 / RS – Recurso Especial 2009/0007009-2
Relator: Ministro Sidnei Beneti
Órgão Julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça
Data do julgamento: 28/10/2009
Data da Publicação/Fonte: DJe 14/12/2009
Divulgado no Informativo nº 413 do STJ, referente ao período de 26 a 30 de outubro de 2009

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 à 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.

2. Apresentação do Caso

O acórdão ora comentado refere-se ao julgamento de Recurso Especial Repetitivo, conforme art. 543-C, § 1º, do CPC, representativo de controvérsia multitudinária envolvendo a suspensão de processos individuais cujo objeto consiste na correção monetária de saldos de cadernetas de poupança pelo Banco Santander S/A.

No primeiro grau, houve a suspensão do processo em virtude da existência de ação coletiva proposta pelo Ministério Público com a finalidade de obter tutela idêntica no plano coletivo (processo nº 001/1.07.0104379-6). Tal decisão foi objeto de agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual manteve, pelos próprios fundamentos, a decisão recorrida.

No REsp, alega a recorrente que o acórdão do tribunal *a quo* viola os 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. Sustenta, em síntese, o descabimento da suspensão da demanda individual em virtude do ajuizamento da ação coletiva, sob o argumento de que "Não tem interesse individual que sua ação fique suspensa e baixada até o trânsito em julgado da ação coletiva, eis que além de aumentar o tempo de conclusão da sua ação individual, os seus pedidos sucessivos ao principal são diversos aos formulados na ação coletiva referida na decisão recorrida, causando visível prejuízo à mesma" (fl. 78 dos autos).

O Recurso Especial foi admitido na origem e selecionado, conforme o disposto no art. 543-C, § 1º, do CPC, como representativo da controvérsia, decidindo a 2ª Seção do STJ, por maioria, pelo seu não-provimento, nos termos da seguinte 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.

3. Comentários ao Acórdão do STJ

Antes de iniciar a análise do julgado do STJ, cumpre discorrer brevemente sobre a relação entre causas coletivas e individuais.

As causas coletivas são identificáveis pelas partes (no sentido material) envolvidas, pela causa de pedir e pelo pedido. Assim, seja no polo ativo ou passivo, deverá figurar uma coletividade ou um grupo de indivíduos, a fim de que possa ser caracterizada a lide como coletiva. Ademais, a causa de pedir e o pedido deverão estar necessariamente relacionados com um direito coletivo, essencial ou acidentalmente considerado.

Por sua vez, as causas individuais também são identificáveis por meio das partes envolvidas, da causa de pedir e do pedido. Dessa maneira, as partes litigantes, tanto no polo ativo quanto no passivo, deverão corresponder a indivíduos, isoladamente ou em litisconsórcio. A causa de pedir e o pedido, a seu turno, relacionar-se-ão necessariamente com determinado(s) direito(s) individual(is), ou seja, aquele(s) direito(s) singularizado(s) quanto a cada um do(s) respectivo(s) titular(es).

Dada a distinção ontológica entre causas coletivas e individuais, não é possível que estabeleçam, entre si, relação de continência ou litispendência. O art. 104 do CDC, porém, buscando explicitar essa conclusão, fê-lo de forma confusa e atrapalhada, gerando polêmicas na doutrina quanto ao tema em questão. Veja-se a redação do dispositivo aludido:

> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II 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.

Embora a doutrina já tenha interpretado o dispositivo transcrito de diversas formas, atualmente predomina o entendimento de que o art. 104 do CDC disciplina a relação entre *qualquer* espécie de demanda coletiva e ação individual[1].

Suponha-se, por exemplo, um evento causador de dano a um grupo de indivíduos. Em ação coletiva, determinado substituto processual, em nome do *grupo* (parte

[1] A propósito do tema: Mazzilli (2006, p. 216), Lenza (2008, p. 244-249), Didier Jr.e Zaneti Jr. (2009, p. 179), Gidi (1995, p. 188-193), Arruda Alvim (2007, p. 187) e Grinover (2007, p. 966).

autora), pede a reparação *genérica* pelos prejuízos causados, tendo em vista a obrigação do réu de indenizar o grupo (causa de pedir próxima). Já nas demandas individuais, cada *membro do grupo* (parte autora) busca a reparação *pessoal* pelos danos sofridos, considerando-se especificamente a obrigação do réu de lhe indenizar (causa de pedir próxima).

Perceba-se que não se trata de litispendência nem de continência; à exceção da parte ré e do evento fático (causa de pedir remota), todos os demais elementos das causas individuais e da causa coletiva são distintos. Na irretocável lição de Luiz Norton Baptista de Mattos:

> Sendo a ação coletiva voltada à proteção de direitos individuais homogêneos, a causa de pedir está vinculada à questão fática ou jurídica comum a todos os titulares dos direitos individuais, sendo desconsideradas quaisquer situações individuais com as suas respectivas peculiaridades, não se perquirindo quantas e quais pessoas se enquadram naquela moldura fática ou jurídica comum. [...]. Em cada demanda individual, haverá diversas causas de pedir, por força da narração de lesões individuais diferentes, embora com características semelhantes, derivadas de um mesmo contexto fático ou jurídico.
> [...] Versando a ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, o pedido limita-se à declaração da obrigação genérica de indenizar pelo fato, não se postulando a reparação de qualquer lesão determinado, o que dependerá de posterior liquidação coletiva ou individual [...]. A ação individual, ao contrário, tem como pedido – e tão-somente – a indenização específica, exclusiva, privativa do autor ou dos autores em litisconsórcio facultativo, não atingido qualquer outro eventual lesado. (MATTOS, 2007, p. 196)[2].

Note-se, enfim, que, entre as demandas coletivas tratando a respeito de *qualquer espécie* de direito coletivo e as ações individuais fundadas na mesma causa de pedir (situação de fato ou de direito), somente haverá conexão. A redação do art. 104 do CDC, nesses termos, deveria remeter-se também ao inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC.

Mas, então, cabe indagar: deve ocorrer a reunião dos autos quando configurada conexão entre causa coletiva e as causas individuais dos membros da coletividade? Em caso negativo, é possível impor aos autores individuais a suspensão do respectivo processo? Vejamos cada uma dessas questões separadamente, comentando, ao final, o acórdão do STJ.

a) Reunião dos processos individuais com o processo coletivo

Conquanto se trate de consequência típica do instituto da conexão, não pode passar despercebida a enorme dificuldade prática de reunir centenas ou até milhares de

[2] Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não se trata, pois, de mera soma de pretensões individuais em uma única ação.

processos em um só juízo, o que, na maior parte dos casos, inviabilizaria a prestação da tutela jurisdicional de forma célere, eficaz e justa.

Na realidade, os preceitos dos arts. 103, § 2º, e 104 do CDC levam à ilação de que o legislador buscou isolar o julgamento das demandas individuais e da demanda coletiva (em defesa de qualquer direito coletivo). Destarte:

> O resultado da ação coletiva [...] não deve interferir no julgamento da ação individual – salvo para beneficiar o autor desta, no caso de procedência da primeira, havendo pedido expresso de suspensão da ação individual. Ora, se é assim, fica prejudicada a principal função da conexão: evitar decisões conflitantes [...]. Não há, portanto, necessidade de reunir, perante um único juízo, ação individual e ação coletiva (MARINONI e ARENHART, 2006, p. 754)[3].

Trocando em miúdos, pode-se afirmar que a possibilidade de os autores das ações individuais requererem a suspensão dos respectivos processos para beneficiarem-se de eventual sentença coletiva procedente, de acordo com a segunda parte do art. 104 do CDC, exclui a possibilidade de reunião dos feitos em um único juízo. Trata-se de mais um caso de conexão sem a produção do efeito típico (reunião dos processos), semelhantemente, portanto, à hipótese da Súmula 235 do STJ.

b) Suspensão obrigatória dos processos individuais

Afastada a possibilidade de reunião das demandas individuais com a coletiva, verifica-se que parte da doutrina sugere impor aos autores individuais a suspensão dos respectivos processos, com fulcro no art. 265, IV, *a*, do CPC, caso não exerçam a faculdade prevista na segunda parte do art. 104 do CDC.

Para Ada Pellegrini Grinover, há nexo de prejudicialidade entre as demandas individuais e a demanda coletiva tratando a respeito de direitos individuais homogêneos (divisíveis entre os membros do grupo), o que leva à seguinte interpretação do art. 104 do CDC:

> a) o autor individual pede a suspensão do processo, optando por ser incluído na coisa julgada coletiva ou opta pelo prosseguimento de sua ação, ficando excluído da coisa julgada coletiva, ainda que favorável [...];
> b) preferindo prosseguir em sua ação individual, estabelece-se com a ação coletiva o nexo de prejudicialidade, que leva à suspensão do processo individual [art. 265, IV, a, do CPC];
> c) não se dando a reunião dos processos, e superado o prazo de um ano para a suspensão da demanda individual, poderá haver coisas julgadas contraditórias, no caso de o autor perder sua demanda individual e existir uma coisa julgada positiva, no processo coletivo (GRINOVER, 2007, p. 967).

[3] Nesse mesmo sentido, de forma mais fundamentada, veja Sampaio (2005, p. 50-54).

Malgrado a autoridade da doutrina citada, é importante ponderar que a interpretação literal do art. 104 do CDC afasta qualquer relação de prejudicialidade entre ação coletiva e individual, ainda que aquela verse sobre direitos individuais homogêneos. Isso porque, não requerendo os autores individuais a suspensão dos respectivos processos a contar da ciência da ação coletiva, não serão beneficiados – nem prejudicados – pela sentença coletiva, de maneira que é impossível admitir nexo de prejudicialidade com a demanda coletiva. Se a coisa julgada coletiva não se estende ao plano individual para beneficiar ou prejudicar, qual seria, afinal, a influência (prejudicialidade) sobre as lides individuais conexas?

Diante desse impasse, chegamos finalmente à decisão proferida pelo STJ no julgamento do REsp 1.110.549/RS.

Ao analisar a questão da suspensão obrigatória de processos individuais conexos com a demanda coletiva, a 2ª Seção do STJ conferiu nova e criativa interpretação aos arts. 81 e 104 do CDC, amoldando-os à perspectiva de que, com a superveniência da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008) e a consequente inclusão do art. 543-C no CPC, a faculdade da suspensão dos processos individuais nos casos multitudinários abre-se não somente à parte, mas também ao juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça.

Nesse particular, primeiramente destacou o relator, Ministro Sidnei Beneti, que, no atual contexto da evolução histórica do sistema processual, as normas devem ser interpretadas não só em face da realização do direito material no plano individual como também em vista da própria viabilização da atividade judiciária. Assim, nos casos de conflitos de massa, deve-se interpretar a previsão de acesso individual à Justiça contida no art. 81 do CDC no sentido de que preserva "[...] o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide".

Essa releitura dos efeitos da conexão entre causas individuais e coletivas possui estreito vínculo com a disciplina inaugurada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008). Com efeito, segundo os §§ 1º e 2º do art. 543-C do CPC, no caso de encaminhamento ao STJ de um ou mais recursos especiais representativos de controvérsia de massa, os demais recursos ficarão suspensos, por determinação judicial, nos tribunais de segunda instância.

Ora, quando existir demanda coletiva conexa, não há sentido algum em aguardar o custoso trâmite procedimental de todos os processos individuais representativos de conflito de massa até a última fase recursal para somente então determinar a suspensão com base no art. 543-C do CPC. Como bem argumentou o Ministro Sidnei Beneti:

> 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.

Não se olvida que o art. 104 do CDC, em uma leitura isolada, deixa a cargo dos autores individuais a decisão pela suspensão ou não do processo individual após serem cientificados a respeito da demanda coletiva.

Essa visão retrata a preocupação com a preservação das garantias do acesso individual à Justiça e da razoável duração do processo, que assegurariam não só o ajuizamento da demanda como também seu prosseguimento até a decisão final de forma célere[4]. A vantagem de optar pela suspensão, nesses termos, residiria em obter duas chances de êxito, uma na esfera coletiva e outra na via individual; a desvantagem, a seu turno, consistiria em que eventual demora no julgamento da demanda coletiva atrasaria a tutela individual. Nesse contexto, seria no mínimo incongruente impor a suspensão do processo ao autor individual, mesmo depois de manifestada sua vontade de não ser beneficiado pela coisa julgada coletiva.

Contudo, o processo civil contemporâneo não se pauta apenas pelas garantias individuais, devendo ser considerada a incapacidade do Judiciário – por mais estrutura que possua – em suportar demandismo desenfreado, aliada ao interesse público de viabilizar a atividade judiciária.

Em outras palavras, pode-se dizer que as garantias individuais de acesso à justiça devem ser interpretadas e ponderadas diante da garantia da coletividade de jurisdicionados a um processo célere e eficaz. Somente entendendo o processo como uma garantia coletiva é que se avançará em prol da sua real instrumentalidade no plano individual.

Sob esse prisma, deve-se aplaudir o entendimento manifestado pela 2ª Seção do STJ no REsp 1.110.549/RS, porém com algumas ressalvas.

Embora a suspensão dos processos individuais possa ser determinada pelo juízo, não se afigura razoável vincular o indivíduo *indefinidamente* a tal determinação na hipótese dos direitos individuais homogêneos, cuja nota distintiva reside na divisibilidade.

---

[4] Nessa linha de raciocínio, confira-se o voto vencido do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Primeiro porque, se o objetivo é realmente o de buscar a economia processual e a molecularização dos litígios, o sistema deveria ao menos prever, para os direitos acidentalmente coletivos, a extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual independentemente do resultado da lide (*pro et contra*), o que não ocorre em virtude de disposição legal expressa (art. 103, III e § 2º, do CDC)[5]. Essa talvez seja a principal limitação da interpretação conferida pelo STJ ao art. 104 do CDC com base na Lei dos Processos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008), visto que, em face do citado art. 103, II e § 2º, do CDC, não se pode admitir a força vinculante do julgamento coletivo às demandas individuais.

Outro grande problema consiste em sujeitar o indivíduo à indefinida espera do julgamento de um processo coletivo no qual, na prática, não há controle judicial da atuação adequada do substituto processual[6].

Cria-se, com isso, uma situação de falso acesso à Justiça: embora se assegure o ajuizamento da demanda individual, retira-se do indivíduo a garantia constitucional de ter um provimento jurisdicional célere sob a justificativa de que seu direito material poderá ou não ser reconhecido em um processo coletivo no qual não haverá, necessariamente, adequada atuação do substituto processual. E, ao final, caso efetivamente se verifique a atuação deficiente do substituto e a improcedência do pedido formulado na via coletiva, de nada terá adiantado a espera desde a propositura da demanda, cabendo ao indivíduo percorrer toda a marcha processual até o trânsito em julgado da decisão final.

Portanto, o mínimo que se poderia fazer para mitigar esse gravame, em prol da reconhecida necessidade de viabilizar a atividade judiciária em face da atomização dos litígios, seria:

1) autorizar o juízo perante o qual foi ajuizada a demanda individual a conceder medidas de urgência[7] – apesar de que, a despeito da existência do direito alegado, nem sempre estarão preenchidos os requisitos exigidos para a concessão de tutela antecipada;

2) fixar prazo máximo para a suspensão, sob pena de total engessamento da tutela individual em prol de uma tutela coletiva que pode vir a ser excessivamente morosa.

---

[5] No ordenamento norte-americano, o direito do indivíduo de se incluir ou excluir da sentença coletiva é conhecido, respectivamente, como *right to opt in* e *right to opt out*. Contudo, não se adota naquele sistema o mecanismo de extensão da coisa julgada de acordo com o resultado da lide (*secundum eventum litis*) e para beneficiar (*in utilibus*), de maneira que o indivíduo, ao solicitar sua exclusão do processo coletivo, fá-lo para também não ser prejudicado por eventual sentença de improcedência.

[6] Sobre o tema, a doutrina é bastante dividida e a jurisprudência é omissa, de maneira que a atuação dos substitutos processuais nas ações coletivas não é, na prática, objeto de controle judicial. Confira-se, a propósito, trabalho anterior de nossa autoria: Cerqueira (2009, p. 21-46).

[7] O Projeto de Lei nº 5.139/2009, em trâmite no Congresso Nacional, apresenta proposta nesse sentido (art. 38, § 1º), reconhecendo, também, a possibilidade de prosseguimento da ação individual a pedido do autor, hipótese na qual não será beneficiado do resultado da demanda coletiva (art. 38, § 3º).

A questão muda completamente de enfoque quando se tem em mira a relação de demandas individuais com processos coletivos versando sobre direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

Isso porque, no caso dos direitos essencialmente coletivos, marcados pela indivisibilidade, realmente se deve evitar ao máximo o prosseguimento simultâneo da ação coletiva e de ações individuais em que se deduz pretensão com o mesmo alcance coletivo. Trata-se do problema atinente às ações pseudoindividuais, ou seja, ações promovidas por indivíduos que envolvam pretensão de alcance coletivo, ante a indivisibilidade do direito (difuso ou coletivo em sentido estrito) objeto da demanda[8].

As ações pseudoindividuais contrariam a lógica da tutela coletiva de direitos indivisíveis (difusos e coletivos em sentido estrito), porquanto, a par de repetirem causas com questões idênticas a serem resolvidas pelo Judiciário, implicam a possibilidade de soluções diversas do conflito metaindividual para cada membro da coletividade.

Nesse sentido, há de se reputar correta a suspensão, de ofício e por prazo indefinido, dos processos pseudoindividuais quando for ajuizada ação coletiva conexa. Essa é proposta do art. 7º, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual:

> Art. 7º Relação entre demanda coletiva e ações individuais
> [...]
> § 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.

Em síntese, portanto, afigura-se válida e pertinente a solução de suspensão dos processos individuais quando ajuizada demanda coletiva conexa, ressalvando-se, quando se tratar de direitos acidentalmente coletivos, a necessidade de permitir a concessão de medidas de urgência nas lides individuais e de fixar prazo máximo para a suspensão.

---

[8] Sobre o tema, ver Watanabe (2006, p. 33).

4. Conclusão

As causas repetitivas representam um dos maiores obstáculos à efetividade do processo contemporâneo, haja vista que seu elevado volume praticamente inviabiliza a justa prestação jurisdicional em tempo razoável.

Atento a esse intricado problema, o legislador tem lançado mão de institutos direcionados à redução de demandas repetitivas e à uniformização da jurisprudência, a exemplo da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88), do julgamento por amostragem dos recursos extraordinários (arts. 543-B e 543-C do CPC) e do julgamento liminar do pedido (art. 285-A do CPC).

Nessa linha, pode-se afirmar que a solução hermenêutica propugnada no REsp 1.110.549/RS para os casos de conexão entre ação coletiva e causas individuais repetitivas é de extrema lucidez, afinando-se às recentes reformas legislativas e à tendência contemporânea de molecularização dos litígios.

O processo constitui, antes de tudo, uma garantia coletiva. Assim, se a suspensão de processos individuais repetitivos consiste em medida indispensável à eficácia da atividade judiciária para todos os jurisdicionados, não há como negar a possibilidade de sua determinação de ofício pelo órgão julgador, quando pendente ação coletiva conexa.

Parece-nos que faltou à decisão do STJ apenas excepcionar as peculiaridades da suspensão de processos repetitivos relacionados a demanda coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, respeitando-se pelo menos a possibilidade de concessão de medidas de urgência pelos juízos nos quais tramitam os processos individuais e fixando-se um prazo máximo de suspensão, não há que se falar, como visto, em sacrifício de garantias individuais, mas tão somente em ponderação diante de um bem maior: a efetividade do processo.

5. Referências Bibliográficas

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: RT, 2007. p. 174-193.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis. Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPRO, Belo Horizonte, Fórum, Ano 17, n. 66, p. 21-46, abr./jun. 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* – Processo Coletivo. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 4.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: RT, 2007. p. 194-215.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo:* meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. A simultaneidade de ações coletivas e individuais em face da garantia constitucional do acesso à justiça. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coord.). *Estudos de Direito do Consumidor*: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37-61.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 139, 2006.

6



Artigo • 311
Comentário à Jurisprudência • 347
Jurisprudência • DVD-ROM

Direito Coletivo

6 Artigo

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO PODER JUDICIÁRIO

SÍLVIA VIEIRA DAMIÃO
Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Especialidade Direito

RESUMO: O presente trabalho procurou discorrer sobre os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, contextualizando o ser humano como ente de proteção e de prestação, pelo Estado, de políticas públicas já determinadas em lei. Enfrentou as críticas mais acirradas sobre o ativismo judicial, tais como a violação do princípio da separação dos poderes, a legitimidade democrática, a reserva do possível. Defendeu-se a proibição de retrocesso, a necessidade de instituição de políticas públicas de saúde pelo Judiciário a pedido do Ministério Público. Também se evidenciou o *status* de instância política do Poder Judiciário e o poder simbólico das decisões judiciais, bem como qual o pensamento jurisprudencial acerca do tema. Procurou-se apontar algumas medidas para o Ministério Público exigir a efetivação de políticas públicas de saúde com razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas de saúde; ativismo judicial; papel do Ministério Público.

ABSTRACT: This work is about the fundamental rights, specially the right to health, considering the human being as protected and the State as provider of public policies defined by Law. One discussed the judicial activism, such as the breach in the Separation of Powers principle and the democratic legitimacy. One defends the prohibition of retrocession and the need of creating health public policies by the Judiciary on request of the Public Prosecution Service. It has also been evidenced the status of political institution of the Judiciary Power and the symbolical power of the judicial decisions, as well as the jurisprudential view about the issue. Finally, one attempted to point out some tools to the Public Prosecution Service to use in order to demand the effective enforcement of health public policies.

KEY WORDS: Health public policies; judicial activism; role of the Public Prosecution Service.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O dever do Estado de proteger o indivíduo e as políticas públicas de saúde. 3. Enfrentamento das críticas à judicialização da saúde. 4. O Ministério Público e a proteção à saúde como direito indisponível. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição brasileira garante direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. É desnecessário dizer, porém, que nenhum desses direitos é completamente realizado no Brasil.

Para convergir realidade e texto constitucional, faz-se imprescindível que todos os agentes estatais – governo, legisladores, administradores e também os juízes – desempenhem suas tarefas de modo a efetivar os direitos sociais previstos pela Constituição.

O Estado e os direitos fundamentais vão caminhando, ora se aproximando, ora se afastando, num equilíbrio quase nunca perfeito, pois às vezes um se afasta demais do outro ou se aproxima demais. Por isso, no entremeio desse caminhar, surge uma figura intermediadora, qual seja o juiz, que, provocado pelo cidadão, pelo Ministério Público ou pelas associações, vem tentar a aproximação necessária, dizendo que as políticas públicas precisam ser realizadas, lembrando a democracia, na figura do Estado, que o povo, verdadeiro legislador constituinte, assim previu na Carta Magna.

Todos os dias os operadores do Direito vivem dicotomias paralelas: democracia *versus* direitos fundamentais e legisladores *versus* juízes. A tensão é enorme e esse é um dos mais importantes objetos de estudo do Direito constitucional contemporâneo. No tocante à saúde pública, o dilema afigura-se ainda maior, pois a enfermidade desconcerta o homem, desestrutura a família, traz desarmonia à sociedade, impede o trabalho, o progresso.

O presente estudo inicia-se pela análise dos direitos fundamentais, do ser humano como ente de proteção do Estado. Posteriormente, avança-se para as políticas públicas relacionadas à saúde pública e o papel do Ministério Público e do Judiciário nesses conflitos. Este trabalho visa a apontar meios de filtrar quais as ações são realmente indispensáveis para assegurar a saúde dos cidadãos; quais as precauções e medidas que devem ser adotadas pelas promotorias de saúde para dar maior segurança ao juiz que analisará o caso, bem como para não ajuizar ações despropositadas.

A finalidade é demonstrar para a comunidade jurídica que a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público é uma necessidade, quando ocorre inércia da administração pública ou quando os recursos públicos não estão sendo destinados com prioridade à saúde, de modo que isso não fere os princípios da discricionariedade da administração pública e a violação de poderes.

2. O dever do Estado de proteger o indivíduo e as políticas públicas de saúde

A proteção dos direitos fundamentais teve início com o Cristianismo, segundo o qual o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, que, por sua vez, assumiu a natureza humana para redimi-la. Tal idéia imprime ao homem um valor intrínseco que deve ser protegido. Foram vários os filósofos da igreja católica que narraram a necessidade da proteção da dignidade da pessoa humana; tais idéias foram sendo observadas quando da formação do direito positivo, a começar por São Paulo (Gálatas, 3, 28), em sua declaração sobre a igualdade: "Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus".

Desde então, inspiradas por tal filosofia, diversas Cartas de declaração de direitos foram formuladas, destacando-se a Declaração de Direitos de Virgínia, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Como bem concluem Paulo Gustavo Gonet Branco e outros:

> A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 221).

Tanto isso é verdade que, hoje, a doutrina aponta a evolução dos direitos fundamentais em três gerações: primeira geração (autonomia da vontade, obrigações do Estado de não fazer, não intervir); segunda geração (são os chamados direitos sociais, de reivindicação de justiça social, de assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc); terceira geração (proteção da sociedade, de grupos, e não do homem isoladamente – meio ambiente, conservação do patrimônio histórico cultural, do patrimônio público, da paz etc.).

Há ainda doutrinadores que defendem os direitos de quarta geração (direitos de solidariedade – democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo;[1] preservação do patrimônio genético, a não-exploração comercial do genoma humano, a preservação dos organismos naturais, regulação da transgenia, o livre acesso às tecnologias da informação, biodiversidade, biopirataria[2] etc.).

Há ainda uma importante classificação, no âmbito dos direitos fundamentais, da qual se extraem os deveres (ou direitos) do Estado para com o indivíduo. Cuida-se da Teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado.

Ela foi desenvolvida no final do século XIX por Jellinek e, desde então, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, sendo: passivo, negativo, positivo e ativo. Paulo Gustavo Gonet Branco e outros explicam que:

---

[1] Ver Bonavides (2000, p. 525).

[2] Ver Alves (2003, p.392-398).

> O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis*, ou em *status* passivo. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação à ingerência dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvencilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado é exercida sobre homens livres. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo, (*status civitatis*). Jellinek cogita, ainda, de um quarto *status*, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 245).

Foi a partir da evolução dessa teoria de Jellinek que hoje se podem apontar as espécies de direitos fundamentais mais freqüentes: direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). É justamente nesses últimos que se enquadram os direitos sociais, que autorizam o indivíduo a buscar sua efetivação.

As conquistas dos direitos fundamentais estão lançadas na Constituição Federal, em dispositivos diversos, não se restringindo ao rol do artigo 5º,[3] mesmo porque, segundo o Preâmbulo da Constituição, a Assembléia Constituinte teve como norte "[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...]", constituindo, pois os direitos fundamentais em um pilar "ético-jurídico-político".[4]

O presente trabalho, como se vê, aborda o tema dos direitos de segunda geração, especialmente do direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal. A proteção da saúde no Brasil foi prevista, primeiramente, na Constituição de 1934, limitando-se ao mercado formal de trabalho urbano e somente alcançando o trabalhador rural em 1946. Dessa feita, a saúde pública estava sempre relacionada ao trabalho, assim, somente gozavam de assistência os trabalhadores contribuintes para o regime de previdência.

Em 1975, por meio da Lei nº 6.229, foi criado o Sistema Nacional de Saúde, que visava à saúde básica para todos, cabendo ao Ministério da Saúde e da Previdência Social, da Educação e do Trabalho a execução das ações.

---

[3] ADI nº 3.685, Rel. Ellen Gracie, DJ de 10-8-2006.

[4] Ver Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 221).

Na década de 80, com a grave crise financeira da Previdência Social, iniciaram-se os discursos para implementação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em 1987, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS), que adotou os princípios da universalidade, equidade, integralidade dos cuidados, desenvolvimento das instituições colegiadas e dos recursos humanos.[5]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde recebeu *status* de direito fundamental e o SUS, criado com o objetivo de organizar a atuação dos entes federados na promoção das ações e dos serviços públicos de saúde (art. 198, I).

O SUS foi instituído para ser o plano de saúde de todos os brasileiros e tem como princípios constitucionais norteadores: universalidade (direito de todos, sem requerer nenhum requisito para sua fruição); isonomia (todos os brasileiros são iguais perante o SUS); princípio democrático (a Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, portanto as políticas públicas devem ser implementadas em conjunto com a sociedade); integralidade (o atendimento deve ser integral, incluindo a assistência farmacêutica – art. 6º, I, *d*, da Lei nº 8.080/90, porque o homem deve ser assistido em sua totalidade); resolutividade (o tratamento deve ser eficaz, porque garantir meio tratamento significa assegurar tratamento algum).[6]

Esse modelo está em concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), segundo o qual o direito à vida consiste em propiciar a todos condições de vida dignas, passando, pois, pelo acesso universal e integral à saúde.

A Organização Mundial de Saúde, ao conceituar o termo "saúde", vai além da perspectiva de ausência de enfermidade, orientando-se pela necessidade de garantir ao indivíduo o efetivo estado de bem-estar físico, mental e social.

Por isso, e em decorrência do princípio da integralidade, o SUS abrange o acesso a ações de promoção (eliminar ou controlar causas de doenças e agravos), de proteção (prevenir riscos e exposições a doenças) e de recuperação (evitar a morte de pessoas doentes, diminuir as seqüelas das doenças, atuando sobre os danos).

Tais ações são chamadas de políticas públicas, cujo fundamento é a existência dos direitos sociais, ou seja, aqueles que precisam se concretizar mediante prestações positivas do Estado. Assim, diz-se que os direitos individuais consistem em liberdades. Já os direitos sociais consistem em prestações.

Certo é que as linhas gerais das políticas públicas estão previstas na Constituição Federal e constituem projetos de longo prazo, cuja realização ultrapassa a duração de

[5] Ver Oliveira e Vieira (2006, p. 353-371).

[6] Ver Oliveira e Vieira (2006, p. 357).

um governo, estando ainda relacionada com a qualidade do processo administrativo que a antecede e que a implementa. Mas as políticas públicas de saúde já não são apenas normas programáticas. A própria Constituição Federal definiu o SUS como instrumento de concretização do direito à saúde e as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 dispõem sobre as políticas públicas de saúde a se adotar.

3. Enfrentamento das críticas à judicialização da saúde

A chamada *judicialização da saúde* vem sendo alvo de acirradas críticas, algumas delas consistentes, mas não inafastáveis. Aqui serão analisadas aquelas mais substanciosas, tentando ao final demonstrar o equívoco no qual incorrem aqueles que não admitem a efetivação das políticas públicas pelo Judiciário.

A primeira crítica seria quanto à micro-justiça feita pelo Judiciário, ao desconhecimento das questões médicas e à pressão das indústrias farmacêuticas. Alega-se que o Judiciário não possui o conhecimento médico necessário para instituir políticas de saúde[7] e que o Judiciário deve observar apenas a micro-justiça e não a macro-justiça, destinada à administração pública.[8]

Além disso, aponta-se que muitos juízes não têm consciência de algumas ações para obtenção de medicamento e tratamentos que são fomentadas pela indústria farmacêutica, com a esperança de que um maior número de decisões judiciais concedendo seus medicamentos pressione o governo a incluí-los na lista do programa oficial de saúde.

Extraem-se da revista Assistência Farmacêutica no SUS, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), inúmeros dados que demonstram o contrário de tudo o que acima se apontou e que os juízes, ao proclamarem decisões que optem pelo direito à vida e à saúde, realizam macro-justiça, ainda que não imediatamente. Isso porque, se fizermos uma retrospectiva do desenvolvimento do SUS e de alguns medicamentos e programas de tratamento hoje viabilizados no Brasil, veremos que muitos deles só foram implementados por pressão das decisões do Judiciário. Eis o que confirma o próprio CONASS (BRASIL, 2007, p. 143):

> Nas Secretarias Estaduais de Saúde as primeiras ações judiciais eram referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo, de difícil acesso e de medicamentos anti-retrovirais para o tratamento da AIDS. No caso dos antiretrovirais, a partir de 1996, com a introdução da terapia combinada para o tratamento da AIDS, o número de ações judiciais para fornecimento desses medicamentos aumentou significativamente e tiveram grande impacto no orçamento público, chegando a consumir em uma Unidade da Federação,

[7] Ver Gouvêa (2003, p. 22-23 *apud* BARROSO, 2008, p. 19).

[8] Ver Barcellos (2006 *apud* BARROSO, 2008, p. 19).

> no ano de 2001, cerca de 80% do orçamento previsto para a compra de medicamentos anti-retrovirais [...].
>
> Situação semelhante, com aumento expressivo de ações judiciais, ocorreu com o lançamento de novos medicamentos para o tratamento da Hepatite Viral crônica C, entre eles as alfapeginterferonas. Nesse caso, várias Ações Civis Públicas forma movidas pelo Ministério Público (MP) para garantia do fornecimento desses medicamentos aos pacientes, além de inúmeras ações judiciais individuais. A maior parte delas determinava o fornecimento de medicamento a pacientes que não se enquadravam nos critérios do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C, estabelecido pelo Ministério da Saúde e publicado pela Portaria SAS/MS n. 863, de 4 de novembro de 2002 [...].

Ora, essas ações forçam o poder público a implementar programas especiais para certos tipos de doenças, como temos hoje para a Aids, Diabetes, Hepatite, Parkinson etc., e isso é fazer macro-justiça.

O CONASS (BRASIL, 2007, p. 146) efetuou levantamento sobre as causas mais comuns de ingresso das ações judiciais: I) dez Secretarias de Saúde citaram a falta do medicamento, o que se afigura inadmissível, tendo em vista que a instância gestora estadual deve promover a licitação para adquirir os medicamentos constantes da listagem obrigatória; II) quinze Secretarias de Saúde apontaram que foi em razão da recusa de fornecimento de medicamento pelo fato de a indicação estar em desacordo com os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde; (III) dezesseis Secretarias citaram o pedido de fornecimento de medicamento não padronizado.

Portanto, as decisões judiciais foram e continuam sendo imprescindíveis para o aperfeiçoamento do sistema e a efetivação das políticas públicas de saúde.

Caso bastante interessante que ocorreu na cidade de Uberlândia, em 2005, deu-se em relação ao diabetes *mellitus* tipo 1. A mãe da criança portadora de diabetes procurou o Ministério Público munida de informações sobre a doença e sobre os programas públicos, solicitando providências. É que o Estado de Minas Gerais possui a Lei Estadual n. 14.533/2002[9], que dispõe sobre o direito às medicações, aos instrumentos e aos materiais de auto-aplicação e autocontrole, visando a garantir a maior autonomia possível por parte do usuário.

Todavia, a Secretaria Estadual de Saúde não disponibilizava tais insumos, ou disponibilizava apenas parte deles, com utilização no próprio posto de saúde. A interposição de ação civil pública para obrigar o Estado a cumprir o que estava disposto em lei foi indispensável.

[9] Lei 14.533/2002. Ementa: Institui política estadual de prevenção do diabetes e de assistência integral à saúde da pessoa portadora da doença.

Hoje todos os portadores da doença que se interessarem são cadastrados e, assim, recebem o material, graças à obtenção de uma medida liminar[10]. Em conseqüência disso, o tratamento preventivo está sendo aprimorado, tendo em vista que é mais dispendioso entregar inúmeras fitas reagentes, insulinas, seringas, agulhas, que fazer o controle da taxa de glicemia.

Ora, a participação da mãe da criança com diabetes, a do Ministério Público e a do Judiciário foram indispensáveis para a efetivação de uma política pública prevista na Constituição, em lei federal e em lei estadual e que não havia sido implementada por livre e espontânea vontade do Administrador!

Tudo isso demonstra que as decisões judiciais – sejam elas individuais, coletivas, equivocadas ou não – surtem um papel importantíssimo, não só naqueles processos, mas vão além disso.

Inúmeras decisões demonstram que o sistema precisa aprimorar-se. Hoje já se observa uma melhor integração entre as Secretarias de Saúde, o Ministério Público dos Estados e o Federal e as Procuradorias-Gerais dos Estados, manifestada com a realização de palestras, debates, reuniões e reavaliação do Programa de Medicamentos de Dispensação.

Também o CONASS, reconhecendo a necessidade de melhor integração bem como a importância e repercussão das decisões judiciais, sempre promove diversos encontros visando à atualização permanente dos protocolos, cuja renovação certamente se dá por imposição de decisões judiciais e avaliação de novas tecnologias. Eis os temas promovidos:

> [...] análise da relação custo/benefício; promoção do uso racional de medicamentos, com indicação, prescrição e destinação respaldadas em critérios técnicos; padronização e fornecimento de medicamentos respaldados em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas; ampla divulgação do programa junto aos setores envolvidos; inclusões de medicamentos com registro na Anvisa; constituição de Comissão de Especialistas para se manifestarem durante a tramitação dos processos judiciais que demandem o fornecimento de medicamentos excepcionais; divulgação das decisões judiciais para os gestores; Estabelecimento, no âmbito das Secretarias Estaduais de Saúde, de um fluxo para os processos judiciais. (BRASIL, 2007, p. 169).

[10] Ementa: ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - KIT PARA DIABÉTICOS - FORNECIMENTO - LIMINAR - 'FUMUS BONI IURIS' - 'PERICULUM IN MORA' - MANUTENÇÃO DO 'DECISUM'. 1 - Mantem-se, no caso concreto, a liminar para o fornecimento de Kit para diabéticos pelo Município de Uberlândia, em razão da ausência de elementos, nos autos do agravo de instrumento, que viabilizem a infirmação do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' verificados, no juízo da origem, pelo Prolator da decisão recorrida. 2 - Recurso não-provido. (Ag. Inst. 2155042.29.2005.8.13.0702, Rel. Edgard Penna Amorim, Publ.04.05.2006).

A atualização das listas de medicamentos é algo imprescindível, haja vista que diariamente a indústria farmacêutica disponibiliza drogas mais eficazes no combate das doenças. Portanto, é importante que o Estado observe o que vem sendo pleiteado judicialmente e avalie se aquele medicamento deve ou não integrar a lista e não apenas negá-lo ao paciente. Muitas vezes as listas de medicamentos encontram-se já ultrapassadas, e as decisões judiciais servem como método de renovação das listas.

Isso tudo é um reflexo, na sociedade, das decisões do Judiciário. O Executivo tem percebido a força das decisões judiciais e o impacto econômico delas. Certamente, não chegaríamos a esse ponto se as ações fossem rejeitadas.

No tocante à questão de laboratórios forçarem a inclusão de seus medicamentos na lista oficial do SUS, é fato que situações assim podem ocorrer, mas tal argumento é por demais simplório, tendo em vista que nos processos judiciais é assegurado o contraditório, cabendo, pois ao Estado demonstrar satisfatoriamente a desnecessidade de tal remédio ou exigir explicações pormenorizadas do porquê se optou por um medicamento não constante da lista do SUS. E isso é facilmente resolvido no processo.

Para evitar tais artimanhas dos laboratórios, bem como a postulação indevida de medicamentos, a Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Saúde de Uberlândia, por exemplo, para promover o ajuizamento de suas ações civis públicas, visando proteger portadores de determinada doença, vem solicitando um relatório médico pormenorizando, onde o profissional da saúde explica quais os motivos para adoção do referido medicamento/tratamento e a necessidade de sua adoção para alguns portadores da doença em discussão.

Devem constar do relatório médico as seguintes informações: se já foi usado o medicamento que se encontra na lista do SUS, se houve reação alérgica, incompatibilidade ou insucesso do tratamento, qual a vantagem apresentada pelo medicamento indicado etc.; assim, o médico responsável deve fazer uma verdadeira "defesa" do tratamento que propõe.

Isso traz maior segurança ao juiz, tendo em vista que ele não tem e não deve ter condições de avaliar qual é o melhor medicamento/tratamento a ser fornecido. A ele chega um pedido, geralmente relacionado a situações urgentes e graves, que requerem uma antecipação de tutela, acompanhado de uma receita médica. O que fazer? Negar prestação jurisdicional, deixar perecer o indivíduo ou uma classe de indivíduos que ele poderia salvar com sua caneta?

Ora, de fato o juiz não tem e nem deve ter condições de dizer qual remédio é o melhor, assim como não tem condições de dizer se determinada empresa causou ou não dano ambiental, se um prédio apresentou rachaduras por culpa ou não do construtor etc. Percebe-se que tal argumento é bastante frágil, pois quem deve dar subsídios técnicos para o juiz decidir são as partes.

Portanto, afigura-se bastante injusta a colocação de que o Judiciário negligencia o caráter coletivo dos direitos sociais em favor de um enfoque individualista, já que o dinheiro que poderia ser usado em programas globais tem de ser alocado para algumas reclamações e que sucessos individuais, freqüentemente, significam um insucesso coletivo.

Frise-se: enquanto o sistema não estiver em consonância com os princípios reitores do Sistema Único de Saúde, o Judiciário deve sim intervir, ainda que assegurando uma falsa "micro justiça" pois, quando os administradores públicos perceberem ser mais dispendiosa a forma que elegeram, o sistema se aperfeiçoará.

Assim, pode-se comparar o dilema do juiz, que, ao longo de seu mister, recebe ações pleiteando determinado medicamento/tratamento (seja de caráter individual ou coletivo), com a fábula das abóboras:

> Era uma vez um cocheiro que dirigia uma carroça cheia de abóboras. A cada solavanco da carroça, ele olhava para trás e via que as abóboras estavam todas desarrumadas. Então ele parava, descia e colocava-as novamente no lugar.
> Mal reiniciava sua viagem, lá vinha outro solavanco e... tudo se desarrumava de novo. Então ele começou a ficar desanimado e pensou: Jamais vou conseguir terminar minha viagem! É impossível dirigir nesta estrada de terra, conservando as abóboras arrumadas. Quando estava assim pensando, passou à sua frente outra carroça cheia de abóboras, e ele observou que o cocheiro seguia em frente e nem olhava para trás: as abóboras que estavam desarrumadas organizavam-se sozinhas no próximo solavanco. Foi quando ele compreendeu que, se colocasse a carroça em movimento na direção do local onde queria chegar, os próprios solavancos da carroça fariam com que as abóboras se acomodassem em seus devidos lugares.

Ora, numa comparação bastante simplória, divertida e jamais pejorativa, pode-se dizer que a estrada de terra, cheia de imperfeições, é o nosso sistema público de saúde. As abóboras, os programas de saúde; o cocheiro seria o Judiciário, que deve seguir em frente, concedendo suas liminares e decisões, até que o Estado (a carroça) vá ajeitando suas abóboras, ou melhor, seus programas de saúde, rumo a um Sistema Único de Saúde ideal.

A segunda crítica seria que a interferência do Judiciário causa desordem na administração. Para muitos, como o próprio Conselho Nacional de Secretários de Saúde, a interferência do Judiciário "[...] gera individualização da demanda, em detrimento do coletivo e leva à desorganização dos serviços" (BRASIL, 2007, p. 146), impedindo a administração pública de se organizar e comprometendo a eficiência.

Ora, tal afirmação não é tão séria, tendo em vista que o Estado tem meios para se organizar, inclusive evitando a licitação em casos emergenciais. Eis a orientação do próprio CONASS:

> O artigo 24 da Lei 8.666/93 fixa, dos incisos I ao XXIV, as situações em que é facultado à Administração não licitar. Portanto, existe justificativa legal para que a primeira aquisição para atendimento da determinação judicial seja feita fundamentada nesse dispositivo. Para as compras subseqüentes isso não se aplica, devendo a administração instaurar procedimento licitatório sempre que houver possibilidade de competição. [...] se a demonstrada a inviabilidade de competição, em especial nos casos de produto de fabricação exclusiva, sendo comprovada a exclusividade de fabricação do princípio ativo, considerando que é vedada preferência de marca, existe fundamento legal para a aquisição com fundamento no inciso I do artigo 25 da Lei 8666/93. Se comprovada a inviabilidade, por outros documentos que não os atestados de exclusividade, a inexigibilidade da competição se dará pelo *caput* do Artigo 25. (BRASIL, 2007, p. 156).

Costuma-se apontar ainda que se os valores destinados à distribuição de medicamentos e outros tratamentos fossem direcionados a políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável; o benefício para a população seria maior. Sem dúvida, tal afirmação afigura-se uma verdade, mas enquanto os administradores não enxergam o óbvio, ou não querem realizar ditas obras, porque como se diz *não aparecem*, incumbe ao Judiciário ir procedendo às condenações até que um dia o Executivo seja compelido a utilizar melhor o orçamento público.

A terceira crítica seria quanto à violação ao princípio democrático e à separação de poderes, esta sempre utilizada pela União, pelos Estados e Municípios em suas defesas, alegando que não se pode retirar dos poderes legitimados pelo voto popular (Executivo e Legislativo) a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Primeiramente, cumpre ressaltar que esta Separação de Poderes existente na CF não foi a idealizada por Montesquieu, como muitos apregoam, mesmo porque ele nem contemplava o Poder Judiciário. No Capítulo 6º do Livro 11 de “O Espírito das Leis”, sugere o modelo inglês para a França, seu país. E, quando ele fala em três poderes, está-se referindo ao Rei (Poder Executivo); à Câmara Alta e à Câmara Baixa (estas duas pertencentes ao Legislativo). Dizia Montesquieu (1999, p. 189):

> Eis, portanto, a Constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo nele o corpo legislativo composto de duas partes, uma encadeará a outra através de sua faculdade mútua de impedir. Todas as duas serão ligadas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, ficará ele mesmo ligado ao poder legislativo. Estes três poderes deveriam constituir um repouso ou uma inação. Porém, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados à mobilidade, será forçoso que se movam harmoniosamente.

Montesquieu, em verdade, pretendia defender-se do absolutismo. Ele preconizava que o poder deveria frear o poder, não pela Separação de Poderes, mas pela comunhão deles. Tais idéias apenas inspiraram nosso sistema atual, o qual sofreu influência da doutrina norte-americana, com algumas diferenças.

Portanto, o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da CF é tipicamente brasileiro, mas deve remontar a suas origens quando se fala em "comunhão de poderes" e não em total "separação".

A ordem constitucional brasileira adotou a consagrada doutrina que os norte-americanos denominaram checks and balances, com o intuito de evitar abusos no exercício do poder político e proporcionando o equilíbrio e a harmonia entre os poderes constitucionais, que passaram a agir com fiscalização mútua, buscando-se evitar a supremacia de um sobre o outro.

No tocante às atribuições do Poder Judiciário, dispôs a Constituição Federal de 1988 que é *função precípua do Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXV), incluindo-se aí, por óbvio, as atuações do Estado-Administração que prejudiquem os administrados ou interesses da coletividade e as políticas públicas, também suscetíveis de controle jurisdicional, como a saúde pública (CF, art. 196 a art. 200).

Tudo isso autoriza o magistrado a exercer o controle do ato administrativo questionado, pois nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. No tocante à violação do princípio democrático, cumpre iniciar pela sua definição. Para Cândido Rangel Dinamarco (1994, p. 171), democracia:

> É participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia. Tem-se participação democrática, portanto e bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos administrativos lesivos ao patrimônio público; e também nas demandas relativas ao meio ambiente, com indivíduos reunidos em associações constitucionalmente permitidas e asseguradas, canalizando ao Estado, através do juiz, a sua denúncia de atos ou atividades lesivas ao patrimônio comum e pedido da solução socialmente adequada.

Assim, ainda que o magistrado não tenha sido escolhido pelo voto direto, ele integra um dos poderes do Estado, que deve agir em harmonia com os demais e atuar quando chamado para tal. Rodolfo de Carmago Mancuso (2003, p. 33-34) aponta que "O Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses

sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas". Cita como exemplo "[...] ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica a definição" ou "[...] ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta" e nem por isso se alega violação de poderes ou ausência de legitimidade democrática. Além disso, ele ainda cita pontos sensíveis, como "[...] o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa".

Muitos doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, vêm sustentando que os interesses metaindividuais tornam o Judiciário uma instância política: "[...] é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformando em meio de solução de conflitos metaindividuais por isso mesmo tipicamente políticos" (GRINOVER, 1979, p. 30-31).

Inocêncio Mártires (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 52) aponta que juristas mais enfáticos, como Andrés Ibanez e Prieto Sanchis "[...] chegam a anunciar um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes – em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a nova magistratura estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na constituição de 1988". Segundo Susana Henriques da Costa:

> [...] o Poder Judiciário, na atualidade, é uma das principais instâncias de discussão e controle da ética e das escolhas públicas. Tornou-se, portanto, uma instância política, pois, ao decidir, leva em consideração ponderações de ordem axiológica e ideológica. O Poder Judiciário deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesão e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais. (COSTA, 2006, p. 202).

Inocêncio Mártires Coelho faz uma importante reflexão sobre aqueles que são contra o ativismo judicial:

> Seria saudável, por exemplo, rejeitarmos a postura fundamentalista dos que não admitem sequer discutir o assunto, imbuídos da crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, onde quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos com força de lei. Essa tese de consistência aparente poderia ser refutada dizendo-se que os juízes, embora não possuam

> legitimidade de origem por produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na adquirida com a aprovação social do seu comportamento, ou ainda, argumentando-se que sem a participação vivificadora dos seus intérpretes e aplicadores as leis permanecem textos frios e inacabados, como já dizia, por volta de 1940, o intuitivo Lúcio Bittencourt. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 87).

Não obstante os juízes não serem eleitos pelo povo, devem fundamentar suas decisões e torná-las públicas, conforme previsto na Constituição Federal. Para Inocêncio Mártires (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 66), citando Lo Racional como Razonable, "[...] é especificamente pela justificação que o autor de uma decisão quer se trate de um juiz ou de uma autoridade administrativa constrói a credibilidade sobre a qual repousa a confiança que nele depositam os cidadãos". Em verdade, é por meio do Poder Judiciário que hoje se exerce a cidadania.

Peter Häberle (1997) vai além. Para ele, não apenas os juízes e os administradores públicos são os intérpretes da Constituição. O autor defende uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à sociedade aberta, sob o principal fundamento de que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete.

Não obstante Luís Roberto Barroso (2008, p. 5) defender que o Poder Judiciário não pode definir as políticas públicas de saúde, ele faz brilhante exercício de raciocínio lógico, que resume muito bem o que se demonstrou no presente tópico:

> Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, nos quais incluem a liberdade, a igualdade, o mínimo existencial. E os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular, nos termos do artigo 1º da CF. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança, etc. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao

> Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações os órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo – impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre se reconduzir a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Tal crítica não se mostra hábil para afastar o controle jurisdicional para efetivação das políticas públicas de saúde. A partir do momento em que a Constituição Federal previu a possibilidade de postular a implementação de políticas públicas, antes afetas apenas aos Poderes Executivo e Legislativo, e ao mesmo tempo conferiu legitimidade a diversos membros e grupos da sociedade civil, o Poder Judiciário passou a ser um dos melhores fóruns de debates a respeito das políticas públicas a serem adotadas.

O Judiciário assume seu papel na concretização das normas constitucionais, sem ferir o princípio da separação dos poderes, mesmo porque num Estado democrático de Direito o Estado soberano deve submeter-se à própria justiça que instituiu e o Judiciário nada mais faz senão cumpri-la, determinando a realização prática do texto constitucional. [11]

A quarta crítica à judicialização seria o impacto orçamentário e a cláusula da reserva do possível. A cláusula da reserva do possível (Vorbehalt des Möglechen) surgiu na Alemanha, a partir de uma decisão da Corte Suprema, segundo a qual a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços, ou seja, não é permitido exigir do Estado nada acima de um limite básico social.

---

[11] Nesse sentido, o STF já declarou: "[...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV)". (STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.05.2000, p. 20).

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2008), o primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs. A Corte alemã considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável e que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, "daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade", correspondente, ao menos, ao "direito mínimo de existência".

Ao mesmo tempo, desenvolvia-se nas universidades americanas a Teoria dos Custos dos Direitos, segundo a qual se deve levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia ocasionar.[12]

Em verdade, antes de aplicar a tese da reserva do possível ou a dos Custos dos Direitos, impõe-se ponderar que os países nos quais elas foram desenvolvidas possuem realidades sociais bem diversas do Brasil. Assim, o mesmo preceito aplicado em contextos sociais diferentes assume caráter também diferente. Ora, o Brasil sofre de desigualdade social imensa, com uma população cada dia mais depende das ações do governo. Boa ou ruim, essa política paternalista tem seus argumentos válidos, na medida em que visa diminuir a desigualdade de classes.

É preciso diferenciar a inexistência de recursos públicos aptos a custear as políticas públicas e a alocação indevida de recursos públicos, em face das prioridades constitucionalmente estabelecidas para promoção dos direitos humanos. E quais seriam essas prioridades?

Ora, constam na Constituição Federal determinadas normas que estipulam uma inequívoca destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a realização das políticas públicas, como se vê nos artigos 195, 204 e 212 da CF/88 e nos artigos 55 e 60 do ADCT[13]:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> [...]
> Art. 198. [...] § 2º: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
> I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

[12] Ver Posner (2004, p. 49 e ss.).

[13] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct. Consulta realizada em 10.09.2010.

> II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
>
> III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).
> [...]
> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
> [...]
> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.
>
> ADCT: Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, *trinta por cento, no mínimo,* do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao *setor de saúde*.
>
> Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: [...]. (grifo nosso)

Denota-se, logo, a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos pela Constituição. Portanto, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 93-96), ao examinar a possibilidade de levar a efeito uma dogmática jurídica das políticas públicas, baseada na dignidade da pessoa humana, indica que, para que se torne minimamente consistente, ela deveria ser estruturada sobre pelo menos três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a elaboração dos sistemas de controle; a garantia de acesso à informação.

O primeiro parâmetro estaria relacionado com a quantidade de recursos públicos disponíveis para serem aplicados às políticas públicas concretizadoras dos direitos

fundamentais; em diversas passagens, a Constituição estabelece esses parâmetros, como já visto. Assim, basta apurar o quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em relação a esses direitos, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições e verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais acima indicados.

O segundo parâmetro se apresenta em relação ao "resultado final esperado da atuação estatal", identificando-se, pois, a partir do trabalho de hermenêutica constitucional, quais são os bens jurídicos mínimos que devem ser ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, citando a autora o exemplo da educação fundamental a toda a população (arts. 205 e 208, inciso I, da CF).

Assim, os recursos públicos disponíveis para a educação, por conseguinte, devem ser investidos em políticas públicas capazes de produzir esses resultados até que eles sejam atingidos. Enquanto não forem, deve ser destinada verba menor a outras áreas até a concretização desse objetivo – ou o gasto exorbitante que se apurou nos chamados cartões corporativos.

Como exemplo, poderiam ser diminuídas as dotações orçamentárias excessivas ao Poder Legislativo, com suas exorbitantes verbas indenizatórias ou à publicidade de governo, que, em épocas pré-eleitorais, com possibilidade de reeleição, consomem parte significativa do orçamento público.

O terceiro parâmetro proposto por Ana Paula de Barcellos consiste no acesso à informação acerca da arrecadação e da receita dos entes estatais e o seu dispêndio pela sociedade, para que se possa efetuar um controle social eficaz das políticas públicas, em decorrência do princípio da publicidade.

O que se observa nas contestações apresentadas pelo Município, Estado e pela União é que a cláusula da reserva do possível é utilizada apenas em sua parte teórica. Não se apresentam os números, não se aponta quanto foi gasto em saúde pública, em medicamentos. Contenta-se apenas com a boa doutrina e não se desce aos fatos.

Lado outro, é de comum sabença que o orçamento público é mal gasto, mal dividido, desviado para os bolsos de nossos administradores públicos. Não há prioridade nem para a saúde nem para educação e dizer que os Estados, os Municípios e a União destinam o mínimo previsto na Constituição Federal, ainda é muito pouco, considerando a enorme desigualdade social existente no País.

Portanto, essa alegação puramente teórica da reserva do possível é cabível apenas em países onde o mínimo essencial já se encontra assegurado. Mas, no Brasil, a própria imprensa e o nosso cotidiano revelam as mazelas do sistema. Por isso, afigura-se verdadeiro absurdo que as defesas judiciais (e mais absurdo ainda que decisões judiciais) venham pautadas na teoria da reserva do possível, sem nenhum

respaldo numérico, estatístico, baseado em quanto se gastou, efetivamente, com a saúde, num determinado orçamento público.

Por via de regra, no âmbito do nosso processo civil, quem alega deve comprovar o alegado; conseqüentemente, a cláusula da reserva do possível só pode ser aceita se a administração pública (União, Estado ou Município) comprovar que os recursos públicos foram alocados para as prioridades apontadas na Constituição Federal e que nas demais áreas foram aplicados com razoabilidade, se comparados à percentagem aplicada para efetivação dos direitos sociais.

Talvez quando se começar a discutir, em sede de ações civis públicas, como é gasto o orçamento público, a saúde comece a melhorar no Brasil, pois se verá, em números, como o dinheiro é mal empregado na saúde.

Em verdade, boa parte dos operadores de Direito têm consciência de que as políticas públicas envolvem gastos, e, partindo-se do pressuposto de que há uma limitação nos recursos, forçoso priorizar quais serão as destinações do dinheiro público, destacando-se aqui a influência das imposições constitucionais quanto aos fins a serem pretendidos.

Assim, concluiu-se que a escolha dos dispêndios públicos não se presta a um tema reservado à deliberação política por um todo, mas segue forte influência dos mandamentos constitucionais.[14]

Segundo Vicente de Paulo Barreto (2003, p. 118), a existência de recursos públicos disponíveis para a efetivação desses direitos depende de escolhas políticas, que definirão a destinação dos recursos por meio de políticas públicas necessárias à concretização desses direitos. Dessa forma, o argumento da necessidade de uma economia forte não é subsistente, pois bastaria “vontade política” para destinar os recursos necessários.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, cujos ministros possuem visão bem ampla acerca de tudo o que aqui se apontou, não vem aceitando a tese da cláusula do possível no tocante à efetivação de políticas públicas. Ao decidir a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF, ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que:

> Muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático não pode

[14] Ver Barcellos (2005, p. 90-91).

> ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: dj 03-02-2006 Agte: Município De Santo André Agdo.(a/s) : Ministério Público do Estado de São Paulo).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou a respeito da observância da cláusula da reserva do possível em matéria de saúde:

> Ementa: Constitucional. Omissão do Poder Executivo no fornecimento de serviço de relevância pública de transporte de doentes. Determinação do Poder Judiciário para cumprimento de dever constitucional. Inocorrência de ofensa ao princípio de separação de poderes e à Cláusula da Reserva do Possível. [...] É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Teófilo Otoni de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Teófilo Otoni, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico social, político e cultural, é constantemente esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais". (Apelação n. 1.0686.02.040293-5/001, Rel. Des. Maria Elza – 5ª C.C., 28.10.04, TJMG).

Dessa feita, a alegada escassez de recursos deve ser comprovada e não apenas alegada, pois, se assim fosse, poder-se-ia rasgar a Constituição Federal, pois nenhuma norma constitucional resistiria a tal argumento.

Sabe-se que o financiamento da saúde pública no Brasil ainda está longe do ideal e talvez por isso boa parte da doutrina defenda que se assegure, ao menos, o mínimo. É o que se apregoa com a Proibição de Retrocesso, art. 77 do ADCT, mecanismo jurídico apto a garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais promovidos por meio de políticas públicas. Segundo Canotilho (1999, p. 326), a Proibição do Retrocesso:

> [...] quer dizer que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação ao princípio da confiança e da segurança aos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Trata-se de tema importante, em especial no Brasil, quando se vêem os já escassos benefícios de assistência social e os precários serviços de atendimento à saúde, a flexibilização dos direitos e das garantias dos trabalhadores, dentre outras diversas questões que poderiam ilustrar retrocesso na promoção dos direitos fundamentais.

Para Luís Roberto Barroso (2001, p. 158), a proibição ou vedação do retrocesso constitui um princípio "[...] que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico Constitucional" e por ele "[...] entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido".

O presente trabalho defende não apenas o mínimo mas vai além, exigindo uma eficácia razoável dos direitos sociais. E não se contenta apenas com o mínimo previsto no artigo 198 da CF, porque essa não foi a vontade do constituinte. O artigo 77 do ADCT dispõe exatamente sobre isso:

> Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:
> I - no caso da União: (EC nº 29/00)
> a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; (EC nº 29/00)
> b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; (EC nº 29/00)

Cabe aqui uma importante reflexão feita pelo Professor Kaufmann em aula ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Constitucional. Salienta-se que, em nenhum trabalho pesquisado, o tema foi abordado com tamanha franqueza.

O artigo referido traz uma enorme incongruência quando prevê a gradação em matéria de vinculação das receitas a serem destinadas à saúde. Isso porque, para não aumentar os valores no ano seguinte, o governo não investe além, mantendo sempre o limite constitucional. A Fazenda Nacional já está discutindo tal assunto no STF. Esse receio em se aumentarem os investimentos em saúde está atrelado à proibição do retrocesso, porque, uma vez concedido o aumento, não se pode mais

retornar ao *status quo*. Daí a administração opta por não dar nem mesmo o primeiro passo.

Portanto, todo esse fenômeno político deve ser – e é – conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não se podendo afirmar que o Judiciário não se deve imiscuir em questões políticas. Como se observa, esse conhecimento da questão política afigura-se essencial para que decisões inteligentes sejam proferidas, garantindo que os investimentos em saúde sejam assegurados e não estagnados.

Cabe ainda mencionar que a proibição de retrocesso está intimamente relacionada à dimensão simbólica dos direitos fundamentais, muito estudada por Marcelo Neves (2003, p. 139-169). Segundo tal autor, na Constituição existem vários conteúdos que não têm uma relação com a realidade concreta do País, acabando por exercer apenas uma função simbólica, na medida em que esses conteúdos, na verdade, não são aplicados na prática. Daí que a Constituição funciona, em determinados casos, apenas como álibi. O autor defende a concretização da legislação, tentando superar esse simbolismo constitucional por meio do combate à corrupção sistêmica e à exclusão social, verdadeiros impeditivos do Estado de Direito e da realização de direitos fundamentais.

A Constituição Federal traz símbolos dos direitos sociais, às vezes positivos às vezes negativos. No simbolismo negativo se cria uma expectativa, uma impressão de que os poderes públicos estão assegurando os direitos fundamentais e isso não é verdade. Um exemplo atual é o direito à moradia. O efeito simbólico disso é que a concretização do direito à moradia, previsto no artigo 6º, está muito longe de normatizar esse direito, gerando uma falsa expectativa na sociedade.

Felizmente, em termos de saúde pública, o STF tende a utilizar a força simbólica positiva de suas decisões, impondo a efetivação dos direitos sociais. Um bom exemplo seriam os pedidos de tratamentos caríssimos no exterior e que chegam ao STF, os quais têm sido concedidos sob o argumento principal da falta do serviço no País e que o Estado deve arcar com seu desaparelhamento.

Muitos se indignam com tais decisões, alegando que garantir um tratamento caríssimo no exterior para um paciente não é assegurar o direito à saúde de "todos". Numa primeira análise, tais decisões seriam de fato absurdas. Mas como estariam hoje todos os portadores de HIV se as primeiras ações judiciais para obrigar o Estado a custear o tratamento tivessem sido negadas?

Portanto, ainda que sejam proferidas decisões onerosas, até equivocadas, para proteção de um único indivíduo, esse parece ser o caminho possível até então, sob pena de o Judiciário deixar de visualizar o futuro, de pensar no todo, de aplicar a força simbólica positiva em suas decisões, de coibir o Estado a destinar os recursos para aquelas áreas que o constituinte elegeu como prioritárias.

Tais decisões são impregnadas de simbolismo e revelam uma preocupação do julgador fora do processo. Vislumbra-se que a intenção das decisões não é apenas assegurar o tratamento ao postulante, mas forçar o Estado a investir em pesquisa, na boa medicina.

Deve-se buscar transformar em realidade os direitos fundamentais estampados na Constituição e não se contentar com o simples argumento da reserva do possível, pois muitas vezes o orçamento está sendo empregado em áreas de menor importância (como a publicidade pública), enquanto a população não possui o mínimo essencial. Por isso, defende-se que, quando o Judiciário impõe a efetivação de uma política pública, na verdade não há subsunção do político ao jurídico, mas sim ao querer do legislador constitucional e que o conhecimento da política é essencial para que as decisões e as leis não tenham apenas força simbólica negativa, mas positiva.

A quinta crítica à judicialização seria que os direitos sociais são apenas normas programáticas. Alega-se que o artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual o direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, é norma programática a ser concretizada por meio dos órgãos competentes.

A crítica é equivocada porque, hoje, as políticas públicas de saúde já não são apenas normas programáticas. A própria Constituição Federal definiu o SUS como instrumento de concretização do direito à saúde e as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 dispõem sobre as políticas públicas de saúde a serem adotadas. Dessa feita, não há mais espaço para discussão, pelos entes federativos, de qual política pública deve-se adotar. Elas simplesmente devem ser adotadas. Também no campo dos recursos financeiros não deveria haver mais espaço para discussão, tendo em vista a fixação constitucional de tributo específico para a saúde, qual seja: a afetação de recursos orçamentários da União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal – Emenda Constitucional nº 29/2000. Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida expõe com clareza:

> A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (art. 5º, XXXV, e 129, III) tanto que consagra [...] o princípio da não-taxatividade da ação civil pública [...] a implantação de políticas públicas, especialmente as exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação poderá ser acionado jurisdicionalmente [...]. (ALMEIDA, 2003, p. 342).

As políticas públicas de saúde deveriam ser todas concretizadas pelo Estado, mas o sistema ainda não atingiu o nível ideal preconizado na Lei do SUS, que veio regulamentar o artigo 196 da CF/88, havendo necessidade, em muitos casos, de buscar o Judiciário, em especial no tocante à distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos. (ALMEIDA, 2003, p. 342).

A sexta crítica seria que as políticas públicas não devem ser implementadas por decisões judiciais. Tal crítica poderia até ser inserida na anterior, pois enfatiza que a opção do constituinte para a implementação das políticas públicas foi que ela se desse por meio de políticas sociais e econômicas e não por meio de decisões judiciais.

Ingo W. Sarlet (2005, p. 364) defende que os direitos fundamentais estão fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a esses direitos estar diretamente vinculado.

Como dito, enquanto não se atingirem tais metas, o Poder Judiciário deve continuar intervindo para garantir o acesso à saúde pública. Isso significa que o Brasil deve investir mais em pesquisa científica, pois somente dessa forma haverá um avanço na saúde no País. Logicamente, isso tudo vem com o tempo, mas certamente, se não houver uma pressão da sociedade, via Poder Judiciário, Ministério Público e associações, os recursos jamais serão destinados a tais fins. Infelizmente, enquanto os bons administradores da área de saúde se esforçam para lidar com os escassos recursos, o orçamento é desperdiçado com o Poder Legislativo (verbas indenizatórias, remunerações altíssimas dos parlamentares) e com o Executivo (como no caso dos cartões corporativos).

Enquanto tais abusos não forem sanados e pessoas ainda aguardarem em situações subumanas por leitos em hospitais públicos, deve continuar havendo forte pressão do Judiciário, no tocante à saúde pública.

4. Ministério Público e a proteção à saúde como direito social indisponível

A tutela coletiva pelo Ministério Público, hoje, representa uma total conformação ao texto constitucional, além de ter implementado uma revitalização institucional, antes limitada a alguns processos cíveis e forte atuação na área criminal.

Não obstante o incremento de atribuições, há um movimento contrário da doutrina, da jurisprudência, de procuradores e advogados, no sentido de limitar o espectro de atuação do *Parquet*, em especial no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos.

José Menezes Vigliar (1999, p. 83) sustenta a existência de quatro posicionamentos no tocante à legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses metaindividuais, por via da ação civil pública. Segundo o autor, primeiramente, há quem sustente a legitimidade do *Parquet* para a defesa de todo e qualquer interesse metaindividual. Há, também, aqueles que negam totalmente a legitimidade do Ministério Público (MP) para a defesa dos interesses individuais homogêneos. Existem, ainda, os que reconhecem a legitimidade irrestrita da instituição para a defesa dos interesses difusos e coletivos e apresentam algumas limitações no tocante aos interesses individuais homogêneos. Por fim há os que somente reconhecem a legitimidade incondicional do MP quando se trata de interesse difuso, devendo ser

feita uma análise do caso concreto com relação aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

Em verdade, discussões dessa natureza nem poderiam figurar mais nas ações judiciais. Em pleno século XXI, quando já se está a tratar de diretos fundamentais de quarta geração, extinguir um processo com base na ilegitimidade de um órgão de importância constitucional, que teve sua atribuição ampliada, constitui um descaso com a democracia, com a Constituição Federal, configura uma negativa de prestação jurisdicional.

Em verdade, o Ministério Público tutela situações que, a partir de lesões individuais, assumem dimensão social, exercendo o *Parquet* uma atuação genérica e impessoal.

Quando o Ministério Público se lança na propositura de ações civis para tutela da saúde, não se tem como norte tão-somente o atendimento ao cidadão de forma individual, mas sim de toda a coletividade, todos os portadores de determinada doença e a sociedade em geral, merecedora de uma melhor aplicação das verbas públicas, a serem destinadas mais à saúde e à educação que à publicidade ou à corrupção.

A Carta da República de 1988, em seu artigo 127, estabelece que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial á função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Também o art. 129, II, prevê que são funções institucionais do Ministério Público: "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia". O direito à saúde é indissociável do direito à vida. Este último é reconhecido como o direito mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito para a existência e o exercício de todos os demais.[15]

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, a aferição da legitimidade do Ministério Público deve ser realizada com base em critério finalístico e institucional do titular da ação. Neste particular, indagamos: qual a finalidade do Ministério Público? Quais são as suas funções institucionais? A resposta está estampada no texto constitucional, qual seja: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ora, com base nesta resposta, é fácil concluir que o Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública que objetive o fornecimento de medicamentos/tratamentos destinados ao combate das enfermidades sofridas pelos cidadãos.

Portanto, a ação civil pública não se presta somente à defesa dos interesses difusos e coletivos, mas também à defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis, pois indisponível é o direito à saúde. Nas palavras Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 73):

[15] Ver Moraes (2005, p. 30).

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Além disso, sabe-se que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam juntos o arcabouço jurídico disciplinador do processo coletivo e autorizam o Ministério Público a propor ações com vistas a obter um provimento condenatório de obrigação de fazer ou de não fazer. Assim, sendo a assistência à saúde uma política pública, de obrigação do Estado, é passível de exigência por meio dos demais poderes, sendo o Ministério Público o órgão legitimado a postular a devida proteção da sociedade.

O Estatuto do Idoso, como outros, com o intuito de afastar de vez a alegação da ilegitimidade do MP, fez constar em seu artigo 81, I:

> Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:
> I - o Ministério Público

Segundo João Carlos de Carvalho Rocha e outros (2005, p. 12):

> A promoção da saúde reclama, necessariamente, preocupação com o meio circundante, com a qualidade de vida em comunidade. Por esse motivo, o direito à saúde é típico direito social e coletivo. Insistir em tutelar o direito à saúde apenas sob as luzes do direito individual pode significar retrocesso e desprestígio para a atividade de prevenção. [...] Nessa linha, é induvidoso que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa da saúde mesmo quando estiverem em discussão interesses individuais homogêneos disponíveis. Isso porque, a defesa de interesses individuais homogêneos pelo *parquet* é cabível se presente o interesse social e, no caso, a própria constituição firmou essa premissa. [...] Note-se que não se trata da defesa de direitos meramente individuais, mas sim de relações jurídicas homogêneas relacionadas à promoção da saúde. Dessa forma, são viáveis ações civis públicas para pleitear indenizações a danos pessoais decorrentes de falhas na fabricação de medicamentos (caso das pílulas de farinha), para obrigar o Estado a fornecer determinados fármacos de uso indispensável no tratamento de moléstias, para coibir aumento irregular na mensalidade de planos e seguros de saúde, para pleitear ressarcimento aos lesados por hospital

> privado conveniado ao SUS que realizou cobranças indevidas aos pacientes, e muitos outros casos.

O Judiciário vem reconhecendo a importância de tais ações para a sociedade.[16] Segundo Robson Renault Godinho (2006, p. 415),

> Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carneiro (1999) anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão exemplar no tocante à proteção dos interesses indisponíveis pelo Ministério Público:

> PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – LEGITIMATIO *AD CAUSAM* DO *PARQUET* – ART. 127 DA CF/88 – DIREITO À SAÚDE.
> 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
> 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
> 4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
> 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

[16] Alguns julgados: STJ, 1ª Turma, Resp n. 417804/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.05, p. 230; TJMG – AG 000.283.654-2/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes – J. 12.12.2002.

6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.
7. O direito à saúde, esculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.
8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'.
9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).
10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. (REsp n.º 817.710/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 17/05/2007, DP. 31/05/2007, p. 364).

Também o Supremo Tribunal Federal já possui precedentes no mesmo sentido, vejamos:

RE 575631 / RS – RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
Julgamento: 31/10/2008
Publicação
DJe-230 DIVULG 02/12/2008 PUBLIC 03/12/2008
Partes
RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Decisão
DECISÃO: Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2. Da leitura dos autos, observo que o Tribunal de origem reconheceu ao Ministério Público legitimidade ativa para pleitear judicialmente, em nome próprio, o fornecimento gratuito, pelo poder público, de medicamento de alto custo e destinado a terceiro. 3. Pois bem, a parte recorrente requer seja declarada a ilegitimidade do MP para propor a presente ação (fls. 74). 4. Tenho que o apelo extremo não merece acolhida. É que o acórdão impugnado: a) não destoa da jurisprudência desta colenda Corte, segundo

a qual o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida (RE 271.286-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello); b) afina com disposto no inciso II do art. 129 da Constituição Federal, *in verbi*s: 'II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia'. Inciso, esse, que densifica a parte final do caput do art. 127 da mesma Constituição de 1988, a saber: 'O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. 5. Qualificando-se, portanto, o direito à saúde como individual indisponível, legitima-se o Ministério Público para a propositura de ação em sua defesa. Precedentes: REs 394.820, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso; 507.927, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes; e 512.889, sob a relatoria do ministro Eros Grau. A propósito, leia-se a ementa do RE 554.088, também sob relatoria do ministro Eros Grau:

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. Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 31 de outubro de 2008. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator.

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão, atualizou sua jurisprudência nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 129, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS – LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM'. 1 - Na esteira de precedente do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde, não se restringindo ao direito de menores e idosos. 2 - Preliminares rejeitadas e recurso não-provido. Vencido o Relator em parte. (Apl. 1.0384.06.047942-3/001. Rel. Fernando Botelho. Data do Julgamento: 02.07.2009. Data da Publicação: 09.09.2009).

Tendo em vista o artigo 1º, inciso III, da Constituição – que elege como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana – e o paradigma do regime democrático, conclui-se ser o Ministério Público órgão legitimado a defender o interesse indisponível da saúde, seja de modo difuso, seja coletivo e individual homogêneo, porque a vida é um direito indisponível.

5. Conclusão

Tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário vêm recebendo relatos de situações sobre as quais têm dificuldade em discernir qual o caminho mais correto a seguir. Normalmente, são familiares de pessoas com descrições de situações clínicas dramáticas, com iminente ameaça à vida ou prejuízos irreversíveis à saúde do paciente caso não seja acolhida a pretensão do fornecimento de determinado medicamento ou tratamento. É natural, portanto, que o Ministério Público ajuíze ações hábeis a garantir a efetivação de políticas públicas, dentre elas, o fornecimento dos medicamentos, inclusive com pedido liminar.

Por outro lado, o Executivo aponta a falta de orçamento, alegando a teoria da cláusula de reserva do possível, bem como a ingerência do Judiciário em suas atribuições. Assim, eis a pergunta que se procurou responder ao longo do trabalho: será possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário e também via Ministério Público?

Como se viu, a questão é polêmica, encontrando como argumentos para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Ministério Público, a não competência do Poder Judiciário por entender que há violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, a reserva do possível, dentre outros.

Todavia, deve-se partir da premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que exigem o agir do Estado; são os direitos a prestações ou direitos cívicos, que autorizam o indivíduo a buscar sua efetivação. O direito à saúde está previsto na CF, no art. 196, segundo o qual incumbe ao poder público a responsabilidade por sua manutenção. Cabe ressaltar também que o SUS foi definido pela Constituição como instrumento de concretização do direito à saúde e, além disso, as políticas públicas de saúde a serem adotadas estão dispostas nas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, assim, hoje não há mais espaço para discutir qual política pública deve prevalecer, simplesmente elas devem ser adotadas, como também não faz sentido dizer que o art. 196 é mera norma programática.

A partir dessas idéias, foram sendo enfrentadas algumas críticas mais substanciosas acerca da chamada judicialização da saúde. Demonstrou-se que as decisões judiciais foram e continuam sendo imprescindíveis para o aperfeiçoamento do sistema e a efetivação das políticas públicas. Caso todas as ações que pleitearam medicamentos para Aids tivessem sido julgadas improcedentes, talvez hoje o Brasil não contasse com tão notável tratamento. As decisões judiciais nessa área são importantes também para atualização das listas de medicamentos, elaboradas pelo Ministério da Saúde. Portanto,

ao contrário do que se afirma, o Judiciário realiza sim macro-justiça, pois, havendo várias decisões que imponham ao Estado uma postura, isso gera uma mudança no sistema.

No tocante à crítica quanto à violação ao princípio democrático, demonstrou-se que a melhor doutrina reconhece que o Judiciário é hoje uma instância política e passa a exercer uma atividade programática visando transformar a realidade social, não havendo aí infringência à democracia, mas plena contribuição para que ela se realize. O Judiciário, em verdade, assume seu papel na concretização das normas constitucionais sem ferir a Separação de Poderes, tendo vem vista que o intuito é evitar abusos no exercício do poder político, proporcionando o equilíbrio e a harmonia entre os poderes constituídos.

Também se enfrentou a crítica quanto à questão orçamentária e alegação de que se está diante de uma colisão entre o direito à vida/saúde e a separação de poderes/princípios orçamentários/reserva do possível, ou ainda uma colisão entre o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não se trata do conflito entre o direito à vida e à saúde e o orçamento público, nem à saúde de uns contra a dos outros, mas sim a melhor escolha possível que o administrador público deve fazer para destinar o seu orçamento, promovendo o bem-estar da sociedade, optando sempre pela vida, pela saúde e pela educação, cabendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário assegurar que tal opção seja feita, quando assim não proceda o administrador.

Dessa feita, deve-se investigar a própria escassez, verificando se faltam recursos ou se esses foram alocados para outras áreas não prioritárias. Porque, se há destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente ocorre escassez de recursos para outras finalidades, e daí surgem teses jurídicas para tentar dissimular a realidade, como é o caso da reserva do possível. Logo, imprescindível se diferenciar o que não é possível por falta de recursos e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras áreas não prioritárias.

E não se cuida apenas de verificar se os recursos mínimos previstos na Constituição Federal estão sendo alocados para a efetivação das políticas públicas, mas sim de verificar se o orçamento público está distribuído de forma proporcional, razoável, priorizando os temas apontados pelo constituinte nos artigos 195; 198, § 2º; 204, 212 da CF/88 e nos artigos 55 e 60 do ADCT.

Aliás, o presente trabalho defende não apenas o mínimo, mas vai além, exigindo uma eficácia razoável dos direitos sociais. Não se contenta apenas com o mínimo previsto no artigo 198 da CF, mesmo porque essa não foi a vontade do constituinte, que no artigo 77, inciso I, do ADCT exigiu uma majoração progressiva dos recursos a serem destinados à saúde.

Portanto, não obstante a execução das políticas públicas seja de competência daqueles que foram eleitos para administrar a coisa pública, essa liberdade não é absoluta, tendo em vista que a Constituição Federal, ao eleger a dignidade da

pessoa humana como princípio fundamental, acabou definindo o alvo prioritário dos gastos públicos, de forma que somente depois de garantida uma razoável aplicação dos recursos em saúde, educação e pesquisa científica, é que se poderão destinar os recursos remanescentes para outras áreas do orçamento. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal e algumas câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vêm rejeitando a alegação da reserva do possível.

Sabe-se que há desperdícios e ineficiência e que ocorrem, cotidianamente, escolhas e prioridades incompatíveis com os princípios constitucionais regentes da administração pública. Todos sabem da precariedade de serviços indispensáveis à proteção e à promoção de direitos fundamentais sociais básicos, como a educação e a saúde, além da conivência existente entre órgãos de fiscalização e da população em geral com gastos elevados em rubricas como publicidade governamental e comunicação social, em todas as administrações (municipal, estadual e federal).

E, então, vem-se com todo um respaldo jurídico, alegando violação ao princípio da separação dos poderes, ao limite orçamentário, muitas vezes sem nenhuma prova; a ingerência do Poder Judiciário, a falta de legitimidade democrática do juiz para definir as políticas públicas, a ilegitimidade do Ministério Público. Lamentável.

A Carta da República de 1988, em seu artigo 127, estabelece que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial á função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Também o art. 129, II, da CF prevê que são funções institucionais do Ministério Público: "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, a aferição da legitimidade do Ministério Público deve ser realizada com base em critério finalístico e institucional do titular da ação. Quando o Ministério Público se lança na propositura de ações civis para tutela da saúde, não se tem como norte tão-somente o atendimento ao cidadão de forma individual, mas sim de toda a coletividade, todos os portadores de determinada doença e a sociedade em geral, merecedora de uma melhor aplicação das verbas públicas, a serem destinadas mais à saúde e à educação que à publicidade ou à corrupção.

O presente trabalho veio defender o ativismo judicial, o *status* político do Poder Judiciário, o exercício da democracia, a legitimidade do Ministério Público para defesa de direitos indisponíveis e, sobretudo, a escolha pela melhor opção: a proteção do direito à vida e à saúde como está assegurado pela Constituição Federal.

Por isso, toda a discussão travada no tocante ao tema da efetivação das políticas públicas de saúde deve ser voltada a um aperfeiçoamento no manejo das ações civis públicas, com uma seleção prévia dos casos, exigência de um relatório médico detalhado, de uma melhor defesa a ser apresentada pelo Estado, pautando-se no

caso concreto e não em doutrinas criadas e aplicadas em ordens jurídicas cuja realidade afigura-se bastante diversa da brasileira.

Em suma, deve conduzir toda a sociedade a discutir a necessidade de implementação de políticas públicas de saúde, a partir do investimento em pesquisa. Sabe-se que ainda hoje no Brasil milhares de pessoas morrem em decorrência de doenças que já deveriam ter sido extintas do País, como dengue, tuberculose, chagas, lepra etc. Ora, onde estão as políticas públicas para combatê-las? Será preciso que o Poder Judiciário também interfira nesses casos para que a população, em especial a carente, seja atendida. Isso deve ser objeto de política pública prioritária dos Estados e Municípios e não é. Quando a discussão sobre como é gasto o orçamento público começar a ser levada ao Judiciário, de modo aprofundado, aí sim, a saúde no Brasil começará a melhorar.

Certa feita, um programa da TV Justiça relatou que uma juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferira uma decisão pioneira e interessantíssima, determinando que se trouxesse dos Estados Unidos uma córnea compatível para um transplante em uma criança, tendo em vista que o Brasil não possuía banco de córnea. Segundo ela, enquanto o Poder Executivo, por meio de nossos representantes, não se conscientizar de que é preciso investir em pesquisas científicas no Brasil, em especial no âmbito da saúde, nunca sairemos do atraso.

Tal visão ampla e futurista nos faz concluir que, de fato, enquanto o administrador público não vislumbrar que é mais oneroso custear tratamentos no exterior que investir em pesquisa científica, em melhorias nos hospitais, em incentivo aos bons médicos, o Brasil não terá banco de córnea, nem inúmeros tratamentos já disponíveis em outros países. Hoje, o Brasil possui excelente tratamento para os portadores de HIV, mas isso só foi possível porque o Judiciário determinou que se fornecessem tais medicamentos e depois veio a quebra da patente etc. Ou seja, felizmente, o Sistema Único de Saúde é para todos e aqueles que possuem melhores condições financeiras fazem chegar aos Tribunais Superiores pleitos que a todos interessa.

É por isso que incumbe ao Poder Judiciário, por meio das inúmeras demandas que chegam até ele, impor que as verbas públicas sejam destinadas à saúde da população, ainda que muitas ações sejam equivocadas, mas ao longo do caminho, vê-se que muitas decisões surtiram efeitos positivos para a sociedade. É como na fábula das abóboras.

Naquele caminhar da democracia e dos direitos fundamentais, faz-se necessário que ali se juntem outros personagens, como o juiz, o promotor de justiça e o cidadão, para dizer que a melhor escolha para a destinação do orçamento público é a efetivação de políticas públicas de saúde, saneamento básico e educação, o incentivo à pesquisa, e não, como se vê, rotineiramente, milhões gastos em publicidade estatal, mau uso do dinheiro público, falta de planejamento adequado. Talvez o maior trunfo da democracia seja que as minorias também devem ser ouvidas, pois muitas vezes a maioria esquece-se de quais os valores devem imperar na sociedade.

Felizmente, ainda existem aqueles cidadãos que, mesmo em face de toda burocracia estatal, de tantos atos de improbidade administrativa impunes, de toda negligência sofrida na rede pública de saúde, ainda acreditam no Poder Judiciário e no Ministério Público e sempre a estes recorrem, com uma força surpreendente que a todos os profissionais comove e dá vigor a essas carreiras, na esperança de terem minoradas as mazelas sofridas e que a lassidão comum delas vai-se esquecendo.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. *Doutrina ADCOAS*, v.6, n.12, p.392-398, dez. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun.2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. v. 1, n. 3, p. 3-32, jul./set. 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspex?cod=5282>. Acesso em: jan. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência Farmacêutica no SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In: LIVIANU, Roberto. (Org.). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo e Movimento do Ministério Público Democrático, 2006. v. 1. p. 199-206.

DE PAULA, Antônio Sérgio Rocha. Ação Civil Pública e as políticas públicas: o princípio da separação dos poderes e a cláusula da reserva do possível. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.6, p. 423-430, jan./jun. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos: algumas impressões. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 393-412, jan/jun. 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, abr./set. 1979.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Da Constituição da Inglaterra. In: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 139-169, out./dez. 2003.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; VIEIRA, Fernando Cézar Carrusca. Critério Censitário para acesso a direitos humanos: o acesso à saúde no Estado Democrático de Direito. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, p. 349-368, jan./jun. 2006.

POSNER, Richard A. Teorias de Regulação Econômica. In: STIGLER, George J.; POSNER, Richard A.; MASHAW, Jerry L. (Org.) *Regulação Econômica e Democracia*: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. A Saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.). *Ação Civil Pública*: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais:* estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_23/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2008.

VIGLIAR, José Menezes. *Ação Civil Pública*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Artigo recebido em: 17/12/2009
Artigo aprovado em: 28/06/2010

SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS FORA DA LOCALIDADE DE ORIGEM DOS USUÁRIOS – O TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO COMO POLÍTICA PÚBLICA INDISPENSÁVEL À GARANTIA DE ACESSO

SUELY DAS GRAÇAS SILVA
Oficial do Ministério Público
Bacharel em Direito

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise do acórdão do TJMG que julgou pela impossibilidade de antecipação de tutela requerida para que fosse determinada a retomada imediata do Tratamento Fora do Domicílio (TFD), que havia sido suspenso por município mineiro.

Como se verá mais detalhadamente nos próximos tópicos do artigo, a rotina do TFD tem como objetivo disponibilizar transporte, estadia e alimentação para pacientes em tratamento ambulatorial que não encontram solução para seus problemas de saúde na localidade de origem.

Para negar provimento ao recurso interposto por membro do *Parquet* estadual, a decisão judicial ora trabalhada considerou, em especial, a complexidade organizacional e a interferência no orçamento do ente municipal.

Nesse sentido, busca-se verificar as bases em que se sustenta a implementação da política pública definida como TFD, visando demonstrar o seu papel no contexto da forma de organização das ações e serviços de saúde prevista na Constituição, com o intuito de sopesar os fundamentos expostos na decisão.

Para tanto, serão problematizados os riscos de uma interrupção do TFD por parte do município, sem eventual substituição por medidas alternativas capazes de atender aos usuários desassistidos.

A questão será explorada à luz da posição mais recente do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere às demandas relacionadas à saúde.

2. Do acórdão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão de primeira instância que deferiu apenas parcialmente a liminar para que o programa de Tratamento Fora do Domicílio (TFD) fosse restabelecido somente no que tange aos pacientes expressamente citados na ação civil pública. O órgão ministerial então postulou, em sede recursal, o restabelecimento integral de TFD.

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RESTABELECIMENTO DO PROGRAMA – NÚMERO INDETERMINADO DE PACIENTES – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – RECURSO DESPROVIDO. A determinação liminar de retomada de programa de saúde imposta ao município pelo judiciário não é medida razoável, ante a complexidade organizacional e a interferência no orçamento. Para restabelecer o tratamento de pacientes, em sede de antecipação de tutela, é necessária a demonstração, por meio de prova inequívoca, de quantas e quais são as pessoas inscritas no programa de saúde. Depende também da demonstração de que a não retomada imediata do tratamento poderá traduzir a possibilidade da ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação ao paciente, tais como sério agravamento do seu estado de saúde ou iminente risco de vida. (TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0707.08.172451-0/002. Rel. Des. Armando Freire. J. 20/10/2009).

Em julgamento, a turma do TJMG entendeu que a liminar de retomada de programa de saúde imposta ao município pelo Judiciário "[...] não é medida razoável, ante a complexidade organizacional e a interferência no orçamento".

Foi asseverado que:

> [...] para restabelecer o tratamento de pacientes, em sede de antecipação de tutela, é necessária a demonstração, por meio de prova inequívoca, de quantas e quais são as pessoas inscritas no programa de saúde. Depende também da demonstração de que a não retomada imediata do tratamento poderá traduzir a possibilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação ao paciente, tais como agravamento de seu estado de saúde ou iminente risco de vida.

3. O direito à saúde e a organização das ações e dos serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS

Para compreender o papel do TFD no contexto da saúde pública, é importante que se faça uma breve exposição sobre a disposição das ações e dos serviços de saúde delineada pela Constituição e complementada por normas infraconstitucionais e infralegais.

A saúde integra o rol dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição (art. 6º), sendo definida, ainda, como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido através de políticas sociais e econômicas (art. 196).

Em termos de responsabilidade, a Constituição prevê que cuidar da saúde é competência comum de todos os entes federados (art. 23, II). Nesse sentido, União, Estados e Municípios concretizam os mandamentos constitucionais por meio de variadas ações e intervenções.

A Constituição ainda traçou a forma de organização das ações e dos serviços de saúde, prevendo sua integração em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, e em conformidade com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.

O mandamento da integralidade[1] significou a garantia de atenção ao indivíduo em todos os níveis de complexidade do sistema.

A descentralização alterou a forma de organização das ações e dos serviços, sendo que a fixação da competência administrativa dos três entes federados traçada pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) atribuiu ao município[2] a execução das ações e dos serviços, ficando os Estados e a União com a execução subsidiária.[3]

A regionalização e a hierarquização são consideradas pressupostos da descentralização (CARVALHO; SANTOS, 2006). Enquanto a primeira diz respeito à distribuição espacial dos serviços de saúde, organizados para atender à população de uma determinada região, a hierarquização refere-se à existência de níveis de complexidade de atenção integral à saúde, organizados cada qual com seu grau próprio de resolutividade.

Com efeito, depreende-se que em uma determinada região deve existir uma gama de serviços para atender a uma respectiva população (regionalização), que compreende recursos assistenciais que vão do nível de atenção primária, passando pela secundária, até alcançar a terciária ou de alta complexidade (hierarquização).

3.1. Dos instrumentos de regionalização das ações e dos serviços de saúde

A idéia subjacente à forma de organização das ações e dos serviços de saúde baseada na descentralização, regionalização e hierarquização é trazer a execução para o mais próximo possível do usuário.

---

[1] O atendimento integral é uma das diretrizes a serem observadas na organização das ações e serviços do Sistema Único de Saúde, ao lado da descentralização e da participação da comunidade (CF, art. 198). A Lei nº 8.080/90 positivou a integralidade como princípio do SUS, definindo-o como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (art. 7º, II).

[2] A execução não se confunde com financiamento, de responsabilidade das três esferas de governo.

[3] Art. 16 da Lei nº 8.080/90.

Isso não significa, no entanto, que todos os municípios devam disponibilizar recursos de todos os níveis de atenção à sua população, até porque determinados procedimentos ou tecnologias exigem, para sua aplicação racional e segura, determinada escala. Nesse caso, aos municípios cabe garantir o acesso aos serviços disponibilizados em outras localidades quando desprovidos dos recursos no seu âmbito de resolutividade.

Essa forma de organização implicou a eleição de instrumentos de gestão por parte do poder público para racionalizar a oferta e a demanda. Nesse sentido, a Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS) 01/2001[4] previu a elaboração do Plano Diretor de Regionalização (PDR), dividindo o território estadual em microrregiões e macrorregiões de saúde.

Esse instrumento objetiva organizar e direcionar o acesso dos usuários a serviços de saúde em todos os níveis de complexidade, dividindo o Estado em regiões sanitárias.

Em Minas Gerais, o Plano Diretor de Regionalização[5] divide o Estado em 75 microrregiões, que integram 13 macrorregiões, estas com 18 cidades-pólo.

A idéia é que o usuário encontre os serviços de atenção primária em seu próprio município, de atenção secundária na sua microrregião e de alta complexidade (terciária) nos pólos macrorregionais.

A partir desse mecanismo de disposição regional dos serviços, os municípios se organizam entre si e com o Estado para implementar este intercâmbio de recursos de saúde.

O instrumento idealizado para viabilizar essa negociação entre os entes é a Programação Pactuada Integrada (PPI)[6], processo por meio do qual os gestores definem e quantificam as ações de saúde para a população de determinado território e pactuam entre si a realização das ações a partir de critérios, parâmetros e limites financeiros previamente estipulados.

A coordenação do processo é feita pela direção estadual, seguindo diretrizes traçadas pelo Ministério da Saúde. As negociações feitas pelos gestores levam em consideração a organização regional definida no PDR e se dão por meio de instâncias próprias de deliberação, que são as Comissões Intergestores Bipartide[7], compostas de representantes dos Municípios e do Estado.

---

[4] Portaria do Ministério da Saúde GM nº 95, de 26 de janeiro de 2001.

[5] PDR Minas Gerais foi elaborado no ano de 2000, tendo passado por ajustes posteriores. O último deles ocorreu em outubro de 2008. O PDR pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.saude.mg.gov.br/politicas_de_saude/plano-diretor-de-regionalizacao-pdr>.

[6] A PPI está prevista na Norma Operacional Básica de Assistência à Saúde (NOAS) nº 01/2001. Os processos e eixos orientadores encontram-se atualmente expressos na Portaria do Ministério da Saúde nº 1.097/GM, de 22 de maio de 2006.

[7] A Comissão Intergestores Bipartite do Estado de Minas Gerais (CIB-MG) é uma instância colegiada instituída pela Resolução nº 637, de 25 de junho de 1993, constituindo-se como foro privilegiado de negociação e decisão quanto aos aspectos operacionais do SUS/MG. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/institucional/cib>. Acesso em: 10 jul. 2009.

Dessa forma, após fazer a "pactuação", o município referencia sua população para tratamento em outro município ou é referenciado para receber a população vizinha, conforme sua capacidade instalada e sua necessidade, e em consonância com a organização prevista no Plano Diretor de Regionalização.

Dependendo da complexidade, da especificidade e da insuficiência de oferta, ou até mesmo das características territoriais, às vezes torna-se necessário inclusive ultrapassar a barreira do Estado em busca de tratamentos de agravos à saúde.

4. Política pública definida para garantir o acesso de pacientes em tratamento ambulatorial referenciados para outras localidades – o Tratamento Fora do Domicílio

A rotina do Tratamento Fora do Domicílio (TFD) é a principal política pública idealizada para garantir o acesso de usuários em tratamento ambulatorial a outras localidades quando o município de origem não oferece o grau de resolutividade demandado.

Ela foi regulamentada pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria MS/SAS nº 55, de 1999,[8] que a incluiu na tabela de procedimentos do Sistema Único de Saúde, delimitando as diretrizes de sua concessão.

A portaria regulamentadora especificou valores que servem como parâmetros para concessão de transporte, diária e estadia para usuários do Sistema Único de Saúde.

Com efeito, há previsão de que o benefício somente pode ser concedido quando esgotados os meios de tratamento no próprio Município ou Estado e apenas quando houver garantia de atendimento no local de referência, devendo esta estar explicitada na Programação Pactuada Integrada de cada município, quando a referência se der entre entes municipais.

Assim, o direito a transporte, diária e estadia previsto no TFD vincula-se à programação de referência e contra-referência de cada município, criando-se um sistema em que inicialmente se deve constatar a ausência de recursos na região de saúde do usuário, para somente então, ao buscar os recursos em outras localidades, garantir-se o suporte adequado que viabilize o acesso.

Em conformidade com o que previa a norma emanada pelo Ministério da Saúde, os Estados editaram manuais explicitando as responsabilidades no âmbito estadual e o fluxo de processamento do programa.

O Manual de Procedimentos editado pela Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais no ano de 2000[9] dispõe, entre outras regras, que a solicitação do benefício é feita

[8] Secretaria de Atenção à Saúde

[9] Resolução da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais nº 532, de 1º de dezembro de 2000. O manual foi anteriormente aprovado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), que conta com representantes

pelo médico assistente e autorizada por uma comissão, a qual tem a prerrogativa de solicitar exames e documentos complementares à análise do caso concreto.

Sendo liberado o benefício, o próprio setor responsável pelo TFD deve-se responsabilizar por providenciar o atendimento ao paciente nas unidades de destino e o transporte adequado ao caso, bem como disponibilizar ajuda de custo para estadia e alimentação.

Nesse sentido, o manual atribuiu ao Município a análise das solicitações, a autorização, o agendamento do atendimento e o pagamento das respectivas despesas, ou seja, a execução do programa. Ao Estado, por sua vez, coube assessorar os municípios na operacionalização, controlar, avaliar e normatizar o programa em seu âmbito de atuação.

No caso de tratamento fora do Estado, o ente estadual é também responsável por avaliar e aprovar o processo, a partir da documentação encaminhada pelo ente municipal, além de intermediar o agendamento do paciente na unidade de destino a partir de solicitação do município.

Verifica-se, assim, que o público alvo do TFD compõe-se dos usuários referenciados para tratamento ambulatorial em outras localidades, sendo que a concessão dos benefícios do TFD é antecedida por procedimento administrativo, no âmbito do qual se avalia a consonância do pedido com as normas regulamentares.

O Tratamento Fora do Domicílio (TFD), configura-se, assim, como pressuposto de acesso aos serviços de saúde, daí se caracterizar pela natureza própria dos serviços de saúde.

Nesse sentido, tem-se que ele se encontra, inclusive, incluído na tabela de procedimentos do SUS. Ademais, o manual editado em Minas Gerais conceitua o TFD como "[...] atendimento de saúde a ser prestado pelas secretarias municipais e estadual à clientela do SUS/MG, quando esgotados todos os meios de tratamento no Município/Estado".[10]

Como serviço de saúde, o TFD não pode estar sujeito à descontinuidade, já que sua interrupção implica eventual suspensão de tratamento de pessoas que dele se utilizam.

Assim, se o município, no âmbito da regionalização dos serviços de saúde, pactua com outros entes a prestação de ações para agravos que não encontram resolutividade local, mas, ao mesmo tempo, inviabiliza o acesso ao suspender política pública que prevê o serviço, coloca em risco o próprio acesso às prestações de saúde.

5. Política pública como parâmetro para atuação judicial. O caso do Tratamento Fora do Domicílio à luz da posição do Supremo Tribunal Federal

O TFD, conforme demonstrado, encontra-se regulamentado desde o ano de 1999, quando foi editada a principal norma pelo Ministério da Saúde, sendo que, em Minas Gerais, o respectivo manual data do ano 2000.

---

do Estado e dos Municípios em reunião ordinária do dia 03 de dezembro de 1999.

[10] Manual de Procedimentos TFD 2000

Contudo, na prática, esse direito a transporte, estadia e alimentação nem sempre é respeitado. A sua inobservância explica, em parte, a alta taxa de absenteísmo verificada nos procedimentos de saúde previamente agendados pelos municípios.

Dados estatísticos mostram que 35% de consultas e outros procedimentos agendados não contam com o comparecimento dos pacientes por dificuldades relacionadas à locomoção desses pacientes. Além disso, constatou-se o comprometimento da qualidade dos serviços de transporte existentes em alguns municípios que mantinham frotas em situações precárias de manutenção e sem condições sanitárias ideais.[11]

Tal fato pode explicar, em certa medida, o número crescente de ações ajuizadas tendo por objeto as prestações previstas no TFD, as quais passam a compor os números da denominada judicialização da saúde.

Pesquisa de jurisprudência[12] realizada pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais em parceria com o Ministério Público estadual revela que 47 acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicados no período de 2000 a 2007[13] tiveram o transporte para tratamento de saúde como tema. Mais de 60% deles foram publicados entre 2006 e 2007.[14]

A relevância que tomou o tema da judicialização do direito à saúde levou o Supremo Tribunal Federal a convocar audiência pública[15] para debater o assunto com os vários setores envolvidos, com o intuito de se estabelecerem parâmetros para a atuação judicial nos casos que envolvem pedidos de prestações de saúde.

Tais parâmetros começaram a ser delineados a partir da decisão proferida pelo órgão no recente julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, ocorrido no dia 17 de março de 2010.

Nele, o relator Ministro Presidente Gilmar Mendes inicia a construção de bases para análise de pedidos judiciais referentes ao direito social da saúde, em especial no que diz respeito a medicamentos, objeto tratado na referida ação.

---

[11] (MINAS GERAIS, 2009, p. 207). A partir dessa realidade, a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais iniciou, em 2005, um processo de implantação de um programa paralelo ao Tratamento Fora do Domicílio denominado Sistema Estadual de Transporte em Saúde (SETS). Em setembro de 2009, foi oficializada a implantação do sistema de transporte por meio da Resolução SES nº 2024, de 16 de setembro de 2009. Esse sistema prevê a integração dos municípios localizados em uma mesma microrregião de saúde através da disponibilização de transporte regular dos pacientes feito por microônibus, por meio de cooperação intermunicipal através dos consórcios de saúde. Por se tratar de um novo procedimento, importa avaliar a sua disponibilidade e adequação para atendimento da demanda.

[12] Os dados da pesquisa foram obtidos no endereço eletrônico <http://spdisa.gti.esp.mg.gov.br/publico>. Acesso em: 20 ago. 2009.

[13] Nesse período, a pesquisa catalogou um total de 4.210 acórdãos relacionados ao tema do direito à saúde.

[14] 2002 (1 acórdão), 2003 (1), 2004 (7), 2005 (8), 2006 (14), 2007 (16).

[15] Audiência pública realizada nos dias 27 a 29 de abril, 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Nesse contexto, sobressai da decisão a importância da consideração das políticas públicas já regulamentadas pelos entes responsáveis por serviços e ações de saúde como parâmetro inicial na análise dos pedidos.

Nesse sentido, tem-se no voto de relatoria do Ministro Presidente Gilmar Mendes a seguinte passagem:

> Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.
> Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu dos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.
> Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos com este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera de outros Poderes.
> Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. *Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único do Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento*. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. (AG.REG. em STA nº 175, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, grifo nosso).

Analisando o Tratamento Fora de Domicílio à luz da posição do Supremo Tribunal Federal, tem-se que, conforme já demonstrado, o programa consta de política pública definida há mais de dez anos.

Nesse sentido, na linha adotada pelo STF, não há que se falar em discricionariedade do ente municipal no que tange à implementação do referido programa, tendo em vista que se trata de política pública há muito regulamentada.

6. Da análise do acórdão

O acórdão do TJMG que negou provimento ao recurso interposto contra decisão que negou antecipação de tutela para determinar a retomada imediata do programa de Tratamento Fora do Domicílio (TFD) foi fundamentado especialmente na complexidade organizacional e na interferência no orçamento do ente municipal, bem como na necessidade de especificação dos usuários do programa.

Os pontos abordados no presente artigo demonstram que o TFD se insere no contexto da forma de organização das ações e dos serviços de saúde, tendo como objetivo garantir o necessário suporte aos usuários que necessitam de um determinado grau de resolutividade não disponível em sua localidade de origem.

Assim, como política pública que visa possibilitar o acesso a prestações de saúde, o Tratamento Fora do Domicílio apresenta a natureza de serviço de saúde, cuja eventual suspensão implica o risco de inviabilizar o acesso às prestações necessárias à manutenção da saúde de pessoas que dele se utilizam.

No tocante aos fundamentos trazidos pela decisão, importa destacar que o TFD encontra-se regulamentado em normas federal e estadual, estando as responsabilidades definidas em instâncias legítimas de negociação, sendo que as normas levam em consideração justamente a forma complexa de organização das ações e dos serviços de saúde, servindo à delimitação das responsabilidades e de parâmetros para sua concessão.

Com efeito, por se tratar de prestação de saúde, uma eventual ausência de previsão orçamentária para sua manutenção por parte do município representaria em verdade uma omissão do próprio ente municipal, o qual não pode se servir de tal argumento para motivar a falta de implementação da política pública.

Ademais, por se tratar de política pública que visa atender o universo de usuários que tenha sido referenciado para tratamento em outra localidade, é de se inferir que se trata de programa que acompanha a própria dinâmica dos serviços de saúde, o que impossibilita a delimitação, em pedido judicial, do número exato de usuários.

Assim, eventual determinação de retomada do programa não implicaria o atendimento de toda e qualquer demanda, mas tão-somente dos casos que estejam em conformidade com o regramento próprio, sendo que a análise do atendimento dos requisitos cabe ao próprio município, por meio de procedimento administrativo.

Dessa forma, delimitar os usuários para efeito de concessão do benefício pode colocar em xeque o próprio princípio da igualdade de acesso que deve reger o Sistema Único de Saúde.[16]

[16] CF/88. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e

Levando-se, ainda, em consideração que o acórdão trata de medida de natureza liminar, tem-se que, no caso, a suspensão do serviço implica o risco inverso de deixar a população sem acesso a prestações de saúde.

7. Conclusões

1. A política pública definida como Tratamento Fora do Domicílio decorre da própria lógica de organização das ações e dos serviços de saúde, baseada na descentralização, regionalização e hierarquização, bem como da adoção de instrumentos de gestão por parte do poder público (Plano Diretor de Regionalização – PDR, Programação Pactuada Integrada – PPI).

2. As bases normativas da rotina do Tratamento Fora do Domicílio já se encontram delineadas desde o ano de 1999, quando foi editada a Portaria do Ministério da Saúde que a incluiu na tabela de procedimentos do Sistema Único de Saúde. O Manual de Procedimentos da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais foi editado no ano 2000, tendo sido aprovado por representantes do Estado e dos Municípios em deliberação da Comissão Intergestores Bipartite – CIB/SUS.

3. À luz do entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, em caso de existência de política pública já implementada, não se caracteriza como interferência indevida do Judiciário medidas que tenham como escopo determinar o seu cumprimento.

4. Tendo sido observada a necessidade de apelo ao Judiciário para retomada do serviço, no caso de suspensão de serviço já previsto em política pública há muito regulamentada, sem disponibilização de medidas alternativas, tem-se que o risco pela demora apresenta-se inverso, já que se trata de recurso que visa garantir o acesso a prestações de saúde, justificando-se eventual medida liminar.

5. A concessão dos benefícios do TFD acompanha a dinâmica das ações e dos serviços de saúde, destinando-se, em regra, a todos aqueles que apresentem os requisitos previstos nas normas regulamentadoras, sendo que a análise administrativa dos pedidos cabe ao próprio poder público.

econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

8. Referências bibliográficas

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS Lenir. *SUS Sistema Único de Saúde*: comentários à Lei Orgânica de Saúde. Campinas: Unicamp, 2006.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. *Manual de Procedimentos TFD*. Belo Horizonte, 2000.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. *O choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais*. Belo Horizonte, 2009.

7

Artigo • 361
Comentário à Jurisprudência • 388
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Processual Coletivo

DIAGNÓSTICO DA ATUAL SITUAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS INTEGRANTES DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE VISANDO À ELABORAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O principal objetivo deste artigo é apresentar um diagnóstico da atual situação dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios integrantes da RMBH, como meio de subsidiar a elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta a serem submetidos pelo Ministério Público ao Poder Executivo de alguns desses municípios e à COPASA, visando à realização das obras necessárias à implantação de sistemas completos de esgotamento sanitário. Para tanto, foi elaborado um questionário dirigido aos municípios da RMBH e à COPASA contendo perguntas concernentes à existência e cobertura de redes de coleta de esgoto, ao tratamento dos efluentes coletados, à gestão dos serviços de esgotamento sanitário, entre outras. As informações obtidas por meio dos questionários foram complementadas por dados secundários, extraídos, dentre outras fontes da literatura, de relatórios de monitoramento da qualidade das águas superficiais, elaborados pelo IGAM – Instituto Mineiro de Gestão das Águas. Os resultados demonstraram a incipiência do sistema de esgotamento sanitário da RMBH como fator determinante da contaminação hidroambiental das sub-bacias hidrográficas do rio das Velhas, em seu trecho alto e médio, e do rio Paraopeba, apontando áreas prioritárias para atuação do Ministério Público, para fazer cumprir a legislação ambiental em vigor, sobretudo a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e a Resolução CONAMA 357, de 17 de março de 2005. Por fim, foram analisadas as especificidades dos sistemas de esgotamento sanitário dos municípios de Belo Horizonte, Betim e Raposos, a fim de se verificar se estão sendo atingidos os critérios de eficiência, eficácia e abrangência dos serviços, sugerindo-se soluções para os problemas evidenciados.

PALAVRAS-CHAVE: Esgotamento Sanitário; RMBH; Termo de Ajustamento de Conduta; Ministério Público; Tratamento; Contaminação; Hidroambiental; Rio das Velhas; Rio Paraopeba; Legislação Ambiental; Lei nº 11.445 de 2007; Resolução CONAMA 357 de 2005.

ABSTRACT: The present article has as main objective to present a diagnosis of current situation of sanitation services in the municipalities of the metropolitan area of Belo Horizonte as a means of subsidizing the development of Terms of Adjustment of Conduct to be submitted by prosecutors to the Executive of some of these municipalities and to the COPASA, the water and sanitation company of Minas Gerais, in order to carry out works necessary for the implementation of complete systems of sanitation. To achieve this goal, one designed a questionnaire to the municipalities of the RMBH and to the COPASA with questions concerning the existence and network coverage of sanitation services, treatment of collected waste, and management of sanitation services, among others. The information obtained through the questionnaires were supplemented by secondary data, claiming, among other sources of literature, reports of monitoring the quality of surface water, drawn up by IGAM. The results showed the incipience of the sanitation system of the RMBH as a determinant of water contamination of the Velhas river sub-basins, in their middle and upper stretches, and Paraopeba river sub-basin, indicating priority areas for action of the Attorney General Office to enforce existing environmental legislation, particularly the Law 11,455, of 05 January 2007 and CONAMA Resolution 357 of 17 March 2005. Finally, one analyzed the specific features of the sewage of the cities of Belo Horizonte, Betim and Raposos in order to verify that the criteria of efficiency, effectiveness and range of services are being met, suggesting solutions to the problems highlighted.

KEY WORDS: Sanitation services; Metropolitan Area of Belo Horizonte; Terms of Adjustment of Conduct; Prosecutors; Contamination; Water Quality; Velhas River; Paraopeba River; Environmental Legislation; Law 11,445 of 2007; CONAMA Resolution 357 of 2005.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Objetivos. 1.2. Justificativa. 2. Desenvolvimento. 2.1. Metodologia. 2.2. Resultados. 2.2.1. Dados de coleta e tratamento de esgotos informados pela COPASA. 2.2.2. Dados de coleta e tratamento de esgotos extraídos dos questionários enviados aos Municípios da RMBH e à COPASA. 2.3. Discussões. 2.3.1. Município de Belo Horizonte. 2.3.2. Município de Betim. 2.3.3. Município de Raposos. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Organização Mundial de Saúde (OMS), na Declaração dos Objetivos do Milênio - documento intitulado “Alcançando a Meta de Água Potável e Saneamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” -, propõe às nações consignadas que até 2015 reduzam em 50% (cinquenta por cento) o número de pessoas sem acesso aos serviços de água e esgoto.

De acordo com pesquisa divulgada pelo Instituto Trata Brasil[1], 49,1% (quarenta e nove vírgula um por cento) da população brasileira ainda não dispõe de acesso à rede de esgoto. No relatório de 2002, do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), o atendimento é classificado como precário e preocupante (PNUD, 2006).

Estudo lançado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2004 - "Atlas de Saneamento" - informa que apenas quatro em cada dez brasileiros são atendidos por rede pública coletora de esgoto sanitário, ao passo que 98% (noventa e oito por cento) dos municípios brasileiros têm rede geral de abastecimento de água potável, o que resulta no abastecimento de água para 76% (setenta e seis por cento) dos habitantes dessas cidades.

Os municípios de menor e médio porte enfrentam muitos problemas para implementar políticas de saneamento adequadas à sua população. Os obstáculos são diversos, podendo-se citar, entre eles, dificuldade de acesso para obtenção de recursos financeiros disponibilizados pelos órgãos fomentadores para o setor; inadimplência por parte de alguns municípios perante os órgãos públicos federais, dificultando significativamente a aquisição do aporte financeiro necessário; insuficiência técnica do quadro de servidores de algumas prefeituras para a realização de gestão pública satisfatória.

O saneamento constitui questão complexa, que necessita da conjugação de vários aspectos para alcançar plenamente sua efetividade.

A conjuntura social brasileira apresenta um quadro bastante diferenciado em relação ao saneamento, que exige ações urgentes e realistas no setor. Faz-se imprescindível o financiamento coerente, a elaboração de políticas públicas pertinentes e um controle social atuante.

O esgoto sanitário lançado sem tratamento nos cursos d'água é considerado um dos maiores problemas ambientais e de saúde pública do país. Sabe-se que inúmeras doenças graves estão relacionadas à poluição da água, restando justificada, assim, a utilização de todos os meios para combatê-la, uma vez que não se trata apenas de questão ambiental, mas também de saúde pública. O tratamento de esgotos é medida de saneamento básico que traz benefícios para a coletividade e economia do Sistema Público de Saúde.

Uma das consequências mais dramáticas da ausência de saneamento básico é a elevada taxa de mortalidade de crianças com até um ano de idade. Constata-se que os municípios que detêm as maiores taxas de mortalidade infantil são também os que possuem os piores índices de saneamento básico.

---

[1] Dados obtidos do último Censo Demográfico da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB) do Censo Escolar e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2008. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/novo_site/?id=9281>. Acesso em: 01 dez. 2009.

Surfactantes, microcontaminantes, matéria orgânica, material não biodegradável, micro-organismos patogênicos, nutrientes e metais pesados presentes no esgoto *in natura* são lançados sem tratamento nos córregos, lagos, rios e mares, gerando incomensurável dano ambiental e risco à saúde humana. Por tais razões, faz-se imperiosa a conscientização dos entes da Federação e dos órgãos públicos quanto à necessidade de se conciliarem esforços em prol do aprimoramento dos serviços de saneamento ambiental do país.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o saneamento básico, por estar diretamente conectado às condições de higiene e saúde, é direito fundamental e inalienável de todo cidadão.

O impulso de um crescente movimento social, incluindo setores populares, acadêmicos e profissionais, levou o Governo a criar uma agenda nacional para políticas urbanas, incluindo o setor de saneamento. Em 2003, realizou-se a primeira Conferência das Cidades, que resultou nos princípios e diretrizes da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU). Como marco legal e institucional foi proposto pelo Ministério das Cidades projeto de lei sobre a Política Nacional de Saneamento, originando a Lei Nacional do Saneamento Básico, Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Tal lei dispõe, no art. 2º, que os serviços públicos de saneamento básico serão prestados alicerçados nos seguintes princípios fundamentais:

> I – universalização do acesso; II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; V – adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI – articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; VII – eficiência e sustentabilidade econômica; VIII – utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas; IX – transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X – controle social; XI – segurança, qualidade e regularidade; XII – integração das infraestruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

Além de verificar o cumprimento dos princípios elencados na referida norma legal pelos municípios componentes da RMBH, este artigo analisa a observância da Resolução CONAMA nº 357/2005, que: "Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências", determinando padrões para o lançamento de efluentes líquidos em corpos d'água, em conformidade com a classe do corpo receptor. Evidencia-se assim, perante os dados apresentados, que a grande maioria dos municípios não atende a tais normas legais.

Por força constitucional, é função institucional do Ministério Público zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II, da Constituição Federal de 1988), dentre os quais se insere o saneamento ambiental.

Assim, alicerçado em dados colhidos em pesquisa consistente na análise das respostas a questionários encaminhados aos prefeitos dos municípios integrantes da RMBH e à COPASA, este artigo aponta o instrumento processual Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como um mecanismo útil de vinculação dos gestores municipais na tomada de medidas visando a sanar a poluição ambiental gerada pelo lançamento de efluentes sanitários, sem o devido tratamento, nos cursos d'água da RMBH.

1.1. Objetivos

O presente artigo propõe apresentar um diagnóstico da atual situação dos serviços de esgotamento sanitário[2] dos municípios integrantes da Região Metropolitana de Belo Horizonte, como meio de subsidiar a elaboração de TACs a serem submetidos ao Poder Executivo de alguns desses municípios e à COPASA, tendo por objeto a realização das obras necessárias à implantação dos sistemas de esgotamento sanitário dos referidos municípios.

Como objetivos específicos deve-se:

a) conhecer as formas de administração e gestão dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios da RMBH;
b) identificar e analisar políticas públicas no âmbito do Estado de Minas Gerais e dos municípios da RMBH relacionadas ao esgotamento sanitário;
c) verificar a eficiência, a eficácia e a abrangência dos sistemas de esgotamento sanitário de municípios pertencentes à RMBH.

[2] Nos termos do art. 3º, I, *b*, da Lei nº 11.445/2007, considera-se: "[...] b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente".

1.2. Justificativa

A justificativa principal é a falta de indicadores que permitam elaborar TACs condizentes com as condições técnicas de projeto e execução das obras de esgotamento sanitário e condições orçamentárias, financeiras, sociais e políticas dos municípios.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite o lançamento de esgotos em cursos d'água sem prévio tratamento. Todo aquele - pessoa física ou jurídica - que descumprir o dever de não poluir as águas por meio do lançamento de efluentes sanitários *in natura* enquadrar-se-á na situação jurídica de poluidor (art. 3º, IV, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) e estará sujeito às sanções previstas nos âmbitos administrativo, cível e criminal, como determinado no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Além de cessar a atividade poluidora, há ainda o dever do poluidor de reparar os danos ambientais já ocorridos (contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas etc.). O art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 é enfático:

> Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

O presente artigo apresentará dados quantitativos e qualitativos concernentes à eficiência, eficácia e abrangência dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios pertencentes à RMBH. Indicadores de qualidade ambiental apontados pela pesquisa - tais como existência de rede coletora de esgotos, percentual de habitações que possuem seus esgotos ligados à rede coletora, cobertura da rede coletora de esgotamento e a necessidade de sua ampliação, qualidade dos efluentes gerados pelas Estações de Tratamento de Esgoto (ETEs) e condições orçamentárias, financeiras, sociais e políticas dos municípios - subsidiarão a elaboração de minutas de TAC a serem submetidas aos chefes do Poder Executivo de alguns dos municípios da RMBH, com o objetivo de compeli-los a realizar as obras necessárias para a gestão eficiente dos esgotos sanitários gerados.

2. Desenvolvimento

2.1. Metodologia

A metodologia adotada consistiu em pesquisa bibliográfica e documental, aplicação de questionários e investigação explicativa fundamentada pela teoria, seguida de análise dos resultados.

A opção pela pesquisa bibliográfica possibilita o conhecimento do estado da arte, o referencial teórico para construir a lógica da pesquisa e a discussão das principais questões. No que tange à opção pela pesquisa documental, esta se deve à natureza do tema pesquisado, devendo ser ressaltado que a maioria dos documentos encontra-se em poder dos órgãos gestores do sistema (estadual ou municipal). Já a aplicação de questionários tem por objetivo a busca por informações quantitativas e qualitativas muitas vezes não disponibilizadas na literatura com a atualização necessária. Por fim, após a obtenção dos conhecimentos teóricos por meio das pesquisas bibliográfica e documental, das respostas aos questionários enviados e da análise dos resultados, a pesquisa explicativa foi escolhida para justificar as diferenças de eficiência, eficácia e abrangência dos serviços de esgotamento sanitário existentes nos diferentes municípios componentes da RMBH.

A metodologia para alcançar os objetivos propostos seguiu as seguintes etapas:

a) análise do atual sistema dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios integrantes da RMBH;
b) escolha de alguns municípios com base na diversidade de características geográficas, econômicas, sociais e de sistemas de esgotamento sanitário, visando demonstrar se estão ou não sendo cumpridos os princípios e diretrizes estabelecidos pela Lei nº 11.445/2007, em especial os previstos no art. 2º, bem como na Resolução CONAMA nº 357/2005;
c) análise dos sistemas de esgotamento sanitário, das condições econômicas, sociais e políticas dos municípios escolhidos;
d) apresentação de soluções para os problemas ambientais decorrentes da ineficiência dos sistemas de esgotamento sanitário dos municípios escolhidos.

Para elaborar o diagnóstico da situação dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios integrantes da RMBH foram aplicados dois modelos distintos de questionários (OGERA/2002): o primeiro foi submetido aos municípios com gestão municipal do sistema de esgotamento sanitário; e o segundo, aos municípios com gestão estadual do sistema de esgotamento sanitário.

2.2. Resultados

A seguir, são apresentados os principais resultados obtidos por meio dos questionários enviados aos municípios da RMBH e à COPASA, sobretudo no que concerne à cobertura por redes de esgotos e ao tratamento dos efluentes sanitários coletados.

O município de Belo Horizonte - pertencente à sub-bacia do rio das Velhas – e o município de Betim – pertencente à sub-bacia do rio Paraopeba - foram escolhidos para análise pormenorizada de seus sistemas de esgotamento sanitário, diante do impacto dos efluentes gerados em tais municípios nas respectivas sub-bacias hidrográficas.

A título exemplificativo das soluções propostas, ainda foi analisada a situação do município de Raposos, que não conta com sistema de tratamento dos efluentes sanitários gerados, os quais são lançados *in natura* no Ribeirão do Prata e no rio das Velhas.

2.2.1. Dados de coleta e tratamento de esgotos informados pela COPASA

Conforme o informado pela COPASA, em 15 de outubro de 2007, 31 municípios da RMBH possuíam contrato de concessão e/ou convênio com a COPASA: Baldim, Belo Horizonte, Betim, Brumadinho, Capim Branco, Confins, Contagem, Esmeraldas, Florestal, Ibirité, Igarapé, Itatiaiuçu, Jaboticatubas, Juatuba, Lagoa Santa, Mário Campos, Mateus Leme, Matozinhos, Nova Lima, Nova União, Pedro Leopoldo, Raposos, Ribeirão das Neves, Rio Manso, Sabará, Santa Luzia, São Joaquim de Bicas, São José da Lapa, Sarzedo, Taquaraçu de Minas e Vespasiano.

Na RMBH, apenas os municípios de Caeté, Itaguara, Rio Acima, São Joaquim de Bicas, Sabará, Sarzedo e Taquaraçu de Minas não possuem contratos de concessão para os serviços de esgotamento sanitário com a empresa COPASA. Cumpre consignar que, no município de Nova Lima, a COPASA tem apenas concessão parcial dos serviços de esgotamento sanitário, sendo a responsável pela operação da ETE do Bairro Jardim Canadá, ao passo que o município é o operador da ETE Vale do Sereno.

Segue-se o Quadro1 com a exposição dos índices de atendimento de esgoto (coleta) e índices de tratamento em relação ao esgoto gerado:

MUNICÍPIO	REFERÊNCIA	ÍNDICE DE ATENDIMENTO DE ESGOTO	ÍNDICE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO AO ESGOTO GERADO
BELO HORIZONTE	JUL/2007	91,92%	46,60%
BETIM	JUL/ 2007	67,75%	1,47%
CONTAGEM	JUL/2007	74,10%	29,16%
CAPIM BRANCO	-	-	0,00%
ESMERALDAS	DEZ/2006	19,09%	0,00%
IBIRITÉ	DEZ/2006	56,45%	0,00%
IGARAPÉ	-	-	0,00%
JABOTICATUBAS	-	-	0,00%

MUNICÍPIO	REFERÊNCIA	ÍNDICE DE ATENDIMENTO DE ESGOTO	ÍNDICE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO AO ESGOTO GERADO
JUATUBA	-	-	0,00%
LAGOA SANTA	DEZ/2006	23,21%	61,81%
MÁRIO CAMPOS	-	-	0,00%
MATEUS LEME	-	-	0,00%
MATOZINHOS	DEZ/2006	50,81%	68,11%
PEDRO LEOPOLDO	DEZ/2006	57,17%	0,00%
RAPOSOS	DEZ/2006	75,68%	0,00%
RIBEIRÃO DAS NEVES	DEZ/2006	59,47%	13,55%
SANTA LUZIA	DEZ/2006	74,58%	25,68%
SÃO JOSÉ DA LAPA	DEZ/2006	35,00%	0,00%
SARZEDO	-	-	0,00%
VESPASIANO	JAN/2007	50,83%	51,93%
BALDIM	-	-	0,00%
SABARÁ	-	-	0,00%
TAQUARUÇU DE MINAS	-	-	0,00%
BRUMADINHO	-	-	0,00%
CONFINS	-	-	0,00%
FLORESTAL	-	-	0,00%
ITATIAIUÇU	-	-	0,00%
NOVA LIMA	DEZ/2006	-	2,90%
NOVA UNIÃO	-	-	0,00%

MUNICÍPIO	REFERÊNCIA	ÍNDICE DE ATENDIMENTO DE ESGOTO	ÍNDICE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO AO ESGOTO GERADO
RIO MANSO	-	-	0,00%
SÃO JOAQUIM DE BICAS	-	-	0,00%

Quadro 1 - Fonte: COPASA. Dados fornecidos em 15.10.2007. (-) Não informado.

2.2.2. Dados de coleta e tratamento de esgoto extraídos dos questionários enviados à COPASA e aos Municípios da RMBH

Podemos observar no Quadro 2 os índices de coleta de esgoto e tratamento dos municípios da RMBH:

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
BALDIM		850.000L /mês = 0,33L/s	0,00 L /s
BELO HORIZONTE		3.684,64 L /s	2.056,50 L /s
ETAF RESSACA E SARANDI	Lagoa da Pampulha Bacia do Rio das Velhas Classe 2 - 745,5L /s		
ETE OLHOS D'ÁGUA	Córrego Embondo Bacia do rio das Velhas 7,96L /s		
ETE ONÇA	Ribeirão do Onça Bacia do rio das Velhas Classes 1 e 2 - 761 L/s		
ETE ARRUDAS	Ribeirão Arrudas Bacia do rio das Velhas Classe 3. 1860,00 L/s		

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
ETE MINAS SOLIDÁRIA	Córrego Olaria Bacia do rio das Velhas Classe 1[3] - 0,59L /s		
BETIM		369,58 L /s	30,78 L /s
ETE TEIXEIRINHA	Córrego Saraiva Bacia do rio Paraopeba 8,78 L /s		
ETE SANTO ANTÔNIO	Córrego Santo Antônio Bacia do rio Paraopeba Classe 2 - 2,79 L /s		
ETE SALOMÉ	Córrego Cachoeira Bacia do rio Paraopeba Classe 1 - 1,70 L /s		
ETE CIDADE VERDE	Córrego Lava-Pés Bacia do rio Paraopeba Classe 1 - 6,48 L/s		
ETE CACHOEIRA	Córrego Cachoeira Bacia do rio Paraopeba Classe 1 - 14,00 L/s		
BRUMADINHO ETE MIRANTE	Córrego do Mirante Bacia do rio Paraopeba 2,30 L /s	28, 54 L /s	5,50 L /s
ETE OPERACIONAL ECOLÓGICA	Ribeirão Retiro das Pedras Bacia do rio Paraopeba 4,19 L /s		
CAETÉ		6.912 m³/dia = 80,00 L /s	691,20 m³/dia = 8,00 L /s
CAPIM BRANCO		0,00 L /s	0,00L /s

[3] Deliberação Normativa COPAM nº 16, de 24 de setembro de 1996.

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
CONFINS ETE CONFINS	Córrego Capão do Santana Bacia do rio das Velhas 5,18 L /s	6,20 L /s	6,20 L /s
CONTAGEM ETE NOVA CONTAGEM	Córrego Meloso Bacia Vargem das Flores 35,00 L /s	1.672.982,20 m³/mês = = 645,44 L /s	820.393,90 m³/ mês = = 316,51 L /s
ESMERALDAS		21.373,6 m³/ mês = = 8,25 L /s	0,00 L /s
FLORESTAL		800,00 m³/dia = 9,26 L /s	800,00 m³/dia = 9,26 L /s
IBIRITÉ		333.711 m³	0,00 L /s
IGARAPÉ		23,04 L /s	0,00 L /s
ITAGUARA		0,00 L /s	0,00 L /s
ITATIAIUÇU		1.432.480,00 L / dia = = 16,58 L /s	0,00 L /s
JABOTICATUBAS		0,00 L /s	0,00 L /s
JUATUBA ETE NOVA ESPERANÇA	Córrego Serra Azul Bacia do rio Paraopeba Classes 1 e 2 Vazão média: 6,0 L /s	12,70 L /s	6,00 L /s
LAGOA SANTA		36,90 L /s	26,64 L /s

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
ETE LAGOA SANTA	Córrego Bebedouro Rio das Velhas Classes 1 e 2. 40,80 L/s		
ETE VILA MARIA	Córrego Bebedouro Rio das Velhas Classes 1 e 2. 6,60L /s		
MÁRIO CAMPOS		832,95 m³/dia = 9,64 L /s	0,00 L /s
MATEUS LEME		-	0,00 L /s
MATOZINHOS ETE MATOZINHOS	Ribeirão da Mata Rio das Velhas Classes 1 e 2. 11,00 L /s	2.700,00 m³/ dia = = 31,25 L /s	12,00 L /s
NOVA LIMA		8.887,00 m³/ dia = = 102,86 L /s	1.642 m³/dia = 19 L /s
VILA DA SERRA	Córrego Cardoso Rio das Velhas Classe 2. 3,70 L /s		
ETE JARDIM CANADÁ	Córrego Fundo Rio das Velhas 10,8 L /s		
NOVA UNIÃO		-	-
PEDRO LEOPOLDO		130.277,00 m³/ mês = = 50,26 L /s	0,00 L /s
RIBEIRÃO DAS NEVES ETE RIBEIRÃO DAS NEVES	Ribeirão das Neves Rio das Velhas. Classe 2 Vazão média: 4,66 L /s	528.989 m³/ mês = = 204,08 L /s	12,50 L /s
RAPOSOS		33.346,00 m³/ mês = = 12,86 L /s	0,00 L /s

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
RIO ACIMA		2.419 m³/dia = 28,00 L /s	302,00 m³/dia = 3,50 L /s
RIO MANSO		0,00L /s	0,00 L /s
SABARÁ		12.000,00 m³/ dia = = 138,89 L /s	0,00 L /s
SANTA LUZIA	ETE CRISTINA	438.400,51 m³/ mês = = 169,14 L /s	119,08 L /s
ETE CRISTINA	Córrego Poderoso Rio das Velhas 44 L /s		
ETE Bom Destino Norte	Córrego Maquiné Bacia do Rio das Velhas Classe 1 0,66 L/s		
ETE Bom Destino Sul	Córrego Bom Destino Rio das Velhas Vazão média: 1,50 L /s		
SÃO JOAQUIM DE BICAS		-	-
SÃO JOSÉ DA LAPA		10,04 L /s	0,00 L /s
SARZEDO		0,00 L /s	219,00 m³/dia = 2,53 L /s

MUNICÍPIO	CORPO RECEPTOR ENQUADRAMENTO VAZÃO MÉDIA	ESGOTO COLETADO	ESGOTO TRATADO
TAQUARUÇU DE MINAS		-	0,00 L /s
VESPASIANO		184.541,76 m³ / mês = = 71,20 L /s	146,00 L /s
ETE MORRO ALTO	Córrego Sujo Rio das Velhas 18,50 L /s		
ETE VESPASIANO	Ribeirão da Mata Rio das Velhas Classes 1 e 2. 34,16 L /s		

Quadro 2 - Fonte: Questionários enviados aos municípios da RMBH e à COPASA[4].

2.3. Discussões

Compõem a RMBH os municípios de Belo Horizonte, Contagem, Nova Lima, Raposos, Rio Acima, Sabará, Baldim, Caeté, Capim Branco, Confins, Esmeraldas, Jaboticatubas, Lagoa Santa, Matozinhos, Nova União, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Santa Luzia, São José da Lapa, Taquaraçu de Minas, Vespasiano Betim, Brumadinho, Esmeraldas, Florestal, Ibirité, Igarapé, Itatiaiuçu, Juatuba, Mário Campos, Mateus Leme, Rio Manso, São Joaquim de Bicas e Sarzedo, os quais estão inseridos nas bacias hidrográficas do Rio das Velhas e do rio Paraopeba.

Os municípios de Belo Horizonte, Contagem, Nova Lima, Raposos, Rio Acima e Sabará pertencem à sub-bacia hidrográfica do Alto Rio das Velhas, ao passo que os municípios de Baldim, Caeté, Capim Branco, Confins, Esmeraldas Jaboticatubas, Lagoa Santa, Matozinhos, Nova União, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Santa Luzia, São José da Lapa, Taquaraçu de Minas e Vespasiano pertencem à sub-bacia hidrográfica do Médio Rio das Velhas.

O Rio das Velhas encontra-se em adiantado processo de degradação gerado pelas diversas atividades antrópicas exercidas em sua bacia de drenagem. As maiores fontes poluidoras estão em seu curso superior, que recebe, além de resíduos minerários, a maior parte do esgoto doméstico e industrial da RMBH.

[4] Os dados de enquadramento dos cursos d'água da bacia do rio Paraopeba foram extraídos da Deliberação Normativa COPAM n. º 14, de 28 de dezembro de 1995, e dos cursos d'água da Bacia do Rio das Velhas das Deliberações Normativas COPAM nº 20, de 24 de junho de 1997, e n.º 28, de 9 de setembro de 1998. (Os dados referentes à vazão média dos corpos receptores dos efluentes de ETEs operadas pela COPASA estão disponíveis em <www.copasa.com.br>. Acesso em: 04 nov. 2009).

A fim de mitigar a degradação ambiental do rio das Velhas, em seus trechos alto e médio, faz-se imprescindível a implantação e/ou adequação dos sistemas de saneamento básico dos municípios da RMBH que o compõem, com a disposição adequada do lixo urbano e a implantação de sistemas de drenagem de águas pluviais e de sistemas de esgotamento sanitário.

Assim, para a adequada gestão dos recursos hídricos da bacia do rio das Velhas são necessárias ações urgentes de descontaminação hidroambiental dos seguintes cursos d'água: Ribeirão Água Suja - realizando-se, entre outras medidas, a coleta e o tratamento de todo o efluente sanitário gerado no município de Nova Lima; Ribeirão Sabará - com a implantação dos sistemas de esgotamento sanitário do município de Sabará e a complementação do sistema existente no município de Caeté; Ribeirões Arrudas e Onça - com a ampliação das redes de coleta e tratamento dos efluentes sanitários dos municípios de Belo Horizonte e Contagem; Ribeirão das Neves - com a implantação do sistema de esgotamento sanitário do município de Ribeirão das Neves; Ribeirão da Mata - com a implantação ou adequação do sistema de tratamento de esgotos sanitários dos municípios de Pedro Leopoldo, Matozinhos, Capim Branco e Lagoa Santa; e, finalmente, rio Taquaraçu - com a implantação do sistema de esgotamento sanitário do município de Taquaraçu de Minas.[5]

Na RMBH, pertencem à sub-bacia hidrográfica do rio Paraopeba os municípios de Betim, Brumadinho, Esmeraldas, Florestal, Ibirité, Igarapé, Itatiaiuçu, Juatuba, Mário Campos, Mateus Leme, Rio Manso, São Joaquim de Bicas e Sarzedo.

Como ações prioritárias, indica-se a descontaminação hidroambiental do rio Paraopeba, realizando, entre outras medidas, a implantação de ETEs nos municípios de São Joaquim de Bicas, Igarapé, Florestal, Itatiaiuçu, Ibirité, Mário Campos, Rio Manso, Sarzedo, Mateus Leme, e a ampliação da rede de coleta e tratamento dos efluentes sanitários dos municípios de Brumadinho e Juatuba. Para a despoluição do Ribeirão Sarzedo, faz-se necessária a implantação de ETE no município de Ibirité.[6]

No que toca ao rio Betim, deve-se dar prosseguimento às obras de ampliação das redes de coleta e tratamento de esgotos, em curso no município de Betim, tendo em vista que, não obstante a existência de cinco ETEs em operação, apenas 1,47% (um vírgula quarenta e sete por cento) do esgoto gerado em tal município é atualmente tratado.[7]

---

[5] Dados extraídos de relatório técnico elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação, pelo Engenheiro Florestal do Ministério Público Magno Cornélio Torres, apresentado em 26 de janeiro de 2006 e do Plano Diretor de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio das Velhas. Disponível em: <http://www.agbpeixevivo.org.br/images/arquivos/plano_diretor_completo.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

[6] Idem à nota anterior.

[7] Informações prestadas pela COPASA em 15 out. 2007.

Conclui-se, pois, que devem ser priorizadas a implantação e a otimização dos sistemas de esgotamento sanitário dos municípios da bacia do rio Paraopeba pertencentes à RMBH, e, em caráter emergencial, dos municípios de Betim e Ibirité.

Os dados qualitativos e quantitativos obtidos por meio dos questionários encaminhados aos municípios de Belo Horizonte, Betim e Raposos, e à COPASA foram utilizados como referenciais para a realização de análises, conferindo, assim, subsídios para interpretações e conclusões sobre os serviços de esgotamento sanitário nos municípios estudados.

É importante estabelecer a diferenciação entre os conceitos de eficiência e eficácia. De acordo com Michaelis (2002), eficiência é "ação, capacidade de produzir um efeito", e eficácia é "qualidade daquilo que produz o resultado esperado".

Desse modo, definiu-se como parâmetro para medir a eficiência as diretrizes destacadas na Lei nº 11.445/2007 e os serviços de esgotamento sanitários efetivamente prestados nos municípios de Belo Horizonte, Betim e Raposos.

Observa-se, assim, que a análise realiza-se comparando políticas públicas com políticas de governo, identificando o que foi declarado na lei e o que foi praticado pelos municípios e pela COPASA.

Por sua vez, a eficácia na gestão dos serviços de esgotamento sanitário ocorre quando se tem resultado social, ou seja, quando a população usufrui os serviços de esgotamento sanitário, como nítida consequência de abrangência dos serviços, incluindo, cada vez mais, maior número de habitantes (OGERA/2002). Em relação aos parâmetros definidos para medir eficácia, tomaram-se as informações originadas dos questionários formulados e da pesquisa documental, buscando-se aferir a população atendida por coleta de esgoto em função da população urbana do município; o volume de esgoto coletado em função do volume de esgoto tratado; o investimento em sistema de esgoto em função da população urbana; o número de economias de esgoto em função da população urbana.

Após conhecimento adquirido por meio das pesquisas bibliográficas e documentais, dos resultados depreendidos dos questionários, bem como daqueles observados nas políticas públicas e nas políticas de governo, pode-se finalmente partir para a fase de investigação explicativa para analisar eficiência, eficácia e abrangência dos serviços de esgotamento sanitário dos municípios de Belo Horizonte, Betim e Raposos, com o objetivo de apresentar soluções para os problemas ambientais relacionados à situação do sistema de esgotamento sanitário de referidos municípios.

Para os efeitos deste trabalho, a eficiência na gestão dos serviços de esgotamento sanitário é constatada quando o responsável por esse serviço como o Chefe do Executivo Municipal estabelecem programas, projetos, obras e atividades para que recursos sejam aplicados, no sentido de coletar e tratar os efluentes, minimizando-se a poluição dos recursos hídricos (OGERA/2002).

Desse modo, definiram-se como parâmetros para mensurar a eficiência as diretrizes elencadas no art. 2º, incisos I, II, VIII, X e XI, da Lei Federal nº 11.445/2007, cujas diretrizes nacionais dispõem que os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos princípios fundamentais de:

> I - universalização do acesso; II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; [...] VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas; [...] X - controle social; XI - segurança, qualidade e regularidade.

Assim, definiram-se como parâmetros para medir a eficácia as informações originadas dos questionários e da pesquisa documental, como, por exemplo, população atendida por coleta de esgoto em função da população urbana do município; volume de esgoto coletado em função do volume de esgoto tratado; investimento em sistema de esgoto em função da população urbana.

Deve ser consignada, entretanto, a ocorrência de limitações no método de aplicação dos questionários, pois nem todas as perguntas formuladas foram respondidas, sobretudo as concernentes ao *quantum* e à aplicação dos recursos obtidos com a operação do sistema de esgotamento sanitário.

2.3.1. Município de Belo Horizonte

Segundo informação do município de Belo Horizonte, perante os dados do Sistema de Informações Operacionais (SIOP) da COPASA, de abril de 2008, 92,39% (noventa e dois vírgula trinta e nove por cento) da população total de Belo Horizonte são atendidos por rede coletora de esgotos.

A Prefeitura de Belo Horizonte, também com fulcro no banco de dados do SIOP da COPASA, informou que apenas parte do esgoto coletado no município é tratada, pois somente 65,24% (sessenta e cinco vírgula vinte e quatro por cento) da população do município são atendidos pelo tratamento dos efluentes gerados, aduzindo ainda que os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) de 2006, da Secretaria Nacional de Saneamento/Ministério das Cidades, apontam que o volume de esgoto tratado em Belo Horizonte é de 47.770.000 m³/ano.

Conclui-se que o *Convênio de cooperação para a gestão compartilhada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município de Belo Horizonte*, firmado entre o Município de Belo Horizonte e a COPASA, em 13 de novembro de 2002, instituiu mecanismos para que o município efetivamente participe da política de saneamento básico de Belo Horizonte, assegurando-lhe assento no Conselho de Administração e no Conselho Fiscal da COPASA, com a aquisição de ações da referida empresa.

Tal convênio previu ainda que a empresa forneça, sistemática e periodicamente, as informações necessárias ao acompanhamento da prestação dos serviços objeto do convênio pelo município (cláusula primeira, III, *f*) e, expressamente, permitiu ao município, por meio da Superintendência de Desenvolvimento da Capital (SUDECAP):

> a) Acompanhar e fiscalizar, permanentemente, a prestação dos serviços pela COPASA -MG, no município;
> b) Planejar, em conjunto com a COPASA - MG, as obras de expansão do sistema municipal de coleta de esgotos e de complementação de interceptação nas áreas já atendidas relativas às bacias e sub-bacias situadas no MUNICÍPIO;
> c) Executar as obras integradas de urbanização das áreas de vilas, favelas e de outros assentamentos de baixa renda, incluindo as redes de distribuição de água e de coleta de esgotos, sempre em comum acordo com a COPASA - MG (Cláusula Primeira, III).

Como atribuições e responsabilidades comuns da COPASA - MG e da SUDECAP, elencam-se:

> a) Elaborar o Plano de Gestão da prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário do MUNICÍPIO e acompanhar a evolução, qualidade e os custos daqueles serviços;
> b) Executar o planejamento das obras e investimento nos sistemas de água e de esgotamento sanitário de interesse do MUNICÍPIO;
> c) Articular as demais ações de interesse comum, visando aperfeiçoar a qualidade do atendimento aos usuários dos serviços.

Tais mecanismos vêm possibilitando a ampliação da população atendida com a coleta e tratamento dos efluentes sanitários, pois as prioridades de investimentos do município de Belo Horizonte em saneamento são definidas a partir do Plano Municipal de Saneamento (PMS), que prevê áreas prioritárias para inclusão urbana e social. Em tais áreas, as condições de pobreza estão concentradas, hierarquizadas mediante um conceito operacional de pobreza relativa combinado com o de pobreza absoluta, envolvendo as dimensões econômica, social e ambiental-urbana, no universo dos 2.564 setores censitários definidos pelo IBGE.

Conclui-se que a gestão dos serviços de esgotamento sanitário no município de Belo Horizonte mostra-se eficiente, pois foram encontradas evidências de articulação e integração nas políticas de governo entre o gestor municipal e a empresa conveniada COPASA, nos programas e projetos de esgotamento sanitário, sobretudo a partir do ano de 2002, com a assinatura do “Convênio de cooperação para a gestão compartilhada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município de Belo Horizonte”, ampliando-se a coleta e o tratamento dos efluentes,

minimizando-se a poluição dos recursos hídricos e, por conseguinte, ampliando-se a qualidade de vida da população.

No que tange à eficácia, evidencia-se do estudo a inclusão de um número cada vez maior de pessoas beneficiadas pela coleta e pelo tratamento de esgotos, sobretudo com a implementação, pela COPASA, no ano de 1999, do programa *Caça Esgotos*, cujo objetivo é aumentar a abrangência de tais serviços.

2.3.2. Município de Betim

Observa-se que, não obstante os investimentos realizados pela empresa concessionária (COPASA) em Betim nos últimos anos, tal município é o que mais contribui com matéria orgânica nos corpos de água monitorados pelo IGAM na bacia do rio Paraopeba (IGAM/2005).

Betim é o município mais populoso da bacia do rio Paraopeba,[8] com população total de 306.675 habitantes, sendo 298.258 residentes em área urbana.

O índice de qualidade das águas (IQA) muito ruim ou ruim vem caracterizando a má qualidade dos corpos de água que recebem os lançamentos dos esgotos sanitários do município de Betim ao longo dos anos, sendo o baixo índice de coleta e tratamento de esgotos do município de Betim a razão para tal situação. Conforme dados apresentados pela COPASA, referentes ao ano de 2007, apenas 1,47% (um vírgula quarenta e sete por cento) do esgoto gerado em Betim eram tratados. De um total de 369,58 L/s (trezentos e sessenta e nove vírgula cinquenta e oito litros por segundo) de esgoto coletado, apenas 30,78 L/s (trinta vírgula setenta e oito litros por segundo) são atualmente tratados nas estações de tratamento em operação no referido município.

A principal ETE de Betim, denominada ETE Central, que terá capacidade para tratar 994,85 L/s (novecentos e noventa quatro vírgula oitenta e cinco litros por segundo) de esgoto bruto, ainda não se encontra em operação, em total inobservância às obrigações assumidas pela COPASA no TAC firmado com o Ministério Público no ano de 2000, que previa a finalização de todas as obras necessárias à implantação do sistema completo de esgotamento sanitário do município até 30 de junho de 2005. A multa pelo descumprimento de tais obrigações, cuja cifra atual ultrapassa os 60 milhões de reais, é objeto de execução judicial.

Conclui-se, desse modo, que não se alcançou eficiência, eficácia e abrangência dos serviços de esgotamento sanitário no município de Betim.

Para solucionar tal questão, mostra-se imprescindível a renegociação com a empresa concessionária dos prazos para cumprimento e penalidades, previstos no TAC firmado com o Ministério Público, em 23 de março de 2000, elaborando-

[8] Censo 2000 do IBGE.

se Termo de Ajustamento de Conduta Complementar, a ser homologado na ação judicial de execução em trâmite na Comarca de Betim.

2.3.3. Município de Raposos

O município de Raposos possui população total de 14.289 habitantes, sendo 13.455 residentes na área urbana.[9] Apesar de coletado o volume de 33.346m³/mês de esgoto bruto em Raposos pela COPASA[10], não existe sistema de tratamento de efluentes sanitários em tal município, sendo a totalidade do esgoto coletado lançado *in natura* no Ribeirão do Prata e no rio das Velhas, comprometendo o projeto *Meta 2010.*

Observa-se que, não obstante disponha a Lei Municipal nº 791/98, no artigo 13, que: "A tarifa de esgoto corresponderá a 50% da tarifa de água, que será corrigido para 100% do valor da tarifa assim que implantado o sistema de tratamento", segundo informado pela COPASA, para efeito tarifário dos serviços de esgotamento sanitário, tal empresa utiliza-se do mesmo volume medido para o abastecimento de água (que é medido pelos hidrômetros instalados nos ramais prediais), aplicando um multiplicador de 40% (quarenta por cento) nas localidades onde o esgoto não é tratado e de 60% (sessenta por cento) nas localidades onde o tratamento já está implantado. A cobrança de 40% (quarenta por cento) do valor correspondente à tarifa de água vem sendo efetuada no município de Raposos, não obstante tenha a concessionária negligenciado o cumprimento de suas obrigações contratuais, entre as quais aquelas previstas no art. 6º, *a* e *b*, da referida lei municipal, que dispõe competir à COPASA:

> a) Elaborar projeto adequado para implantar, de acordo com o previsto nesta lei, o sistema municipal de esgotos;
> b) Captar e aplicar os recursos necessários para elaboração dos projetos e execução das obras de implantação dos serviços.

Conclui-se que não foram alcançadas eficiência, eficácia e abrangência dos serviços de esgotamento sanitário no município de Raposos.

Assim, sugere-se a propositura de TAC, a ser firmado entre o Ministério Público, o representante do município e a empresa concessionária, visando à completa implantação e operação do sistema de esgotamento sanitário de Raposos, buscando-se alcançar o cumprimento da legislação ambiental, sobretudo da Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e da Resolução CONAMA nº 357/2005, que dispõe sobre a classificação dos corpos d'água e diretrizes ambientais para seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes.

---

[9] Censo 2000 do IBGE.

[10] Dados coletados do questionário enviado ao município referentes a agosto de 2008.

3. Conclusões

Os resultados obtidos neste trabalho indicam que a ausência ou a insuficiência de sistemas de esgotamento sanitário nos municípios da RMBH são fatores determinantes da degradação ambiental das sub-bacias do Rio das Velhas e do rio Paraopeba na região objeto do estudo.

O estudo apontou ainda que 19 dos 34 municípios da RMBH não contam com estações de tratamento de esgotos. Assim, vislumbra-se a necessidade da tomada de medidas coercitivas pelos órgãos competentes para fomentar a destinação de recursos para a ampliação dos serviços de esgotamento sanitário da RMBH. Tal ação, na maioria dos casos, deve ser dirigida à COPASA, empresa que detém a concessão dos serviços de esgotamento em praticamente toda a RMBH, com o objetivo declarado de obtê-la nos sete municípios com gestão municipal dos serviços, quais sejam: Caeté, Itaguara, Rio Acima, São Joaquim de Bicas, Sabará, Sarzedo e Taquaraçu de Minas.

Observou-se ainda a falta de transparência da empresa concessionária no concernente à receita obtida com os serviços de esgotamento sanitário e aos critérios de escolha dos municípios destinatários da maior parte dos investimentos.

Em 3 de agosto de 2009, foi publicada a Lei Estadual nº 18.309, que estabelece normas relativas aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e cria a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE-MG).

Compete à ARSAE-MG, entre outras funções, "[...] fiscalizar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, incluídos os aspectos contábeis e financeiros e os relativos ao desempenho técnico operacional" (art. 6º, inciso II, da Lei nº 18.309/2009).

A Lei Estadual nº 18.309/2009 também dispõe ser obrigação do prestador de serviços de esgotamento sanitário: "Elaborar e apresentar à ARSAE-MG plano de exploração dos serviços, definindo as estratégias de operação, a previsão das expansões e os recursos previstos para investimento" (art. 7º, inciso II, da Lei nº 18.309/2009).

Observa-se que, se obtiver êxito no cumprimento de suas funções, a ARSAE-MG poderá conferir maior transparência à prestação dos serviços de esgotamento sanitário em Minas Gerais.

4. Referências bibliográficas

BELO HORIZONTE. Plano Municipal de Saneamento de Belo Horizonte 2004/2007 (PMS). *Saneamento para todos*. V. I - III, maio, 2004.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento (MPO). Secretaria de Política Urbana. Série Modernização do Setor Saneamento. *Diagnóstico do setor*: Saneamento. Estudo econômico e financeiro, Brasília, DF, v. 7, 1995.

BRASIL. Conferência Nacional de Saneamento (CNS). Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara Federal – Subcomissão de Saneamento. *Relatório síntese da conferência nacional de saneamento*. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB):* dados da amostra, 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 nov.2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Censo demográfico, 2000.* Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 nov.2009.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). *Manual de orientação para criação e organização de autarquias municipais de água e esgoto.* 3. ed. Brasília: FUNASA, 2003. 136 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. *Avaliação do impacto na saúde das ações de saneamento*: marco conceitual e estratégia metodológica. Brasília: Ministério da Saúde, 2004b. 116p.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS nº 518, de 25 de março de 2004. Estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, mar. 2004c. 15p.

BRASIL. Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS). *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)* – diagnóstico dos serviços de água e esgotos – 2005. Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Programa de Modernização do Setor Saneamento, Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos. Programa de Estruturação Institucional para a Consolidação da Política Nacional de Recursos Hídricos. *Caderno setorial – Saneamento e recursos hídricos*. Brasília, 2005a. 66p.

BRASIL. Ministério das Cidades. Organização Pan-Americana da Saúde. *Política e plano municipal de saneamento ambiental*: experiências e recomendações. Brasília: Ministério das Cidades, 2005b. 76p.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum. Brasília, 2005c.

BRASIL. Ministério das Cidades. Organização Pan-Americana da Saúde. *Guia para elaboração de planos municipais de saneamento*. Brasília: Ministério das Cidades, 2006. 152p.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico. Brasil, 2007.

CAMARGOS, Luíza de Marillac Moreira. *Plano diretor de recursos hídricos da bacia hidrográfica do rio das Velhas*: resumo executivo dezembro 2004. Luíza de Marillac Moreira Camargos (Coord.). Belo Horizonte: Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio das Velhas, 2005. Disponível em: < http://www.agbpeixevivo.org.br/images/arquivos/plano_diretor_completo.pdf. >. Acesso em: 03 mar. 2010.

CANÇADO, V. L.; COSTA, Geraldo Magela. A política de saneamento básico: limites e possibilidades de universalização. In: SEMINÁRIO SOBRE A ECONOMIA MINEIRA, 10, Diamantina, MG. 2002. *Anais ...* Disponível em: <http://cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2002/d63.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COPASA - Companhia de Saneamento de Minas Gerais. Disponível em: <www.copasa.com.br>. Acesso em: 03 nov. 2009.

COSTA, A. M. Análise Histórica do Saneamento no Brasil. 1994. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1994 *apud* REZENDE, S. C.; HELLER, L. *O saneamento no Brasil*: políticas e interfaces. 2002. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

COUTINHO, M. L. *Comparação entre modelos de gestão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, segundo indicadores de saúde pública, operacionais e sociais, nos municípios de Minas Gerais (1989 e 1998)*. 2001. 181p. Dissertação (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FIGUEIREDO, M.; FIGUEIREDO, A. *Avaliação política e avaliação de políticas:* um quadro de referência teórica. Análise e conjuntura. Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 1986 *apud* BRASIL. Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. *Avaliação do impacto na saúde das ações de saneamento*: marco conceitual e estratégia metodológica. Brasília: Ministério da Saúde, 2004b.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Perfil do saneamento básico em Belo Horizonte*: trajetória em 100 anos – os serviços de água e esgoto. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, Centro de Estudos Históricos e Culturais, 1997.

GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro *et al*. *Marcos regulatórios estaduais em saneamento básico no Brasil*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n1/a10v43n1.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2009.

HELLER, L.; NASCIMENTO, N. O. Pesquisa e desenvolvimento na área de saneamento no Brasil: necessidades e tendências. *Revista Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 24-35, jan./mar. 2005.

HELLER, L. (Coord.). *Políticas públicas e gestão de serviços de saneamento:* uma avaliação em três bacias hidrográficas em Minas Gerais. 2006a.

HELLER, L. *Política pública de saneamento:* apontamentos teórico-conceituais. Texto de disciplina (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos da Escola de Engenharia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006b.

HELLER, Léo; COUTINHO, M. L.; MINGOTI, Sueli A. Diferentes modelos de gestão de serviços de saneamento produzem os mesmos resultados? Um estudo comparativo em Minas Gerais com base em indicadores. *Revista Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, out./dez. 2006. p. 325-336.

HELLER, Pedro Gasparini Barbosa. *Avaliação dos serviços de saneamento de quatro municípios da bacia hidrográfica do Rio das Velhas/MG* – Uma abordagem da dimensão tecnológica. 2007. Dissertação (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

IGAM – Instituto Mineiro de Gestão das Águas, 2002. *Relatório de monitoramento das águas superficiais na bacia do rio São Francisco em 2001, sub-bacia do rio das Velhas*. Disponível em: <http://aguas.igam.mg.gov.br/aguas/htmls/downloads.htm>. Acesso em: 12 nov. 2009.

IGAM, 2005. *Estudos das metas de qualidade da bacia hidrográfica do rio Paraopeba*. Disponível em: <http://aguas.igam.mg.gov.br/aguas/downloads/acordo_resultados/Estudo_Metas_Paraopeba.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2009.

IGAM, 2009. *Monitoramento da qualidade das águas superficiais na sub-bacia do rio Pará em 2008*. Disponível em: <http://aguas.igam.mg.gov.br/aguas/htmls/downloads.htm>. Acesso em: 22 out. 2009.

IGAM - Instituto Mineiro de Gestão das Águas. *Qualidade das águas superficiais em 2009*. Disponível em: <http://aguas.igam.mg.gov.br/aguas/htmls/index.htm>. Acesso em: 12 nov. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21.ed. revista, ampliada e atual. São Paulo:Saraiva, 2008.

MILLENNIUM DEVELOPMENT GOALS (MDGs). Department of Public Information, United Nations, 2005. Disponível em: <www.un.org/millenniumgoals/>. Acesso em: 10 dez. 2008.

MICHAELIS. Dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 24 nov. 2009.

MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 11.720, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a Política de Saneamento Básico e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br/>. Acesso: 03 nov. 2009.

MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 18.309, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre normas relativas aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e cria a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais – ARSAE-MG e dá outras providências. Disponível em: <www.almg.gov.br/>. Acesso em: 03 nov. 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Poluição em decorrência do lançamento em cursos d'água de esgotos sanitários sem prévio tratamento* – Aspectos jurídicos e atuação do Ministério Público. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/rsudoutrina_25.pdf>. Acesso em: 22 set. 2009.

MONITORAMENTO DA QUALIDADE DAS ÁGUAS SUPERFICIAIS NA SUB-BACIA DO RIO PARÁ EM 2008. Disponível em: <http://www.atlasdasaguas.ufv.br/>. Acesso em: 13 out. 2009.

MUKAI, Toshio *et al*. *Saneamento básico* – Diretrizes gerais. Comentários à Lei nº 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NASCIMENTO, N.O.; HELLER, L. Pesquisa e desenvolvimento na área de saneamento no Brasil: necessidades e tendências. *Revista Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 10, n. 1, p. 36-48, 2005.

OGERA, Rita de Cássia. Análise de gestão local e estadual dos serviços de água e esgoto no estado de São Paulo, 1996-2000. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Departamento de Saúde Ambiental da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-19072005-171629>. Acesso em: 06 dez. 2008.

OLIVEIRA FILHO, A. *Institucionalização e desafios da Política Nacional de Saneamento* - Um balanço prévio. ASSEMAE – Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento, jun./ago. 2006. Disponível em: <http://www.assemae.org.br>. Acesso em: 06 dez. 2008.

PEIXOTO, J. B. *O barulho da água*: os municípios e a gestão dos serviços de saneamento. São Paulo: Água e Vida, 1994.

PITERMAN, Ana. Quem controla o saneamento? Um estudo sobre o controle social das políticas públicas de saneamento em quatro municípios da bacia do Rio das Velhas – MG. 2008. Dissertação (Mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.smarh.eng.ufmg.br/defesas/501M.PDF>. Acesso em: 22 set. 2009.

REZENDE, S. C.; HELLER, L. *O saneamento no Brasil*: políticas e interfaces. 2002. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

REZENDE, S. *Aspectos demográficos da cobertura de serviços de saneamento no Brasil urbano contemporâneo*. 2005. 153 p. Tese (Doutorado em Demografia do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RIBEIRO, J. C. J. *Indicadores ambientais - A*valiando a política de meio ambiente no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: SEMAD, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Artigo recebido em: 03/03/2010
Artigo aprovado em: 04/05/2010

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA A PROTEÇÃO DA RESERVA LEGAL FLORESTAL NA SITUAÇÃO DA POSSE DE IMÓVEL RURAL: REFLEXÕES A PARTIR DO RESP 948.921-SP

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA
Mestrando em Evolução Crustal e Recursos Naturais (UFOP)
Assessor no Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Pesquisador filiado à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)

1. Acórdão

Recurso Especial 948.921-SP (2005/0008476-9)
Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Companhia Açucareira São Geraldo
Advogado: Johannes Antonius Fonseca Wiegerinck e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE E DA POSSE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR. 1. A falta de prequestionamento da matéria submetida a exame do STJ, por meio de Recurso Especial, impede seu conhecimento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. 3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. 4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em conseqüência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir. 5. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem

ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ. 6. Descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação *propter rem,* desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental *in casu*, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator". Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de outubro de 2007 (data do julgamento).

2. Introdução

O presente artigo aborda o tema da reserva legal florestal, tipologia de espaço territorial especialmente protegido prevista no art. 1º, §2º, III, do Código Florestal brasileiro, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

Analisam-se os fundamentos jurídicos das obrigações de averbação e conservação da reserva legal florestal, levando-se em consideração os seguintes aspectos jurídicos: (a) preceitos constitucionais relativos ao tema (art. 5º, XIII, art. 170, VI, art. 186, I e II, e art. 225); (b) o Código Florestal em vigor (art. 16, §2º e §8º); (c) a Lei de Registros Públicos (art. 167, II, alínea 22); (d) a Lei da Política Agrícola; (e) a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; (f) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

De modo particular, enfoca-se o tema da proteção da reserva legal no caso da posse, destacando-se a pertinência jurídico-ambiental da averbação do Termo de Ajustamento de Conduta a que se refere o art. 16, §10, do Código Florestal em vigor no Cartório de Registro de Imóveis ou seu registro no Cartório de Títulos e Documentos, com o escopo de garantir a publicidade e a efetividade da limitação administrativa, de caráter coletivo, que incide sobre o uso do imóvel rural.

Essas reflexões são inspiradas no acórdão referente ao REsp 948.921-SP (rel. Min. Herman Benjamin, j. 23-10-2007), cujo texto, alinhado com o art. 1º, §2º, III, e com o art. 16, §10, do Código Florestal em vigor, aludem à proteção da reserva legal florestal no caso da posse de área rural. Na esteira do *decisum*, procura-se apresentar as condições jurídicas procedimentais para a efetivação dessa proteção.

3. A reserva legal florestal ante os preceitos constitucionais de Direito Ambiental

Consoante o art. 1º, §2º, do Código Florestal, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, a reserva legal consiste na

> [...] área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

A análise desse conceito permite verificar que o instituto consiste em "densificação"[1] de preceitos cardeais do sistema jurídico brasileiro, declarados pela Constituição da República de 1988. Dentre eles, os que incumbem ao poder público os deveres de: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, §1º, I); definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, §1º, III); proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (art. 225, §1º, VII).

Por outro ângulo, a reserva legal florestal consiste, também, num instrumento de realização da ordem econômica e da função social da propriedade. A Constituição brasileira desfaz, no plano jurídico, a dicotomia entre desenvolvimento e proteção da qualidade ambiental, ao consagrar a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica (art. 170, VI). Conforme Grau (1990, p. 255-257), a proteção das bases naturais e culturais da vida individual e coletiva – que tem como fator contributivo o manejo sustentável das áreas de reserva legal – é indispensável "[...] à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social".

O Texto Constitucional reconhece, portanto, que as relações econômicas têm força decisiva para a efetivação do direito a um ambiente digno e salutar. Por isso, a Constituição brasileira estabelece que o exercício das liberdades econômicas é limitado pelo dever, conectado ao direito fundamental à vida, de manutenção das bases físicas e biológicas essenciais à existência individual e coletiva (art. 170, VI).

Adicionalmente, cabe referir que o art. 5º, XXIII, o art. 170, VI, e o art. 186, I e II, da Constituição brasileira determinam que a propriedade deve atender sua função

---

[1] J. J. Gomes Canotilho explica que: "Densificar uma 'norma' significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos". Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

social. Em se tratando de áreas rurais, considera-se cumprida essa função quando o imóvel atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei: (a) ao aproveitamento racional e adequado; (b) à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis; e (c) à preservação do meio ambiente, dentre outros requisitos.

Ademais, a reserva legal florestal encontra significado na busca pela efetivação do direito de todos 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", conforme art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

4. Fundamentos legais das obrigações de averbação e conservação da reserva legal

A obrigatoriedade da averbação da reserva legal deriva, diretamente, do art. 16, §8º, do Código Florestal em vigor, que assim preceitua:

> §8º. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

Em articulação sistêmica com os preceitos do Código Florestal, o art. 167, II, alínea 22, da Lei Federal nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) – alínea essa incluída pela Lei nº 11.284/2006 – prevê que, no registro de imóveis, além da matrícula, será levada a efeito a averbação da reserva legal. E, a reconhecer a relevância da averbação, a Lei de Registros Públicos, em seu art. 217, preceitua que "O registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa [...]".

A obrigação de manejo sustentável (conservação) da reserva legal florestal tem fundamento legal no art. 16, §2º, do Código Florestal, com redação determinada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, que assim determina:

> §2º. A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, [...] sem prejuízo das demais legislações específicas.

A obrigação de manejo sustentável da reserva legal florestal encontra fundamento jurídico, adicionalmente, na Lei nº 8.171/1991, que dispõe sobre a política agrícola. Como "densificação" do art. 5º, XXIII, do art. 170 e do art. 186, I e II, da Constituição brasileira, bem como dos demais preceitos afetos à proteção ambiental (cf. art. 225), o art. 19, parágrafo único, da referida lei ordena que:

> A fiscalização e o uso racional dos recursos naturais do meio ambiente é também de responsabilidade dos proprietários de direito, dos beneficiários da reforma agrária e dos ocupantes temporários dos imóveis rurais.

A mesma lei preceitua que a política agrícola tem como pressuposto, conforme art. 2º, I, o de que "a atividade agrícola compreende processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade". Complementando o sentido desse preceito, o art. 4º, IV, da lei federal dispõe expressamente que as ações e instrumentos de política agrícola referem-se à "proteção do meio ambiente, conservação e recuperação dos recursos naturais".

Ademais, o art. 3º, III, IV e XIII, da Lei nº 8.171/1991, com redação dada pela Lei nº 10.298/2001, consagra como objetivos da política agrícola:

> Art. 3º [...]
> III – eliminar as distorções que afetam o desempenho das funções econômica e social da agricultura;
> IV – proteger o meio ambiente, garantir o seu uso racional e estimular a recuperação dos recursos naturais;
> [...]
> XIII – promover a saúde animal e a sanidade vegetal.

5. Reconhecimento da relevância da reserva legal pelo Superior Tribunal de Justiça

Ante a relevância biológica, econômica e agrícola da reserva legal florestal, como instituto da legislação afeta à proteção dos recursos naturais do País, a jurisprudência brasileira, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem reafirmando a legitimidade jurídica e as condições de exigibilidade do instituto. Nessa linha, a Segunda Turma do STJ, ao se pronunciar sobre o Recurso em Mandado de Segurança nº 18.031/MG (rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03-10-2005), reconheceu que as exigências de averbação e conservação da reserva floral resultaram de:

> [...] uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras.

Outros julgados do STJ reafirmam a relevância socioambiental e a exigibilidade jurídica do instituto. No julgamento do REsp 973.225/MG (rel. Min. Eliana Calmon, j. 18-08-2009), a Segunda Turma do tribunal deixou claro que:

> É firme o entendimento de que os arts. 16 e 44 da Lei 4.771/1965 impõem aos proprietários a averbação da reserva legal à margem da matrícula do imóvel, ainda que não haja na propriedade área florestal ou vegetação nativa.

Ao analisar o RMS 22.391/MG (rel. Min. Denise Arruda, j. 04-11-2008), a Primeira Turma do STJ manifestou o entendimento de que: "Exige-se, nos moldes do §8º do art. 16 do Código Florestal, que a área de reserva legal seja averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no ofício de registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área [...]". O colegiado de ministros destacou também, no caso, que: "É dever do proprietário ou possuidor de imóveis rurais, mesmo em áreas onde não houver florestas, adotar as providências necessárias à restauração ou à recuperação das formas de vegetação nativa, para se adequar aos limites percentuais previstos nos incisos do art. 16 do Código Florestal".

Na apreciação do REsp 927.979/MG (rel. Min. Francisco Falcão, j. 15-05-2007), a Primeira Turma do STJ exprimiu a compreensão, pacificada nesse tribunal, de que é:

> Inviável o afastamento da averbação preconizada pelos artigos 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), sob pena de esvaziamento do conteúdo da lei. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é conseqüência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.

Recentemente, em decisão certamente paradigmática, a Terceira Turma do STJ, relativamente ao REsp 831.212/MG (rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01-09-2009), consagrou o entendimento de que: "É possível extrair, do art. 16, §8º, do Código Florestal, que a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão, desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771/65".

A Segunda Turma do STJ, ao se pronunciar a respeito do REsp 948.921-SP (rel. Min. Herman Benjamin, j. 23-10-2007), ora comentado, reafirmou, por unanimidade entre os órgãos de aplicação do direito ao caso analisado, a legitimidade jurídica das exigências concernentes à reserva legal florestal e às áreas de preservação permanente, vindo a reforçar a compreensão, inspirada no princípio da solidariedade intergeracional, de que:

> 2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome.
> 3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-

conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente.
4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em conseqüência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir.

O relator do acórdão, Ministro Herman Benjamin, ponderou acertadamente que:

As Áreas de Preservação Permanente (APPs) e a Reserva Legal densificam e concretizam a função ecológica da propriedade (arts. 170, VI, 186, II, e 225, da Constituição Federal), incidindo, sob percentuais variados, em todos os biomas brasileiros (Amazônia, Mata Atlântica, Cerrado, Caatinga, Pantanal e Campos Sulinos), sendo irrelevante a fitofisionomia da vegetação nativa existente ou que existia na gleba (florestal, arbustiva, herbácea, rasteira ou rarefeita). Resguardar o que se tem, mas também o que se deveria ter, eis o objetivo do legislador. Daí o dever de recuperar o que se degradou.
No ordenamento infraconstitucional, as APPs e a Reserva Legal representam os pilares dorsais da conservação in situ da flora no Brasil, centralidade essa alicerçada no Código Florestal e na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Apresentam-se como imposições genéricas, decorrentes diretamente da lei. São, por esse enfoque, pressupostos intrínsecos ou limites internos do direito de propriedade ou posse.
Conseqüentemente, as obrigações daí decorrentes trazem clara natureza propter rem (= em razão da coisa), isto é, aderem ao titular do direito real e acompanham os novos proprietários e possuidores ad infinitum, independentemente de sua manifestação de vontade, expressa ou tácita. Se a coisa muda de dono, muda, por igual e automaticamente, a obrigação de devedor, exista ou não cláusula contratual a respeito, cuide-se de sucessão a título singular ou universal. A rigor, não se deveria sequer falar em culpa ou nexo causal, quando o juiz exige do novo proprietário (e também do possuidor) comportamentos do tipo facere (averbação, recuperação com espécies nativas e defesa desses espaços) e non facere (abstenção de uso econômico direto – caso das APPs – e exploração com corte raso, já que admitido apenas o seletivo, quanto à Reserva Legal). [...]
Quem se beneficia da degradação ambiental alheia, a agrava ou lhe dá continuidade não é menos degradador. Por isso, o legislador se encarrega de responsabilizar o novo proprietário pela cura do malfeito do seu antecessor. Isso vale para o desmatamento, para a poluição das águas e a erosão do solo.

No caso, o órgão julgador do STJ, sensível à ideia de efetividade, que "[...] traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos" (Barroso, 2003, p. 247-248), e alinhando-se com o impulso transformador e utópico do sistema jurídico brasileiro, contrapôs-se ao processo histórico de devastação da *Terra Brasilis* (cf. item 1), que a Constituição brasileira de 1988 e a legislação ambiental procuram reverter.

6. Percentuais mínimos da reserva legal e atuação da Administração

Não há dúvidas, portanto, de que a averbação da reserva legal florestal é obrigatória, seja para o proprietário de imóvel rural, seja para o oficial do cartório de registro imobiliário. Os percentuais mínimos a serem conservados como reservas variam conforme os diferentes biomas existentes no Brasil. De acordo com o art. 16 do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, esses percentuais serão de: (a) 80% (oitenta por cento), na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia legal; (b) 35% (trinta e cinco por cento), na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia legal, sendo no mínimo 20% (vinte por cento) na propriedade e 15% (quinze por cento) na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia; (c) 20% (vinte por cento), na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizadas nas demais regiões do País; (d) 20% (vinte por cento), na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

Consoante o art. 16, §4º, do Código Florestal: "A localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente, ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou por outra instituição devidamente habilitada".[2]

7. Averbação e proteção da reserva legal na situação jurídica da posse de imóvel rural

O Código Florestal em vigor estabelece regra específica para a conservação da reserva legal florestal no caso da posse. Conforme previsão do seu art. 16, §10, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001:

> No caso da posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força

[2] No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Termo de Cooperação Técnica recém-celebrado entre Instituto Estadual de Florestas (IEF), Associação dos Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais (Anoreg) e o Ministério Público Estadual, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça, com a interveniência da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), prevê que o IEF poderá reconhecer, para fins de averbação da reserva, planta e memorial descritivo do imóvel com as áreas de reserva legal e preservação permanente devidamente georreferenciadas, elaborados por órgãos do Sistema Estadual do Meio Ambiente (Sisema) e da Administração Direta e Indireta, peritos da Promotoria (Res. PGJMG nº 31/2008) e profissionais credenciados pelo IEF e habilitados com ART.

> de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas neste Código para a propriedade rural.

No Estado de Minas Gerais, cabe ao Instituto Estadual de Florestas (IEF), nos termos do art. 7º, caput, da Lei Estadual nº 14.309/2002, tomar do possuidor do imóvel rural o Termo de Ajustamento de Conduta referido pela regra federal supra.

O ajustamento firmado pelo possuidor perante o órgão estadual deverá ser averbado à margem do registro imobiliário relativo à propriedade rural, nos termos do art. 16, §8º, do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, c/c art. 167, II, alínea 22, da Lei de Registros Públicos, com redação determinada pela Lei nº 11.284/2006.

A averbação do Termo de Ajustamento de Conduta em comento visa a assegurar as condições de efetivação da reserva legal, dando conhecimento a toda a coletividade a respeito da limitação administrativa incidente sobre o uso do imóvel rural. Tal interpretação guarda coerência com o princípio da efetividade, pois parte de um ponto de vista capaz de levar as normas em questão – o art. 16, §10, do Código Florestal, bem como todos os preceitos constitucionais que ela "densifica" – a obterem a máxima realização possível no plano factual. Neste marco, é oportuna a lição do jurista Luís Roberto Barroso, a propósito do referido princípio de hermenêutica constitucional:

> A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. [...] Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.
> [...]
> Diz ele respeito, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao 'reconhecimento' (Anerkennung) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.
> A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo 'o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos'. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e

simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.[3]

Caso o imóvel ainda não seja inscrito no Registro Público, poder-se-á exigir o registro do Termo de Ajustamento de Conduta referido pelo art. 16, §10, do Código Florestal no Cartório de Títulos e Documentos, com o escopo de dar publicidade às exigências atinentes à reserva legal que limitam o uso do imóvel rural em questão. Essa medida baseia-se no art. 127, I, da Lei nº 6.015/1973, conforme numeração promovida pela Lei nº 6.216/1975, que prevê a transcrição, no registro de títulos e documentos, "dos instrumentos particulares, para prova das obrigações convencionais de qualquer valor".

8. Notas Conclusivas

Ante o exposto, apresentam-se as seguintes considerações:

(a) A reserva legal consiste numa "densificação" de preceitos cardeais do Direito Ambiental Constitucional brasileiro, notadamente nos artigos 5º, XXIII, 170, VI, 186, I e II, e 225, §1º, I, III e VII, da Constituição da República de 1988.

(b) A obrigação de averbação da reserva legal, no âmbito do Cartório de Registro de Imóveis, tem fulcro no art. 16, §8º, do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, bem como no art. 167, II, alínea 22, da Lei Federal nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), alínea essa incluída pela Lei nº 11.284/2006.

(c) O manejo sustentável da reserva legal florestal, uma obrigação do proprietário ou possuidor de imóvel rural, nos termos do art. 16, §2º, do Código Florestal, além de se basear nos preceitos constitucionais referidos supra, contribui para a realização dos objetivos da política agrícola, instituída pela Lei Federal nº 8.171/1991 (arts. 2º, I, 3º, III, IV, e XIII, 4º, IV, 19, parágrafo único).

(d) A jurisprudência brasileira, notadamente a do STJ, vem reafirmando, com crescente ênfase, a relevância ambiental e a legitimidade jurídica das obrigações de averbação e conservação da reserva legal.

(e) Consoante o art. 16, §4º, do Código Florestal, a localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente, ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou por outra instituição devidamente habilitada. Em Minas Gerais, a localização da reserva legal deve ser determinada, em regra, pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF), nos termos do art. 7º, caput, da Lei Estadual nº 14.309/2002;

[3] Ver Barroso (2003, p. 247-248). Na passagem transcrita, o autor faz referência às seguintes obras: REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979.

(f) Conforme previsão do seu art. 16, §10, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, no caso da posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas nesse Código para a propriedade rural.

(g) O ajustamento firmado pelo possuidor perante o órgão estadual deverá ser averbado à margem do registro imobiliário relativo à propriedade rural, nos termos do art. 16, §8º, do Código Florestal, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, c/c art. 167, II, alínea 22, da Lei de Registros Públicos, com redação determinada pela Lei nº 11.284/2006.

(h) Caso o imóvel ainda não seja inscrito no Registro Público, poder-se-á exigir o registro do Termo de Ajustamento de Conduta previsto no Código Florestal no Cartório de Títulos e Documentos, com o escopo de dar publicidade às exigências atinentes à reserva legal que limitam o uso do imóvel rural em questão. Essa medida baseia-se no art. 127, I, da Lei nº 6.015/1973, conforme numeração promovida pela Lei nº 6.216/1975, que prevê a transcrição, no Registro de Títulos e Documentos, "dos instrumentos particulares, para prova das obrigações convencionais de qualquer valor".

9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247-248.

ESPÍNDOLA, R. S. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 233.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990. p. 255-257.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Bushatsky, 1973.

8



Artigo • 403
Comentário à Jurisprudência • 473
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Público Constitucional

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE DE PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA
Defensora Federal
Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás
Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna/MG
Membro do Comitê de Ética Animal da FUNED/MG

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o princípio da proporcionalidade, muito aplicado no Direito Administrativo, ultrapassou esta seara para inserir-se, também, no Direito Penal. Os crimes organizados levaram a sociedade contemporânea a exigir o recrudescimento do Direito Penal como utópica solução para frear a criminalidade. O princípio da proporcionalidade aparece como uma limitação à expansão ilógica do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade; bem jurídico; limitação.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate that the principle of proportionality, largely applied in administrative law, has gone beyond its original scope and is now being resorted to also in criminal law. Organised crime has led the contemporaneous society to call for the recrudescence of criminal law in the search for an utopic solution to deterr criminality. The principle of proportionality thus appears as a limitation to the illogical expansion of a legal asset.

KEYWORDS : Proportionality; legal asset; limitation.

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Direitos fundamentais e proibição do retrocesso. 2.1. Princípios de Direito Penal. 2.1.1. Princípio da insignificância. 2.1.2. Princípio da intervenção mínima. 2.1.3. Princípio da fragmentariedade. 2.1.4. Princípio da proporcionalidade. 3. O princípio da proporcionalidade e o Direito Penal. 3.1. Breve histórico. 3.2. Dimensões do princípio da proporcionalidade. 3.2.1. Adequação. 3.2.2. Necessidade. 3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito. 4. Bem jurídico. 4.1. Definição de bem jurídico. 4.2. Expansão do bem jurídico. 4.3. Direito Penal de duas e três velocidades. 5. Direito Penal do inimigo. 6. O princípio da proporcionalidade como limitação da proteção do bem jurídico. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Intróito

O século XX apresenta-se em uma sociedade complexa e multifacetária. Inúmeros processos sociais e políticos marcantes, como o intervencionismo estatal na economia, os conflitos sociais massificados, o dirigismo contratual e relativização da autonomia privada, as incertezas do capitalismo, a publicização do Direito, o desenvolvimento tecnológico, a globalização, as guerras mundiais, o aumento da desigualdade social, etc. efetivaram o surgimento de novos delitos decorrentes de riscos dessa sociedade pós-moderna.

Os riscos sociais passam a penetrar em todas as relações públicas e privadas. Em decorrência, surgem novos conflitos e, por conseqüência, novos delitos e a expansão exagerada e rápida do Direito Penal. O bem jurídico é apontado pelo legislador de forma aleatória e sem conteúdo jurídico-filosófico.

No entanto, os estudiosos desse ramo do Direito caminhavam para um abrandamento das penas, optando por penas substitutivas em face da privação de liberdade. Ocorre uma administrativização do Direito Penal, como medida, dentre outras, de política pública. O Direito Penal caminha em duas velocidades: penas restritivas de direito e, para casos extremos, penas privativas de liberdade.

O princípio da dignidade humana torna-se diretor de outros princípios na seara no Direito Penal, como a intervenção mínima, a insignificância, a adequação social, a fragmentariedade para, juntos, indicarem as diretrizes penais no Estado Democrático de Direito.

Não obstante, causas alheias ao Direito Penal, tipicamente oriundas da desigualdade social, trilhadas ao longo do percurso capitalista, torna ineficaz a atuação estatal diante do controle crescente da criminalidade e do surgimento de novas técnicas de distúrbios sociais (terrorismo, organizações criminosas, crimes hediondos, etc.).

A sociedade reclama pela paz social, paira a insegurança e o indivíduo é mitigado em seu direito privado em prol da coletividade. O homem livre, o cidadão de bem, sequer pode usufruir seu direito de liberdade, em face do medo e da violência. Torna-se ele um prisioneiro social. E não raro renuncia a liberdade em prol da segurança.

As facilidades de informação pela mídia e pela *internet* aceleram o senso coletivo de impotência em face do crime. Nesse quadro de incertezas dos particulares e inoperâncias dos setores públicos, surge a teoria do *direito do inimigo* como tentativa utópica de controle criminal. O Direito passa a ter três velocidades; a terceira mitiga por completo os direitos processual-penais calcados durante vinte séculos. O Direito Penal recrudesce para punir com severidade o *inimigo* do Estado e da sociedade.

O princípio da proporcionalidade, antes timidamente aplicado somente na seara do Direito Administrativo e Constitucional surge no Direito Penal como *um norte* para a

busca do equilíbrio social, tentando compatibilizá-lo com o rigor da lei, funcionando como uma limitação legislativa ao conceito de bem jurídico. Assume ainda o papel de proteger o cidadão contra arbitrariedades e inutilidades praticadas pelo poder público na limitação de direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais e proibição do retrocesso

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 321-324) "A expressão direito fundamental surgiu na França no ano de 1770, como marco do movimento político cultural que conduziu á declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Alcançou relevância na Alemanha e foi incluída na Constituição de Weimar, de 1919 [...]", a partir daí difundindo-se por inúmeras outras Constituições de todo o mundo. São características dos direitos fundamentais:

> [...] a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade, a complementaridade e a efetividade. E dentre os princípios destaca-se: a máxima força concretizadora, a interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares, a dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição de retrocesso e a relativização. (ALMEIDA, 2008, p. 321-324).

Nesse sentido, a tutela dos direitos fundamentais é construída com base em três preceitos fundamentais constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3º, I e II) e a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como referência constitucional aglutinadora de todos os direitos fundamentais, sejam os pessoais tradicionais, sejam os sociais, sejam os econômicos e culturais. O que varia é o grau de vinculação dos direitos a ele.

Um passeio pela origem etimológica das expressões *dignidade*, *pessoa* e *humana* auxiliam na compreensão do *plus* que lhe foi conferido. Dignidade, do latim *dignitas*, quer dizer respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, nobreza, excelência.

Luis Roberto Barroso explica que:

> [...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2008)

Qual o papel do Direito na sociedade senão o de garantir a paz social, indicando como fazê-lo e assegurando, prioritariamente, os direitos fundamentais? Dada a amplitude e relevância dessas questões, é obrigação do Estado Democrático de Direito efetivar os direitos fundamentais, no mínimo preservar os alcançados, lutar por aqueles distantes e zelar pela proibição do retrocesso, seja qual for.

A política capitalista sistematizada pela globalização fortaleceu a empresa a ponto de, em determinados locais do mundo, o Estado fazer-se substituir pela empresa. Esta como fornecedora de bens de consumo e produção de riquezas; como cumpridora de ações sociais, diante da omissão estatal e como realizadora de serviços estatais privatizados.

A privatização de certos setores, a exemplo dos presídios norte-americanos, pode induzir este forte *substituto* estatal a preconizar um Direito Penal rigoroso. Primeiro porque os presídios norte-americanos, em sua maioria, são privatizados e ganham por ter o homem encarcerado. Segundo, é operacional depois do fatídico 11 de setembro de 2001 no combate ao terrorismo e, terceiro, para a sociedade é cômodo livrar-se dos presos, visto que, como em qualquer local do mundo, a grande maioria de presos é composta de pobres, da camada excluída economicamente da sociedade; portanto, de pessoas que não consomem.

Luigi Ferrajoli esclarece que:

> [...] a pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente ás penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dá o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinqüentes e de recrutamento da criminalidade organizada (FERRAJOLI, 2006, p. 378-379).

Portanto, é necessário muito cuidado para que os interesses das grandes multinacionais, das substitutas estatais por excelência, não venham a preconizar a rigorosidade do Direito Penal em prol de seus interesses e de interesses de uma minoria de países que dominam o capital mundial.Caso venham a ser ofendidos os direitos fundamentais do cidadão, com ofensa ao princípio de proibição de retrocesso, notadamente em face das garantias processual-penais, corre-se o risco de ofender a própria democracia e o Estado Democrático de Direito.

As garantias dos direitos fundamentais significam a utilização dos mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo. A limitação desses direitos não é autorizada pelo Texto Constitucional, que é baseado no princípio da proporcionalidade,

preponderando os valores de justiça e igualdade. Eventual limitação constitui verdadeiro retrocesso e, portanto, é ofensa primária ao ordenamento jurídico.

Até porque, explica Heleno Fragoso (1977, p. 123), "[...] acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais.Constitui hoje preocupação universal a criação de um sistema jurídico que assegure a observância de tais direitos e a garantia de tais liberdades". Não basta declarar os direitos fundamentais, resta a sua efetivação, ademais, "[...] de nada vale a declaração e o reconhecimento de direitos, sem os instrumentos processuais que o assegurem". (FRAGOSO, 1977, p. 132).

Num Direito Penal calcado por valores como o respeito à pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a justiça, a garantia dos direitos fundamentais é a base do Direito Penal de cada país. Flávio Piovesan (2007, p. 356) esclarece que "[...] a busca democrática não se atém apenas ao modo pelo qual o poder político é exercido, mas envolve fundamentalmente a forma pela qual direitos básicos de cidadania são implementados".

2.1. Princípios de Direito Penal

A axiologia dos princípios constitucionais de nada vale sem os mecanismos efetivos de sua concretização. Por muitos anos, os princípios, no sistema constitucional fechado, foram renegados ao acaso das disposições legais. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema aberto, ganharam força normativa. De conseqüência, não pode haver oposição ou dualidade entre princípios e normas.

Flávia D'Urso (2007, p. 26-31) explica que "Kant inspirou Ronald Dworkin e Robert Alexy no desenvolvimento da principiologia e seus desdobramentos para o reconhecimento da normatividade de princípios e valores previstos no Texto Maior". A questão para concretizá-los era perquirida na distinção em princípios e normas. "Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntivas das regras para esclarecer que os princípios tem uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas". Quando existem aparentes conflitos entre dois princípios, considera-se o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que, nas normas, a validade de uma pressupõe a invalidade da outra. Segundo Alexy, isso não significa que "[...] o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, tampouco que a cláusula de exceção nele se introduza" (D'URSO, 2007, p. 26-31).

Conclui-se que a principiologia é de notória importância para o Direito, por excelência para o Direito Penal, onde as garantias do devido processo legal e de todas as demais instituídas no sistema garantista processual-penal passam, impreterivelmente, por um momento de afirmação e não de declaração, já ocorrido. A Constituição deixa de ser, no entendimento de Luis Roberto Barroso (2006, p. 288), uma mera Carta política e ganha o *status* de norma e efetividade.

Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 17) assegura que "[...] rumo ao garantismo, após as guerras mundiais, os paises inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, respeito aos direitos individuais, dentre outros". Não há possibilidade de retroceder a este garantismo instituído no Texto Constitucional, com a justificativa de estar-se exercitando o direito de defesa social em face da hediondez do delito.

Dentre os princípios que respaldam o Direito Penal da sociedade pós-moderna, alguns têm importância ímpar na busca de um Direito Penal que interfira o mínimo possível na tutela das liberdades.

2.1.1. Princípio da insignificância

É um instrumento de interpretação restritiva pelo qual ocorre uma descriminalização de certas condutas que, embora típicas, permitir-se-ia que fossem excluídas do Direito Penal por causarem danos de pouca importância, insignificantes. O Direto Penal não deve ocupar-se de crimes de bagatela. Afasta-se a tipicidade do delito. Deve-se deixar para outros ramos do Direito a sanção necessária. Sobre o princípio da insignificância:

> [...] nossa disciplina não foi concebida para solver pequenos incidentes do cotidiano. Isso desmoraliza e desqualifica o direito penal, cuja existência só se justifica para resolver situações em que outros setores do ordenamento jurídico tornam-se insuficientes. O direito penal só deve intervir em último caso. (VARGAS, 2008, p. 160-161).

2.1.2. Princípio da intervenção mínima

O Estado só deve intervir através do Direito Penal em uma conduta quando os outros ramos do Direito não conseguirem proteger os bens jurídicos menos relevantes. O Direito Penal deve atuar de forma mínima nas relações sociais. Será a *ultima ratio*. Preconiza uma descriminalização de certas condutas, efetuando um controle social através de sanções de outros ramos do Direito. A sanção penal é uma medida de restrição da liberdade humana e, como tal, só pode se legitimar na atuação de condutas que atentem contra a dignidade humana.

2.1.3. Princípio da fragmentariedade

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos existentes, somente os mais importantes recebem seu tratamento sancionador. Só caberia a ele intervir em favor de uma parcela de bens do ordenamento jurídico, de um fragmento de interesses jurídicos. Daí o caráter fragmentário do Direito Penal.

Na sociedade atual de riscos, onde são crescentes os riscos em razão da complexidade das atividades e do desenvolvimento da tecnologia, não há possibilidade de o Direito Penal atuar sobre qualquer periculosidade. Afirma Pierpaolo Bottini (2007,

p. 209) que “[...] o risco integra o cotidiano e sua supressão por completo não é possível”. Esse princípio confere uma simbologia ao Direito Penal, pois a “[...] ampliação excessiva de condutas criminalizadas, verificada na produção legislativa atual, banaliza a política criminal, enfraquece seu potencial de prevenção positiva e negativa. O direito penal perde a autoridade e a eficiência” (BOTTINI, 2007, p. 209), levando ao que chamamos de Direito Penal simbólico meramente formal, sem eficácia.

2.1.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é fundamental à garantia da dignidade humana, pois ele legitima a atuação do Direito Penal e a aplicação da pena. Já dizia Beccaria que:

> [...] das simples considerações das verdades até aqui expressas advém a evidência de que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. [...] Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, porquanto, escolher os meios que devam provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2006, p. 49).

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado a todos os demais princípios, notadamente aos princípios fundamentais. Esclarece Alexy (2008, p. 116) que “[...] há uma conexão entre as teorias dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.

O princípio da proporcionalidade, por ser objeto direto deste estudo, será mais aprofundado doravante.

3. O princípio da proporcionalidade e o Direito Penal

Henry Commager (1965, p. 223) já dizia que “O único modo de assegurar a justiça para todos consiste em dar aos direitos um caráter universal. E o único modo de dar um caráter universal ao direito é utilizando-se da principiologia”. Flávia Piovesan complementa que:

> [...] intenta-se a reaproximação da ética e do direito e, neste esforço surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro do pensamento kantiano, com as idéias da moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. (PIOVESAN, 2007, p. 29).

O princípio da proporcionalidade é considerado por muitos doutrinadores como o *princípio dos princípios*, dada a sua penetração, utilidade e aplicabilidade. Ele está

umbilicalmente ligado ao conceito de justiça, isonomia, legalidade, liberdade e dignidade humana. Sua síntese reporta-o ao equilíbrio e harmonia. Portanto, este princípio é de fundamental importância no Direito Penal, onde se trava uma luta constante entre o justo e o injusto, o certo e o errado, o preso e o liberto.

Como explica Pierpaollo Bottini (2007, p. 210),

> [...] a atuação do direito penal é legítima apenas diante da violação de bens que representam a dignidade humana, logo a medida da resposta punitiva deve ser proporcional a esta violação, do contrário o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos não encontrará aplicação material.Se a aplicação da pena afeta a dignidade, suprime bens fundamentais do ser humano, deve ser precedida pela violação, ou colocação em risco relevante, de bem de igual monta, ou maior, pelo agente do delito.

O princípio da proporcionalidade oferece resistência e suporte à aplicação de quaisquer outros princípios e institutos constitucionais diante de um aparente conflito. Esse princípio deve ser observado no Direito Penal desde o momento inicial, pelo legislador, para escolha do objeto a ser tutelado pela norma, naquilo que considera bem jurídico, até o momento final de aplicação da referida norma, quando se dará a pena em concreto. Sua quantificação deve ser proporcional ao bem jurídico ofendido, sob pena de arbítrio por parte do Estado.

3.1. Breve histórico

Os romanos já concebiam uma idéia de justificação do direito pela sua utilidade, fator ontológico da proporção. “A idéia geral de proporcionalidade habita a filosofia desde a antiguidade, freqüentemente em referência à obra de Aristóteles, na qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de justiça” (BARROS, 2006, p. 29). Aristóteles (1996, p. 199), estudioso da ontologia igualitária, já dizia que “[...] o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.

No Direito Penal, Beccaria (2006), em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, já lançava as idéias de ponderação de interesses e proporção na aplicação da pena, demonstrando de forma bastante significativa a necessária aplicação da proporção no momento legislativo e sancionador da aplicação da pena. Iniciava-se a idéia da pena como prevenção e não como castigo. Dizia que:

> [...] o interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas que os crimes mais prejudiciais á sociedade sejam os menos comuns. Portanto, os meios a serem utilizados pela legislação para impedir os crimes, devem ser mais fortes á proporção que o crime é mais contrário ao bem jurídico e pode tornar-se mais freqüente. Deve portanto, haver uma proporção entre o crime e as penas. Bastará que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas

> proporcionais aos crimes e que, principalmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos. (BECCARIA, 2006, p. 68-70).

A proporcionalidade em sua obra aparece na busca do mesmo ideal de justiça aristotélico; no entanto, Beccaria utiliza a aplicação da proporção para evitar as arbitrariedades do governante e do legislador na aplicação da pena. Ainda não há uma aplicabilidade da noção de proporção com fins de limitar a escolha pelo bem jurídico a ser tutelado pela norma.

Porém, a utilização do vocábulo *proporcionalidade* no Direito remonta ao século XVIII, na seara administrativa, no Direito Francês, como garantia à liberdade individual contra as ingerências administrativas. Era uma forma de controle dos atos administrativos e conseqüentemente controle de excesso de poder.

Através da doutrina do desvio de finalidade, surgia para invalidar o ato administrativo discricionário e ilegal. Durante o iluminismo, o princípio da proporcionalidade foi introduzido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelecendo que a lei não deveria estabelecer outras penas que não as estritas e necessárias.

Em meados do século XX, na Alemanha, já como princípio da proporcionalidade (*Verhaltnismassigkeit*)[1], teve enorme notoriedade nas cortes alemãs, defendendo um sistema de valores inerentes à Constituição, com primazia pelo respeito à dignidade humana. Esse país erigiu tal princípio à condição constitucional. Também chamado pelos alemães de *proibição de excesso*. O termo proibição de excesso visava expressar a atuação do legislador além da autorização constitucional, o que caracterizava um excesso e, portanto, uma inconstitucionalidade.

O princípio da proporcionalidade em suas três dimensões – necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignitheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhaltnismassigkeit*) –, após a Segunda Guerra Mundial, passou a ser utilizado em toda a Europa como parâmetro para as leis que poderiam vir a limitar direitos fundamentais. Não bastava a lei estar formalmente certa e constitucionalmente dirigida, era necessário sopesar o princípio da proporcionalidade como corolário da legalidade, do devido processo legal e do respeito à dignidade da pessoa humana.

No Direito norte-americano, a razoabilidade "[...] teve origem e desenvolvimento ligado á garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. Sua matriz remonta à cláusula *Law of land*, inscrita na Magna Carta de 1215, documento reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo" (BARROSO, 2004, p. 218). O pensamento liberal individualista norte-americano do *laissez faire*, em reação ao intervencionismo estatal na economia, afirma o devido processo legal. E foi no modelo norte-americano, atrelado à cláusula do *due process of law*, que tal princípio teve enorme difusão quanto ao aspecto da prova ilícita, desenvolvendo a *fruits of the poisonous tree doctrine*.

[1] CANOTILHO, 2000.

Em alguns países o princípio da proporcionalidade é utilizado como sinônimo da razoabilidade, embora alguns doutrinadores, a exemplo do Brasil, apontem leves distinções. Porém, a noção de *razoável* está intimamente ligada à razão, ao equilíbrio, à lógica e harmonia, à retidão e justiça e, conseqüentemente, ao proporcional. É quase impossível de cogitar que possa um desses princípios ser aplicado de forma separada, donde surge a confusão acerca de seus conceitos. Este estudo se limitará a utilizar os termos *razoabilidade* e *proporcionalidade* como sinônimos.

No Direito Administrativo brasileiro, embora não seja um princípio explícito no Texto Constitucional, lastreado no princípio da igualdade, e na dignidade humana, o princípio da proporcionalidade já está amplamente inserido nos tribunais para coibir atuações arbitrárias do Estado. Antes, timidamente aplicado na esfera administrativa; agora, utilizado em todo o âmbito constitucional e principalmente no Direito Penal, notadamente como técnica de controle de limites aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi explícita ao resguardar a inadmissibilidade de utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Desde então, muito se tem questionado sobre a interpretação e a extensão da vedação estabelecida no dispositivo constitucional e sobre possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, aqui associado à razoabilidade, no que se refere à instrução probatória.

A legalidade da prova passou a ser analisada em face da relevância de determinados bens jurídicos tutelados pelos vários ramos do Direito. Tenta-se estabelecer prioridades entre os bens jurídicos tutelados, para afastar o temido conflito aparente de normas constitucionais, em que a proteção de um direito fundamental pode contrapô-lo a outro no momento da aceitação da colheita da prova ilícita.

Embora estejam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade mais atrelados ao Direito Administrativo, sua difusão a outros ramos do Direito torna-se imprescindível.

3.2. Dimensões do princípio da proporcionalidade

Com a utilização do princípio da proporcionalidade, os meios utilizados para a consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se visa concretizar. Assim, é mister estabelecer essa relação de adequação meio-fim. Essa relação que define o princípio da proporcionalidade é composta de três elementos, requisitos ou subprincípios, como intitulam alguns doutrinadores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.1. Adequação

A adequação é a medição que se faz entre o meio e o fim da medida objetivada. É conhecida como aptidão ou pertinência e exige uma *conexão lógica*. Deve-se perquirir se a medida é apta, idônea e apropriada para atingir o resultado perseguido. A restrição imposta a um determinado direito possibilita a obtenção da finalidade

desejada somente diante da ineficácia de qualquer outro meio menos gravoso ao mesmo resultado.

Para que a medida seja idônea e não inconstitucional, é necessário que o legislador, ao adequar o meio ao fim proposto, observe e respeite a garantia aos direitos fundamentais. O juízo de adequação pode variar com o tempo e, diante do caso concreto, pode ocorrer que, na ocasião da sua elaboração, os meios eram adequados aos fins buscados, mostrando-se anacrônicos com o passar do tempo, configurando-se discordante da Constituição, seja por terem-se verificado posteriores conseqüências, seja porque alguns efeitos previstos não ocorreram.

É necessário perquirir se os fins objetivados levam aos meios almejados. A exemplo, cita-se o caso da restrição imposta à concessão de alvará de uma banca de revista que venda revistas farmacológicas, com a finalidade de impedir o conhecimento dos traficantes sobre determinadas drogas. A *adequação* visa evitar que o poder público adote limitações inúteis ou descabidas ao direito dos cidadãos, as quais não irão trazer o resultado almejado.

3.2.2. Necessidade

O objetivo é a menor ingerência possível ao direito de liberdade individual. É mister que a medida restritiva seja realmente essencial para a manutenção do direito fundamental e que não possa ser substituída por outra de igual significância, ou menos danosa. Deve ser impossível utilizar outro meio capaz de produzir os mesmos efeitos de forma exitosa.

Alexy esclarece que "[...] os modelos de adequação e necessidade derivam dos princípios definidos como determinações de otimização com relação ás possibilidades fáticas" (*apud* D'URSO, 2007, p. 67). Por isso, muitas vezes esse elemento é investigado no caso concreto de forma subjetiva, pois há uma margem de apreciação subjetiva do aplicador da lei, optando pela otimização ou não prejudicialidade.

A necessidade requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade. Se há diversas maneiras de obter o mesmo fim, deve ser escolhida a que cause o menor sacrifício, ou seja, o meio mais suave. A exemplo, cita-se a ilógica situação de utilizar um canhão para matar um mosquito.

3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Esse princípio é também conhecido como o da justa medida, porque busca um liame entre o fim a ser alcançado pela norma e o meio empregado, sendo este o mais adequado, menos danoso e mais eficaz possível. É um juízo de ponderação de bens em face de colisão de direitos que surge quando uma garantia de um direito acaba por afetar outros direitos, ambos protegidos constitucionalmente. Está diretamente relacionado aos conflitos de direitos fundamentais.

A diferença específica entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade reside no fato de que o primeiro envolve uma otimização de possibilidades jurídicas e, diversamente, o último discorre sobre uma otimização com relação a possibilidades fáticas. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito limita, no caso concreto, a inoportuna ponderação de bens. Deve-se tomar o devido cuidado de sopesar os direitos fundamentais, de forma a valorá-los em si mesmos; por exemplo, o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade.

Exemplo clássico e não raro dessa aplicação é o conflito existente entre o direito a privacidade e a inviolabilidade de telefonia. O norte do julgador, ao deferir o pedido de violação à intimidade alheia, em que o interesse público sobrepõe-se ao particular, deve pautar-se por indícios probatórios da autoria e da materialidade do fato, ou seja, no mínimo, indícios de que atividades ilícitas estão sendo acobertadas pela privacidade telefônica, cuja violação poderá trazer resultados concretos para refrear a criminalidade.

É o princípio da proporcionalidade o instrumento capaz de permitir que numa investigação criminal ocorra uma atuação judicial capaz de harmonizar interesses individuais e coletivos, protegendo o núcleo dos direitos fundamentais (SPENGLER, 2008) e eliminando pontos de tensão entre eles.

4. Bem jurídico

A sanção penal é a mais severa forma de ingerência estatal na liberdade individual. Somente o crime, como violação extrema de um direito fundamental, pode ser objeto do Direito Penal, a fim de justificar a excessiva e necessária atuação do Estado sancionador penal, pois nem todos os fatos da vida são relevantes para o Direito.

O Direito Penal deve ser visto com uma medida final, excepcional na tutela individual. Pelos princípios penais aqui tracejados (fragmentariedade, intervenção mínima, insignificância, etc.), nota-se a preocupação mundial quanto ao âmbito de incidência da norma penal. Juarez Tavares (2002, p. 189) esclarece que a função do Direito Penal é "[...] punir somente ações que possam trazer dano ao Estado e cuja punição possa lhe servir de melhoria. Da mesma forma que o médico não prescreve medicamentos a todos, mas somente aqueles que possam contrair uma enfermidade e com os quais se possa evitá-la".

Diversos ramos do Direito tutelam, de acordo com suas regras e princípios, uma quantidade imensa de bens e interesses jurídicos, mas nem todo bem tutelado pelo Direito necessita de proteção e nem todo bem tutelado pelo Direito é um bem jurídico, ou seja, possui a necessidade de atuação do Direito Penal. Jesus Maria Sanches (2001, p. 72) afirma que:

> El derecho penal, sin embargos, es um instituto insuficiente para uma proteccion plena y eficaz del orden social. Pero esto no es nuevo porque siempre há sido así.La intervención del derecho penal – yen general del derecho sancionador – há necessitado siempre ser complementada com la intervención de otros sectores del ordenamiento jurídico.

A noção de bem jurídico desempenha um papel importantíssimo num Estado Democrático de Direito. É ele que define a função do Direito Penal, conferindo legitimidade e eficácia à norma sancionadora. Assim, tem-se a importância de definir e delimitar os bens jurídicos que devam ser tutelados pelo Direito Penal como inerentes à própria segurança jurídica e, mais precisamente, para que possa haver um referencial de lesividade (SPENGLER, 2008).

Questiona-se qual deve ser o critério de seleção para definir o que venha a ser bem jurídico para fins de obter a tutela estatal do Direito Penal. O legislador não pode escolher de forma aleatória o bem jurídico e nem indicar todos os bens como jurídicos. É mister que haja uma seleção criteriosa, definindo com clareza o que vem a ser bem jurídico e sua importância axiológica.

O principal direito privado do ser humano na esfera penal é a liberdade. A liberdade é um direito constitucional sagrado, elevado à categoria de direito fundamental. Como tal, sendo um princípio do Estado Democrático de Direito também e, excepcionalmente, pode sofrer restrições. Para haver restrição legítima desse direito, é necessário que o bem jurídico ofendido seja de similar altura do direito à liberdade.

Roxin esclarece que:

> [...] a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas também, para a ciência do direito penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. (ROXIN, 2006, p. 11).

O legislador deve fixar seu comportamento nos princípios para consagrá-lo como bem jurídico. Os princípios são paradigmas de proteção dos direitos fundamentais e também os paradigmas a serem observados pelo legislador para definir e limitar o bem jurídico. Se não há o crivo da tutela constitucional à dignidade humana, não pode ser o bem jurídico considerado fundamental a ponto de justificar ser um bem jurídico sob a égide da norma penal.

Cabe ao legislador levar em conta, ainda, dentre outros, os princípios penais constitucionais da fragmentariedade e da intervenção mínima, avaliar a necessidade de tutela penal daquele bem jurídico protegido constitucionalmente e aplicar o princípio da proporcionalidade para sopesar o conflito de restrição de direitos fundamentais na escolha do bem jurídico.

4.1. Definição de bem jurídico

Embora seja extremamente necessária à seara do Direito Penal a conceituação precisa do que venha a ser bem jurídico, sabe-se das dificuldades que a doutrina encontra para formular esse conceito. Roxin (2006, p. 14-15), citando Hirstch, afirma que “[...] não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador”.

E Stratenwerth completa que “[...] uma definição material universal de bem jurídico equivaleria a deixar o círculo quadrado, isto é, seria impossível” (ROXIN, 2006, p. 14-15).

A uma porque há vários conceitos distintos de bem jurídico, todos eivados de valores e dogmas. A duas porque o conceito de bem jurídico não é imutável no tempo e no espaço. Há uma escolha legislativa, recheada de escolhas políticas que se inserem num contexto sociocultural, econômico e histórico de uma época e em uma determinada sociedade. Somente assim um bem qualquer passa a se tornar um bem jurídico.

A globalização da economia poderia minimizar estes efeitos peculiares de conceituação sociocultural de bem jurídico, na medida que aproxima e difunde as diferenças sociais e seus valores. Mas, de uma forma ou outra, restarão emergentes os interesses de classes privilegiadas economicamente na seleção natural do bem jurídico.

A exemplo, a impulsionada expansão do conceito de bem jurídico e de atuação do Direito Penal ocorrida após a privatização dos presídios norte-americanos, com intuito de recrudescimento daquele e conseqüentemente atração de mais presos. “Uma análise crítica da necessidade da relegitimação do direito penal, entretanto, não pode conformar-se com investigação científica efetuada com base em generalização sobre uma amostra da criminalidade que mascara a desigualdade substancial estabelecida no modelo vigente” (SBARDELOTTO, 2001, p. 97).

Para Toledo, bens jurídicos são como “[...] valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1994, p. 17).

Na definição de Zaffaroni (1997, p. 465), “[...] bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos, quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal”.

Pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não pode haver norma penal sem bem jurídico para ser tutelado. Portanto, além da função garantista do bem jurídico, este tem a função de legitimar a norma penal. Embora ligado ao conceito material do delito, com ele não se confunde.

Bem jurídico, para Pierpaolo Botinni (2007, p. 176), não se constrói em laboratório, “[...] está atrelado ao conceito de dignidade humana, ou seja, bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade democrática”.

Roxin afirma que o bem jurídico possui um conceito funcional,

> [...] ele parte de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal.O que está além desta função não deve ser objeto desta matéria. Define os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p. 16-19).

Assim, podemos afirmar que bem jurídico, de modo amplo, é tudo aquilo que tem valor para o ser humano em determinada época e sociedade; o Direito o seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, colocando-o sob sua proteção para que não seja exposto a perigo ou lesões.

4.2. Expansão do bem jurídico

O avanço tecnológico e a pluralidade de valores da complexa sociedade pós-moderna fizeram surgir inúmeros riscos sociais para ser humano. Com o surgimento dos *riscos pós-modernos*, aumentou também o volume de tipos penais, ou seja, o Direito Penal expandiu-se. O legislador penal utilizou-se espaçosamente desta seara para regular atividades das áreas da vida social, econômica, ecológica, etc. O Direito Penal foi utilizado como ferramenta para combater não somente o crime, mas a desigualdade econômica crescente na sociedade.

O enorme volume de novos tipos penais sobrecarregou a máquina estatal de punição. Medidas legislativas de políticas públicas buscaram uma administrativização do Direito Penal. As penas substitutivas tornaram-se moda. Parecia que finalmente haveria indícios de solução para o caos de superlotação do sistema carcerário. Roxin (2002) já prevê o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos tipos penais se chegará a um ponto em que será inviável, econômica e politicamente, para o Estado mantê-la.

Crescem as medidas alternativas para aplicação do Direito Penal, além das penas privativas de liberdade, ganham relevo as penas restritivas de direito. Esse fato fez surgir dois fenômenos jurídico-sociais: o Direito Penal simbólico e o ressurgir do punitivismo. Ambos emergiram em decorrência da expansão legislativa com relação ao apontamento do bem jurídico.

No Direito Penal simbólico, analisado de forma crítica, o Estado ou usa o Direito Penal para mostrar-se eficaz e interventor e tipifica condutas que são conceitos morais, modos de pensar que não se classificam em nenhum conceito lógico de bem jurídico ou, simplesmente, endurece as penas e publica leis extremamente severas diante do bem ofendido. O princípio da proporcionalidade deixa de ser observado pelo legislador penal.

Pierpaolo Botinni (2007, p. 189) critica, por exemplo, o aumento de tipos penais de perigo abstrato criado com o intuito único de:

> [...] apaziguar a população e demonstrar simbolicamente a capacidade de reação do Estado, onde toda norma penal tem um conteúdo simbólico importante para a preservação de sua capacidade de inibição. O que não é admissível é a utilização da norma penal apenas como símbolo de valores sociais, sem um lastro claro nos bens jurídicos dignos de tutela.

Câncio Meliá esclarece que existem

> [...] fenômenos de neocriminalização a respeito dos quais se afirma, criticamente, que tão só cumprem efeitos meramente simbólicos", quando se usa em sentido crítico o conceito de direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 59)

Esse Direito Penal simbólico não resolve os conflitos e aumenta os problemas penitenciários, dando, ainda, a ilusão de que o Estado é devidamente repressor quando necessário. Leva o Direito Penal ao descrédito perante a sociedade, banalizando-o e, conseqüentemente, fortalecendo ações de organizações criminosas diante de um Direito Penal fraco. Serve apenas como resposta rápida como medida de política criminal de curto prazo.

No entanto, paralelamente ao Direito Penal simbólico, renasce o punitivismo. Da mesma forma que a sociedade muda, mudam-se os valores e conseqüentemente os seus bens jurídicos. A criminalização e a descriminalização de condutas acompanham esses valores. A crescente criminalidade difunde na sociedade uma falsa noção de que o encrudescimento do Direito Penal irá frear o delinqüente. A causa do fenômeno criminológico – desigualdade social – não é atacada, senão seu resultado (delito).

No Brasil, é exemplo clássico desse fato a Lei dos Crimes Hediondos, a recente Lei da Tolerância Zero.[2] Faz-se o discurso do Direito Penal da intervenção mínima, mas a realidade legislativa mostra o contrário. Parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face de um conflito social, é o emprego da esfera penal. A moda é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade meramente simbólica.

O punitivismo e o Direito Penal simbólico andam juntos. Cancio Meliá explana que:

> [...] o direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também um específico tipo de autor, que é definido

[2] Lei nº 8.072/90 e Lei nº 11.705/2008.

> não como igual, mas como *outro*. Isso é, a exigência da norma penal - deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, em curto prazo, dos agentes políticos - persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como *outros*. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 65).

4.3. Direito Penal de duas e três velocidades

Diante do expansionismo desenfreado do que seja bem jurídico, Jesus Silva Sanches (2002, p. 142) propõe que se faça um combate ao Direito Penal dos novos riscos, dentro da principiologia do Estado Democrático de Direito. Não a ponto de defender o Direito Penal mínimo, mas pela redução do rigor das sanções. Defende que o Direito Penal seja dividido em duas velocidades.

Na primeira velocidade se enquadrariam as penas privativas de liberdade. A lesão a bens jurídicos tradicionais como a vida, liberdade, saúde, enfim aqueles que apresentam potencial periculosidade em face de determinados bens. Estes ficariam no âmbito desta primeira velocidade. Continuariam valendo todas as regras do processo penal e os rigores do Direito Penal sancionador.

Na segunda velocidade, vigoraria um Direito Penal sem pena privativa de liberdade, com penas restritivas de direito e, portanto, um Direito Penal mais suave, menos rigoroso, mais flexível para abarcar os novos riscos sociais da complexa sociedade pós-moderna.Todas as atividades estariam dentro do espaço de vigência das normas penais, sejam as penas privativas de liberdade, sejam as penas substitutivas, no entanto, caminhando em duas velocidades distintas.

Com o surgimento do punitivismo exacerbado, que ganhou força no Direito norte-americano após a certificação do terrorismo ocorrido em onze de setembro de 2001, Jesus Maria Sanches (2002) passa a defender o Direito Penal da terceira velocidade. Neste, tem-se o máximo de rigor possível. É o punitivismo ao extremo, muito criticado para aplicação no Estado Democrático de Direito, pois deste se divorcia.

No Direito Penal da terceira velocidade, há a pena privativa de liberdade com a relativização de certas garantias processual-penais. O autor defende que o Direito de terceira velocidade deve ser reduzido a um âmbito de pequena expressão, em casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia; porém conclui que o mesmo é inevitável.

O Direito Penal da terceira velocidade seria aplicado ao *inimigo*, ou seja, para determinados autores e para determinados fatos (terrorismo, crime sexual violento e reiterado, organização criminosa, etc.), que atentem contra a ordem estatal de forma abrupta.

5. Direito Penal do inimigo

O Direito Penal do inimigo (*Burgestrafrecht*) é uma teoria enunciada por Günther Jacobs, na Alemanha, desde 1985, como medida de políticas públicas de combate à criminalidade. Tendo ocorrido uma segunda fase em 1999, direcionada a delitos mais graves, como o terrorismo.

O inimigo, segundo Jacobs (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 25-30) é aquele adversário representante do mal, que infringiu o contrato social, firmado previamente com o Estado. Para isso ele utiliza argumentos de grandes filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant. Por isso, ele não faz mais jus ao título de cidadão. Assim como o inimigo exerce coação ele deve ser coagido pela norma de direito, como única forma de combater a sua periculosidade. Somente o cidadão de bem deve receber a proteção do Estado. O inimigo não pode ser tratado como sujeito processual e receber as garantias do devido processo legal.

Ao inimigo são vedadas várias garantias processual-penais, entre as quais: presença em interrogatórios, comunicação com seu advogado, acesso aos autos do inquérito policial, admissão de provas obtidas por meios ilícitos, ampla antecipação da tutela penal sem possibilidade de redução de pena correspondente a esta antecipação em momento posterior, etc.

O inimigo não representa apenas uma ameaça ao ordenamento jurídico, também simboliza o perigo, o risco à sociedade de bem, justificando o adiantamento da sua punição. Jacobs explica que esta teoria é o que ocorre de forma tradicional e implícita em face dos inimigos estatais e que agora estaria sendo assumida de forma expressa. Em verdade, essa teoria é uma verdadeira punição do autor e não do fato.

Resumindo a teoria de Jacobs, Cancio Meliá aponta alguns elementos caracterizadores: adiantamento da punibilidade; desproporcionalidade das penas; relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e criação de leis severas direcionadas ao inimigo (terroristas, participantes de organizações criminosas, traficantes, etc.) (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 67).

Há inúmeras críticas na doutrina sobre a teoria do Direito Penal do inimigo: ele pode ser usado para legitimar ações de regimes autoritários; não condiz com a realidade; é um direito do autor e não do fato; não analisa o princípio da proporcionalidade das penas, que passam a ser demasiadamente desproporcionais e não segue o processo democrático (devido processo legal), mas sim um verdadeiro procedimento de guerra, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, principalmente pela supressão das garantias penais e processuais.

Túlio Viana, em crítica, explana que:

> [...] o inimigo é representado por metáforas como um 'câncer' que ameaça a sociedade em suas 'células sadias'. É preciso

> defender a sociedade contra os inimigos, declarando 'guerra ao terrorismo' e 'guerra às drogas'. O Direito passa a ser considerado um empecilho para o efetivo combate do inimigo e, a sociedade de controle, passa a aceitar que, por se tratar de uma 'guerra', justifica-se o uso de todos os meios para a garantia da vitória. (VIANNA, 2007, p. 156).

André Callegari e Nereu Giacomolli também em crítica a esta teoria sobrepõem que:

> [...] independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano. (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 17).

Afirmam ainda que a expressão "[...] direito penal do cidadão é pleonasmo, e direito penal do inimigo uma contradição em seus termos" (JACOBS; MELIÁ, 2008, p. 17).

6. O princípio da proporcionalidade como limitação da proteção do bem jurídico

Essa noção de bem jurídico penal é verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar a sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito. O legislador terá de definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados.

Terá, na Constituição, o sustentáculo primeiro para possibilitar ou não uma incriminação de conduta e, no princípio da dignidade da pessoa humana, seu diretório. Como afirma Daniel Sarmento (2006, p. 125), "[...] trata-se, em suma, de saber se o legislador ordinário é absolutamente livre para tipificar condutas que considere como desvalores sociais, ou se ele está, de alguma forma, vinculado negativa e positivamente à promoção de valores constitucionalmente no seu mister".

O princípio da proporcionalidade como instrumento de adequação e de busca incessante da correta aplicação de normas, quer expresso em norma constitucional quer extraído de valores superiores da Constituição, é uma limitação à expansão irracional de bem jurídico. Roxin (2006, p. 27) esclarece que "[...] o tribunal decide sobre admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações".

Ingo Sarlet afirma que:

> [...] o princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos

> fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais empecilhos às limitações dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008)

7. Considerações finais

É de notória importância que o Direito passe a adotar de vez os princípios com caráter efetivo normativo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana formam a base e a diretriz do Direito Penal e da aplicabilidade da pena.

O caráter de gestor de riscos e de problemas sociais que assume o Direito Penal na sociedade do risco expande sua atuação a ponto de torná-la simbólica. O aumento de tipos penais e o enrijecimento das penas, resultados desse Direito Penal simbólico, tentam transmitir segurança à sociedade e também a idéia de que o Estado está atento ao avanço da criminalidade. Assim, nasce a teoria do Direito do inimigo, em que a supressão das garantias processual-penais reduz o ser humano a uma não-pessoa. Essa teoria não passa de justificativa de governos autoritários.

A aplicação de teorias extremamente rigorosas não irá solucionar os problemas sociais, senão aumentá-los. Ademais, além do *inimigo* também possuir dignidade humana, qualquer cidadão pode ser vítima dos erros judiciários e tornar-se *inimigo* ou ser confundido com este.

Os problemas sociais precisam ter solução, mas nem sempre o Direito Penal é o melhor caminho. Portanto, é louvável e urgente o intuito igualitário aristotélico de utilizar o princípio da proporcionalidade como equalizador também no Direito Penal para, acima de tudo, dar proteção aos direitos e garantias fundamentais do homem, conquistados com tanto sacrifício pela humanidade.

Há muito a função do Direito Penal deixou de ser castigo para se tornar prevenção."O futuro do Direito Penal só pode consistir em sua abolição, mas infelizmente a inspiração social romântica de tais idéias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas" (ROXIN, 2008, p. 3).

9. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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 Editora, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em: *Jus Navegandi*, < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208> . Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BIZZOTTO, Alexandre. *Processo penal garantista*. Goiânia: AB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Coord). *Direito penal e funcionalismo***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMMAGER, Henry Steele. *A luta pela liberdade*. Rio de Janeiro: Lidador, 1965.

CRUZ, Estuardo L. Montero. El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline .com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0> Acesso em: 11 nov. 2008.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauci Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES. Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo* (ou inimigos do direito penal). Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ ArquivoID_47.pdf> Acesso em: 3 jul. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GÜNTHER, Jakobs. Criminalización en el estádio previo a la lesión de um bien jurídico. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Edit Civitas, 1997.

HÄRBLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estádio previo a la lesión de um bien jurídico. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones, Madrid: Edit Civitas, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELLIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. André Luis callegari e Nereu Jose Giacomolli (Org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIR, Jose Cerezo. *Obras completas*. Derecho Penal. Parte General. Tradução Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMOS, Marcel Figueiredo. Direito Penal do Inimigo. *Violação ao princípio da ampla defesa negativa*. Disponível em:<http://www.juspodivm.com.br/i/a/% 7BDB41A48D-9B5C-4788-B549-CBD887A8B312%7D_Direito_Penal_do _Inimigo.doc>. Acesso em: 3 jul. 2008.

RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto. Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline .com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0> Acesso em: 11 nov. 2008.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli (Org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luiz Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANCHES, Jesus-Maria Silva. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. In: *As ciências criminais no Século XXI*, v.11. São Paulo: RT, 2002.

_____. Responsabilidade penal de las empresas e de su organos em derecho espanhol. In: PRADO, Luiz Regis. (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade*: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em:<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 jul. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SBARDELOTTO, Flávio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito*: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia (atual.). 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. *A inviolabilidade da correspondência do condenado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1007>. Acesso em: 05 jun. 2008.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Direitos humanos, políticos e criminosos*. Disponível em: <http://de.wordpress.com/tag/empresas-e-direitos-humanos/feed/>. Acesso em: 22 jun. 2008.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. *Flexibilização das garantias constitucionais na repressão à macrocriminalidade econômica*: Uma abordagem à luz da proporcionalidade.Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. Disponível em :<http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=254>.Acesso em: 03 jul. 2008.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo (coordenador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VALLE, Carlos Pérez Del.La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 10-03, p. 03:1-03:14, 2008.

VARGAS, Jose Cirilo. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VELARDE, Eduardo Herrera. Los delitos sin victimas: despenalizando el derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,360,0,0,1,0>. Acesso em: 11 nov. 2008.

VIANNA, Túlio. *Transparência Pública, Opacidade Privada*. O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Humanos*: Instrumentos Internacionais de Proteção. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANONI, Fernando Henrique. *Aspectos dogmáticos da(s) teoria(s) da imputação objetiva*. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto .asp?id=8021&p=3> Acesso em: 04 jul. 2008.

Artigo recebido em: 23/11/2009
Artigo aprovado em: 08/11/2009

INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA DELEGAÇÃO LEGISLATIVA DISFARÇADA AO SISTEMA NACIONAL DE AVALIAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR[1, 2]

MAGNO FEDERICI GOMES
Professor Adjunto da PUC Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen
Advogado

RESUMO: Este artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo da inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada nos procedimentos administrativos avaliativos de Instituições de Ensino Superior (IES), tendo em vista o ordenamento jurídico-educacional brasileiro. Se o exercício das funções normativas do Ministério da Educação (MEC) e do Conselho Nacional de Educação (CNE), por meio de sua Câmara de Educação Superior (CES), for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, presente nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, da Constituição da República de 1988 (CR/88), poder-se-á chegar à legalidade dessa parte do ordenamento educacional brasileiro. Contudo, o art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", da Lei nº 4.024/61, cuja redação foi dada pelo art. 1º da Lei nº 9.131/95, anterior à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e o art. 14, da Lei nº 10.861/2001 podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo é atribuição exclusiva do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções (art. 59 e seguintes da CR/88). Esse tema insere-se nas áreas do Direito e da Educação, sendo esta uma pesquisa teórico-documental, sob uma perspectiva dogmática. À guisa de conclusões, verificou-se que os atos administrativos normativos, relacionados com os processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente comandos constitucionais de eficácia plena, efetivando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no que tange à avaliação qualitativa da educação superior.

[1] O presente artigo é resultado da investigação pós-doutoral em Direito Público, na Universidade Nova de Lisboa – Portugal, fomentada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, do Ministério de Educação (CAPES) e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

[2] Este estudo contou com a valiosa colaboração do Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Lusíada de Lisboa, Jurisconsulto e Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas educacionais; avaliação de Instituições de Ensino Superior; funções normativas do poder público; procedimentos avaliativos da educação superior.

ABSTRACT: This article presents as investigation object the study of the inapplicability of the theory of the disguised legislative delegation in the administrative procedures of evaluation of Institutions of Higher Education (IES), considering the Brazilian legal-educational ordering. Case the exercise of the normative functions of the Ministry of Education (MEC) and of the National Council of Education (CNE), through its Camera of Higher Education (CES), is protected by the constitutional principle of the guarantee of the quality level, constant in articles 206, interjection VII, 209, interjection II, and 211, § 1º, Constitution of the Republic of 1988 (CR/88), could be reached the legality of that part of the Brazilian educational ordering. Nevertheless, the article 9º, § 2º, "d", "e", "f", "g" and "j", Law nº 4.024/61, whose writing Law was granted by the article 1º, of the Law nº 9.131/95, previous to the Law of Directives and Bases of National Education (LDB), and article 14, of the Law nº 10.861/2001, can imply usurpation of constitutional competition, since the legislative process is exclusive attribution of the Legislative Power and not of the Executive, with some exceptions (articles 59 and following of the CR/88). That subject is included in the areas of the Law and the Education, being a theoretical-documentary investigation, in a dogmatic perspective. Like conclusions, it has been stated that the administrative acts normative, creators of the periodic processes of IES evaluation, directly specify constitutional commands of total effectiveness, giving effectiveness at the principle of the supremacy of the desires of the society on those of the individuals, in the qualitative evaluation of higher education.

KEYWORDS: Educational public policies; evaluation of Institutions of Higher Education; normative functions of the public administration; procedures of evaluation of higher education.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição e delimitação do objeto de estudo. 3. Inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada. 3.1. Fundamentos constitucionais auto-aplicáveis. 3.2. Fundamentos infraconstitucionais. 3.3. Ato administrativo normativo autônomo ou independente. 3.4. Princípios constitucionais implícitos. 3.5. Finalidade pública na avaliação qualitativa. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Atualmente, observa-se, pelo menos no âmbito do discurso, uma propagada preocupação com a qualidade dos cursos de ensino superior. Ressalta-se que a referida preocupação é justificada, já que os profissionais demandados pelo mercado de trabalho e pelo setor societário devem estar preparados para os desafios existentes na atualidade e, sobretudo, os que virão no futuro. O art. 43, inciso II, Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) –, prevê que a formação das pessoas deve constituir responsabilidade das Instituições de Ensino Superior (IES). Assim, para Sobrinho (2000), a educação superior foi diretamente influenciada pela sua tradicional ligação com a função profissional, cuja maior procura deriva da necessidade de saberes, abundantes e inéditos, sobre práticas profissionais e técnicas novas.

Nesse contexto, a LDB apresenta como uma das perspectivas educacionais ao ensino superior a tendência profissionalizante, conforme o inciso II do seu art. 43.

Os demais incisos do mesmo dispositivo legal priorizam a formação global, de cunho mais geral e integral. Destaca-se que, se o ensino superior não avocar essa tendência profissionalizante, nenhuma outra instituição o fará. Assim, essa dimensão da LDB necessita de uma leitura em chave mais ampla, pois o ensino superior é componente constante das políticas educacionais.

Para Buffa (2005), os processos de industrialização e de urbanização, bem como o crescimento demográfico da população, pressionam as instituições de ensino elementares, médias e superiores. O aumento real das escolas públicas de ensino superior não tem sido suficiente para atender a todos, e as transformações sociais acabam por modificar a escolarização, que se inicia mais cedo e termina mais tarde, na vida de todos. Assim, e em virtude da atuação insuficiente do Estado no nível superior, ficou aberto um enorme espaço para a iniciativa particular, que o tem ocupado. Portanto, Buffa (2005) diz que, por meio das categorias do público e do privado, é possível analisar as relações entre escolarização e sociedade.

Dessa forma, o investimento, no Brasil, é crescente no nível superior e a necessidade de avaliar a educação resultante desse sistema é premente, tendo em vista a busca de maior qualidade. Nesse sentido, "[...] é relevante considerar que não apenas o 'consumidor' de educação, mas toda a sociedade é afetada quando a escola não alfabetiza ou quando forma médicos, professores ou engenheiros incompetentes". (BELLONI, 2003, p. 133).

Todos têm direito à educação, principalmente a partir da Constituição da República de 1988 (CR/88). Assim, o compromisso dos gestores das políticas públicas em educação deve ser com a mencionada qualidade do ensino, em respeito ao art. 206, inciso VII, CR/88, e não apenas com as receitas que podem ser percebidas dos capitais interno e externo. Para tanto, a CR/88 e a LDB determinam requisitos formais amplos a serem respeitados pelas instituições de ensino, como, por exemplo, "[...] o cumprimento de normas, autorização para funcionamento, avaliação e capacidade financeira para o empreendimento visado" (BELLONI, 2003, p. 135-136), tudo sob o crivo da União, nos termos do art. 209 da CR/88, do art. 1º, § 1º, do art. 9º, incisos VII, VIII e IX, do art. 19, inciso II, e do art. 20, todos da Lei nº 9.394/96. Nesse sentido, a doutrina especializada manifesta-se:

> Os países, preocupados em promover e sustentar a qualidade da educação oferecida a seus cidadãos e em favorecer a eficiência e a eqüidade em seus sistemas educacionais, reconhecem a avaliação educacional como mecanismo crucial de orientação e acompanhamento das reformas institucionais, em suas diferentes dimensões – dos processos de gestão às condições de infra-estrutura física e acadêmica para a oferta de cursos – quanto a aferição dos resultados educacionais, além das

> conexões reais entre os objetivos maiores do desenvolvimento socioeconômico nacional e as metas perseguidas pelo sistema educacional. (CASTRO, 2001, p. 5).

Já em 1988, Serafini e Ribeiro (1988) chegaram à conclusão de que as avaliações englobam os aspectos de diagnóstico da realidade e, dentro de cada área de conhecimento, permitem análises e correções em função das necessidades de modernização e de qualificação, ante os avanços sociais e tecnológicos.

A avaliação educacional e, mais especificamente, a avaliação da aprendizagem visam identificar o nível de qualidade ou efetividade da educação e do processo de ensino-aprendizagem.

Por isso, a educação, como um todo, deve ser diagnosticada e avaliada, tanto no âmbito das políticas quanto no das IES, conforme art. 3º, inciso IX, LDB, que retoma o art. 206, inciso VII, CR/88.

Avaliação de políticas é, em síntese e em conformidade com Santos (2000), um ato de verificar a importância de determinações tomadas, para que a condução de alguma estratégia governamental ou prática de alguma intervenção, de mesma natureza, seja reforçada ou, quando for o caso, corrigida. Por sua vez, a avaliação institucional:

> Tem como objetivos levantar informações, fazer diagnósticos de problemas e recomendações que levem à melhoria da qualidade dos processos adotados em uma instituição, programa ou sistema. São verificados o atendimento dos objetivos previstos e a adequação dos recursos alocados. Visa subsidiar o processo de prestação de contas às agências de financiamento, ao poder governamental e ao público em geral. A realização da avaliação, além de verificar a eficiência e eficácia das ações desenvolvidas, visa fornecer diretrizes para a sua melhoria, indicar opções de alocação de recursos e oferecer garantias de que os padrões quantitativos e qualitativos foram alcançados. A avaliação pode desenvolver processos de aferição e de revisão. Os primeiros consistem na medição e registro das informações sobre o funcionamento da instituição, programa ou sistema; processo que pode ser realizado através da auditagem. Esta se refere ao levantamento de indicadores de desempenho com o propósito de assegurar o cumprimento legal das políticas formais ou de monitoramento. Ela segue sistemática padronizada de coleta e registro de informações de entrada e de resultados. Os processos de revisão se referem às informações qualitativas sobre as dinâmicas e desempenhos da instituição, do programa ou do sistema. (MARÇAL, 2000b, p. 34).

A mesma autora (2000a) define avaliações externa e interna, no âmbito institucional, como modos avaliativos complementares. Quando a avaliação é feita por organizações e especialistas de fora da instituição avaliada, indicados para tanto, ela denomina-se externa. Enquanto que a avaliação controlada pela própria instituição em questão,

programa ou sistema, é chamada de interna, embora possa ter especialistas externos para gerir o ato.

Em síntese, pode-se dizer que, de modo geral, as avaliações são os instrumentos para o almejado escopo, ou seja, para conseguir a tão desejada qualidade no ensino superior. Para Cury (2005a), a garantia do padrão de qualidade é um princípio constitucional da educação nacional, por estar previsto no art. 206, inciso VII, CR/88, e, no caso de oferta de ensino pelo segmento privado, ele "[...] é, pois, um serviço público autorizado, cuja conseqüência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7º da LDB". (CURY, 2005b, p. 26).

Dessa forma, é necessária a identificação dos problemas jurídicos preexistentes, para que as IES possam se adequar às demandas e conseguir melhores resultados, tanto quantitativos quanto qualitativos. Com isso, faz-se necessário um planejamento cuidadoso e uma precisa definição do foco institucional, para a sobrevivência das IES e para a consecução de resultados positivos a longo prazo. A mencionada preparação deve ser feita, atualmente, por meio dos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI) que, ademais de tal função, podem demonstrar o compromisso, real ou fictício, das instituições com a formação de seus docentes.

Cunha (2003) enfatiza a importância de ter consciência da necessidade da implementação de políticas de Estado e não de Governo para garantir a permanência de políticas socialmente relevantes. Para dificultar o planejamento prévio, mantém-se a falta de delimitação das políticas de ensino superior, no Brasil, e a burocracia extrapola os limites normais. Finalmente, se o Ministério da Educação (MEC) se propusesse a assegurar uma continuidade às suas políticas, isso se traduziria em resultados mais positivos a longo prazo.

2. Definição e delimitação do objeto de estudo

No que concerne a determinados aspectos estruturantes das políticas do ensino superior, é importante ressaltar que o Conselho Nacional de Educação (CNE) substituiu o Conselho Federal de Educação (CFE) e foi criado por força de medida provisória, posteriormente convertida na Lei nº 9.131/95. Em conformidade com os arts. 8º, 9º, 10 e 11 da LDB, o CNE, subordinado ao MEC, foi definido como órgão de consulta e assessoria, com atribuição deliberativa e normativa (art. 7º, *caput*, Lei nº 9.131/95), mantendo assim o Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios (em regime de colaboração) como "[...] formulador da política educacional e, em particular, da de educação superior". (BELLONI, 2003, p. 135).

Saviani (2004), Belloni (2003), Vieira (1990) e Ranieri (2000) explicitam que o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados (PLC), mais precisamente na Comissão de Educação do Senado, em 1993, o substitutivo do senador Cyd Sabóia (Projeto de Lei nº 1.258-C/88) não veio a se tornar a nova LDB, Lei nº 9.394/96 – denominada, oficialmente, Lei Darcy Ribeiro. A referida lei derivou do projeto de lei Substitutivo

Darcy Ribeiro (novo substitutivo ao Substitutivo Sabóia), devidamente adequado pelo Executivo de então às diretrizes governamentais, antes da sanção e após diversas manobras políticas e regimentais na Comissão de Constituição e Justiça. Coloca-se de manifesto que a sigla PLC (Projeto de Lei nascido na Câmara) significava um Projeto de Lei Ordinária, tanto que a LDB é uma Lei Ordinária. De qualquer forma, o art. 46 da LDB, dispõe:

> Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.
> § 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento.
> § 2º No caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua manutenção acompanhará o processo de saneamento e fornecerá recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências. (BRASIL, 1996).

Conforme Cury (1997a), o citado art. 46 da LDB mantém a prerrogativa do poder público de autorizar, reconhecer cursos e credenciar instituições, pela mediação de atos administrativos normativos, resguardando o art. 209 da CR/88 e demonstrando "[...] o ensino como serviço público" (CURY, 1997a, p. 124; no mesmo sentido CURY, 2005b, p. 24-27). Em interpretação de tal artigo, Oliven (2002) diz que:

> Essa nova Lei introduziu o processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino superior, condicionando seus respectivos credenciamentos e recredenciamentos ao desempenho mensurado por essa avaliação. Em caso de serem apontadas deficiências, ela estabelece um prazo para saná-las; caso isso não ocorra, poderá haver descredenciamento das IES. (OLIVEN, 2002, p. 42).

Apesar do posicionamento da referida autora, não se considera que a LDB tenha introduzido um "[...] processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino superior" (OLIVEN, 2002, p. 42), visto que parece ser bastante omissa e sem qualquer especificidade. Na verdade, o que introduziu o processo regular de avaliação foi a Lei nº 9.131/95, em seus arts. 3º e 4º. Segundo Belloni (2003):

> O PLC introduzia (pela primeira vez no país, o que já é feito em outros), de forma clara e operacional, uma sistemática de avaliação interna e externa para fins de credenciamento e de aprimoramento da qualidade da educação superior. Esta matéria é tratada de modo genérico na nova LDB, sendo

> apenas mencionada quando trata dos processos de autorização e reconhecimento de cursos e instituições. É prerrogativa do Executivo definir os critérios, a metodologia e a execução. Coerente com o encaminhamento que fazia no Congresso, o governo, antes mesmo da aprovação da LDB, promulgou legislação sobre a avaliação. Trata-se da Lei nº 9.131/95 que definiu a sistemática de avaliação coordenada pelo MEC, regulamentada pelo Decreto nº 2.026/96 que explicita critérios e procedimentos para a avaliação, entre eles o provão (ou exame nacional de cursos de graduação). (BELLONI, 2003, p. 139).

Nessa perspectiva, a Resolução CNE/Câmara de Educação Superior (CES) nº 10/2002 foi a responsável por procedimentos de credenciamento, transferência de mantença, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão do ensino superior do sistema federal. Destaca-se que o referido ato administrativo normativo foi derrogado pela Resolução nº 22, de 05 de novembro de 2002, e acabou de ser ab-rogado pelo Parecer CNE/CES nº 167/2006, tendo em vista a recente edição dos Decretos nº 5.773/2006 e nº 5.786/2006.

Os citados atos administrativos normativos, homologados pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto, relacionados ao credenciamento de IES e outros assuntos afins, quando eivados de obscuridade, podem acarretar problemas de interpretação e, também, prejuízos às próprias entidades interessadas, ante a dificuldade de planejar previamente suas metas e objetivos. Na ocorrência de tal fato, pode haver incerteza no âmbito da gestão das coordenações de cursos de ensino superior, seja de entidades públicas ou privadas e, até mesmo, insegurança jurídica na administração pública central, no momento dos credenciamentos, recredenciamentos ou das avaliações institucionais externas.

Os atos administrativos normativos tornaram-se instrumentos da política educacional e abordam a questão do papel do Estado e sua articulação com o campo da educação, mediando as reformas educativas contemporâneas com a gestão e a organização da educação superior nas instituições. Eles acionaram, de alguma forma, tanto os processos de autorização e credenciamento como os de avaliação institucional; logo, são situações juridicamente conexas e que põem em ação uma política determinada.

Para Bandeira de Mello (1998), ato administrativo é declaração do Estado ou de algum concessionário de serviço público que, ao exercer suas prerrogativas públicas, apresenta medidas jurídicas assessórias da lei, somente para dar cumprimento explícito a ela, sujeitas, ainda, ao controle jurisdicional. Segundo a doutrina jurídica:

> [...] *Atos administrativos normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam

> manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares* e os *regimentos*, bem como as *resoluções*, *deliberações* [...]. (MEIRELLES, 1997a, p. 161).[3]

Em continuidade, Meirelles (1997a; 1997b) explica as limitações do ato administrativo normativo da seguinte forma:

> [...] Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas, quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo. (MEIRELLES, 1997a, p. 161-162.)[4]

Com isso, Ranieri (2000):

> [...] Por isso é que a função normativa do Poder Executivo, em estrita harmonia com os dispositivos constitucionais antes citados, restringe-se à fiel execução da lei, conforme dispõe o artigo 84, IV, da Constituição Federal, fundamento genérico do poder regulamentar, também reiterado no artigo 87, II, exteriorizado pela expedição de decretos e regulamentos pelo Presidente da República, de portarias pelos ministros de Estado, e também por meio de resoluções, portarias, instruções, deliberações e regimentos, editados por autoridades administrativas no exercício de suas atribuições legais e limitados ao âmbito de atuação do órgão expedidor.
>
> Bem por isso a regulamentação restringe-se à explicitação de procedimentos e critérios de execução, dentro de uma certa margem de discricionariedade, o que não exclui a possibilidade de definição de obrigações de fazer e não fazer, desde que tal atribuição exurja da lei.
>
> Mesmo vinculado à reserva legal, o poder regulamentar pressupõe um espaço de liberdade administrativa que deve ser delimitado, a bem da aplicação uniforme da lei. É dizer, depende de lei anterior que demande, expressa ou implicitamente, uma interferência de órgãos administrativos para que seja garantida a sua aplicação e exeqüibilidade. Se a lei esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento: as condições de execução

[3] No mesmo sentido, Di Pietro (2004, p. 184; 216); em sentido equivalente, mas os denominando regulamentos, Abreu (1987, p. 45-46) e Caupers (2000, p. 207-209).

[4] No mesmo sentido, Meirelles (1997b, p. 37-38), Landi e Potenza (1997, p. 39) e Amaral (2001, p. 154-155).

> já decorrem da própria capacidade de aplicabilidade imediata, dispensando outros comandos normativos. (RANIERI, 2000, p. 155).

Dessa forma, a matéria prevista em decreto deveria estar previamente fundamentada em norma infraconstitucional ou constitucional e não em ato administrativo normativo, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5º, inciso II, CR/88, "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988). Em conformidade com a doutrina, "[...] abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas". (MEIRELLES, 1997a, p. 94).

Se faltarem dispositivos legais específicos e determinados aos processos de credenciamento IES e reconhecimento de cursos, deixando ao livre arbítrio do Poder Executivo a matéria em questão, o Decreto nº 5.773/06, que define o processo de avaliação de instituições e cursos superiores, configuraria ilegalidade e abuso de poder, podendo ser caracterizado como ato administrativo normativo de efeitos concretos. Esse tipo de ato individualiza situações, prevê condutas e impõe encargos a administrados, sem fundamento normativo anterior. Assim, Ranieri (2000), ao analisar uma Resolução específica da CES/CNE, diz que:

> [...] no sistema jurídico vigente não há espaço para que uma simples resolução, ainda que emanada de órgão com competências normativas, como é o caso do Conselho Nacional de Educação, distinga onde a lei não distinguiu. Se assim fosse, haveria que se negar eficácia à lei em pleno vigor, legitimando, a *contrario sensu*, abusos de poder regulamentar. A enumeração promovida pela Resolução, portanto, só pode ser tomada em sentido exemplificativo, e não como *numerus clausus*. (RANIERI, 2000, p. 172).

Por sua vez, a Lei nº 4.024/61, cuja redação dos artigos ainda vigentes foi outorgada pela Lei nº 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto nº 5.773/06, quando menciona em seu art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", que:

> Art. 9º Lei nº 4.024/61. As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho pleno. [...]
> § 2º São atribuições da Câmara de Educação Superior: [...]
> d) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para a autorização, o reconhecimento, a renovação e a suspensão do reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior (Redação dada pela MPv nº 2.216-37/01);
> e) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para o credenciamento, o recredenciamento

> periódico e o descredenciamento de instituições de ensino superior integrantes do Sistema Federal de Ensino, bem assim a suspensão de prerrogativas de autonomia das instituições que dessas gozem, no caso de desempenho insuficiente de seus cursos no Exame Nacional de Cursos e nas demais avaliações conduzidas pelo Ministério da Educação (Redação dada pela MPv nº 2.216-37/01):
> f) deliberar sobre o credenciamento e o recredenciamento periódico de universidades e centros universitários, com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação, bem assim sobre seus respectivos estatutos;
> g) deliberar sobre os relatórios para reconhecimento periódico de cursos de mestrado e doutorado, elaborados pelo Ministério da Educação e do Desporto, com base na avaliação dos cursos;
> [...]
> j) deliberar sobre processos de reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização prévia daqueles oferecidos por instituições não universitárias, por iniciativa do Ministério da Educação em caráter excepcional, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo (Incluída pela MPv nº 2.216-37/01) (BRASIL, 1961).

Os referidos dispositivos, constantes em lei federal, bem como o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 (Lei do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES), podem delegar à CES, órgão do CNE, e ao Ministro de Estado da Educação, respectivamente, poder discricionário para regulamentar a autorização, o reconhecimento de cursos e credenciamento periódico de IES, já que:

> Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 595-596).

Se o exercício das funções do MEC e do CNE, por meio de sua CES, for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, segundo Cury (2005a), presente nos arts. 206, inciso VII, e 211, § 1º, CR/88, poder-se-á chegar à legalidade do ordenamento educacional e ao conceito de normas-objetivo, na lição do Ministro Grau (2005):

> Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a

> fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo. (GRAU, 2005, p. 41).

Por outro lado, os referidos dispositivos podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo, ou seja, o conjunto de normas que definem e concretizam a elaboração das leis, é atribuição do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções, nos termos dos arts. 59 e seguintes CR/88. Se o verbo "deliberar", presente nas alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", do art. 9º, § 2º, Lei nº 4.024/61, e o "regulamentará", constante no art. 14 da Lei do SINAES, forem uma delegação de competência legislativa ao CNE e ao ministro da educação (inseridos na estrutura do Poder Executivo), sem permissivo constitucional prévio, poder-se-á chegar à conclusão de que uma parte do sistema legislativo educacional brasileiro é inconstitucional. Sendo assim, estaria sujeito ao controle de constitucionalidade repressivo, a ser realizado pelo Poder Judiciário, inclusive sobre as Leis nº 4.024/61, nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.861/2004 e o Decreto nº 5.773/2006, o que merece investigação e estudo sólidos à vista de suas conseqüências no expressivo campo da educação superior. Como resultado, a insegurança jurídica pode se instaurar, produzindo prejuízos irreparáveis, ou seja, danos de ordem econômico-material, para as instituições, e pessoal-moral, para seus alunos.

Em resumo, o presente artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo dos limites da função normativa nos procedimentos administrativos avaliativos do SINAES e sua eventual (in)constitucionalidade, já que sobre eles houve diversos pleitos judiciais. Esse tema insere-se nos campos do Direito e da Educação, especialmente nos ramos referentes ao Direito Constitucional, Administrativo e Educacional. Este trabalho é preponderantemente teórico-documental, apresentando a parte legal que trata do tema abordado e fazendo uma revisão de literatura sobre o objeto de estudo, sob uma perspectiva dogmática, empregada como forma de análise dos resultados.

3. Inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada

A teoria da delegação legislativa disfarçada foi formulada e desenvolvida por doutrinadores de peso, tais como Pontes de Miranda (1967)[5], Miranda (1997)[6] e

[5] Ver Pontes de Miranda (1967, p. 308-310).

[6] Verificar Miranda (1997, p. 883-905, especialmente p. 887). Em outra obra, o mesmo autor (2000) interpreta o art. 112., nº 6, da Constituição da República Portuguesa, que proíbe o já mencionado regulamento delegado com eficácia externa, também chamado de regulamento autorizado. O referido comando constitucional estrangeiro é a positivação de um tipo de teoria da delegação legislativa disfarçada, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, "[...] ele proíbe os reenvios normativos, que consistam em a lei (a própria lei em causa ou outra, em abstracto, anterior ou posterior) remeter para regulamento a interpretação, a integração, a modificação, a suspensão ou a revogação de preceitos legais." (MIRANDA, 2000, p. 207), compreendendo-se na alteração "[...] a própria extensão ou redução do seu âmbito."

Bandeira de Mello (1998), respectivamente, ao tratar dos limites do poder regulamentar. Bandeira de Mello (1998) leciona que a lei é competente para apresentar os pressupostos de aquisição ou limitação de direitos, não o ato administrativo normativo que somente pode auxiliar na especificação das normas originárias, respeitando-se determinados requisitos preestabelecidos. Dessa forma, "[...] disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la" (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 211), sob pena de violação do princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CR/88)[7], que não será mais uma garantia fundamental do cidadão, e da tripartição constitucional dos poderes do Estado[8]. Assim:

> [...] se à lei fosse dado a dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

(MIRANDA, 2000, p. 205).

[7] De acordo com Amaral (2001, p. 41), "[...] a administração pública tem de prosseguir o interesse público em obediência à lei: é o que se chama o princípio da legalidade". Para um maior desenvolvimento no princípio da legalidade administrativa, verificar Jesch (1978, p. 38-45), Correia (1987, p. 17-340), Moncada (2002, p. 31-1148) e Otero (2003, p. 45-199). Do mesmo modo, "[...] no que respeita ao desempenho das funções estaduais pelos órgãos de soberania, a acepção mais frequentemente utilizada incide sobre as relações entre a lei e a actividade administrativa e corresponde à exigência de que os actos da Administração encontrem o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma". (CORREIA, 1987, p. 17). Em sentido equivalente, Pastor (1998, p. 317-319) e Canotilho (2003, p. 833). Por sua vez, "[...] a reserva de lei desempenha uma função excludente e, mais do que isso, uma função positiva de reforço do princípio da legalidade da administração e da jurisdição. Numa dimensão menos exigente, legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). Mas aí onde a Constituição imponha reserva de lei, legalidade não implica somente *prevalência* ou *preferência* de lei, nem sequer *prioridade de lei*; traduz-se em sujeição do conteúdo dos actos administrativos e jurisdicionais aos critérios, aos valores, ao sentido imposto pela lei como acto legislativo; envolve, senão *monopólio normativo* (reserva absoluta), pelo menos *fixação primária de sentido normativo* (reserva relativa) pela lei". (MIRANDA, 2000, p. 217-218). Assim, surge "[...] *la técnica de la reserva como forma de protección del principio parlamentario o democrático frente a un poder gubernamental y reglamentario en imparable expansión. El equilibrio de poderes y la garantía del principio democrático son hoy valores que no se satisfacen con la simple regla de la superioridad jerárquica de la Ley. La exigencia constitucional de que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por ley es, en primer lugar, una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del Gobierno. Pero la reserva es, también, una técnica de garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma: un obstáculo a que, por razones de comodidad o de conveniencia política, el Parlamento renuncie a llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias e indeterminadas en favor de la potestad reglamentaria o de incluso otras normas con rango de ley, como los Decretos legislativos* [...]". (PASTOR, 1998, p. 319). Em sentido equivalente, Jesch (1978, p. 34-37).

[8] Queiró (1976, p. 429) indica os precedentes históricos de tal teoria: "[...] no século passado e nos primeiros tempos do actual, em França, se chegou a entender, no que concerne às autorizações do parlamento, conferidas ao Presidente da República, para a elaboração de ´regulamentos de administração pública´. [...] o poder exercido nestes casos é sempre um poder administrativo que se encontra permanentemente em quiescência nas mãos do Executivo e cujo exercício, em cada momento, depende de um acto-condição que é o convite do legislador, ao confiar-lhe, para regulamentação, dentro de determinados limites, certas matérias estranhas ao domínio legislativo ´por natureza´".

> coisa senão em virtude de lei' perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ora* em virtude de *regulamento*, *ora* de *lei*, ao libido do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É obvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.
> Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se ressalva, tão-só, a hipótese de 'leis delegadas' – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68*[9] *e segundo as condições e limites ali estabelecidos.* (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 211)[10].

De maneira que Bandeira de Mello (1998) destaca que a indelegabilidade, na qualidade de princípio, resulta implicitamente do art. 2º da CR/88, ou seja, "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." (BRASIL, 1988). Em virtude dessa tripartição de Poderes e da necessária divisão de competências, cada qual inerente a um Poder específico, veda-se a possibilidade de cessão de atribuições de um órgão menos diligente a outro, o que se justifica pela cautela a favor dos administrados e pela destruição de todo o sistema de repartição de funções. Além disso, a previsão constitucional de leis delegadas acaba demonstrando que a regra geral é a indelegabilidade[11].

---

[9] Art. 68 da CR/88 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

[10] A doutrina espanhola, representada por Enterría e Fernández (2002), por sua vez, apresenta três classes de delegação legislativa: a deslegalização, a delegação receptiva e a remissão normativa. A primeira, "[...] consiste na retracção do domínio da lei, ampliando o espaço aberto a fontes infralegislativas, nomeadamente os regulamentos", desde que não invadam as matérias reservadas à lei pela Constituição portuguesa (AMARAL, 2001, p. 180-181). Em sentido equivalente, Miranda (2000, p. 211-215); Canotilho (2003, p. 841-842). A segunda, seriam as leis delegadas brasileiras, já que a lei de delegação outorga ao Governo, e somente a ele, a elaboração de norma com conteúdo concreto e com nível de lei. A terceira acontece quando uma lei reenvia à posterior normatização do Poder Executivo, por ato administrativo de tal índole, a regulamentação de alguns elementos que completam os dispositivos que a própria lei estabelece. Assim, a remissão legislativa equivaleria à presente teoria da delegação legislativa disfarçada, em sua totalidade. De qualquer forma, alerta-se que "[...] *en parte alguna de la Constitución se ha previsto un fenómeno de <<plenos poderes>>, que coloque al Ejecutivo por decisión del Legislativo in loco et in ius de este último para cualquier contenido, en blanco. Esta figura está formalmente excluida del sistema y dibuja así el contorno negativo de la delegación legislativa*" (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 253). Para aprofundamentos, verificar Enterría; Fernández (2002, p. 250-278). Por sua vez e segundo Canotilho (2003, p. 838), "[...] a doutrina italiana refere-se, hoje, a este tipo de regulamentos como regulamentos disciplinadores de matérias em que não existe disciplina legal".

[11] Miranda (2000) analisa cuidadosamente o princípio da fixação da competência legislativa e acaba por concluir, dentre outras: "6.º Que apenas pode haver autorizações ou delegações legislativas no âmbito das

Dessa forma, não seria útil restringir a incidência do ato administrativo normativo, em seu campo, "[...] se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, legitimamente, dilatar-lhe a esfera e ensejar infiltração do Executivo em setor que se quer defendido contra suas eventuais incursões". (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212). Converter-se-ia em letra morta o procedimento legislativo adequado da delegação legislativa, que não passaria de:

> [...] meio desprezível de contenção dos Poderes a seus limites naturais, se o Executivo pudesse beneficiar-se de delegação disfarçada, atingida pela via transversa de uma regulação legal excessivamente vaga, cuja imprecisão lhe ensejasse compor suas próprias imposições nascidas no vazio, isto é, no intervalo contido dentro de balizas complacentes.
> Seria absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. [...]
> Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede *quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição*. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212-213).

Ainda de acordo com Bandeira de Mello (1998), tal procedimento inconstitucional, abusivo e escandaloso, já foi flagrantemente realizado no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o desinteresse dos legisladores na manutenção de

---

relações interorgânicas e nos termos expressamente previstos na Constituição (art. 111.º, nº 2) – portanto, apenas pode haver autorizações legislativas da Assembléia da República ao Governo [art. 161.º, alíena *d)*] e, numa acepção muito imprópria (…), da Assembléia da República às assembléias legislativas regionais [art. 161.º, alíena *e)*], não *de* e *para* quaisquer outros órgãos; 7.º Que, em caso algum, se admitem sub-autorizações (ou subdelegações) – quer dizer, um órgão que faça um acto legislativo autorizado não pode cometer a terceiro órgão a faculdade de regular, directa ou indirectamente, a matéria reservada objeto de autorização legislativa; 8.º Que a substituição do órgão normalmente competente para a prática de certos actos legislativos ou de certos actos integrados no procedimento legislativo só pode dar-se se consentida pela Constituição [...]; e, 9.º Que, muito menos, se admite a devolução de poderes de natureza legislativa a quaisquer entidades públicas ou privadas" (MIRANDA, 2000, p. 202-203).

suas competências, o desapreço à CR/88 e a indiferença aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos[12].

Desse modo, diversas leis que outorgam "[...]a órgãos colegiais do Executivo – como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo – o poder de expedir decisões ('resoluções') cujo conteúdo só pode ser o de lei" (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214) manifestaram-se em alguns artigos de determinadas normas e não na integralidade dos mesmos diplomas. Por meio de tais artigos, escancarou-se ao Poder Executivo o caminho para legislar, "[...] inconstitucionalmente, por via de regulamentos, abrigado no conforto de dispositivos nulos". (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214). Independentemente da forma como tal delegação foi apresentada, genérica ou restritivamente, ostensiva ou disfarçadamente, na inteireza ou em incidente particular da lei, cabe ao Poder Judiciário "[...] – como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação" (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214). Por sua vez, o próprio art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) confirmou os diversos abusos deflagrados antes da CR/88 e "[...] representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir" (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214).

Nessa perspectiva, o Decreto nº 5.773/2006 é o responsável por procedimentos de credenciamento de cursos superiores, transferência de mantença, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão da educação superior do sistema federal de ensino. Como foi dito anteriormente, a Lei nº 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto nº 5.773/2006, em conformidade com seu art. 1º, que modificou o art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", Lei nº 4.024/61. Da mesma forma, o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 dispõe: "O Ministro de Estado da Educação regulamentará os procedimentos de avaliação do SINAES". (BRASIL, 2004).

Em conformidade com a teoria da delegação legislativa disfarçada de Pontes de Miranda (1967) e Bandeira de Mello (1998), ora estudada, os citados comandos legais implicariam usurpação de competência constitucional, já que facultam ao ato administrativo normativo inovar a ordem jurídica, introduzindo direitos e obrigações inexistentes na lei regulamentada. Ainda porque o processo de formulação de leis, também analisado, é competência do Poder Legislativo e não do Executivo, ressalvadas algumas hipóteses legais[13]. Assim, os verbos "deliberar", constante nas alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", do art. 9º, § 2º, Lei nº 4.024/61, e "regulamentará", presente no art. 14 da Lei do SINAES, podem ser entendidos como uma delegação

[12] Parece ser que se utilizou o conceito italiano de regulamentos autorizados (antes conhecidos como regulamentos delegados) para instituir tal prática. Contudo, Landi e Potenza (1997) previam que: "*in ogni caso poi la delega regolamentare non pare possa trasferire la competenza definitivamente dal potere legislativo all´esecutivo; quindi le successive modificazioni del regolamento delegato dovrebbero essere riservate alla legge*" (LANDI; POTENZA, 1997, p. 44, nota 60), o que não acontece no Brasil.

[13] Seriam as leis delegadas e as medidas provisórias, em conformidade com os arts. 59 e seguintes da CR/88.

disfarçada de atribuição legislativa à CES do CNE e ao Ministro da Educação, respectivamente.

Sem embargo, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados no ordenamento jurídico brasileiro o art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", Lei nº 4.024/61; o art. 8º, § 1º, 9º, § 1º, LDB; o art. 14 da Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006, salvo seus §§ 2º, 3º e 5º do art. 63[14]. A referida declaração baseia-se nos seguintes fundamentos jurídicos.

[14] Destaca-se que o § 3º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004 prevê que, nos periódicos processos avaliativos de IES, as penalidades serão impostas pelo órgão competente do MEC, ou seja, pela Secretaria de Educação Superior (SESu), por meio de seu Departamento de Supervisão do Ensino Superior, pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica (SETEC) ou pela Secretaria de Educação a Distância (SEED), conforme o caso, prévia oitiva da CES do CNE. Além disso, o § 4º do art. 10 da mesma Lei do SINAES, estabelece que o recurso administrativo contra a decisão que sancionar a IES, com as penalidades previstas em lei, será analisado em seu mérito pelo Ministro de Estado da Educação. De modo que o procedimento administrativo para aplicação de penalidades nos processos avaliativos do SINAES, em virtude do descumprimento de protocolos de compromisso, contido nos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, é distinto do estabelecido pelos §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, embora o existente no decreto pareça ser mais adequado à realidade da educação superior brasileira, porque dá continuidade à tradição jurídica, instituída pelo art. 2º da Lei nº 9.131/95, isto é, a necessidade de homologação ministerial de todas as decisões administrativas finais do CNE. Com isso e no tema em questão, existem três distinções entre a Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006: a competência para proferir a decisão sobre a penalidade (na Lei nº 10.861/2004, seria do Secretário pertinente, mediante parecer do CNE, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria do CNE, prévio parecer do Secretário), a competência para julgar o recurso administrativo (na Lei nº 10.861/2004, seria do Ministro da Educação, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria do Conselho Pleno do CNE) e a prescindibilidade ou não da homologação final do Ministro de Estado da Educação (na Lei nº 10.861/2004, não haveria necessidade de homologação, porque o Ministro da Educação julgaria o recurso administrativo, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria indispensável a homologação da decisão administrativa final do CNE, por parte do mesmo Ministro, após a análise dos eventuais recursos administrativos, se interpostos). Se o legislador federal pretendesse que o Conselho Pleno do CNE julgasse os recursos administrativos contra as decisões que impusessem penalidades às IES e que a resolução final fosse homologada pelo Ministro da Educação, ele o teria feito. Em sentido oposto, o Poder Legislativo foi expresso na indicação do Ministro de Estado da Educação como a última instância recursal no processo administrativo para aplicação de sanções, o que não é compatível com a pretensão dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006. Mesmo que se alegue a teoria da antinomia jurídica própria [A antinomia acontece quando normas diferentes regulamentam situação jurídica idêntica de modo diverso. Para que exista antinomia, duas condições são indispensáveis: que as normas estejam contidas no mesmo ordenamento jurídico e que possuam o mesmo âmbito de validade. Não por demais, cabe ressaltar os critérios para sua solução: "I) hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) (art. 102, incisos I, alínea "a", e III, CR/88); II) cronológico (*lex posterior derogat priori*) (art. 2º, § 1º, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42 – LICC); e, III) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*)" (art. 2º, § 2º, LICC) (NOVELINO, 2007, p. 75-76)] entre o art. 2º da Lei nº 9.131/95 e os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, não seria possível justificar a validade dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006. O critério hierárquico não é suficiente para a hipótese em comento, pois as duas normas possuem natureza jurídica de leis federais ordinárias. O cronológico tampouco poderia ser utilizado, já que acarretaria a derrogação do art. 2º da Lei nº 9.131/95, o que não seria adequado ao ordenamento jurídico educacional, por deixar sem normatização as outras deliberações do CNE que necessitam de homologação do Ministro de Estado da Educação. Encontram-se entre elas as próprias deliberações normativas sobre os procedimentos de credenciamento, recredencia-

3.1. Fundamentos constitucionais auto-aplicáveis

Primeiramente, os comandos constitucionais existentes nos arts. 206, inciso VII, e 209, inciso II, CR/88 são normas auto-aplicáveis de eficácia plena[15], ensejando o seu cumprimento integral pelas IES brasileiras, sem qualquer exceção[16]. Ademais, o art. 211,

---

mento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. Dessa forma, o critério da especialidade é o único aceitável para resolver essa antinomia. Inicialmente, porque a Lei nº 10.861/2004 é norma específica vigente para o sistema nacional de avaliação da educação superior, aplicável ao sistema federal de ensino, prevalecendo os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, sem prejuízo da aplicação plena do art. 2º, *caput* e seu parágrafo único, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.649/98, na qualidade de norma geral para todas as demais deliberações do CNE. Como conseqüência, o Decreto nº 5.773/06, na qualidade de ato administrativo normativo, não pode ser oposto à Lei nº 10.861/04, mesmo sob o pretexto de a regulamentar, já que a última é uma lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional, sendo hierarquicamente superior.

[15] Em sentido equivalente, ver Ranieri (2000, p. 177).

[16] Cabe esclarecer que Silva (2002) apresenta uma tradicional classificação das normas constitucionais, tendo em vista a sua aplicabilidade. Com isso, classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena, pois se aplicam e produzem efeitos essenciais desde a entrada em vigor da CR/88, integral e imediatamente, já que o legislador constituinte pretendeu regular, direta e normativamente, tais situações, como, por exemplo, o art. 13 da CR/88. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de possuírem aplicação imediata e direta, podem ser restringidas por leis infraconstitucionais e, por isso, possuem aplicação não integral, pois deixam competência redutível discricionária ao poder público, nos termos de tais regras (art. 5º, inciso XIII, CR/88). As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são as que se aplicam de modo indireto e mediato, reduzindo sua incidência a interesses somente quando se editar outras normas que regulamentem sua aplicabilidade (art. 37, inciso VII, CR/88). Elas se subdividem em normas de princípio institutivo ou organizativo, que definem e orientam a criação de instituições jurídicas (como, por exemplo, a formação de novos Estados-membros, através de plebiscito e lei complementar), cujo conteúdo é simplesmente regulativo (esquemas gerais) e indicam lei ulterior para lhes completar a eficácia e dar aplicação efetiva, e normas de princípio programático. Assim, Silva (2002) explica que norma de conteúdo programático é uma espécie de norma de eficácia limitada, cuja aplicação plena depende de legislação futura que lhe integre eficácia e dê a ela capacidade de execução, regulamentando como serão promovidos os interesses visados. Assim, mostra que a norma programática informa a concepção do Estado, inspira a sua ordenação jurídica, constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas e condiciona a atividade discricionária da administração pública e do Poder Judiciário, estabelecendo obrigações de resultado e princípios a serem respeitados. Para aprofundar no tema da aplicabilidade das normas constitucionais, ver Silva (2002, p. 81-164). Destaca-se, ainda, que existem outras classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais (como, por exemplo, Diniz (2001, p. 109-116): normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa), mas que será adotada, para fins deste estudo, a teoria de Silva (2002).

Salienta-se, ainda, a classificação portuguesa de normas preceptivas, normas programáticas, normas auto-exequíveis e normas hetero-exequíveis, que acaba por conduzir à trilogia de normas constitucionais: 1. preceptivas auto-exequíveis, preceptivas hetero-exequíveis e programáticas (sempre hetero-exequíveis) (MIRANDA, 1996, p. 243-250). No mesmo sentido, ver Gouveia (2007, p. 708-712). Miranda (1996, p. 249) apresenta a semelhança entre as classificações brasileira e portuguesa quando menciona: "Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem *grosso modo* às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem,

§ 1º, CR/88, na parte relacionada com a garantia do padrão de qualidade, também possui auto-aplicabilidade, em virtude da função supletiva e de assistência técnica da União aos demais entes federados. Assim, Silva (2002) explica que tais normas produzem efeitos essenciais e são aplicáveis, imediata e integralmente, desde a vigência inicial da CR/88, pois o constituinte originário regulou, direta e normativamente, a garantia do padrão de qualidade no ensino e a sua avaliação qualitativa pelo poder público.

De forma que, em sede das limitações jurídicas do ato administrativo normativo, o próprio Bandeira de Mello (1998) apresentou uma ressalva à regra geral, qual seja, a possibilidade do regulamento consistir em providência jurídica complementar da CR/88, para lhe dar cumprimento, de maneira estritamente vinculada. Nesse sentido, o ato administrativo normativo:

> [...] consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionalíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada; [...] (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 232).[17]

---

embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas".

[17] Em sentido equivalente, JESCH (1978, p. 236); ABREU (1987, p. 173) e MIRANDA (1997, p. 889, item 8). Para um maior desenvolvimento, ver Jesch (1978, p. 220; 236; 244); Queiró (1976, p. 421-427), Abreu (1987, p. 156;163; nota 383), Correia (1987, p. 204-236) e Otero (2003, p. 147-191; 198-199; 733-743). Correia sintetiza que, no ordenamento jurídico português, "[...] o poder da Assembléia da República de apreciar os decretos-leis para eventualmente os alterar ou lhes recusar ratificação não é um poder de natureza legislativa mas sim de natureza fiscalizadora. Ao emitir por decreto regulamentar normas de regulamentação primária ou inicial de certa matéria, o Governo não priva a Assembléia de um poder de co-decisão no procedimento legislativo do decreto-lei que de outro modo daria forma àquela regulamentação. Não se verifica assim ofensa do princípio democrático na medida em que se não cerceia com aquela prática o âmbito da função legislativa da assembléia representativa de todos os portugueses" (CORREIA, 1987, p. 220). Em sentido diverso, ao interpretar o art. 112º, nº 8, da Constituição da República Portuguesa, Amaral não admite a emissão de regulamentos independentes diretamente amparados na Constituição, sob o fundamento da necessidade de existência de lei infraconstitucional anterior. Ele outorga interpretação restritiva ao citado preceito constitucional português, já que "[...] deve entender-se que só pode haver regulamentos independentes se uma lei expressamente habilitar certo órgão administrativo (competência subjectiva) a fazer um regulamento sobre certa matéria administrativa (competência objectiva) – entre a Constituição e o regulamento independente tem de estar sempre o legislador (*interpositio legislatoris*)". (AMARAL, 2001, p. 183). No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 838-841) e Moncada (2002, p. 1010-1014; 1144); também no ordenamento jurídico espanhol, Enterría; Fernández (2002, p. 236-238). Todavia, tais autores (2001; 2003; 2002; 2002) não analisam a questão da aplicabilidade da norma constitucional regulamentada, motivo pelo qual padecem de razão suas teorias. Com isso, se a norma constitucional for classificada como de eficácia plena, auto-executiva ou preceptiva auto-exequível, ela autoriza a expedição de atos administrativos normativos diretamente amparados na própria CR/88.

De forma mais precisa, Otero (2003) explicita a quebra do mito da onipotência do ordenamento infraconstitucional para a administração pública, segundo alguns critérios, entre os quais a substituição da lei federal pela CR/88:

> Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da omnipotência da lei face à administração pública e da consequente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a administração pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à administração pública e pela administração pública não exige necessariamente a mediação legislativa.
> Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a administração pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se, neste preciso sentido, que se afirme, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.
> Como já foi sublinhado, em comentário à nossa posição defendida em anterior estudo, a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.
> Uma tal substituição da lei pela Constituição, transformando esta última em fundamento do agir administrativo, encontra duas principais áreas de incidência:
> (a) A Constituição como norma directa e imediatamente habilitadora de competência administrativa;
> (b) A Constituição como critério imediato de decisão administrativa. (OTERO, 2003, p. 735).

Desse modo, os procedimentos de autorização, reconhecimento, credenciamento e suas respectivas renovações, regulamentados por meio do poder normativo do Presidente da República, que expediu o Decreto nº 5.773/2006, explicitam a própria CR/88[18] e dela derivam, uma vez que são providências jurídicas complementares dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88[19], que concedem habilitações regulamentares globais[20]. Com isso:

Ademais, no caso em tela, existem habilitações infraconstitucionais ao Decreto nº 5.773/2006, como se verá no próximo apartado.

[18] Excetuam-se os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, como mencionado anteriormente.

[19] Em sentido equivalente, ao analisar as funções normativas do CNE, pois "[...] plaina, em conjunto com os outros princípios do art. 206 da CF/88, o inciso VII que determina a *garantia de padrão de qualidade*. O art. 211, § 1º, reafirma o *padrão mínimo de qualidade* como competência abrangente sob a direção da União." (CURY, 2006, p. 44).

[20] Utiliza-se a terminologia empregada por Jesch, de habilitação global, como no presente caso, e de

> Superioridade que é corolário da rigidez da constituição, conceituada como imutabilidade relativa ou estabilidade das regras constitucionais. Disso deflui a distinção entre normas constitucionais, normas complementares e normas ordinárias, mas tal não implica declarar que todas as normas constitucionais se acham inscritas num documento solene e rígido. Muitas existem fora dele. Basta a observação, hoje admitida pela doutrina unânime dos autores, da especial relevância dos costumes e usos constitucionais, de eficácia bem mais acentuada do que a das normas escritas e, muitas vezes, a despeito, mesmo, das normas escritas. (SILVA, 2002, p. 42).

Nesses dispositivos constitucionais, o comportamento da administração pública foi completamente descrito, vinculando as políticas públicas à garantia do padrão de qualidade no ensino superior, seja ele público ou privado[21]. Por fim, Teixeira (1991) explica que regulamentar uma norma constitucional é complementá-la, instituindo órgãos, autoridades, processos ou regras jurídicas indispensáveis à sua total efetividade.

3.2. Fundamentos infraconstitucionais

O *caput* e o inciso I do art. 209 da CR/88 representam normas constitucionais de eficácia contida. Elas detêm aplicação imediata e direta, mas não integral, porque permitem que a administração pública exerça competência redutível discricionária[22], nos termos da conceituação de Silva (2002). Assim, um dos requisitos da outorga de autorização à iniciativa privada, para fins de atuação no ensino, é o cumprimento integral das normas gerais educacionais.

Mesmo com o advento da CR/88, em sua redação originária, e do art. 25 do ADCT que, "[...] de um lado, vale como confirmação de que foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir". (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214), a aprovação das Emendas Constitucionais

habilitação específica, pois "[...] *cuando cualquier apoderamiento, tan amplio en cuanto al contenido y tan ilimitado en cuanto a la materia, es suficiente para satisfacer el requisito de la reserva, existe un apoderamiento global; si, por el contrario, se somete la ley apoderante a ciertos requisitos en cuanto al contenido, decimos que existe la necesidad de apoderamientos especificados*" (JESCH, 1978, p. 44). Portanto, "[...] *cabe pensar, naturalmente que el apoderamiento del Ejecutivo no esté contenido en una ley especial, sino en la propia constitución. Se trata, en general, de apoderamientos globales o de fines generales del Estado; en tales casos se suscita la cuestión de la forma del apoderamiento, es decir, sobre todo, la cuestión de la determinación y delimitación de un tal precepto. Sin embargo, no es éste un problema especialmente referido a la constitución, sino que afecta igualmente a cualesquiera otros apoderamientos legales*". (JESCH, 1978, p. 236).

[21] Alerta-se que "[...] o desenvolvimento da parte material da Constituição e do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas atenuou, pelo menos, os perigos que para o Estado de Direito democrático podem advir da criação pelo Governo de actos legislativos e de regulamentos com cobertura constitucional directa". (CORREIA, 1987, p. 236). Para aprofundamentos neste tema, ver Queiró (1976, p. 489-510) e Ocaña (1999, p. 116-126).

[22] Podem ser restringidas por leis infraconstitucionais.

(ECs) nº 8/95, nº 9/95, nº 19/98 e nº 32/2001 e de sucessivas leis federais mostrou tendência legislativa completamente oposta ao posicionamento de Bandeira de Mello (1998) e do constituinte originário, favorável ao estabelecimento de poderes normativos mais amplos a determinados órgãos e, inclusive, ao regulamento autônomo. Dessa forma, "[...] a lei ou o decreto-lei que confiram competência objectiva para a emissão de decretos regulamentares independentes não estão vinculados à especificação de princípios, directivas ou critérios que devam presidir à estatuição normativa da disciplina da matéria a que se reportam. Podem, no entanto, fazê-la". (CORREIA, 1987, p. 247).

Assim, chama a atenção que, a exemplo dos órgãos reguladores que também possuem competência normativa, houve a aprovação de leis específicas, outorgando função regulamentar ao CNE e ao Ministro de Estado da Educação (Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96 e nº 10.172/2001 – Plano Nacional de Educação (PNE) – e nº 10.861/2004[23]), já na vigência da CR/88, o que cumpre com o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CR/88)[24]. Destaca-se que a Lei nº 9.131/95 é anterior a todas as leis federais que

[23] As referidas leis federais são exemplos brasileiros precisos da autorizada remissão normativa da doutrina espanhola (ver ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 268-275), já que "[...] *en la remisión normativa se producen, pues, dos fenómenos distintos: de un lado, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación; por otro, la propia Ley delegante atribuye a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento. Con esto último nos oponemos a la teoría francesa predominante, que habla de que estas cláusulas delegativas, en el supuesto de Reglamentos ejecutivos de las Leyes, hay que explicarlas como una <<invitación>> que el Legislativo hace al Ejecutivo para que éste utilice su poder reglamentario propio. Que el poder desarrollado en la norma delegada es siempre un poder propio de la Administración, el poder reglamentario, y no un poder supuestamente transferido por el legislativo, ya lo hemos justificado como una nota común a la figura general de la delegación; pero eso no quiere decir que la Ley delegante sea un simple recuerdo amistoso de algo que la Administración podría hacer sin tal Ley, una mera <<invitación>> cortés. Como en todo el fenómeno de la delegación legislativa, hay aquí una ampliación del ámbito propio de la potestad reglamentaria. Ello es perfectamente claro siempre que se trate de abrirle una materia reservada a la Ley, como es lo común, pero aun también es visible en la hipótesis de Leyes que se produzcan en el ámbito donde la potestad reglamentaria tiene su campo natural, pues se trata de requerir a un Reglamento para que complemente la Ley y, por consiguiente, para que la aplicación de la Ley quede eventualmente enmarcada y condicionada por una serie de preceptos reglamentarios que necesariamente implican un novum mayor o menor (si el novum no existiese, el Reglamento sería ocioso, como se comprende). Por ello, y así lo acredita la práctica legislativa constante de confiar a la Administración las disposiciones ejecutivas de una Ley, no puede sostenerse que aun lege silente la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar Reglamentos de las Leyes, de interferir entre éstas y su aplicación una instancia normativa distinta; a lo sumo podrá inferirse como mucho un apoderamiento tácito [...] del conjunto normativo, o la posibilidad de un desarrollo reglamentario en cuanto a los aspectos administrativos internos (organización, procedimiento), pero no a los propiamente normativos*". (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 269-270).

[24] Canotilho (2003) analisa esta situação quando menciona, no ordenamento jurídico português, que "[...] a lei constitucional autoriza ainda, como se assinalou já, a emanação de *regulamentos independentes* (cf., precisamente, art. 112º/7), ou seja, aqueles em que a lei (existe sempre a vinculação positiva da administração) se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa. Quer dizer: basta uma autorização específica da lei, embora esta se abstenha de explicitar o conteúdo do acto regulamentar". (CANOTILHO, 2003, p. 838); em sentido equivalente, Moncada (2002, p. 1010-1014; 1144).

atribuíram função normativa às agências reguladoras[25], após a promulgação da CR/88, podendo ser considerada a primeira de muitas outras[26], o que inaugurou um regime jurídico próprio para tais órgãos, entre eles o CNE[27]. Coloca-se de manifesto, ainda, que algumas agências reguladoras estavam ligadas a concessões de serviço público, o que também pode ser aplicado, analogicamente, ao ensino fornecido pelo segmento particular, porque a oferta de ensino pelo setor privado "[...] é, pois, um serviço público autorizado, cuja conseqüência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7º da LDB". (CURY, 2005b, p. 26).[28]

Com isso, e relembrando Ranieri (2000), as inovações da EC nº 19/98 não modificaram o modo de emprego do poder regulamentar pelo Estado, mas o ampliaram e, em função da nova tendência, foram aprovadas as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004. As citadas leis federais, de iniciativa da Presidência da República, em virtude de sua competência constitucional para instituição de normas gerais (arts. 22, inciso XXIV, e 24, inciso IX, CR/88), tramitaram no Congresso Nacional regularmente, segundo o procedimento legislativo ordinário, e foram aprovadas. Não por demais, são respaldadas diretamente pelos dispositivos constitucionais auto-aplicáveis, contidos nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88, sendo, portanto, plenamente constitucionais tais normas originárias[29].

Logo, cumpre-se a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a existência de ato administrativo normativo executivo (Decreto nº 5.773/2006), subordinado à norma originária prévia, quais sejam os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º,

---

[25] De acordo com Di Pietro (2004) e com uma análise meramente cronológica.

[26] Citam-se a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) – Lei nº 9.472/96, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) – Lei nº 9.427/96, a Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei nº 9.984/2000, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – Lei nº 9.782/99 e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei nº 9.961/2000, todas elas com função normativa, respeitando-se sempre o princípio da legalidade. Ressalva à Comissão de Valores Mobiliários, ao Conselho Monetário Nacional – Lei nº 6.385/76 – e ao Conselho Nacional de Petróleo – Decreto-Lei nº 538/38, que foram anteriores à CR/88.

[27] Em sentido equivalente, Ranieri (2000), ao mencionar que "[...] há ainda a possibilidade de os Conselhos de Educação, órgãos normativos e fiscalizadores do sistema educacional, serem qualificados como agências reguladoras mediante a lei". (RANIERI, 2000, p. 229).

[28] No mesmo sentido, Cury (1997b, p. 60-61); Cury (2003, p. 474-475); em sentido equivalente, Ranieri (2000, p. 177).

[29] Referência expressa às habilitações concedidas pelas Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96 e nº 10.861/2004. Amaral (2001), ao analisar os fundamentos prático, histórico e jurídico do poder regulamentar, explica que: "[...] no *Estado Social de Direito*, o fundamento jurídico do poder regulamentar reside na Constituição e na lei, em homenagem ao princípio da legalidade, na sua versão actual. Há, porém, que não confundir duas coisas (e isto vale sobretudo para a nossa ordem jurídica): uma é o fundamento do poder regulamentar em *geral*, e este radica na Constituição, dizendo-se, por isso, que o poder regulamentar não deriva da lei, antes assenta originariamente na própria Constituição; outra é o fundamento de *cada regulamento em particular*, através da exigência de lei prévia para o exercício do poder regulamentar, dizendo-se por isso que se a lei não cria o poder regulamentar, desempenha a função de habilitação legal necessária para se dar cumprimento ao princípio da primariedade ou da precedência de lei". (AMARAL, 2001, p. 175-176).

CR/88 e as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004[30].

3.3. Ato administrativo normativo autônomo ou independente

Caso sejam superadas as argumentações supramencionadas, o Decreto nº 5.773/06 deve ser considerado um ato administrativo normativo autônomo ou independente[31], ressalvados os seus ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63, conforme explicação anterior.

O art. 84, inciso VI, alínea "a", CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001, passou a admitir o decreto regulamentar autônomo com fins de organização da administração federal[32]. Segundo o referido dispositivo constitucional:

---

[30] Enterría e Fernández (2002) explicitam os limites do poder regulamentar na remissão normativa, nos seguintes termos: "[...] *hay que decir que no puede aceptarse en principio cualquier contenido de la norma remitida. Esto no invalida la técnica remisoria en cuanto expresión de un reenvío formal; lo que ocurre es que el marco sistemático de la remisión es el <<desarrollo>> y <<ejecución>> de la Ley, concepto jurídico indeterminado, pero determinable en cada caso concreto mediante un proceso de interpretación legal. Será así posible precisar si el Reglamento complementa la Ley en el sentido por ésta deseado, o, más bien, la infringe abiertamente. También será posible determinar si, aun sin una infracción abierta de la Ley, el Reglamento ejecutivo se excede de la remisión poniendo en pie normas que no son necesarias para la realización de las disposiciones de la Ley. El Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente (conforme ha precisado la doctrina francesa) el complemento indispensable de la Ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la Ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (sólo lo indispensable). Esta doble virtualidad, positiva y negativa, del criterio del complemento indispensable sólo puede ser debidamente precisada en función de las circunstancias del caso concreto*". (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 273-274). O citado âmbito de aplicação é compatível com as remissões legislativas das Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004 à manutenção plena do padrão de qualidade na educação superior (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88), repita-se.

[31] Caetano (1977), Abreu (1987), Amaral (2001) e Di Pietro (2004) admitem dois tipos de atos administrativos normativos: o executivo e o independente ou autônomo, em função de sua relação com a regra preexistente. O Executivo explicita a lei e se limita a criar regras sobre o modo de seu cumprimento pela administração pública, em conformidade com os arts. 84, inciso IV, e 87, inciso II, CR/88, garantindo o "fiel" cumprimento da norma originária. Dessa maneira, não é possível, por meio de regulamento executivo, expedir normas contrárias aos limites da lei originária ou que ultrapassem seus limites, ou seja, que inovem o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos, obrigações ou sanções, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5º, inciso II, CR/88, "[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (BRASIL, 1988). O autônomo ou independente inova o ordenamento jurídico, já que introduz regras não estabelecidas previamente em lei, não completando ou desenvolvendo a norma originária. No direito brasileiro, a CR/88 limitou o poder normativo do Executivo, evitando a existência de regulamentos autônomos, pelo menos até a aprovação das ECs nº 19/98 e nº 32/2001. Para detalhamento em tal classificação, verificar Queiró (1976, p. 420-427), Abreu (1987, p. 48-84), Caetano (1977, p. 98 e 100-103) Pastor (1998, p. 303-306), Ocaña (1999, p. 106-109), Di Pietro (2004, p. 87-89) e Meirelles (1997a, p. 112-113 e 162-164).

[32] Tal fato ocorreu em virtude da redação dada ao art. 84, inciso VI, CR/88, pela EC nº 32/01, isto é: "[...] dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos"; (BRASIL, 1988). Dessa forma, criou-se a possibilidade de decreto regulamentar autônomo para a organização e funcionamento da administração federal (com efeitos internos), mediante expressa previsão na própria CR/88, já que a antiga redação do referido dispositivo era:

> Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> VI - dispor, mediante decreto, sobre (Redação dada pela EC nº 32/01):
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (Incluída pela EC nº 32/01);
> Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. (BRASIL, 1988).

O Decreto nº 5.773/2006 está inserto nos parâmetros constitucionais do art. 84, inciso VI, alínea "a", CR/88[33], já que o primeiro "[...] dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino". (BRASIL, 2006).

No conceito de administração federal está também englobado o sistema federal de ensino, porque ele inclui as IES, mantidas pela União, pela iniciativa privada e pelos órgãos federais de educação, em conformidade com o art. 16 da LDB. Além disso, já foi explicitada, algumas vezes, neste trabalho, a natureza jurídica do ensino fornecido pela iniciativa privada, ou seja, a de "serviço público autorizado"[34], o que demonstra a sua vinculação à União.

Ao se inserir o ensino superior público federal e o particular na administração federal, as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento[35], isto é, incluídas no poder regulamentar autônomo

---

"VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;" (BRASIL, 1988). Salienta-se que a alínea "b", "[...] não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria". (DI PIETRO, 2004, p. 89). Instituiu-se, então, o regulamento autônomo no ordenamento brasileiro, por força das ECs nº 19/98 e nº 32/2001, principalmente nos arts. 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 84, inciso VI, alínea "a", e 96, inciso I, alínea "b", todos da CR/88.

[33] Exceto os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006.

[34] Nesse sentido Cury (1997b, p. 60-61; 2003, p. 474-475; 2005b, p. 26) e Ranieri (2000, p. 177).

[35] Para Amaral (2001), os atos administrativos normativos também se subdividem em virtude de sua eficácia, em regulamentos internos e externos. Os primeiros somente produzem efeitos no interior da administração pública, que o expediu, enquanto os segundos geram "[...] efeitos jurídicos em relação a outros sujeitos de direito diferentes, isto é, em relação a outras pessoas colectivas públicas ou em relação a particulares". (AMARAL, 2001, p. 163). No mesmo sentido Queiró (1976, p. 416-420) e Abreu (1987, p. 47; 95-120). Destaca-se que, com referência ao princípio da reserva da lei, "[...] os regulamentos internos, embora possam apoiar-se em actos legislativos, não têm necessariamente de neles se fundar" (ABREU, 1987, p. 175). Tal classificação decorre da antiga e superada diferenciação entre regulamentos de direito ou jurídicos e os regulamentos administrativos, criada pela doutrina alemã e demonstrada em Forsthoff (1969) e Jesch (1978). Assim, entendia-se que apenas os regulamentos relacionais possuíam índole jurídica relevante, enquanto os internos, de organização e funcionamento, não (FORSTHOFF, 1969, p. 217-231). Nesse sentido, "[...] *el concepto del Derecho nacido bajo la Monarquía constitucional alema-*

da Presidência da República[36], por força do mencionado art. 84, inciso VI, alínea "a", CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001[37]. Salienta-se que os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos, atualmente, no Decreto nº 5.773/2006, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, já que mantiveram a estrutura preexistente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, é preciso ressaltar o conteúdo do parágrafo único, do mesmo art. 84 da CR/88, que prevê a possibilidade de delegação do poder normativo independente do Presidente da República aos Ministros de Estado, entre eles o Ministro da Educação. A interpretação extensiva[38] ora apresentada, acrescida dos conteúdos normativos do art. 84, parágrafo único, CR/88, e art. 2º, *caput* e seu parágrafo único[39], Lei nº 9.131/95 acabam por resguardar as competências da CES do CNE e do Ministro da Educação, mediante ato administrativo autônomo e composto, delegado pelo Presidente da República[40] (apesar da regulamentação

---

na, y que aún hoy sigue ejerciendo su influencia, limitaba el ámbito del Derecho a las relaciones entre ciudadano y ciudadano, como igualmente entre Estado y ciudadano (súbdito). En cambio no pertenecían al Derecho las relaciones comprendidas dentro del ámbito interno del propio Estado, las cuales caían en la esfera del No-Derecho. Dicha esfera abarcaba sobre todo las llamadas relaciones de sujeción especial y una parte de las normas de organización". (JESCH, 1978, p. 21-22; 263-272).

[36] De igual maneira, "[...] é ponto assente que a relação de ensino se desenvolve no interior de um estabelecimento específico e que tem sido apresentada pela doutrina como um caso particular da <<relação especial de poder>>, retomando o que é tradicional na doutrina alemã. À moda de O. Mayer, como se viu, a situação do aluno começou por ser apresentada como a de um utente de um estabelecimento (*Anstalt*) com todas as consequências daí decorrentes para a limitação dos seus direitos. [...] A tradição alemã é desde o passado século no sentido de o ensino ser globalmente considerado como uma tarefa do estado". (MONCADA, 2002, p. 454).

[37] Sobre o estabelecimento de obrigações ou restrições a particulares, em função de atos administrativos normativos independentes, Correia (1987) leciona que "[...] não parece que se possa considerar como vigente no nosso ordenamento jurídico contemporâneo qualquer princípio geral de direito constitucional ou de direito administrativo que alargue as reservas de acto legislativo expressas na Constituição por modo a excluir a fixação em decreto regulamentar da competência do Governo ou de outros órgãos da Administração para a prática de actos ablativos. Pelas razões já expostas, não faria aliás sentido manter uma reserva centrada sobre a previsão em regulamento independente da criação de situações jurídicas subjectivas passivas e da restrição de situações jurídicas subjectivas activas, quando o conteúdo social do Estado de Direito conduz, no nosso País como em muitos outros, à frequente indissociabilidade de encargos e benefícios e à crescente relevância das prestações sociais para a protecção da dignidade da esfera individual". (CORREIA, 1987, p. 250).

[38] Interpretação é "[...] método pelo qual o hermeneuta procura apreender o pensamento do legislador, expresso na norma que examina, e em seguida explica a sua verdadeira inteligência, o seu justo e conveniente sentido técnico-jurídico. [...] A interpretação diz-se: a) *ampliativa*, *extensiva*, ou *lata*, ramo da interpretação declarativa, aquela segundo a qual a aplicação da lei se estende a casos que, embora não previstos por ela, não são estranhos ao pensamento jurídico que as ditou; ou quando, havendo dúvida sobre a adaptabilidade do preceito, a solução é dada favoravelmente, por analogia, ou diante da razão mais forte; [...]" (NUNES, 1993b, p. 513).

[39] Incluído pelo art. 46 da Lei nº 9.649/98.

[40] O Decreto nº 4.176/2002 criou direções na expedição de atos administrativos normativos por parte do Poder Executivo federal, em cumprimento à Lei Complementar nº 95/98. O art. 33 do Decreto nº 4.176/2002 dispõe: "[...] compete aos Ministérios e aos órgãos da estrutura da Presidência da República a

atual contida no Decreto nº 5.773/2006 e no art. 14 da Lei do SINAES), na formulação de regras sobre a autorização para o funcionamento, o (re) credenciamento de universidades ou IES não-universitárias, o reconhecimento de cursos e habilitações por elas oferecidos, bem como a autorização prévia de cursos, disponibilizados por IES não-universitárias (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.131/95, alterado pelo art. 46 da Lei nº 9.649/98).

3.4. Princípios constitucionais implícitos

Cabe analisar uma afirmativa de Bandeira de Mello (1998) sobre a teoria da delegação legislativa disfarçada, nos seguintes termos: "[...] a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno". (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212).

Dessa forma, Bandeira de Mello (1998) foi expresso ao dizer que a indelegabilidade é um princípio implícito na CR/88, derivado dos arts. 2º e 68 da CR/88 e 25 do ADCT.

De acordo com a doutrina jurídica[41], quando a CR/88 não estabelece, expressamente, uma garantia absoluta de impossibilidade de legislações concessivas de poder normativo, permite formulações infraconstitucionais nesse sentido, principalmente se a competência ressalta da própria previsão constitucional (por exemplo, o art. 21, incisos IX e XI, o art. 22, inciso XXIV, o art. 24, inciso IX, o art. 84, inciso VI, alínea "a", o art. 177, § 2º, inciso III, o art. 206, inciso VII, o art. 209, inciso II, e o art. 211, § 1º, todos da CR/88) e infraconstitucional (Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004). A simples vedação implícita, existente nos arts. 2º e 68 da CR/88 e 25 do ADCT, não importa em garantia absoluta de inexistência do poder regulamentar, inclusive autônomo ou independente.

A distinção é sutil, mas de grande relevância prática. De maneira que, inexistindo garantia constitucional, constante em comando de eficácia plena, e sim "[...] mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito" (NERY JÚNIOR, 2004, p. 211) ou ampliá-lo, como vem fazendo após a aprovação das ECs nº 8/95, nº 9/95, nº 19/98 e nº 32/2001 e de sucessivas leis federais, antes citadas.

Portanto, o art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", da Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); o art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e o art. 46 da Lei nº 9.394/96 bem como o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 (Lei do SINAES) e os objetivos e metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001, são constitucionais precisamente pela ausência de garantia explícita de vedação do poder regulamentar.

---

proposição de atos normativos, observadas as suas respectivas áreas de competências" (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, o art. 59 do Decreto nº 4.176/2002: "[...] as disposições deste Decreto aplicam-se, no que couber, à elaboração dos demais atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo". (BRASIL, 2002).

[41] Ver Nery Júnior (2004, p. 211-214) que, ao tratar do implícito princípio do duplo grau de jurisdição, conclui pela possibilidade de o legislador infraconstitucional limitar as possibilidades de recursos no direito processual civil.

Apesar de o princípio da indelegabilidade do poder normativo estar previsto implicitamente na CR/88, ele não tem incidência irrestrita, já que está garantido constitucional e infraconstitucionalmente, como já abordado. Assim, está fora de cogitação qualquer alegação de antinomia legal[42], uma vez que não há conflito entre norma explícita auto-aplicável e conteúdo implícito da CR/88. Cabe trazer o seguinte entendimento, em matéria de hermenêutica constitucional:

> Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento de outro.
> É força não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram.
> A regra enunciada acima é completada por duas mais: a) Onde se mencionarem os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob pretexto de serem mais eficazes ou convenientes; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como *estendendo-se* de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara *restrição* for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita (MAXIMILIANO, 1998, p. 312-313).

Da mesma maneira, Cury (2006) explica que a substância fundante da CR/88, na composição das leis infraconstitucionais, também possui substância de valor, ou seja, "[...] seus princípios ao consagrarem determinados valores e explicitá-los acabam por indicar caminhos necessários para alcançarem os fins almejados". (CURY, 2006, p. 44).

Como conclusão, competiu ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento jurídico do art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", da Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); do art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e art. 46 da Lei nº 9.394/96; do art. 14 da Lei nº 10.861/2004; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001 e do Decreto nº 5.773/2006, que devem ser tidos por constitucionais, com exceção dos ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, como já mencionado em apartado anterior.

---

[42] Relembre-se que antinomia "[...] é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação. Ocorre também entre cláusulas de um mesmo contrato. *Antinomia de leis*. Leis contraditórias" (SILVA, 1998, p. 67). Assim, a "[...] antinomia pode ser: a) *real*, quando a incompatibilidade se verifica entre duas leis – a atual e a antiga, que assim fica tacitamente derrogada; b) *aparente*, quando coexistem, dentro de uma mesma lei, disposições colidentes ou antagônicas". (NUNES, 1993a, p. 76).

3.5. Finalidade pública na avaliação qualitativa

Segundo Di Pietro (2004), ao final do século XIX, surgiram reações opostas ao individualismo jurídico, em função de grandes transformações nas ordens econômica, política e social. Como conseqüência, o Estado começou a intervir na esfera privada, objetivando o bem-estar coletivo. Então, "[...] o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do individuo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo". (DI PIETRO, 2004, p. 69). Em virtude de tal evolução, surgiu o princípio do interesse público, também denominado de princípio da finalidade pública.

Bandeira de Mello (1998) assevera que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio geral de Direito, intrínseco à sociedade, na qualidade de uma condição da sua própria existência. Assim:

> [...] não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o principio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 55).

Bandeira de Mello (1998) ainda aponta algumas conseqüências deste princípio:

> [...] em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *auto-executoriedade* dos atos administrativos. [...]
>
> Também por força desta posição de supremacia do interesse público e – em conseqüência – de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se à Administração a possibilidade de *revogar* os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o *dever de anular* os atos inválidos que haja praticado. É o *princípio da autotutela* dos atos administrativos. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 54-55).

Afirma-se que o termo interesse público, conforme Amaral (2001) e Cunha (2007), está associado a outras expressões semelhantes, tais como interesse difuso, geral,

coletivo ou utilidade pública, identificando-se "[...] com a idéia de bem comum e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano" (CUNHA, 2007, p. 32). Em sentido equivalente, também Amaral (2001, p. 35). Portanto, "[...] a expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado 'escolheu' como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade". (CUNHA, 2007, p. 32).

Por sua vez, existe definição legal expressa do princípio do interesse público no art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso II, Lei nº 9.784/99[43], sendo uma determinação de "[...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei" (BRASIL, 1999).

Ainda segundo Di Pietro (2004), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado "[...] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela administração pública". (DI PIETRO, 2004, p. 68), pois uma das diferenças entre o direito público e o privado reside no interesse que se pretende resguardar, isto é, no primeiro, o interesse público e no segundo, o individual. Assim, o princípio da finalidade pública se manifesta em todas as fases do processo legislativo e influencia no conteúdo material da lei originária, de modo a garantir a prevalência dos interesses públicos sobre os individuais. Além disso, a supremacia também aparece nas normas que formularam e outorgaram poder normativo ao Executivo e, conseqüentemente, nos regulamentos derivados, nos mesmos moldes que nas leis originárias. Nesse sentido, "[...] ocorre que, da mesma forma que esse

[43] Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999).

princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a administração pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa". (DI PIETRO, 2004, p. 70).

"Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto" (DI PIETRO, 2004, p. 69), a administração pública sempre objetiva o interesse coletivo, sem violar os interesses individuais, que, também, devem ser protegidos por via reflexa, respeitando sempre o princípio da legalidade[44].

Destaca-se a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, intimamente vinculado ao da finalidade, cujo significado remonta a:

> [...] interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 33).

De maneira que a avaliação de qualidade no ensino, em todos os níveis, é uma questão de ordem pública[45], indisponível, que resulta do fornecimento da educação como um direito social. Embora seja obrigação comportamental, não de resultados, segundo Ranieri (2000), a educação se vincula ao princípio constitucional da manutenção do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, e 211, § 1º, CR/88), que deve ser assegurado pela administração pública. De forma que a educação tem natureza jurídica de função pública, em conformidade com os arts. 205 e 209, incisos I e II, todos da CR/88.

---

[44] A moderna teoria administrativista, representada por Binenbojm (2007) e Sarmento (2007), foi motivada por estudos inicialmente realizados por Ávila (2007), na década de 1990. Com isso, começou-se a discutir a existência da supremacia enquanto princípio e deixou de analisá-la de modo absoluto, toda vez em que havia conflito de interesses entre particulares e entes públicos ou como um elemento autodemonstrável e inerente a todo ato praticado pelo poder público. Portanto, Ávila (2007) criticou a caracterização da supremacia do interesse público como axioma, entendido como "[...] uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la". (ÁVILA, 2007, p. 176), revelando estar convencido de que "[...] não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro" (ÁVILA, 2007, p. 214) e considerando que as prerrogativas conferidas à administração pública encontrariam seu fundamento na legalidade. Nesse sentido, "[...] não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular". (ÁVILA, 2007, p. 215). Portanto, a existência do interesse público somente pode ser aferida no caso concreto, mediante uma ponderação dos interesses envolvidos.

[45] Expressão empregada como sinônima de interesse público. É paradigmática, em Portugal, a denominação dada ao reconhecimento de curso, qual seja, "reconhecimento de interesse público" de estabelecimento de ensino superior privado, previsto nos arts. 33, 34 e 35 da Lei nº 62/2007.

Apesar de não ser atividade exclusiva do poder público, a educação satisfaz uma pretensão coletiva, mesmo sob a égide do art. 205 da CR/88, o que determina a colaboração mútua do Estado, segmento particular, sociedade e família. Trata-se, portanto, de um serviço público em sentido amplo, pois:

> Serviço público é toda atividade que a administração pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95: serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI) [...]. (DI PIETRO, 2004, p. 60).

Da mesma forma, Meirelles (1997a) apresenta conceito amplo de serviço público, inclusive por delegação[46] a concessionários, permissionários e, especialmente, autorizatários, como sendo "[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado". (MEIRELLES, 1997a, p. 297).

Por sua vez, o ensino superior ministrado pela iniciativa privada aparece como serviço de utilidade pública[47] e a administração surge como gestora principal do sistema educacional, controlando-o, de modo imperativo, "[...] para garantia das finalidades de desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". (RANIERI, 2000, p. 130).

Apesar de o art. 175 da CR/88[48] exigir que os serviços públicos sejam criados por

---

[46] Ranieri (2000) discorda que o ensino fornecido pela iniciativa privada seja uma forma de delegação de serviço público, dando sentido estrito ao referido instituto: "[...] como não se trata de serviço público em sentido estrito, é dizer, não constitui atividade material que a lei considere como tal (embora seja tarefa que corresponda a necessidades coletivas), não há que se falar em delegação para o particular". (RANIERI, 2000, p. 129, nota 01).

[47] Serviços de utilidade pública "[...] são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone". (MEIRELLES, 1997a, p. 298-299).

[48] CR/88:

Art. 175 Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

lei, mediante iniciativa do poder público, e fornecidos diretamente ou em regime de concessão ou permissão[49], o art. 209, incisos I e II, CR/88, assegura que o ensino superior pode ser fornecido pelo setor particular, desde que ele se submeta às normas educacionais, à avaliação qualitativa e à expedição de ato administrativo autorizativo, os últimos pela administração.

Sabe-se que a autorização é uma delegação para a exploração de serviço público que beneficia a coletividade indiretamente, concedida no interesse direto e *intuitu personae* a um terceiro particular[50]. É expedida mediante ato unilateral, precário, por não apresentar garantias ao autorizatário[51], e com elemento discricionário, dentro dos limites da competência do poder público[52]. Ademais de atender a interesses públicos, não demanda investimentos financeiros por parte da administração. Pastor (2000), após analisar as diferenças entre autorização e concessão, conclui:

> Entretanto, a evolução legislativa terminou por *extinguir por completo os limites entre a autorização e a concessão*; não por falta de rigor técnico das normas, senão por necessidades estritamente políticas:
> - existe, como vimos, casos múltiplos de autorização que funcionam com requisitos nos que não preexiste direito algum do particular autorizado (p. ex., a importação de um produto determinado); mas também existem casos de concessões que funcionam sobre atividades que não foram objeto de *publicatio*, isto é, assumidas como próprias da Administração (p. ex., as velhas concessões para o cultivo do arroz); e atividades declaradas serviços públicos que, todavia, se exercem pelos particulares mediante autorizações, não mediante concessões (p. ex., a educação privada, ou a distribuição de eletricidade).[53] (PASTOR, 2000, p. 271-272).

II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

[49] Nesses casos, prévia licitação.

[50] Em sentido equivalente, "[...] o instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo". (MARINELA, 2007, p. 483).

[51] Porque se admite a cessação da autorização a qualquer tempo, sem a caracterização da obrigação de indenizar. Da mesma forma, "[...] o fato de ser unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo. A formalização ocorre por decreto ou portaria". (MARINELA, 2007, p. 483).

[52] Segundo Pastor (2000), seria o caso de autorização regulamentada, tendo em vista que "[...] *el poder de decisión de la Administración se encuentra vinculado, por cuanto la ley determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad intervenida, que la Administración no puede hacer sino comprobar (de manera más o menos mecánica, en función de la objetivación y grado de detalle que los requisitos posean en la norma que los define)*". (PASTOR, 2000, p. 273). Destaca-se que a palavra norma, do mencionado conceito, deve ser entendida como a CR/88, a LDB, o PNE, a Lei nº 10.861/2004 e o Decreto nº 5.773/2006, no ordenamento jurídico brasileiro.

[53] Tradução livre do original: "*Sin embargo, la evolución legislativa ha terminado por difuminar por*

Dessa forma, os atos autorizativos de funcionamento de IES não pleiteiam contratos de concessão ou permissão e, consequentemente, dispensam a licitação e a lei instituidora que, em regra, outorga o regime e as qualificações do serviço público, em conformidade com o parágrafo único do art. 175 da CR/88. A idiossincrasia unilateral e precária dessas autorizações acaba por prescindir da existência de licitação e da lei supracitada. Ademais, impossibilita-se a aplicação subsidiária das Leis nº 8.987/95 e nº 8.666/93 às autorizações de ensino, tendo em vista os comandos constitucionais contidos nos arts. 205, 206, incisos II e III, e 209, incisos I e II, todos da CR/88, bem como a própria existência das Leis específicas nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004[54]. Portanto, a exemplo da ressalva também apresentada por Di Pietro (2004), quando tratou das autorizações de serviço público relacionadas com o setor de energia elétrica, a educação superior privada também foge à regra, admitindo a delegação ao segmento particular mediante simples autorização.

A partir da competência legislativa (art. 22, inciso XXIV, art. 24, inciso IX, e seus parágrafos, da CR/88), o sistema educacional necessita da freqüente expedição de atos administrativos normativos regulamentares ou interpretativos. Comenta-se que tais atos são "[...] emanados pelos diversos órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação, Secretarias de Educação, Conselhos Estaduais e Nacional de Educação etc); bem como estatutos e regimentos institucionais, que encontram fundamento na autonomia universitária (CF, artigo 207)" (RANIERI, 2000, p. 130).

O principal objetivo da relação educacional é a formação do aluno, o que é seu direito individual. Por isso, o interesse público é que a educação fornecida pelas IES seja de qualidade, tornando efetivo o processo de ensino e de aprendizagem no nível superior. Para isso, é de extrema importância que os procedimentos de avaliação das IES assegurem a sua qualidade, seja na autorização, no reconhecimento de seus curso ou no credenciamento das referidas instituições.

Para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é indispensável que seja procedida a avaliação qualitativa das IES, dando integral cumprimento ao Decreto

---

completo los límites entre la autorización y la concesión; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas: - hay, como hemos visto, múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado (p. ej., a importar un producto determinado); pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de publicatio, esto es, asumidas como propias por la Administración (p. ej., las viejas concesiones para cultivo de arroz); y actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercen por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (p. ej., la enseñanza privada, o la distribución de eletricidad)". (PASTOR, 2000, p. 271-272).

[54] Em sentido oposto, Marinela (2007) outorga interpretação ampliativa ao art. 41 da Lei nº 8.987/95, que menciona que "[...] o disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens" (BRASIL, 1995), quando, ao tratar da autorização, alega que "[...] a realização de procedimento licitatório não é a regra comum, haja vista que normalmente há caracterização de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93). A esse instituto aplica-se a Lei nº 8.987/95, no que for compatível, podendo, inclusive, ser remunerada por meio de tarifa". (MARINELA, 2007, p. 483).

nº 5.773/2006 (ressalvados os seus ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63) e ao ordenamento infraconstitucional, sem prejuízo de futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88. Para tanto, é conveniente que as mantenedoras das IES estejam preparadas para aceitar as cominações do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em sentido semelhante, "[...] a submissão da atividade ao regime publicístico, portanto, se faz mais em razão da natureza do órgão prestador e dos recursos que a financiam que para proteção material da finalidade pública, nesta situação identificada ideologicamente com a noção de bem comum". (RANIERI, 2000, p. 133).

É muito importante repisar que o fornecimento da educação, pelos segmentos público ou particular, incide em dispositivos cogentes, dotados de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como o art. 170, *caput* e parágrafo único, art. 206, inciso VII, art. 209, incisos I e II, e art. 211, § 1º, da CR/88 e também as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004, segundo os quais o poder público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações antes indicadas, todos previstos no Decreto nº 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos. Com isso, "[...] a natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional". (RANIERI, 2000, p. 134).

De maneira que, no âmbito educacional superior, inexiste liberdade plena da atividade econômica, principalmente com referência ao setor particular, em virtude da autorização do serviço público delegado, sua regulamentação e controle praticados pela União, por meio de seu MEC e da CES/CNE, nos termos do art. 209, incisos I e II, da CR/88 e do art. 16, inciso II, da LDB. O ensino superior, como questão de ordem pública, enseja sujeição a avaliações rigorosas da qualidade, que aumentam as despesas financeiras das IES privadas, a favor do interesse coletivo constitucional alcançado com o "[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". (BRASIL, 1988, art. 205 da CR/88)[55].

A competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico[56], como conseqüência imediata do princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (art. 206, inciso VII, e art. 211, § 1º, da CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior privado. Assim, a compreensão da articulação da função regulamentar e de sua força vinculante demanda "[...] raciocínio não mecanicista envolvendo a legalidade própria de administração pública e a

[55] No mesmo sentido Ranieri (2000, p. 137).

[56] Teleologia, na acepção jurídica, é o "[...] estudo especulativo das causas finais e da essência, alcance, aplicação ou fim das normas legais" (NUNES, 1993c, p. 811-812). Existe previsão legal da interpretação teleológica, constante no art. 5º da LICC: "[...] na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". (BRASIL, 1942).

legitimidade posta pelo Estado Democrático de Direito no qual se postula a participação ativa do cidadão na garantia e defesa de seus direitos" (CURY, 2006, p. 47). No mesmo sentido, "[...] o zelo pela qualidade do ensino a ser ofertado por instituições públicas e privadas evidencia que tal serviço público deve ser avaliado desde seu processo de autorização. A atuação do poder público, pelos mecanismos de reconhecimento e credenciamento são cruciais para que não haja uma formação de (pseudo) profissionais desqualificados atuantes no mercado profissional" (CURY, 2006, p. 50).

Finalmente, conclui-se que o direito educacional deve respeitar as normas de aplicação e hermenêutica comuns ao ramo do direito público, na medida em que se pretende produzir um sistema de ensino qualitativo, autônomo e humanizador, inerente às questões de ordem pública, derivadas das atividades desenvolvidas na educação, com superioridade evidente aos interesses individuais, principalmente aos empresariais. A regulamentação e o controle exercidos sobre o fornecimento da educação superior pelo segmento privado, na qualidade de serviço de utilidade pública, cabem à administração[57]. A circunstância de tal serviço ser delegado a terceiros, excluídos do âmbito do poder público, não subtrai do Estado sua indeclinável e indelegável competência de normatizá-lo, em poder regulamentar, bem como de controlá-lo, mediante os procedimentos administrativos previstos na Lei nº 10.861/2004 e no Decreto nº 5.773/2006. Salienta-se a necessária ação estatal segundo parâmetros de eficiência e de atualidade, para que a prestação à população respeite a manutenção plena do padrão de qualidade. Assim, eventual deficiência ou descumprimento de obrigações impostas pelas normas educacionais, entre elas os atos administrativos normativos, por parte do prestador do serviço de utilidade pública, determina a intervenção imediata da administração delegante, para regularizar sua prestação ou lhe retirar a função antes exercida. Com isso, a exemplo dos atos e contratos administrativos que concedem a exploração de serviços públicos a terceiros particulares, possibilita-se a alteração unilateral das cláusulas pelo poder público e a revogação da delegação quando o interesse coletivo demandar. O serviço de utilidade pública destina-se ao público e os seus prestadores nada mais são do que servidores do coletivo. Como consequência, a finalidade principal do serviço de utilidade pública é servir a população e, apenas secundariamente, fornecer renda ao seu explorador. Nesse contexto, o Estado concedente não pode se evadir de seu dever de regulamentar, supervisionar, fiscalizar, avaliar e intervir no serviço outorgado, sempre que ele não estiver sendo fornecido ao público dentro dos padrões desejáveis de qualidade. Dessa forma, pode também baixar normas de serviço e auditar a situação financeira das mantenedoras de IES.

4. Considerações finais

Pode-se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a liberdade de ensino, sob o crivo de um Estado intervencionista e fundante, controlando o sistema

[57] Entenda-se o MEC, suas Secretarias, o CNE, a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e a CAPES.

educacional por atos administrativos regulatórios (autorizações), na qualidade de um serviço de utilidade pública. De maneira que as normas educacionais nacionais costumam restringir a liberdade de ensino e se adaptaram às disposições da CR/88 quanto à lucratividade, avaliação e coexistência. Com a aprovação da Lei do SINAES, referente ao sistema nacional de avaliação, assegurou-se a continuidade de uma política educacional socialmente relevante.

A expansão do ensino superior é uma meta do PNE, que determina atuação estatal no sentido de aumentar os discentes nas IES, públicas ou particulares. Com isso, é indispensável que o Brasil amplie o acesso à educação superior e qualifique suas instituições desse nível, criando condições para expansão do sistema, sem prejuízo de um ensino qualitativo e equânime.

Conclui-se que os comandos constitucionais que determinam a avaliação de qualidade pela administração pública (art. 206, inciso VII, art. 209, inciso II, e art. 211, § 1º, da CR/88) possuem eficácia plena, ou seja, não estão sujeitos à restrição ou à regulamentação por outras normas infraconstitucionais para serem aplicados.

Nesse contexto, os processos periódicos de avaliação de IES, cursos superiores e discentes, insertos no sistema federal de ensino, ficaram a cargo da União, por meio de seu MEC e respectivos órgãos de assessoramento, entre eles a CES do CNE, a CONAES e o INEP, para estabelecer as prioridades e garantir a melhoria da qualidade do ensino. Ocorre que as normas gerais foram exaustivamente detalhadas na legislação federal, principalmente nos procedimentos de credenciamento e conexos, outorgando amplas competências regulamentares à União e, indiretamente, ao MEC e ao CNE, o que ensejou a ineficácia das regras constitucionais descentralizadoras. Portanto, essa situação induz a um grande controle sobre a expansão da educação superior, especialmente no segmento particular, pois, no público, a União e os Estados-membros atuam livremente, ante a organização federativa prevista CR/88. Crítica pacífica é a que se refere às funções da União na avaliação, pois ela define, aplica e também avalia as políticas públicas sobre o tema, embora haja previsão de cooperação das demais unidades federadas.

Sem embargo, com a aprovação da Lei nº 10.861/2004, a avaliação da educação superior adquiriu caráter sistêmico, conjugando situações, instrumentos avaliativos distintos e informações, pela primeira vez positivada em lei federal. Instituiu-se, então, a avaliação a cargo do INEP, segundo diretrizes da CONAES, o que garante a integração das políticas públicas, do processo avaliativo e dos resultados conseguidos nos procedimentos regulatórios para que a educação superior brasileira atinja elevados padrões de qualidade. Tais elementos vêm se refletindo nas discussões sobre o Projeto de Lei de Reforma Universitária.

Dessa forma, os resultados, obtidos no SINAES, serão aplicados aos atos autorizativos de regulação de IES (Decreto nº 5.773/2006), para assegurar a expansão qualitativa de matrículas na educação superior, fortalecendo um sistema de avaliação unificado, consolidado e compatível com a realidade brasileira. Como conseqüência do grande

investimento e da evolução do sistema nacional de avaliação da educação superior, a realidade demonstra, sem sombra de dúvida, as melhores condições do MEC, do CNE, da CONAES e do INEP em avaliar as IES, privadas e públicas.

Os atos normativos podem ser classificados como originários e derivados, quando expedidos pelo Poder Legislativo, prévio processo de aprovação das leis, ou pelo Poder Executivo, para especificar ou explicitar norma preexistente, respectivamente. Através dos atos administrativos normativos, o Estado exerce a sua função regulamentar. Nesse ínterim, tais atos derivados são instrumentos da política educacional e articulam a função do Estado com o segmento educacional. De modo que eles deram efetividade aos procedimentos de autorização e credenciamento, como aos de supervisão e avaliação institucional.

Com isso, o poder normativo do Ministro de Estado da Educação e do CNE não pode ultrapassar as atribuições expressamente indicadas na lei, restritas à matéria educacional e às demandas administrativas de tais órgãos. A função regulamentar, ademais, deve ser utilizada de maneira eficiente, eficaz e com responsabilidade, cumprindo-se todas as disposições aplicáveis à administração pública (art. 37, *caput*, CR/88), principalmente a anterioridade da lei (art. 5º, inciso II, CR/88).

Por sua vez, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro o art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", da Lei nº 4.024/61; o art. 8º, § 1º, e o art. 9º, § 1º, da LDB; o art. 14 da Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006.

Essa conclusão ampara-se no art. 206, inciso VII, art. 209, inciso II, e art. 211, § 1º, da CR/88, tendo em vista que os atos administrativos normativos, inerentes aos processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente os mencionados comandos constitucionais de eficácia plena. Assim, pode-se alegar que o Decreto nº 5.773/2006 é ato administrativo normativo executivo, atrelado à norma originária prévia, quais sejam, os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88 e as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004.

Caso assim não se entenda, o ensino superior público federal e o particular (art. 16, inciso I e II, LDB) estão inseridos na administração federal e as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento no referido âmbito, ou seja, incluídas no poder regulamentar autônomo da Presidência da República, por força do art. 84, inciso VI, alínea "a", CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001. Destaca-se que os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos atualmente no Decreto nº 5.773/2006, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, uma vez que mantiveram a estrutura preexistente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, coube ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento teleológico do art. 9º, § 2º, alíneas "d", "e", "f", "g" e "j", Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e art. 46 da Lei nº 9.394/96; art. 14 da Lei nº 10.861/2004; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001; e do Decreto nº 5.773/2006, que devem ser tidos por constitucionais. Assim, a competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico, ou seja, é vinculada aos fins sociais a que se destina como resultado direto do citado princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior particular e efetivando a supremacia do interesse público sobre o privado.

Em reforço a tais argumentos, para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é necessário proceder-se à avaliação de qualidade das IES, dando cumprimento ao Decreto nº 5.773/2006 e ao ordenamento infraconstitucional, o que não prejudicará futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, da CR/88. É muito importante ressaltar que a oferta da educação pelos setores público ou particular incide em normas cogentes, dotadas de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como o art. 170, *caput* e parágrafo único, o art. 206, inciso VII, o art. 209, incisos I e II, e o art. 211, § 1º, da CR/88 e, ainda, as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004, segundo os quais o poder público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações das instituições, todos previstos no Decreto nº 5.773/2006 e em outros atos administrativos normativos.

Cabe destacar que se excluem dessas afirmações os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006 (procedimento para se aplicar penalidades às instituições que descumprirem o protocolo de compromisso, prévio processo avaliativo periódico), que contrariam, diretamente, os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004 e, indiretamente, os arts. 5º, inciso II, 22, inciso XXIV, 59, 61 e seguintes, CR/88, como antes analisado. Tais dispositivos são ilegais por ultrapassarem os limites do poder normativo, por contrariarem legislação federal (Lei do SINAES), que já regulamentava a matéria de modo quase exaustivo, e por violarem o princípio da legalidade e a competência originária do Poder Legislativo para aprovar leis.

Para escapar de tal ilegalidade, constante nos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, sugere-se o emprego do procedimento administrativo, existente nos §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, caso haja a necessidade de sancionar uma IES pelo descumprimento total ou parcial do protocolo de compromisso, celebrado após processo avaliativo periódico do SINAES.

Se assim não se proceder, qualquer medida judicial, em controle difuso e incidental de inconstitucionalidade, por via de exceção, é cabível para se discutir eventuais atos administrativos, relativos à aplicação dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, o que também seria aceitável caso não se observasse, literal e integralmente, os procedimentos para credenciamento, recredenciamento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. A impugnação judicial pelos interessados seria admissível por todos os procedimentos disponíveis no processo civil, com pedido declaratório, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CR/88), bem como por meio das garantias constitucionais, tais como o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", CR/88), o mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, CR/88), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CR/88) e a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, CR/88). Coloca-se de manifesto que somente após a análise da ilegalidade cometida é que seria possível declinar qual a medida judicial mais adequada ao caso concreto.

5. Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 1987.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. 2. Coimbra: Edições Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada*: diversos olhares se entrecruzam. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 set. 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial*, Brasília, 09 set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 2.026, de 10 out. 1996. Estabelece procedimentos para o processo de avaliação dos cursos e instituições de ensino superior. *Diário Oficial*, Brasília, 11 out. 1996.

BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 mar. 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 01 abr. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.773, de 09 mai. 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino. *Diário Oficial*, Brasília, 10 mai. 2006.

BRASIL. Decreto nº 5.786, de 24 mai. 2006. Dispõe sobre os centros universitários e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 mai. 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 fev. 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial*, Brasília, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 27 dez. 1961.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun. 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 22 jun. 1993 (republicada em 06 jul. 1994).

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 14 fev. 1995 (republicada em 28 set. 1998).

BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 nov. 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 nov. 1995. In: SAVIANI, Dermeval. *Da nova LDB ao novo Plano Nacional de Educação*: por uma outra política educacional. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p.15-19.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 dez. 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 23 dez. 1996. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada*: diversos olhares se entrecruzam. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Anexo I, p. 246-266.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 mai. 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 28 mai. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 jan. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 01 fev. 1999 (retificada em 11 mar. 1999).

BRASIL. Lei nº 10.172, de 09 jan. 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 10 jan. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.861, de 14 abr. 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES - e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 15 abr. 2004. In: BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior*: da concepção à regulamentação. 4. ed. Brasília: INEP, 2007. p. 139-146.

BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. Projeto de Lei de Reforma Universitária. In: BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. *E.M.I nº 015/ MEC/MF/MP/MCT*. Brasília: MEC; MF; MP; MCT, 2006. 23p. Disponível em: <http:// www.sintufsc.ufsc.br/noticias_2006/0619_reforma.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2008.

BUFFA, Ester. O Público e o privado como categoria de análise da educação. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira*: concepções e práticas educativas. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5ª tiragem. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTRO, Maria Helena de Magalhães. *Tomando o pulso*: o que buscar no credenciamento institucional das universidades brasileiras? Brasília: INEP, 2001.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2000.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1987.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

CUNHA, Luiz Antonio. O Ensino superior no octênio FHC. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 24, nº 82, p. 37-61, abr. 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. *Medo à liberdade e compromisso democrático*: LDB e Plano Nacional da Educação. São Paulo: Editora do Brasil, 1997a.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Conselhos de Educação: fundamentos e funções. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)*, Porto Alegre: ANPAE, v. 22, nº 1, p. 41-67, jan./jun. 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). *Universidade em questão*. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 39-69, jan./jun. 1997b.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). *Gestão educacional*: novos olhares, novas abordagens. Petrópolis: Vozes, 2005a.

CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira*: concepções e práticas educativas. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005b.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas Ediciones, 2002. v. 1.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Tradução por FROMONT, Michel. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1969.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*: introdução, parte geral, parte especial. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. 768p.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JESCH, Dietrich. *Ley y administración*: estudio de la evolución del principio de legalidad. Tradução por HEREDERO, Manuel. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 10. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997.

MARÇAL, Juliane. Avaliação externa, avaliação interna. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000a.

MARÇAL, Juliane. Avaliação institucional. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000b.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997a.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997b.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: actividade constitucional do estado. 2. ed. tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. Sobre a reserva constitucional da função legislativa. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 2.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Pedro dos Reis. Antinomia. In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993a.

NUNES, Pedro dos Reis. Interpretação (da lei). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993b.

NUNES, Pedro dos Reis. Teleologia (jurídica). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993c.

OCAÑA, Luis Morell. *Curso de derecho administrativo*: el derecho administrativo y sus fuentes; la organización administrativa y sus medios. 4. ed. tomo I. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

OLIVEN, Arabela Campos. Histórico da educação superior no Brasil. In: SOARES, Maria Susana Arrosa (Org.). *A Educação superior no Brasil*. Brasília: CAPES, 2002.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998. v. 1.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: arts. 34-112. tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

PORTUGAL. Lei nº 62, de 10 set. 2007. Regime jurídico das instituições do ensino superior. In: CAUPERS, João. *Regime jurídico das instituições do ensino superior*. Lisboa: Âncora Editora, 2007.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Edição copiografada, 1976. v. 1.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (FAPESP), 2000.

SANTOS, Maria Rosimary. Avaliação de políticas. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

SAVIANI, Dermeval. *A Nova lei da educação*: trajetória, limites e perspectivas. 9. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

SERAFINI, Oscar (Coord.); RIBEIRO, Sérgio Costa (Rel.). Os Possíveis usos de um sistema de avaliação da Educação Superior. In: ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE AVALIAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR, 1987, Brasília. *Avaliação do ensino superior*. Brasília: MEC; SESu, 1988.

SILVA, De Plácido e. Antinomia. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOBRINHO, José Dias. *Avaliação da educação superior*. Petrópolis: Vozes, 2000.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Sofia Lerche. *Universidade Federal nos anos 80*: o jogo da política educacional. 1990. 261f. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Artigo recebido em: 26/06/2009
Artigo aprovado em: 22/04/2010

DESONERAÇÕES RELATIVAS AO ICMS E O ENTENDIMENTO DO STF

DALMIRO CAMANDUCAIA
Professor de Direito Tributário
Advogado

1. Introdução

Assunto *polêmico* é o relativo ao alcance da imunidade recíproca, ou seja, com ela, são alcançados também os chamados impostos indiretos (imposto sobre produtos industrializados – IPI – e imposto sobre circulação de mercadorias – ICMS)?

Quando o particular compra uma geladeira, no preço da geladeira está incluído o custo do ICMS que já foi recolhido pelo vendedor. Vale dizer, não fosse o ICMS, o custo da geladeira seria menor para o comprador. Nesses impostos indiretos, o contribuinte de fato é o adquirente da mercadoria ou do produto; é ele quem, embora não pague diretamente o imposto, suporta o ônus financeiro da tributação.

Nesses casos, a relação jurídico-tributária é formada entre o vendedor (que não é imune) e um ente tributante qualquer. O comprador, ainda que seja imune, não faz parte da relação e, portanto, sua condição pessoal não traz nenhuma conseqüência para tal relação jurídica.

Para Paulo de Barros Carvalho (2007, p.200), na hipótese de o comprador ser pessoa imune, o vendedor (não imune) deve recolher o tributo devido sob pena de "[...] beneficiar elementos estranhos ao Poder Público, refugindo ao espírito da providência constitucional."

A tese *supra* sustenta que, em se tratando de IPI e de ICMS, sendo o ente público contribuinte de fato (comprador), haverá a incidência do tributo, tendo em vista que o contribuinte é o vendedor (não imune). Lado outro, sendo o ente público contribuinte de direito (vendedor), não haverá a incidência tributária em virtude da imunidade. *Esse é o entendimento que predomina no STF*, sintetizado na seguinte ementa:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ICMS. IMUNIDADE INVOCADA PELO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. 2. A jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que a imunidade de que trata o artigo 150,

> VI, a, da CB/88, somente se aplica a imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município. 3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o município não é contribuinte de direito do ICMS, descabendo confundi-lo com a figura do contribuinte de fato e a imunidade recíproca não beneficia o contribuinte de fato. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2008).

Ao contrário, Aliomar Baleeiro (1999) entendia ser de nenhuma importância a condição de contribuinte de direito ou de fato, sendo mister verificar, para fins dos efeitos da imunidade, quem efetivamente suportaria o ônus da tributação. Na hipótese de ser o ente público, a operação deve ocorrer sem a respectiva tributação.

Voltando ao exemplo da geladeira, sendo o adquirente o ente público, a venda deveria ocorrer sob o abrigo da imunidade de modo que o preço final seja menor para o poder público.

A tese defendida por Baleeiro não prevaleceu e o STF editou a Súmula nº 591, cabendo lembrar que os precedentes são julgados da *década de 70*: "A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados."

Embora haja súmula em sentido contrário, atualmente, pode-se citar a existência de um julgado (ao menos um) entendendo que a imunidade também se aplica nos casos de impostos indiretos (ICMS e IPI):

> TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSTO INDIRETO. CONTRIBUINTE DE FATO. AUTARQUIA FEDERAL. IMUNIDADE DO ART. 150, VI, A. EXISTÊNCIA. Comprovado que é a autarquia federal quem arca com o ônus do ICMS, vez que os valores devidos são incluídos nas faturas mensais, tem ela direito de repetir o que indevidamente pagou, pois goza do benefício da imunidade tributária recíproca constante do texto constitucional. (TRF4, 2 T, AC 97.04.23659-0/SC, rel. Juiz Fernando Quadros da Silva. DJ. 11/05/2000).

Em resumo, a Súmula nº 591 do STF continua válida, embora o entendimento de Baleeiro ainda mereça respeito da doutrina e ressalte-se que, na prática, os entes públicos não podem adquirir bens ao abrigo de imunidade relativa ao ICMS e IPI.

2. A lei paranaense

Vige no Estado do Paraná a Lei estadual nº 14.586, que criou uma hipótese de isenção relativa ao ICMS nos seguintes termos:

> Art. 1º Fica proibida a cobrança de ICMS nas contas de serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás, de igreja e templos de qualquer crença, desde que o imóvel esteja

> comprovadamente na propriedade ou posse das igrejas ou templos e sejam usados para a prática religiosa.

Entendendo ser tal lei nociva aos cofres públicos do Estado, Roberto Requião, então do Governador do Estado do Paraná, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto a lei em comento.

Na petição inicial alinhou argumentos que podem ser assim sintetizados:

- As entidades beneficiadas pela isenção não integram a relação jurídico-tributária que resulta na cobrança de ICMS, pois tal relação vincula o Estado e contribuinte prestador dos serviços "públicos estaduais".
- Há afronta ao artigo 155, § 2º, inciso XII, letra "g", que exige a existência de Convênio (CONFAZ[1]) para a concessão de isenção do ICMS.
- Há afronta à Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal) já que, a seu ver, tal isenção importa renúncia fiscal.

Dos argumentos deduzidos pelo Governador, somente um representa afronta direta à Constituição, qual seja, o que diz da inexistência de Convênio do CONFAZ.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi autuada sob o nº 3.421 e distribuída à relatoria do min. Marco Aurélio.

3. Do julgamento da ADI nº 3.421

Do relatório da lavra do ministro relator colhe-se a síntese da manifestação do Advogado-Geral da União, segundo o qual é impróprio "[...] se afastar a imunidade tributária dos templos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias, nada obstante figurarem no final da cadeia mercantil [...]".[2]

Por seu turno, o Procurador-Geral da República disse da "[...] improcedência do pedido formulado, sob o argumento de as igrejas, sejam contribuintes de fato e de direito, ou só de fato, terem jus à regra de não incidência constitucionalmente qualificada, considerado o espírito constitucional da liberdade de culto".[3]

Embora o tema levado ao STF diga respeito à isenção (que não se confunde com imunidade), é de se notar que tanto o Advogado-Geral da União quanto o Procurador-Geral da República parecem defender a aplicação das hipóteses de imunidade aos chamados *contribuintes de fato* (já que não integram a relação jurídico-tributária relativa ao ICMS).

---

[1] Conselho Nacional de Política Fazendária.

[2] Relatório nos autos da ADI nº 3.241/PR

[3] Relatório nos autos da ADI nº 3.241/PR

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio, com base no texto do § 4º do art. 150 da Constituição, afirma que as normas de imunidade somente alcançam o contribuinte de direito.

Nota-se aqui a confirmação do entendimento do STF sobre a não extensão da imunidade aos contribuintes de fato.

O ministro relator centra seu voto no único argumento que pode representar afronta direta à Constituição e conclui que a exigência constitucional de convênio para a concessão de isenção de ICMS deriva da necessidade de evitar a chamada "guerra fiscal" através da qual os Estados, por oferecerem condições tributárias mais favoráveis, poderiam vir a atrair investimentos em detrimento de outros Estados.

O raciocínio é claro e lógico: na hipótese em análise, a guerra fiscal se mostra impossível, pois as igrejas e "[...] os templos de qualquer crença [...]" não se instalam em determinados territórios em virtude de vantagens tributárias que lhe sejam oferecidas pelos Estados.

São do ministro Marco Aurélio as seguintes palavras:

> A proibição de introduzir-se benefício fiscal, sem o assentimento dos demais estados, tem como móvel evitar competição entre as unidades da Federação e isso não acontece na espécie. Friso, mais uma vez, que a disciplina não revela isenção alusiva a contribuinte de direito, a contribuinte que esteja no mercado, mas a contribuintes de fato, de especificidade toda própria, ou seja, igrejas e templos, notando-se, mais, que tudo ocorre no tocante ao preço de serviços públicos e à incidência do ICMS.

Tendo por condutor o voto da lavra do ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, em 05.05.2010, julgou improcedentes, à unanimidade, os pedidos formulados na ADI nº 3.421/PR.

4. Síntese

Do aqui exposto pode concluir-se que:

- O STF não mudou seu entendimento quanto à não extensão das imunidades aos contribuintes de fato, que são as pessoas imunes.

- Há manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República favorável à extensão das imunidades aos contribuintes de fato, situação essa que comprova a polêmica existente sobre a necessidade de continuar sua discussão doutrinária e jurisprudencial.

- O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade da concessão de isenção do ICMS sem a necessidade de existência de Convênio do CONFAZ, nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

5. Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 671412/SP. Relator: Min. Eros Grau. São Paulo, 1 de abril de 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

9



Artigo • 481
Comentário à Jurisprudência • 497
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Público Institucional

9 Artigo

A CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSIDADE DE (RE) DEFINIÇÃO DO SEU PAPEL DE ORIENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS MEMBROS NO COMPROMISSO DE CUMPRIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL

MÁRCIO SOARES BERCLAZ[1]
Promotor de Justiça do Estado do Paraná

RESUMO: O presente trabalho busca enaltecer a importância e imprescindibilidade de a elaboração do planejamento estratégico pelo Ministério Público ser acompanhada da necessária revisão crítica do papel das Corregedorias-Gerais na orientação e fiscalização dos membros para o cumprimento dos programas, das metas, dos objetivos e das atividades finalísticas democraticamente definidas em prol de maior aperfeiçoamento e cumprimento eficiente da identidade constitucional conferida ao *Parquet,* preservado o equilíbrio entre os princípios da unidade e independência funcional e, se preciso, propiciado o devido e próprio aperfeiçoamento legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Corregedoria-Geral do Ministério Público; orientação; fiscalização; planejamento institucional.

ABSTRACT: The present work aims at highlighting the importance of a critical review of the role of the Judicial Administrative Department of the Public Prosecution Service during its strategic planning so that the guidance and control of Public Prosecutors can help them fulfill the programmes and goals democratically defined for the institution. Improvement and better enforcement of the constitutional role of the Brazilian Public Prosecution Service have to preserve the balance between the principles of unity and functional independence and, whenever needed, lead to the due legislative improvement.

KEY WORDS: Judicial Administrative Department of the Public Prosecution Service; guidance; control; institutional planning.

---

[1] *e-mail*: <marcioberclaz@terra/com.br> Artigo proposto e aprovado por unanimidade em Congresso de Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado do Paraná e no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, eventos realizados no ano de 2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Estando cada vez mais sólida a idéia de que o Ministério Público precisa exercer suas funções com mínima coordenação e organização, de forma articulada, regionalizada e sistêmica, estabelecida a premissa de que a construção de planejamentos estratégicos institucionais integra medida necessária para emprestar eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República) e controle de resultados na atuação de transformação social necessária ao *Parquet* enquanto instituição do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CR),[2] fundamental que, nesse contexto, seja produzida revisão e suficiente *massa crítica* para a constatação sincera de que as Corregedorias-Gerais precisam redimensionamento epistemológico e metodológico, tanto no plano teórico quanto prático, para cumprirem com o seu papel de *orientação* e *fiscalização* das atividades funcionais, tal como prescrito no artigo 17 da Lei nº 8.625/93.

Afirma-se isso com base no entendimento de que este relevante órgão da Administração Superior (artigo 5º, IV, da Lei nº 8.625/93), de modo geral, além de não estar contribuindo adequadamente para a afirmação e concretização da identidade constitucional do Ministério Público, especialmente no âmbito do desempenho das atribuições extrajudiciais, também não vem exercendo seu insubstituível e indelegável papel de exercer efetivo e *real* (ZIZEK, 2003) acompanhamento de orientação e cobrança fiscalizatória para otimizar a implementação e o cumprimento do planejamento estratégico institucional, notadamente aquele instrumentalizado a partir dos Planos Gerais de Atuação (PGA) e documentos de igual funcionalidade que possam ser elaborados no âmbito regional ou mesmo local.

2. Desenvolvimento

Ao manter organização e funcionalidade ainda arcaicas, próprias do período anterior à revolução propiciada pela Constituição da República de 1988, as Corregedorias-Gerais, de modo geral, têm prejudicado a consolidação da missão constitucional do Ministério Público, quando não propriamente desorientado os membros, dando-lhes a equivocada impressão de que estes devem direcionar e priorizar a formal e anacrônica fiscalização de atividades processuais individuais e burocráticas atreladas ao Judiciário "no varejo", justamente quando a maior relevância e necessidade da atuação ministerial conformada ao perfil da Lei Maior reside na aproximação e contato com a sociedade civil, quando o grande *ponto de mutação* (CAPRA, 2006)

[2] "O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano constitucional e da ciência política. O direito assume função transformadora e, diversamente das Constituições Liberais e das Sociais, a legitimidade transformadora do Estado Democrático de Direito e do Direito em si surge da própria Constituição [...]. A sua finalidade é a transformação da realidade social com a implementação, em processo democrático e constante, da igualdade material". (ALMEIDA, 2008, p. 172/173).

do Ministério Público social (constitucional) reside no exercício responsável de uma atuação extrajudicial (resolutiva ou demandista) competente e efetiva para propiciar intervenções "no atacado" capazes de resguardar a defesa dos interesses coletivos mais caros à coletividade.

O Ministério Público teve sua missão e identidade positiva e absolutamente impactadas pelo advento da Constituição da República de 1988, mas as Administrações Superiores, de modo geral, ainda não assimilaram essa nova e construtiva identidade. Tanto é assim que se mantém estrutura de organização (e de atuação) ultrapassada e ainda equivocadamente vinculada a um modelo antigo que urgentemente precisa ser redefinido e substituído. Com as Corregedorias-Gerais do Ministério Público não tem sido diferente.

Os tempos definitivamente mudaram e exigem atuação planificada. O *velho* Ministério Público que atuava apenas e a partir das demandas que surgiam do Judiciário como mero fiscal da lei ou mesmo concentrado em regime de emergência hoje vivencia *crise de funcionalidade* e, obrigatoriamente, precisa ceder espaço à *nova* concepção de instituição trazida pelo vento democrático da Constituição. Difícil mesmo é estabelecer as premissas que devem reger este paradigmático (KUHN, 2007)[3] pacto de transição no qual, infelizmente, "[...] apesar de termos feito tudo o que fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais".[4] Muitas são as dificuldades e resistências ao implemento das reformas, quando não propriamente das revoluções estruturais que a instituição necessita.[5]

Se é bem verdade que muitas Administrações Superiores ainda não editaram ou prepararam seus Planos Gerais de Atuação ou documentos equivalentes, não menos verdade é que muitas delas o fizeram sem que tenha sido propiciada necessária participação e discussão desses documentos com a classe[6] e os demais órgãos da Administração Superior, empecilho que é um dos principais fatores que têm dificultado a efetiva atenção, mobilização e engajamento coletivo das instituições (e membros), a fim de que o planejamento estratégico transcenda o plano ideal, deixando de ser mero instrumento retórico e simbólico de desejável eficiência administrativa para ocupar espaço operacional concreto, constituindo-se em marco relevante e poderoso para sinalizar caminhos, metas, objetivos e prioridades que permitam a verificação e controle quantitativo e qualitativo dos resultados obtidos em favor da sociedade.

---

[3] A propósito dos "paradigmas" e sua compreensão, ver Kuhn (2007).

[4] Canção do cantor Belchior aplicável à problemática em questão de um Ministério Público que precisa deixar o modelo velho para assumir seu novo papel.

[5] Nesse sentido a lição de Rosa Luxemburgo (1999, p. 17): "Existe para a socialdemocracia um laço indissolúvel entre as reformas sociais e a revolução, sendo a luta pelas reformas o meio, mas a revolução social o fim".

[6] Dessa forma, não podendo estar o Ministério Público alijado de democracia interna, é de se entender que eventual planejamento estratégico que não envolve discussão democrática e ampla com toda a classe e sociedade não terá suficiente legitimidade para constituir um planejamento estratégico institucional legítimo, mas sim em plano de atuação unilateral editado por determinação da Procuradoria-Geral de Justiça, o que é bem diferente.

Nesse contexto, retomando o foco inicial, de nada adiantará as Procuradorias-Gerais esforçarem-se no estudo, na discussão e na implementação de planejamento estratégico institucional, missão que precisa ser amplamente democrática e arduamente construída com a participação dos membros, se, por outro lado, de parte da Corregedoria-Geral como órgão da Administração Superior, não houver radical reformulação de métodos de correição, capacitação técnica e humana de seus integrantes e, sobretudo, compromisso e convencimento da importância do seu papel na necessária orientação e fiscalização de programas, metas, prioridades e objetivos traçados. Uma vez existente planejamento estratégico institucional ou documentos equivalentes elaborados e em fase de execução, torna-se fundamental que a implementação e o convencimento dos membros para o seu respeito e observância sejam acompanhados do controle e monitoramento de suas prioridades e resultados como compromisso efetivo que também deve ser assumido e cumprido de forma adequada pela Corregedoria-Geral.

Da Corregedoria do Ministério Público como órgão, a impressão que se tem é que, de modo geral, esta se limita a fazer correições bianuais ou periódicas em cada uma das comarcas, inspecionado timidamente as atividades do segundo grau, além de atender ao processamento das provocações que recebe para apurar conduta e supostos excessos e abusos dos seus membros.[7] Isso sem falar na exigência e cobrança de estatísticas e informações sem que o resultado do exame combinado desses dados seja divulgado ou mesmo revertido em proveito da instituição. Enquanto esse for o quadro, não se visualiza espaço e papel efetivo de protagonismo do órgão na construção do respeito ao planejamento estratégico institucional traçado, situação que precisa mudar.

Reconhecida a importância da atuação organizada e planificada do Ministério Público, é fundamental que a Corregedoria, portanto, assuma papel de destaque no desempenho de *orientação* e *fiscalização* voltados ao controle e ao monitoramento da execução do planejamento estratégico institucional, tanto no plano da gestão administrativa dos órgãos de execução (administração da promotoria sob o ponto de vista organizacional, documental, estrutural, recursos humanos etc.) quanto no que diz respeito às atribuições ministeriais propriamente ditas, seja no plano judicial, seja, fundamentalmente, no âmbito extrajudicial.

Partindo da idéia de que a atuação originária no plano judicial, decorrente da atuação como fiscal da lei, não tem como ser pautada e controlada pela instituição, salvo mediante aplicação da idéia necessária de *racionalização* no sentido de atualizar e verificar se existe interesse público primário que justifique a intervenção ministerial,[8]

---

[7] Certamente porque atuação de ofício e voltada para fiscalizar omissão de membro do Ministério Público, também passível de ser qualificada como inércia não-fundamentada, ainda nos parece uma realidade distante do estreito raio de ação correcional.

[8] Reporto-me a trabalho já produzido nesse sentido (*Para onde caminha o Ministério Público?* Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para assumir a identidade constitucional regionalizar, racionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para cumprir a missão constitucional): "Racionalizar, nesta ótica, propõe uma releitura das atribuições ministeriais a partir de um processo de filtra-

torna-se forçoso reconhecer que a atuação que mais carece de planejamento está voltada ao cumprimento das operosas e múltiplas atribuições extrajudiciais, na condição de órgão agente, matéria sobre a qual, aparentemente, reside o maior problema e a necessidade de o Ministério Público atuar e organizar a sistematização de suas ações para fugir da omissão e da inércia não-fundamentada que conduzem ao enfraquecimento institucional.

Dessa forma, é importante mencionar que o planejamento estratégico institucional objeto de abordagem, passível de ser instrumentalizado por planos gerais, regionais e locais de atuação, o programa de atuação ministerial – para o qual se entende seja necessário o concurso da Corregedoria-Geral na orientação e fiscalização dos membros – possui foco e substância voltados, prioritariamente, para a organização e estruturação de prioridades, objetivos e metas no desempenho das atividades extrajudiciais do Ministério Público.

É aqui, no terreno fértil, porém infelizmente pouco explorado, das atribuições extrajudiciais que – uma vez definidas as metas, os objetivos e as prioridades no desempenho de cada uma das áreas de atuação do Ministério Público (dimensões constitucionais do direito coletivo[9]), vale dizer: controle externo da atividade judicial, educação, saúde, defesa do patrimônio público, meio ambiente, eleitoral, infância e juventude, consumidor, idoso, portador de necessidades especiais etc., com prestígio da unidade da instituição e de uma programação que, sob o ponto de vista ideal, espera-se, tenha sido democraticamente discutida com a classe, pois só assim poderá estar legitimada – a Corregedoria precisa desempenhar o seu papel de orientação, fiscalização e, se for o caso, adoção de medidas efetivas, para que esta pauta seja cumprida adequadamente pelos membros do Ministério Público de primeiro e segundo grau.[10]

A propósito da necessidade de conciliar o princípio da *unidade institucional* com a prerrogativa valiosa da *independência funcional***,** elementos albergados no artigo 127, §1º, da CR, é de se entender que um planejamento estratégico adequado deva

gem constitucional capaz de projetar efeitos em toda a legislação ordinária, extirpando a atuação do Promotor de Justiça em intervenções processuais obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional".

[9] A expressão é de Almeida (2008).

[10] O segundo grau do Ministério Público, a nosso ver, exige urgente adequação e conformidade com o perfil constitucional promocional da instituição, tudo para que a atuação do procurador de justiça, por exemplo, não se resuma à emissão de mero parecer, devendo ser visualizada sob outras perspectivas, seja de modo vinculado a um projeto de regionalização capaz de fomentar promoção de medidas judiciais e extrajudiciais, seja de modo atrelado ao exercício de atividade de coordenação e subsídio da atuação ministerial nos Centros de Apoio em áreas de interesse coletivo, seja relacionada à elaboração de recursos excepcionais (especiais e extraordinários) ou mesmo ligada ao desempenho de atribuições cíveis e criminais no âmbito coletivo, envolvendo Governo do Estado, Assembléia Legislativa, Poder Judiciário e Tribunal de Contas, as quais, imagina-se, devam ser gradualmente desconcentradas das atribuições do Procurador-Geral de Justiça, que assim, inclusive, tem mais discernimento e desenvoltura para gerir os assuntos afetos à gestão da instituição sem risco de retaliações ou repercussões políticas indesejadas decorrentes de sua atuação técnico-institucional.

guardar equilíbrio e proporcionalidade entre ambos valores. Desse modo, em nome do aprimoramento e do conjunto de interesses institucionais (unidade), é de se admitir a necessidade de estabelecer programação organizada e coordenada capaz de definir as pautas e áreas prioritárias de atuação ministerial nas quais metas, objetivos e resultados deverão ser cobrados, ficando a *independência funcional* resguardada e preservada na sua essência, na medida em que a forma e o conteúdo da atuação sobre determinada pauta ou prioridade continuarão sempre a cargo da consciência e da capacidade intelectual do membro do Ministério Público que opera e vivencia determinada realidade ou situação-problema. A independência funcional, no seu núcleo essencial, diz respeito a forma e conteúdo técnico-jurídico do desempenho de determinada atribuição, cabendo à unidade institucional indicar como deve ser desenvolvido e desdobrado este amplo leque de atribuições extrajudiciais.

Assim, na conciliação dessas duas valências (unidade institucional e independência funcional), quer-se imaginar e discutir a Corregedoria no seu papel ideal de orientação e fiscalização dos membros para cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional. É importante destacar que não se está, sob hipótese alguma, querendo realizar controle de conteúdo ou de mérito do que será feito ou deverá ser dito na atuação do colega na esfera judicial e, sobretudo, extrajudicial, mas apenas se está dizendo que, uma vez definida a área de atuação, estabelecidos os problemas e as atividades finalísticas a serem buscadas (por exemplo, incremento do controle social como tema das atribuições da Promotoria de Saúde Pública), terá cada membro a responsabilidade e, inclusive, o dever funcional de apresentar atuação e tomada de providências nesse sentido, sem prejuízo de que este possa, à sua maneira, além disso, dar andamento ao planejamento local das prioridades e atividades que entender necessárias.

É justamente na concepção da observância do planejamento estratégico institucional como dever funcional dos membros que o estreito e singelo objetivo deste trabalho pretende enaltecer a magnitude e a relevância do papel a ser exercido pelas Corregedorias-Gerais como instâncias de controle interno necessário para conformar o Ministério Público com uma atuação democraticamente eficiente e planejada para consecução da sua missão enquanto instituição encarregada da defesa e representação da sociedade civil.

Se o Ministério Público de hoje ainda não está melhor e idealmente conformado com o papel constitucional, certamente que a responsabilidade não é apenas da Administração Superior ou de seu corpo de membros, mas também concurso da postura pouco proativa e protagonista até aqui adotada pelas Corregedorias-Gerais.

Retomando ponto anterior, da mesma forma que, em nome da unidade ministerial, não se pode admitir que cada membro do Ministério Público omita-se injustificadamente no desenvolvimento de trabalho extrajudicial em prol da programação estratégica definida pela instituição como se verdadeira "ilha de autonomia" fosse, por outro lado, para preservação da independência funcional, é importante deixar claro que o conteúdo e a forma da intervenção resolutiva ou demandista sob o ponto de vista

técnico-jurídico, incluída a interpretação e o entendimento do colega, são questões imunes à interferência ou imposição de postura de parte da Corregedoria como órgão da Administração Superior. Pensar de forma diferente seria totalitarismo, conceito que se quer distante do Ministério Público social e democrático.

Com efeito, se porventura houver conflito ou estabelecimento de zona de indefinição entre o que possa ser cobrado como programa de atuação e o que corresponda ao núcleo essencial e rígido que integra o princípio da independência funcional como cláusula pétrea, convém que se adote a possibilidade de o membro do Ministério Público justificar pormenorizadamente a razão da sua não-intervenção sobre determinado tema ou mesmo declarar-se suspeito para determinada atividade finalística, após o que deverá ocorrer a designação de outro colega para atuar no caso com motivação e liberdade de consciência necessária, sem prejuízo de que, obviamente, deva a Administração organizar critério de distribuição de serviço capaz de compensar que a ausência de trabalho sobre determinada situação seja substituída pela imposição de outra tarefa.

É com esse procedimento que poderá a Corregedoria-Geral contribuir decisivamente para que a operação prática do planejamento estratégico institucional, uma vez discutido e aprovado pelos canais institucionais próprios, seja realidade vivenciada e experimentada dentro de cada espaço do Ministério Público brasileiro. É dentro dessa idéia que se acredita possa a Corregedoria exercer papel proativo de órgão voltado à orientação e fiscalização dos membros em nome de um objetivo maior institucional e democraticamente traçado para aperfeiçoar a atuação do Ministério Público como instituição, no caso, a implementação e o monitoramento do planejamento estratégico-institucional.

Destarte, se o desempenho do Ministério Público como instituição ainda está distanciado da eficiência e resolutividade esperadas na prevenção e resolução de conflitos, na busca do bem comum e da paz social, na interação interna e com a sociedade, se a credibilidade da instituição pode estar ameaçada pelo deficiente cumprimento do papel constitucional estabelecido há mais de vinte anos e o risco constante de *outro* assumir ou mesmo usurpar este lugar, se o *Parquet* ainda constitui uma corporação que não mede e não controla de forma adequada sua quantidade e sua qualidade de atuação, não há como fugir da responsabilidade da Corregedoria no atingimento problemático, quando não propriamente caótico, desse preocupante estado de coisas.

Ao lado da crítica que se faz sobre o escasso protagonismo, quando não a própria co-responsabilidade da Corregedoria sobre a situação atual de crise existencial do Ministério Público brasileiro, sobra esperança de que a formatação adequada do trabalho e a redefinição crítica da sua função possa apresentar decisiva e marcante contribuição para viabilizar o atingimento de sucesso e eficácia não só na assimilação do papel constitucional como também no cumprimento do planejamento estratégico-institucional por todos os membros, pois ambas idéias podem e devem caminhar juntas e articuladas.

Se uma das idéias do planejamento estratégico é justamente permitir que os órgãos de execução (promotorias e procuradorias) integrem um corpo sistêmico com integração de informação, harmonia e horizontalidade de ações, impedindo-se, assim, que os membros mantenham-se omissos e inertes no cumprimento e na observância de programas, metas e objetivos gerais estabelecidos como necessários e desejáveis na gestão regional ou local de suas unidades, se a idéia de maior êxito no desempenho do Ministério Público como instituição passa pela conciliação ponderada entre o princípio constitucional da unidade institucional com a garantia de independência funcional (sem que nenhum dos valores possa ser alvo de interpretação inflexível e absoluta),[11] é forçoso inserir a Corregedoria-Geral como órgão que precisa exercer proativo e decisivo papel para a conformação e o equilíbrio desta simbiose.

Da mesma forma que a unidade institucional e a idéia de planejamento não podem, sob hipótese alguma, interferir na consciência e na definição da intervenção técnico-individual a ser adotada por qualquer membro do Ministério Público, de outro lado também não é adequado conceber que a garantia de independência funcional possa ser interpretada num contexto absoluto e excessivamente abrangente a ponto de permitir que cada órgão de execução se sinta em uma posição insular, como se feudo ou reino fosse, podendo criar barreiras injustificadas ou mesmo confortáveis que tornem a coordenação e administração da pauta das prioridades institucionais impermeáveis às atividades de trabalho vinculadas à atuação dos órgãos de execução da instituição.

Transportando a idéia de "órgão" vigente no âmbito do direito administrativo como *círculo de poder onde se forma e se manifesta o querer e o agir*,[12] ressalvadas as prerrogativas indispensáveis à atuação independente e alheia a pressões ou conveniências políticas exigida do membro do Ministério Público na promoção e defesa dos interesses da sociedade, a realização dos objetivos institucionais, notadamente no campo do desempenho das atribuições extrajudiciais, não pode continuar dependendo do esforço ou do voluntarismo individual rarefeito (subjetivo) de alguns membros, devendo expandir-se pela classe como regra a partir de um complexo de atribuições (objetivo). Daí a exigência de que os órgãos de execução sejam orientados, instados e controlados a desenvolverem seus trabalhos de modo a fazer cumprir e respeitar a consciência coletiva institucional[13] objetivamente considerada no planejamento estratégico a ser construído de modo democrático a

[11] Nesse sentido a preciosa lição de Emerson Garcia (2007, p.66): "O tema proposto, independência funcional dos membros do Ministério Público, em que pese ser uma garantia indispensável ao exercício das funções ministeriais, é fonte de inevitável preocupação: essa independência é absoluta ou está sujeita a algum balizamento? A primeira proposição deve ser de logo afastada, pois é inconcebível que seja divisada a existência de direitos absolutos em um Estado Democrático de Direito, isto porque freqüentes são os pontos de tensão entre dois ou mais direitos, o que, *ipso factum,* torna imperativo o estabelecimento de critérios para a solução de tais colisões".

[12] A lição aqui é de Celson Antônio Bandeira de Mello (1981).

[13] "Diz-se, com toda a razão, que uma corporação não possui consciência; mas uma corporação de homens conscientes é uma corporação com uma consciência". (THOREAU, 2001).

partir de dados científicos (estudos, pesquisas, índices e estatísticas) e dos reclames sociais detectados a partir das diversas formas de interlocução e aproximação com a sociedade que precisam ser ocupadas, estimuladas, quando não propriamente criadas.

Esta combinação de elementos subjetivo e objetivo, aliás, nada mais é do que o reconhecimento e a aplicação da teoria mista ou eclética aos "órgãos de execução" (promotorias e procuradorias) do Ministério Público como composições para as quais deve obrigatoriamente concorrer tanto o agente humano e sua capacidade intelectual como também o feixe de atribuições e de deveres que lhe são impostos, dentre os quais o cumprimento da atuação ministerial planejada e organizada.

Obviamente que esta possibilidade de controle, cobrança e fiscalização, por mais que seja inerente ao papel da Corregedoria-Geral, especificamente no âmbito do acompanhamento da planificação estratégica, deverá ser exercida com redobrada responsabilidade e razoabilidade, considerando todos os elementos que compõem a factibilidade de determinado órgão de execução cumprir com eficiência suas múltiplas e complexas atribuições, o que inclui necessariamente a verificação da estrutura administrativa e, sobretudo, humana, particularmente no que tange à notória falta e insuficiência quantitativa[14] ou qualitativa de órgãos auxiliares.[15] Nesse sentido, é valioso identificar que a função exercida pela Corregedoria também pode ser ferramenta útil e relevante para sinalizar carências e necessidades que deverão ser apontadas e supridas pela Procuradoria-Geral como principal gestora executiva de toda a Administração Superior.

No âmbito dessas questões, cumpre enfatizar que a Corregedoria-Geral, em harmonia com os demais órgãos da Administração Superior, pelo simples exercício eficiente das suas atribuições ordinárias, tem plenas condições não apenas de recolher informações relevantes ao monitoramento do planejamento estratégico institucional mediante uso de adequada tecnologia como, também, de verificar os prazos e a forma mais eficiente por meio da qual é possível fazer o acompanhamento dos resultados obtidos e das facilidades e dificuldades encontradas no caminho, instrumento decisivo não só para alimentar balanço crítico entre o desejado e o realizado como, sobretudo, para motivar os membros ministeriais a mostrarem e divulgarem à sociedade os efeitos práticos e positivos das suas ações em prol do bem comum e, sobretudo, do cumprimento dos direitos humanos fundamentais.[16]

---

[14] Lembrando que estudo recente, consistente no "Diagnóstico do Ministério Público dos Estados", trabalho brilhantemente coordenado pela Professora Maria Tereza Sadek no âmbito do Ministério da Justiça, publicado em 2006, mostrou que a proporção entre o número ativo de servidores do Ministério Público Estadual em face do Poder Judiciário da mesma esfera é da ordem ínfima e constrangedora de 0,07. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgj/diagnostico_mp.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

[15] Problemática que precisa ser objeto de discussão e prioridade na gestão do Ministério Público, não se admitindo que haja descriterioso e desordenado avanço oneroso na aquisição e na contratação desordenada de membros quando, de regra, faltam servidores e órgãos auxiliares para cumprimento das funções periféricas indispensáveis ao bom andamento dos serviços ministeriais.

[16] Afinal, já se foram 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e até então não

Desde que a instituição do Ministério Público esteja integrada com a sociedade que representa, bem como internamente coesa, organizada e aberta para produzir discussão democrática e participativa sobre as suas prioridades no cumprimento do papel constitucional, é de se imaginar que o planejamento estratégico institucional a ser elaborado pode assumir verdadeira consciência institucional coletiva construída de forma compartilhada com a classe e com a própria sociedade em prol do cumprimento dos plurais objetivos que o Estado Democrático de Direito assegura e exige de nossa instituição.

A propósito, na esteira de competente trabalho desenvolvido pelo colega Max Zuffo (2007) sobre o tema da "administração estratégica",[17] importante entender que a palavra estratégia pode ser compreendida em cinco eixos distintos e polissêmicos, capazes tanto de abranger a idéia de *plano*, *pretexto*, *padrão*, *posição*, como, sobretudo, a noção de *perspectiva*, *situação na qual a análise se volta para o modo como as intenções são difundidas nos grupos que compõem as organizações, tornando-se compartilhadas por uma série de normas e valores que criam comportamentos extremamente arraigados no grupo,* vale dizer, *um instrumento importante para a percepção e ação coletiva,* o que é fundamental especialmente para a instituição do Ministério Público que, por sua natureza, ainda pode ser tida tradicional e atualmente como um *ambiente cultural avesso ao planejamento e controle.*

Para que essa idéia se torne uma realidade, para que haja trabalho e conscientização coletiva dos membros sobre a necessidade de prevalecer a expressão objetiva de uma *vontade-geral* coletiva democraticamente escolhida e *pactuada*, sem que isso implique desrespeito ao núcleo de independência funcional, é fundamental o papel pedagógico e controlador da Corregedoria-Geral no sentido de orientar e fiscalizar as medidas passíveis de serem adotadas para que, vencidas as resistências possíveis, estabelecida a pauta de convergência e o consenso necessário, seja propiciado ambiente de maior sinergia e integração institucional capaz de concretizar a realização plena da idéia do planejamento estratégico não como protocolo de intenções, mas sim como importante instrumento para fortalecimento do Ministério Público como corporação.

Nessa linha de raciocínio, o planejamento estratégico institucional adequado e discutido com a classe, permeado da participação da sociedade, tem tudo para ser instrumento fundamental para que a Corregedoria do Ministério Público possa fazer revisão crítica da sua estrutura e, inclusive, readequar o perfil, a sistemática e a metodologia de sua atuação como relevante mecanismo que forma a complexa engrenagem da Administração Superior.

---

existe outro e melhor marco teórico a ser trabalhado que não a efetivação dos seus postulados em prol da sociedade livre, justa e solidária e demais objetivos do Estado brasileiro (artigo 3º da CR).

[17] "Planejamento das atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça – complemento necessário ao planejamento estratégico e aos planos gerais de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais".

Enraizada a problemática do positivismo jurídico na formação jurídica e na mentalidade da maior parte dos operadores do Direito, por mais que a questão do planejamento estratégico e a necessidade da sua observância não constem expressamente como dever funcional, se for o caso, que se faça alteração e aperfeiçoamento legislativo nesse sentido, o mesmo podendo ocorrer com a lista de atividades finalísticas da Corregedoria-Geral, sem prejuízo de que este órgão, na melhor leitura de suas atribuições constantes no artigo 17, incisos I, II, IV, VII e VII, desde já possa concretizar o papel aqui idealizado a partir da exegese adequada da sua razão de ser com os artigos 127, 129 e 37 da Constituição da República.

O planejamento estratégico institucional como *paradigma* visto e reconhecido como *constelação dos compromissos de grupo* (KHUN, 2007),[18] uma vez devidamente implementado e fiscalizado com o apoio da Corregedoria-Geral à luz do princípio da eficiência, do mérito, da valorização e, se for o caso, também como *matriz disciplinar* constitutiva da responsabilidade funcional, ainda que elaborado sob a inexorável sensação do "símbolo" e da "falta" lacaniana constitui decisiva ferramenta para que o Ministério Público desempenhe com eficiência sua missão constitucional por meio de maior interação corporativa e maior interlocução com a sociedade.

3. Conclusão

Ao mesmo tempo em que o planejamento estratégico institucional constitui relevante instrumento científico e técnico capaz de desafiar a Corregedoria a exercer o seu papel de controle interno necessário à instituição mediante orientação e fiscalização, essa proposta de planejamento paradoxalmente tem a plena virtude e potencialidade de propiciar fortalecimento e maior dimensão à importância de a Corregedoria-Geral contribuir para que o Ministério Público siga seu próspero caminho constitucional cada vez mais sólido e fortalecido, em prol da sociedade, destinatária última e finalística de todas as ações ministeriais.

Em sede de encerramento, portanto, buscando condensar as principais matrizes de pensamento e a fundamentação exposta, submete-se a apreciação do presente artigo a partir das seguintes e principais proposições:

1. O Ministério Público precisa exercer suas funções com mínima coordenação e organização, de forma articulada e sistêmica, notadamente no campo extrajudicial, sendo a construção de planejamentos estratégicos institucionais medida necessária para emprestar eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República) e controle de resultados na atuação de transformação social necessária ao *Parquet* como instituição do Estado Democrático de Direito.

[18] A expressão aqui é de Thomas Khun, segundo o qual "[...] valeria a pena perguntar: dentre o que é partilhado por seus membros, o que explica a relativa abundância da comunicação profissional e a relativa unanimidade de julgamentos profissionais? [...] um paradigma ou um conjunto de paradigmas. [...] todos ou quase todos os compromissos grupais que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigma ou paradigmáticos, constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto. Contudo, esses elementos não serão discutidos como se constituíssem uma única peça".

2. As Corregedorias-Gerais precisam de redimensionamento epistemológico e metodológico para melhor cumprimento do seu papel de orientação e fiscalização das atividades funcionais tal como prescrito no artigo 17 da Lei nº 8.625/93.

3. As Corregedorias-Gerais, de modo geral, além de não estarem contribuindo para a afirmação e fortalecimento da identidade constitucional do Ministério Público no plano extrajudicial, não vêm exercendo seu insubstituível e indelegável papel de exercer efetivo e *real* acompanhamento de orientação e cobrança fiscalizatória para otimizar a implementação e o cumprimento dos planejamentos estratégicos institucionais já elaborados e instrumentalizados a partir dos Planos Gerais de Atuação (PGA) e dos documentos de igual funcionalidade que possam ser elaborados no âmbito regional ou mesmo local.

4. O grande ponto de mudança que a Constituição trouxe na concepção do Ministério Público Social passa pelo exercício responsável e prioritário de uma atuação extrajudicial efetiva para propiciar intervenções coletivas (resolutivas ou demandistas) capazes de resguardar a defesa dos interesses coletivos mais caros à coletividade.

5. O planejamento estratégico institucional, para propiciar mobilização e engajamento no âmbito da consciência coletiva, precisa ser elaborado a partir da necessária participação e discussão com a classe e demais órgãos da Administração Superior, a fim de transcender o plano simbólico de desejável eficiência administrativa e ocupar concreto papel operacional enquanto marco relevante e poderoso para sinalizar caminhos, metas, objetivos e prioridades que permitam o controle quantitativo e qualitativo dos resultados obtidos em favor da sociedade.

6. Uma vez estudado, discutido e implementado o planejamento estratégico institucional ou os documentos que lhe forem equivalentes, é fundamental que a Corregedoria-Geral promova revisão dos seus métodos de correição para incorporar o compromisso e a sistemática de contribuir para a orientação e fiscalização das atividades finalísticas institucionais no controle, monitoramento e atingimento das prioridades e resultados pretendidos.

7. Quer-se papel de protagonismo e maior atuação da Corregedoria-Geral no cumprimento do seu papel justamente no que diz respeito às eventuais omissões dos agentes ministeriais no cumprimento das operosas e múltiplas atribuições extrajudiciais como órgão agente, espaço no qual se constata a maior necessidade de a instituição do Ministério Público atuar e organizar a sistematização de suas ações para fugir da inércia não fundamentada que conduz ao enfraquecimento institucional.

8. Nesse trabalho de orientação e fiscalização para o cumprimento do planejamento estratégico institucional, é de se entender que a Corregedoria deverá buscar equilíbrio entre o princípio da unidade e o da independência funcional, partindo da idéia de que

o primeiro assegura e legitima a existência de controle e monitoramento de resultado sobre o cumprimento das metas e dos objetivos democraticamente traçados sem possibilidade de omissão nesse sentido, enquanto o segundo resguarda o membro do Ministério Público de não sofrer nenhum tipo de interferência de conteúdo na sua atuação técnico-jurídica extrajudicial e processual referente ao cumprimento do programa traçado pela instituição.

9. Havendo aparente conflito entre a unidade institucional e a independência funcional, será de todo conveniente que ao membro seja dado justificar as razões de não-intervenção ou mesmo alegar sua suspeição para atuar sobre determinado tema, a partir do que a Administração Superior designará outro membro para atuar no caso e, ao mesmo tempo, observará critério de compensação e de distribuição de serviço substitutivo àquele sobre o qual o membro apresentou a justificativa, sem prejuízo de que a Corregedoria acompanhe o procedimento de forma remota e somente intervenha se verificada possibilidade de descumprimento de dever funcional.

10. Mesmo no âmbito do planejamento estratégico, o conteúdo e a forma da intervenção do membro do Ministério Público no âmbito resolutivo ou demandista, sob o ponto de vista técnico-jurídico, incluindo sua interpretação e entendimento, são questões imunes à interferência ou imposição de postura de parte da Corregedoria como órgão da Administração Superior.

11. A formatação adequada do trabalho e a redefinição crítica da Corregedoria-Geral no cumprimento de suas funções podem mostrar decisiva e marcante contribuição para viabilizar o sucesso e a eficácia não só na assimilação do papel constitucional como também no cumprimento do planejamento estratégico-institucional por todos os membros, tendo em vista que ambas idéias podem e devem caminhar juntas e articuladas entre si.

12. A realização dos objetivos institucionais, notadamente no campo do desempenho das atribuições extrajudiciais, não pode continuar dependendo do esforço ou do voluntarismo individual rarefeito (subjetivo) de alguns membros, devendo expandir-se pela classe como regra a partir de um complexo de atribuições (objetivo), daí a exigência de que os órgãos de execução, a partir da Corregedoria-Geral, sejam orientados, instados e controlados a desenvolver seus trabalhos de modo a fazer cumprir e respeitar a consciência coletiva institucional[19] objetivamente considerada no planejamento estratégico a ser construído de modo democrático e a partir de dados científicos (estudos, pesquisas, índices e estatísticas) e dos reclames sociais detectados a partir das diversas formas de interlocução e aproximação com a sociedade que precisam ser ocupadas, estimuladas, quando não propriamente criadas.

[19] "Diz-se, com toda a razão, que uma corporação não possui consciência; mas uma corporação de homens conscientes é uma corporação com uma consciência". (THOREAU, 2001).

13. A possibilidade de controle, cobrança e fiscalização, por mais que seja inerente ao papel da Corregedoria-Geral, especificamente no âmbito do acompanhamento da planificação estratégica, deverá ser exercida com redobrada responsabilidade e razoabilidade, considerando todos os elementos que compõem a factibilidade de determinado órgão de execução cumprir com eficiência suas múltiplas e complexas atribuições, o que inclui necessariamente a verificação da estrutura administrativa e, sobretudo, humana, particularmente no que tange à notória falta e insuficiência quantitativa ou qualitativa de órgãos auxiliares.

14. A Corregedoria-Geral, em harmonia com os demais órgãos da Administração Superior, pelo simples exercício eficiente das suas atribuições ordinárias, tem plenas condições não apenas de recolher informações relevantes ao monitoramento do planejamento estratégico institucional mediante uso de adequada tecnologia como, também, de verificar os prazos e a forma mais eficiente pela qual é possível fazer o acompanhamento dos resultados obtidos e das facilidades e dificuldades encontradas no caminho, instrumento decisivo não só para alimentar balanço crítico entre o desejado e o realizado como, sobretudo, para motivar os membros ministeriais a mostrar e divulgar à sociedade os efeitos práticos e positivos das suas ações em prol do bem comum e, sobretudo, do cumprimento dos direitos humanos fundamentais.

15. Para que haja trabalho e conscientização coletiva dos membros sobre a necessidade de prevalecer a expressão objetiva de uma *vontade-geral* coletiva e democraticamente escolhida e *pactuada,* fundamental o papel pedagógico e controlador da Corregedoria-Geral no sentido de orientar e fiscalizar as medidas passíveis de serem adotadas para que, vencidas as resistências possíveis, estabelecida a pauta de convergência e o consenso necessário, seja propiciado ambiente de maior sinergia e integração institucional capaz de concretizar a realização plena da idéia do planejamento estratégico não como protocolo de intenções, mas sim como importante instrumento para fortalecimento do Ministério Público como corporação.

16. Enraizada a problemática do positivismo jurídico na formação jurídica e na mentalidade da maior parte dos operadores do Direito, por mais que a questão do planejamento estratégico e a necessidade da sua observância não constem expressamente como dever funcional, se for o caso, que se faça alteração e aperfeiçoamento legislativo nesse sentido, o mesmo podendo ocorrer com a lista de atividades finalísticas da Corregedoria-Geral, sem prejuízo de que este órgão, na melhor leitura de suas atribuições constantes no artigo 17, incisos I, II, IV, VII e VII, desde já possa concretizar o papel aqui idealizado a partir da exegese adequada da sua razão de ser com os artigos 127, 129 e 37 da Constituição da República.

17. O planejamento estratégico institucional constitui paradigma capaz de sintetizar constelação dos compromissos de grupo que, uma vez implementada e fiscalizada com o apoio da Corregedoria-Geral, à luz do princípio da eficiência, do mérito, da valorização, também pode constituir matriz disciplinar da responsabilidade funcional,

decisiva ferramenta para que o Ministério Público desempenhe com eficiência sua missão constitucional por meio de maior interação corporativa e maior interlocução com a sociedade.

4. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Francisco Sales de. Ministério Público: entre o sucesso e o colapso institucional. In: SADEK, Maria Teresa Aina. (Coord.). *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados*. Ministério da Justiça, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *suma divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros. *Para onde caminha o Ministério Público*? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para assumir a identidade constitucional. Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Do fascismo à democracia*. Rio de janeiro: Editora Campus, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados*. Brasília, DF, 2006.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação.* São Paulo: Cultrix, 2006.

GARCIA, EMERSON. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Princípios institucionais do Ministério Público*: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público.* 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* São Paulo: Perspectiva, 2007.

KIRK, Andrew. *Desobediência Civil de Thoreau.* São Paulo: Jorge Zahar, 2004.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou Revolução.* São Paulo: Expressão Popular, 1999.

MASOTTA, Oscar. *Introducción a la lectura de Jacques Lacan.* Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* 5. ed. São Paulo: Martins Editora, 2006.

SILVA, Cláudio Barros. O Ministério Público e os vinte anos da Constituição Federal. *APMP em Revista*, ano 2, n. 3, dez. 2008.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

ZIZEK, Slavoj. *Bem-Vindo ao Deserto do Real*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ZUFFO, Max. *Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça*: Complemento necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais. Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007.

Artigo recebido em: 22/03/2010
Artigo aprovado em: 23/05/2010

A LEGALIDADE DA PROIBIÇÃO DE USO DE VESTIMENTAS E BANDEIRAS REPRESENTATIVAS DE TORCIDAS ORGANIZADAS NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL

GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA
Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Lérida, Espanha
Coordenador do Curso de Direito Desportivo da SATeducacional.
Professor da Pós-graduação em Direito Desportivo da UNIDERP/Anhanguera

1. Introdução

O futebol movimenta, anualmente, bilhões de dólares. Além disso, por causa dele, milhões de empregos são criados direta e indiretamente e a paixão pelo esporte transforma cada um dos habitantes do planeta Terra em torcedor e, por conseqüência, em um consumidor em potencial.

Dessa forma, o esporte propicia a reunião de milhares de pessoas nos locais de eventos, pois modalidades como o futebol devem sua magnitude global justamente à imensa paixão despertada nas multidões.

Por essa razão, cada vez mais, surge a necessidade de legislações específicas para esses consumidores do esporte bem como a adequação dos clubes aos anseios de seu torcedor.

O torcedor, irracional e apaixonado por natureza, é capaz de, por essa paixão, distorcer a realidade em benefício de seu clube de coração e, invariavelmente, ter atitudes violentas.

A referida violência é exacerbada quando o indivíduo se torna um anônimo em meio a um grupo, especialmente nas conhecidas torcidas organizadas.

A fim de diminuir a violência e propiciar maior segurança nos estádios de futebol, a Polícia Militar do Estado de São Paulo proibiu a entrada de torcedores nos estádios vestidos com uniformes e bandeiras (ainda que sem hastes) representativos das torcidas organizadas.

2. Das liberdades individuais

Desde os tempos mais remotos, a humanidade tem conquistado paulatinamente seus direitos e garantias fundamentais.

A Revolução Francesa foi um marco na conquista da liberdade e da igualdade. A Revolução Industrial na conquista dos direitos sociais. Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) atribuiu um caráter de universalidade aos direitos humanos ao trazer uma série de recomendações dirigidas a todos os povos e a todas as nações.

A Constituição brasileira consagrou os direitos individuais em seu artigo 5º, assegurando o direito de "ir e vir" e a liberdade de pensamento e de manifestação (inciso IV).

Entretanto, esses direitos não podem ser utilizados para fins ilícitos ou para restringir os direitos de outros cidadãos, devendo o Estado coibir abusos e assegurar a ordem pública e social.

3. Da natureza jurídica das torcidas organizadas (uniformizadas) e da liberdade de associação

Torcida organizada ou uniformizada é a denominação dada a associação de torcedores de um determinado clube esportivo. O termo "uniformizada" advém do fato de os membros utilizarem roupa com a própria marca da torcida.

Dessa maneira, a torcida organizada possui natureza jurídica de associação e, portanto, deve-se ater aos ditames da lei, tendo sua personalidade jurídica reconhecida pelo art. 44, I, do Código Civil brasileiro.

De outro lado, o artigo 53 do novo Código Civil fixa: "Constituem-se as associações pela união das pessoas que se organizam para fins não econômicos". No Brasil, para se constituir uma pessoa jurídica como uma associação, é preciso realizar alguns procedimentos legais para que essa associação tenha personalidade jurídica. O processo de criação de associação no país acontece com a reunião de pessoas que deliberam e decidem fundar uma entidade com personalidade jurídica.

Toda associação com personalidade jurídica é dotada de patrimônio e movimentação financeira, porém não poderá dividir o retorno econômico entre os associados.

Considerando que as torcidas organizadas constituem a reunião de pessoas com o objetivo de acompanhar e torcer pelo seu clube de futebol, a sua atividade não possui finalidade econômica, sendo, assim, uma associação de torcedores.

Portanto, associação, em um sentido amplo, é qualquer iniciativa formal ou informal que reúne pessoas físicas ou outras sociedades jurídicas com objetivos comuns, visando superar dificuldades e gerar benefícios para os seus associados.

Formalmente, qualquer que seja o tipo de associação ou seu objetivo, podemos dizer que a associação é uma forma jurídica de legalizar a união de pessoas em torno de seus interesses e que sua constituição permite a construção de condições maiores e melhores do que as que os indivíduos teriam isoladamente para a realização dos seus objetivos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) estipula na alínea 1 do artigo XX que "Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas".

Ademais, segundo estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XVIII, é garantido o direito à livre associação como garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade.

Assim, o Estado não pode impor limites à livre constituição de associações, senão os que forem direta e necessariamente exigidos pela salvaguarda de interesses superiores e gerais da comunidade.

No entanto, no mesmo artigo, em seu inciso XVII, a Constituição proíbe a criação de associações para fins ilícitos ou de caráter paramilitar. Portanto, apesar da liberdade de associação, há o limite constitucional.

> Artigo 5º
> [...]
> XVII – é plena a liberdade de associações para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
> XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Dentre os materiais utilizados pelas torcidas organizadas durante as partidas estão as bandeiras de grande porte (4x4 metros), bandeirões (que muitas vezes recobrem todo o setor das arquibancadas do estádio), fogos de artifício e faixas com o nome da torcida.

Percebe-se que muitas das bandeiras contêm algum símbolo ou frase relacionada à torcida, sem alusão ao clube que defendem.

Ademais, as torcidas organizadas são famosas por entoar durante os eventos esportivos gritos de guerra que enfatizam a própria torcida, o clube, o nome dos desportistas e também os adversários. No entanto, são frequentes o uso de palavrões e as provocações aos adversários, o que, por diversas vezes, incita a violência.

Carvalho (1985) entende que a juventude oriunda da classe operária, submetida à pressão da sociedade de consumo e sem perspectivas futuras, constrói a sua própria "subcultura", em que a masculinidade e a dureza acompanham a luta e a violência, constituindo meios de afirmação do indivíduo e do grupo.

Os Gaviões da Fiel, segundo Diaféria (1992), foram os primeiros que realmente se organizaram com o propósito de ajudar seu clube (Sport Club Corinthians Paulista), no dia 1 de julho de 1969.

Depois de uma partida do Corinthians no Morumbi em que o clube estava fora da disputa do título, um grupo de torcedores teve uma discussão com um dirigente do clube e depois seguiu para um programa de televisão, quando desabafou suas mágoas. O grupo – quase todo formado de jovens – reuniu-se então na praça 14 Bis, no bairro do Bixiga, em São Paulo, e resolveu formar uma torcida organizada e independente (principal característica dos Gaviões). Adotou-se então o nome Gaviões da Fiel – Força Independente.

Como associação que é, a Gaviões não tem fins lucrativos e fiscaliza, a seu modo, a administração corinthiana. Segundo Pereira (1995a), as torcidas organizadas são engrossadas cada vez mais por jovens, a maioria adolescentes, que se transformam em grupos agressivos e sem comando.

A maior "rival" da Gaviões é a Torcida Mancha Verde, criada em 11 de janeiro de 1983, após a fusão das facções Grêmio Alviverde, Império e Inferno Verde, com o objetivo de acabar com a fama de covardes que atormentavam os brigões palmeirenses. Como um dos grandes objetivos das torcidas organizadas é impor respeito, usam *slogans* que incitam a violência. Por exemplo, a Torcida Jovem do Flamengo denomina-se "O Exército Rubro-Negro" e tem um tanque de guerra como símbolo, divide-se em pelotões, ou seja, grupos espalhados em diversos pontos do Grande Rio.

A Força Jovem do Vasco formou suas famílias, buscando inspiração na velha máfia italiana. Existem outras, como: Núcleos de Young Flu (Fluminense), Esquadrões da Jovem do Botafogo e Comandos da Raça Rubro-Negra (Flamengo).

A declaração feita pelo vice-presidente da torcida Independente do São Paulo, Sr. Marco Fábio Freitas, em Pereira (1995b, p.32), demonstra o espírito atual da torcidas organizadas: "Com torcidas, não tem aquele negócio de discutir para depois brigar. Encontrou o inimigo, é porrada".

Assim, invariavelmente, as torcidas organizadas envolvem-se em atos de violência e a polícia local intervém para evitar os confrontos. Várias medidas são criadas para que haja o enfraquecimento dos conflitos.

Nesse esteio, atua a Polícia Militar do Estado de São Paulo no caso em comento.

4. Do Estatuto do Torcedor e das punições às torcidas organizadas

Em 15 de maio de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.671, denominada Estatuto do Torcedor, com o objetivo de regulamentar, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, os direitos dos consumidores de eventos esportivos.

O seu artigo 39 estabelece a punição aos torcedores que promoverem tumulto, praticarem ou incitarem a violência, invadirem local restrito aos competidores. A pena será o impedimento de comparecer às proximidades e qualquer local onde ocorra evento esportivo pelo período de três meses a um ano, observando a gravidade da conduta, sem prejuízo de outras sanções.

Segundo o § 1º, incorrerá na mesma pena o torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar violência em um raio de cinco mil metros do local de realização de evento esportivo.

O mau torcedor será identificado por meio de sua conduta no evento esportivo ou por boletins de ocorrências lavrados (§ 2º).

Percebe-se que não houve nenhuma menção ou restrição às "torcidas organizadas", pois. Como já exposto, por serem constituídas como associações, a Constituição oportuniza sua extinção caso não se atentem aos fins pacíficos.

Há um projeto de lei de iniciativa da Câmara dos Deputados, aguardando votação no Senado, que visa incluir o artigo 39-B para trazer punições específicas às torcidas organizadas.

5. Jurisprudência em comento

O Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação n 2230303 5/8-00, reformou decisão no mandado de segurança que considerou ilegal medida da Polícia Militar do Estado de São Paulo proibindo o acesso aos estádios de futebol utilizando vestimentas e bandeiras representativas das torcidas organizadas. O TJSP considerou, assim, legal a medida preventiva, por tratar-se de questão de segurança pública.

Assim, estabeleceu o aresto.

> ACÓRDÃO
> Mandado de Segurança. Espetáculo esportivo. Regulamentação. Proibição de utilização individual de vestimenta e bandeira (sem haste ou suporte) representativos de torcida organizada. Admissibilidade da proibição. Garantias de livre manifestação de pensamento e de expressão asseguradas pela Constituição. Art 5°, IV e IX, da CF. Direitos inibidos pelo sistema de segurança pública se a conduta pessoal está identificada com torcidas organizadas que colocam em risco a segurança coletiva. Ação preventiva e imanente ao poder de policia outorgado à Policia Militar pela Constituição Federal (art 144). Recursos providos para denegar a segurança.[1]

[1] APELAÇÃO CÍVEL n° 223 303 5/8-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO EX OFFICIO, sendo apelantes FEDERAÇÃO PAULISTA DE FUTEBOL (e outros) e apelado

No caso em tela, o impetrante entendeu que a proibição de ingressar nos estádios do Estado de São Paulo regulamentada pela Federação Paulista de Futebol, por meio da Resolução 35/95, utilizando vestimenta, faixas ou bandeiras que ostentem sinais e símbolos de sua torcida organizada, no caso, a Gaviões da Fiel, teria violado seu direito de liberdade de pensamento, manifestação, associação e, ainda, de "ir e vir".

O Ministério Público opinou pela manutenção da decisão, sob o fundamento principal de que a não utilização dos símbolos das torcidas organizadas não coibiria a violência e, ainda, que não pode a Polícia Militar, por despreparo, imputar restrições ao torcedor.

Os desembargadores entenderam pela reforma da decisão pelas seguintes razões:

- As liberdades públicas poderão ser exercidas livremente, desde que não coloquem em risco a segurança pública, tendo em vista que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto;

- A proibição executada pelo Comando da Polícia Militar do Estado de São Paulo é razoável, pois é coerente com sua função constitucional de proteger a ordem pública nos estádios de futebol;

- O porte individual de distintivos de torcidas organizadas tornaria inócua a eventual repressão dirigida ao "grupo";

- A Federação Paulista de Futebol, na condição de promotora dos eventos futebolísticos no Estado, tem interesse na ação, uma vez que compactua com a necessidade de estabelecer a paz e a ordem nos estádios.

Percebe-se, portanto, que decidiu acertadamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No entanto, o fez sem observar o Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) ou a ele fazer qualquer menção, o que demonstra a necessidade de maior estudo acerca do tema.

6. Conclusão

O esporte, especialmente o futebol, é capaz de "arrastar" multidões aos estádios. Ocorre que muitos torcedores misturam a paixão pelo clube com a vontade de fazer vandalismo e alguns, além da paixão pelo clube, defendem ideologias políticas.

Essa situação é observada em todo o mundo. Em 1985, na final da Liga dos Campeões da Europa entre Liverpool e Juventus morreram mais de trinta pessoas. Na Copa do Mundo de 2006, na Alemanha, ingleses e alemães promoveram quebra-quebra.

O sentimento de impunidade e a proteção do indivíduo oportunizada pelo anonimato do grupo tornam estas situações cada vez mais constantes.

Para a Copa de 2010, a África do Sul tem tido complicações na venda de ingressos para o exterior, em razão do medo ocasionado pelo incidente ocorrido com o ônibus da seleção de Togo, que foi atacado na fronteira do Congo com Angola, na véspera da abertura da Copa Africana de Nações.

Por isso, é imprescindível que o Brasil se previna, uma vez que se prepara para organizar uma Copa do Mundo.

Além disso, mais importante que uma reforma na lei ou que uma nova regulamentação é a aplicabilidade das leis que já existem, com forte aparato policial, com participação popular e, sobretudo, com a criação de meios e instrumentos que permitam a imprescindível atuação do Ministério Público como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88).

7. Referências bibliográficas

GARRIDO, Antonio Millán. *Legislación sobre Violência em Espectáculos Deportivos*. Sevilla: Junta de Andalúcia, 2005.

BARROS, J. M. A. *Futebol*: Por que foi... Por que não é mais. Rio de Janeiro: Sprint, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUFORD, B. *Entre os vândalos*: A multidão e a sedução da violência. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CARVALHO, A.M. *Violência no desporto*. Lisboa: Livros Horizonte, 1985.

CUNHA, F. A. *Violências da torcidas organizadas no futebol*. 1995. Monografia (conclusão do curso) - Universidade de São Paulo, Escola de Educação Física e Esporte, São Paulo, 1995.

_____. *Origem, evolução e composição das torcidas*. Disponível em: <http://www.fcunha.com.br/artigo/A13.htm>. Acesso em: 27 de fev. 2010.

DIAFÉRIA, L. *Coração Corinthiano*: Grandes Clubes do Futebol Brasileiro e Seus Maiores Ídolos. São Paulo: Fundação Nestlé de Cultura, 1992.

ESPANHA. MINISTÉRIO de Educación y Ciência – Consejo Superior de Deportes. *La Legislación Deportiva em Centroamérica y el Caribe*. Madrid: Unidad, 2005.

GARCIA, Alexandre. *Brasil precisa se prevenir contra violência de torcidas*. Disponível em: <http://colunas.bomdiabrasil.globo.com/alexandregarcia/2010/02/22/brasil-precisa-se-prevenir-contra-violencia-de-torcidas>. Acesso em: 27 de fev. 2010.

GERON, A. C. Torcida organizada: uma paixão violenta. In: GERON, A. C. *Futebol brasileiro em debate*: pisando na bola. Rio de Janeiro: Pinheiro Assessoria de Comunicação, 1993. Cap. 4, p. 56. (Série 1).

FIUZA, César. *Direito Civil*: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, M. C. Violência sem fim. *Revista do Futebol*, Ampla, ano 1, n. 1, p. 22-29, abr. 1995a.

_____. O bicho vai pegar. *Revista do Futebol,* Ampla, ano 1, n. 4, p. 30-34, 1995b.

SEGALLA, A. B.; ABRUCIO Jr., M. Cães de Guerra. *Placar*, Abril, n. 1.107, p. 34-37, set. 1995.

SOUZA. Gustavo Lopes Pires de. *Estatuto do Torcedor:* A Evolução dos Direitos do Consumidor do Esporte. Belo Horizonte: Alfstudio, 2009.

_____. 5 direitos do adepto como investimento futuro. *Futebol Finance*, 2010. Disponível em: <http://www.futebolfinance.com/5-direitos-dos-adeptos-como-investimento-futuro>. Acesso em: 21 fev. 2010.

_____. Os Direitos dos Torcedores Brasileiros. *Derecho Deportivo em Línea*, jan. 2010. Disponível em: <http://nuke.dd-el.com/Portals/0/Os%20direitos%20dos%20torcedores%20brasileiros.pdf>. Acesso em: 17 de jan. 2010.

TUBINO, Manoel. *500 anos de legislação esportiva brasileira*: do Brasil-colônia ao início do século XXI. São Paulo: Shade, 2002.

10

Artigo • 509
Comentário à Jurisprudência • 550
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

Direito Público Administrativo

MENSAGEM SUBLIMINAR NA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

HENRIQUE SOARES PINHEIRO
Ex-estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Advogado – OAB/MG nº 119.492

RESUMO: O efeito das mensagens subliminares no comportamento humano, especialmente na manifestação de vontade, é tema bastante discutido entre vários ramos da psicologia e psiquiatria, não gozando, contudo, de grandes destaques nas ciências jurídicas. Sabe-se que tais mensagens podem influenciar as escolhas, atitudes e decisões dos indivíduos, atuando diretamente sobre o elemento essencial de validade nos negócios jurídicos, qual seja, a vontade livre e consciente. Sob esse prisma, o tema se mostrou oportuno e relevante, tendo em vista os questionamentos que poderiam ser construídos em torno da influência dessas mensagens na validade dos negócios jurídicos. De vertente jurídico-teórica, a metodologia de pesquisa firmou-se num enfoque transdisciplinar, restringindo-se ao uso de fontes secundárias formadas por doutrinas de vários ramos e ciências relativas ao assunto. Desse contexto, concluiu-se pela influência direta das mensagens subliminares na livre manifestação da vontade, não podendo, contudo, precisar sua correlação com a validade dos negócios jurídicos, notadamente, no sentido do seu enquadramento num dos vícios de consentimento prescritos pelo diploma civil.

PALAVRAS-CHAVE: mensagem subliminar; autonomia da vontade; negócio jurídico; propaganda subliminar; vícios.

ABSTRACT: The effect of subliminal messages in human behavior, especially in the manifestation of will is a much discussed subject amongst the various branches of psychology and psychiatry, despite the fact that it is not very highlighted in legal sciences. It is known that such messages can influence the choices, attitudes and decisions of individuals, acting directly on the key date in the legal business, that is, free will and conscience. In this light, the subject proved timely and relevant, in view of questions that could be built around the influence of these messages on the validity of legal transactions. In the present legal and theoretical research methodology has established itself in a transdisciplinary approach, restricting the use of secondary sources formed by the doctrines of various branches and sciences on the subject.

In this context, one concluded that the direct influence of subliminal messages in the free expression of will may not, however, need to correlate with the validity of legal transactions, especially as its setting in one of the vices of consent required by civil law.

KEY WORDS: subliminal message; freedom of choice; business law; subliminal advertising; vices.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do negócio jurídico. 2.1. Autonomia da vontade nas relações jurídicas. 2.2. Extensão conceitual de negócio jurídico: pressupostos de existência e validade. 2.3. Vícios do negócio jurídico. 3. Mensagem subliminar. 3.1. Conteúdo e extensão conceitual. 3.2. Casos polêmicos de mensagem subliminar. 3.3. Formas de atuação das mensagens subliminares. 4. Mensagem subliminar e negócio jurídico. 4.1. Propaganda subliminar. 4.2. Relação da mensagem subliminar com os vícios do consentimento. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa trata do estudo das mensagens subliminares e sua relação com a teoria do negócio jurídico. O que se pretende com o trabalho proposto é compreender a influência destas mensagens ocultas na livre manifestação de vontade dos seus receptores, relacionando-as com os vícios do consentimento. A própria escassez de um estudo mais aprofundado do tema pela doutrina brasileira justificou a pesquisa.

Partiu-se, em um primeiro momento, do conceito de que as mensagens subliminares são estímulos que nos são enviados de forma dissimulada, abaixo dos limites de nossa percepção consciente, mas capazes de influenciar nossas escolhas, atitudes e motivar a tomadas de decisões posteriores.

Partiu-se, também, da certeza de que o plano de existência do negócio jurídico tem como um dos seus pressupostos de validade a manifestação de vontade consciente e livremente declarada.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é consubstanciar a influência das mensagens subliminares na livre manifestação de vontade dos indivíduos, elemento essencial do negócio jurídico.

Inicialmente, ressalta-se a importância da autonomia da vontade nas relações jurídicas, remontando a seus aspectos filosóficos, sociológicos e jurídicos, além de conceituar e delinear os elementos de existência e validade dos negócios jurídicos, destacando, ao final, os vícios de consentimento que os tornam anuláveis.

Após, trata-se das mensagens subliminares e de sua influência na autonomia da vontade, traçando suas formas de autuação e citando casos que demonstram o interesse do Direito pelo assunto.

Em seguida, ventila-se sobre o uso das mensagens subliminares na propaganda, relacionando-as com os vícios do consentimento previstos pelo Código Civil.

Concluiu-se que as mensagens subliminares apresentam-se como uma forma odiosa de deturpação da vontade dos indivíduos, maculando o consentimento na formação do negócio jurídico, mas que, entretanto, não se enquadram em nenhum dos vícios previstos pelo Código Civil. Indagou-se, ao final, se tais mensagens, por influenciarem a livre manifestação de vontade, pressuposto de validade do negócio jurídico, seriam consideradas vícios do consentimento e, outrossim, se o rol dos vícios expressos no novel diploma material civil seria taxativo.

2. Do negócio jurídico

2.1. Autonomia da vontade nas relações jurídicas

Para melhor compreender a relação das mensagens subliminares na teoria do negócio jurídico, torna-se mister, em um primeiro momento, abordar, ainda que de forma sumária, a autonomia da vontade nas relações jurídicas, mormente sob seu aspecto filosófico, sociológico e jurídico, já que tais mensagens influenciam diretamente na manifestação de vontade dos indivíduos.

O estudo da autonomia da vontade remonta aos gregos, identificando-se como manifestação da independência do homem, como ser racional, puramente instintivo (STRENGER, 2000, p. 33). A autonomia da vontade encontra seu fundamento na possibilidade de escolha da expressão intelectual, encontrando-se no mundo cultural.

No âmbito filosófico, destaca-se o pensamento de Aristóteles (apud KRETZ, 2005, p. 9) que, tratando da vontade, relaciona esta com a ação humana, dispondo que elas podem ser voluntárias (ações baseadas no poder da pessoa de praticar esta ação ou não) e involuntárias (ações sob compulsão ou ignorância). A vontade em Aristóteles está intimamente ligada à escolha, entendida como ato racional (não instintivo), que pressupõe o uso da razão e do pensamento, uma opção pelo bem ou pelo mal e, dessa forma, expressão da "excelência moral".[1]

Marilena Chauí (1995, p. 360) informa que, para Aristóteles, a vontade é expressão da liberdade, isto é, na visão aristotélica, a liberdade é o princípio para optar entre alternativas possíveis, realizando-se como decisão e ato voluntário, sendo a liberdade concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma ou ser autodeterminada. A vontade possui como fundamento a sua própria expressão como liberdade e está ligada à escolha, entendida como ato racional, que, como dito, requer uso da razão e do pensamento.

De fato, conforme ressalta Strenger (1968, p. 6), "[...] a vontade é uma transfiguração dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos dá a capacidade de executar atos da razão".

Sob o aspecto sociológico, o homem é diferente dos demais seres, justamente porque é racional. Como corolário da sua razão, o homem é um ser dotado de vontade, sendo

[1] Ver Aristóteles (1996, p. 154-155).

que esta se manifesta de acordo com estímulos que lhe são provocados. É nesta racionalidade que transparece a sua capacidade de demonstrar e expressar sua vontade na vida em sociedade e perante os seus semelhantes[2].

Émile Durkheim (1983 apud KRETZ, 2005, p. 11) afirma que o homem fora da sociedade perderia o caráter de se determinar diferentemente dos outros animais, ou seja, não é homem senão porque vive em sociedade. Segundo o autor, "Retire do homem tudo quanto é de origem social, e só restará um animal, análogo aos outros animais".

Destarte, percebe-se a importância do estudo da vontade dos indivíduos nas relações em sociedade. Juridicamente, a manifestação volitiva compreende um ato jurídico de vontade. O Código Civil brasileiro adota a categoria "fato jurídico" como geral, entendendo-a como sendo todo acontecimento capaz de produzir efeitos jurídicos.

Nas relações jurídicas, o agente se manifesta como entidade personificada juridicamente através de seu arbítrio, vale dizer, de sua capacidade de escolha que possui para fazer opções. Essa autonomia de arbítrio ou de vontade é que irá reger e determinar o comportamento, a atuação e a manifestação do pensamento do indivíduo em sociedade (KRETZ, 2005, p. 16). A capacidade de escolha do indivíduo (o direito de ser possuidor de autonomia da vontade para fazer opções) está intimamente associada à idéia de liberdade.

Autonomia da vontade, pois, consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses de autogoverno de sua esfera jurídica. "Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio de sua convivência com outros sujeitos jurídicos privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas". É o chamado "Poder de Livre Exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares – isto é, a autonomia privada que se manifesta na 'soberania do querer' – no império da vontade – que caracteriza essencialmente o direito subjetivo" (MOTA PINTO, 1999 apud KRETZ, 2005, p. 115).

A partir dessa noção introdutória, resta clara a importância do estudo da vontade dos indivíduos e do poder de sua autonomia ou autodeterminação nas relações jurídicas, especialmente na concretização dos negócios jurídicos, tema que se estuda no tópico que segue.

2.2. Extensão conceitual de negócio jurídico: pressupostos de existência e de validade

Pesquisas científicas comprovam que as mensagens subliminares influenciam na livre manifestação de vontade dos seus receptores. Como a vontade é elemento essencial dos negócios jurídicos, sob esse prisma se mostra oportuna a análise do seu conteúdo e extensão conceitual, sem, contudo, esgotar a matéria.

---

[2] Ver Kretz (2005, p. 11).

A teoria do negócio jurídico, de origem alemã, remonta a séculos de estudos. Foi adotada pela Itália e posteriormente por outros países do mundo.

Tal clássica teoria foi sofrendo fortes transformações em sua forma, principalmente no que tange ao elemento vontade, sendo adaptada, em especial, pelo pensamento iluminista, com o condicionamento da manifestação volitiva por normas de ordem pública.

Seu estudo é de suma importância, porquanto é por meio do negócio jurídico que se dá vida às relações jurídicas tuteladas pelo direito.

No Brasil, os negócios jurídicos tiveram especial atenção com a inovação do Código Civil de 2002. Antes, porém, sob a denominação de ato jurídico, eles já eram estudados e aperfeiçoados por juristas renomados, dentre os quais, destaca-se Clóvis Bevilaqua (1953, p. 261), um dos autores do anteprojeto do Código Civil de 1916, segundo o qual o ato jurídico seria "tôda manifestação de vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas", e San Tiago Dantas (1979, p. 258), para quem, relembrando De Ruggiero, "Ato jurídico seria toda declaração de vontade feita por um particular e dirigida a um fim protegido pela norma jurídica". Ato jurídico, então, para os citados autores, deveria ser conforme a vontade e as normas do direito.

Duas teorias explicativas do negócio jurídico surgiram ao longo do tempo: a teoria da vontade e a teoria da declaração. Para a primeira, o elemento gerador dos defeitos jurídicos é a vontade real (vontade interna), sendo sua declaração a simples causa imediata do efeito perseguido. Já para a segunda, nega-se à intenção o caráter de vontade propriamente dito, sustentando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a sua declaração, não importando a vontade real.

A par das duas teorias, conforme bem explica Pablo Stolze Gagliano (2007, p. 314),

> [...] se o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei, é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração de vontade, parece que não há negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Conceitua-se negócio jurídico, na doutrina moderna, como sendo a manifestada vontade que procura produzir determinado efeito jurídico. Cuida-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre várias possibilidades que oferece o universo jurídico.

Para Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 379), "Quando existe por parte do homem a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, estamos diante do negócio jurídico".

Antônio Junqueira Azevedo (2000), no mesmo sentido, conceitua negócio jurídico dizendo ser todo fato jurídico consistente em declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Negócio jurídico é, pois, a manifestação volitiva destinada a produzir efeitos jurídicos. Tem ele como elementos constitutivos os pressupostos de existência e validade, que se analisa sumariamente nos tópicos que seguem.

No plano existencial, encontram-se os chamados elementos constitutivos gerais do negócio jurídico, sem os quais não haveria que se falar em negócio. São eles: a manifestação de vontade, o agente emissor, o objeto e a forma.

A manifestação de vontade ou declaração de vontade é seu elemento essencial. Constitui sua própria existência, já que, quando não manifestada, não tem nenhuma influência no mundo jurídico. Pode ser expressa ou tácita, verbal ou escrita, ou mesmo dar-se por gestos ou atitudes, não importando a forma de exteriorização, contanto que demonstre vontade.

Como segundo elemento constitutivo do negócio jurídico, tem-se o agente emissor da vontade. Afinal, não há que se falar em ato se não existir sujeito. É imprescindível para a sua configuração existencial a participação do agente de direito, seja pessoa física ou jurídica.

O negócio jurídico também pressupõe objeto, que nada mais é senão a utilidade física ou ideal onde gira o interesse das partes. Assim, por exemplo, se as partes querem celebrar um contrato mútuo, a manifestação de vontade deverá recair sobre uma coisa fungível, sem a qual o negócio não existirá.

Como último elemento constitutivo, temos a forma, que é o tipo de manifestação pela qual a vontade chega ao mundo exterior (escrita, oral, silêncio ou sinais).

No mais, não basta que o negócio jurídico exista, é preciso que seja válido. Passa-se, então, a analisar os pressupostos de validade.

Para que decorra aquisição, modificação e extinção de direitos, conforme mencionado, é necessário que o negócio jurídico respeite alguns requisitos e, nesse passo, seja considerado válido.

Conforme dispõe San Tiago Dantas (1979, p. 269),

> [...] os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Para que, porém, produzam efeito, é indispensável que reúnam certo número de requisitos que

> costumamos apresentar como os de sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação e extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo.

O Código Civil brasileiro enumera, especialmente em seu art. 104, os pressupostos legais de validade do negócio jurídico como sendo: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 332), tal elenco, embora divulgado pela doutrina sob a denominação de pressupostos de validade do negócio jurídico, não reflete a amplitude teórica do plano de validade do negócio jurídico.

Os pressupostos de validade propriamente ditos são: a manifestação de vontade livre e de boa-fé; o agente emissor da vontade capaz *e* legitimado para o negócio; o objeto lícito*,* possível e determinado ou determinável e a forma adequada (livre ou legalmente prescrita).

Como primeiro pressuposto de validade, tem-se a manifestação ou declaração de vontade, que há de ser livre e não estar impregnada de má-fé. Os vícios do negócio jurídico, previstos pelo Código Civil em vigor, atacam a liberdade de manifestação de vontade ou a boa-fé, fazendo com que o ordenamento jurídico reaja, cominando pena de nulidade ou anulabilidade para os negócios portadores destes vícios.

Vejam que dois princípios devem convergir para que se possa reconhecer como válida a manifestação de vontade: o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé.

Segundo Giselda Hironaka (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 333), “A autonomia privada, conceito umbilicalmente ligado à noção de liberdade negocial, é a pedra de toque de toda a teoria do negócio jurídico. Traduz a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, respeitados ditames mínimos de convivência social e moralidade média”.

Uma coisa é indiscutível: a declaração deve conter a livre manifestação da vontade humana. Com efeito, é aqui se insere a relevância do estudo das mensagens subliminares, que, por atuarem em níveis imperceptíveis conscientemente pelo indivíduo, acabam por macular a sua manifestação de vontade livre e a boa-fé, elemento de validade do negócio jurídico.

Conforme bem ensina San Tiago Dantas (1979, p. 258),

> [...] deve-se saber que a vontade tem uma manifestação e que, por conseguinte, nela se pode distinguir dois momentos, o momento da vontade propriamente dita, i.e., da vontade tal qual como ela se apresenta na consciência do agente, e o momento da declaração da vontade, i.e., a expressão que o agente dá ao seu modo de sentir.

Sabe-se que a autonomia privada, então, deve ser livre, o que não significa dizer que deva ser irrestrita. No plano do Direito Constitucional, várias normas traduzem limitação ao exercício da autonomia privada e da livre iniciativa, em diversos setores. Podemos citar, a título de exemplo, o consagrado direito de propriedade, que se vincula à sua função social. Toda autonomia de vontade sofre, pois, como dito, limitações.

André Pinto da Rocha Osório Gondinho citado por Roberta Mauro (2001, p. 242) afirma que "A atuação da autonomia da vontade não pode mais ser considerada irrestrita, devendo respeitar o ordenamento e seus princípios tutelares, seja no âmbito das situações subjetivas reais, ou mesmo nas relações obrigacionais".

É preciso ver, entretanto, que todas essas limitações não significam a aniquilação da autonomia privada, mas sim um abrandamento, um limite à sua atuação.

Nesse ínterim, como apontado, a boa-fé surge como preceito ético informador da validade da vontade negocial. Não se está falando aqui só da boa-fé subjetiva (crença interna), pois esta não basta para se reconhecer a plena validade da manifestação volitiva, mas também da objetiva.

Ninguém consente, se não reforçar a expectativa de que a outra parte, não só quando da conclusão do negócio mas durante toda a sua execução, atuará conforme se espera de um homem prudente, diligente e probo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 336), configurando a boa-fé objetiva.

O novel diploma legal civil vigente cuidou de dispensar especial atenção e tratamento à boa-fé objetiva como cláusula geral, em seu art. 442: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". (BRASIL, 2009a).

Como segundo pressuposto de validade, temos o agente emissor da vontade capaz e legitimado para o negócio jurídico. Desde que seja plenamente capaz, poderá a pessoa física ou jurídica praticar atos e celebrar negócios em geral, na órbita jurídica.

O Código Civil de 2002 dispôs expressamente, como pressuposto válido ao negócio jurídico, a capacidade do agente, em seu art. 104: "A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz".

Atente-se para o fato de que não basta somente a capacidade do agente mas também a legitimidade para a prática de um ato específico, para que seja conferida validade ao negócio.

Nesse sentido, o Professor Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 210) leciona, dizendo:

> Mas, além das incapacidades genéricas, a lei prevê ainda motivos específicos, que obstam a que o agente, sem quebra de sua capacidade civil, realize determinados negócios

> jurídicos. A fim de não colidirem tais restrições com a teoria das incapacidades, é preferível designá-las como impedimentos.

Avançando no plano de validade, verifica-se a necessidade de o objeto do negócio jurídico ser lícito, possível e determinado ou determinável.

A licitude e possibilidade jurídica trazem a idéia de que o objeto está dentro dos limites legais, atento ao campo da permissibilidade normativa.

Beviláqua (1953, p. 263), sobre o tema, já alertava:

> A declaração da vontade deve ser conforme aos fins éticos do direito, que não pode dar apoio a institutos imorais, cercar de garantias combinações contrárias aos seus preceitos fundamentais. O ato jurídico há de ser lícito por definição (art. 81). Conseqüentemente, se o objeto do ato fôr ofensivo da moral ou das leis de origem pública, o direito não lhe reconhece validade.

Em outras palavras, o objeto deve ser idôneo, não podendo ser proibido pelo direito e pela moral. Não se admite, como por exemplo, que um particular transacione por contrato de compra e venda um objeto que seja bem de uso comum do povo (uma praça, por exemplo), pois, nesse caso, o negócio seria maculado de nulidade pela impossibilidade jurídica (ilicitude) de seu objeto.

No que diz respeito, ainda, ao objeto, deve ele ser determinado ou determinável, sob pena de prejudicar a validade ou mesmo a execução da avença. Todo objeto, pois, deve conter o mínimo de elementos que o individualizem e permitam caracterizá-lo.

Por fim, para que o negócio seja válido, deve ele conter forma adequada ou dela revestir-se (prescrita ou não defesa em lei). Em outras palavras, como último pressuposto de validade do negócio jurídico, tem-se a forma, que não deve ser confundida, enquanto elemento de existência do negócio jurídico, com a sua adequação, pressuposto de validade.

Conforme alertam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 344), no plano de existência, a forma, entendida como meio de exteriorização da vontade, é elemento constitutivo ou pressuposto existencial do ato, uma vez que não elide a formação do próprio negócio. Diferente é a hipótese de a legislação estabelecer um determinado tipo de forma para que o ato seja válido. Nesse caso, havendo desrespeito à lei, o negócio jurídico existirá, mas será fulminado de nulidade, por ser inválido.

Ultrapassados os pressupostos de existência e validade, passa-se ao estudo dos vícios ou defeitos do negócio jurídico, especialmente dos chamados vícios do consentimento, que, assim como as mensagens subliminares, geram máculas na livre manifestação de vontade.

2.5. Vícios do negócio jurídico

"A vontade é a mola propulsora dos atos e dos negócios jurídicos" (VENOSA, 2004, p. 434). Essa vontade deve ser expressada de forma idônea para que o ato tenha vida normal no universo negocial. Se a vontade não corresponder ao desejo do agente, o negócio jurídico pode estar sujeito a nulidade ou anulação.

Quando a vontade não se manifesta ou mesmo quando é absolutamente elidida, não há tampouco que se falar em negócio jurídico, pois ele é inexistente ou nulo, por lhe faltar requisito essencial. Quando a vontade é manifestada, mas com vício ou defeito que a torne mal externada, há, num primeiro momento, o negócio jurídico anulável.

Os vícios do negócio jurídico são defeitos que impedem que a vontade seja declarada livre e de boa-fé, o que acaba prejudicando a validade do negócio jurídico. Trata-se de defeitos dos negócios, que se classificam em vícios de consentimento – aqueles cuja vontade não é expressa de maneira absolutamente livre – e vícios sociais – aqueles em que a vontade expressada não tem, de fato, a intenção pura e a boa-fé necessária.

Os vícios do negócio jurídico, então, seguindo a sistemática do Código Civil de 2002, são divididos em duas modalidades: vícios do consentimento e vícios sociais. Os do consentimento são o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo. Tais vícios afetam a vontade intrínseca do agente e a manifestação de vontade é maculada. Os vícios sociais são a simulação e a fraude contra credores, que, por guardarem pouca relação com o tema em discussão, não serão estudados.

Como primeiro dos vícios do consentimento, tem-se o erro. O atual Código Civil equiparou os efeitos do erro aos da ignorância.

O erro apresenta-se mediante manifestação psíquica errada da realidade, isto é, o sujeito não interpreta corretamente um fato, caindo em erro. É a forma de representação psíquica desacertada, contrária à verdade. Cuida-se, na verdade, do desconhecimento de um fato que leva o agente a emitir sua vontade de modo diverso do que a manifestaria se tivesse conhecimento exato daquele fato.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 356), "Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede em erro". O erro só é considerado causa de anulabilidade do negócio jurídico se for essencial e escusável. Conforme prescreve o Código Civil: "Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio".

Substancial é o erro que incide sobre dado essencial do ato praticado, sem o qual não teria se concretizado. Cita-se, como exemplo, o caso de uma pessoa que, querendo

comprar um relógio de ouro, compra um de metal dourado. Houve erro no elemento essencial do negócio.

O novo Diploma Civil, mormente em seu art. 139, enumera as seguintes hipóteses de erro essencial (substancial): a) quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais; b) quando concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído de modo relevante; c) sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for motivo único ou principal do negócio jurídico.

O erro, para se tornar invalidante, tem de ser, ainda, escusável, ou seja, desculpável, dentro dos padrões que se espera do homem médio, de prudência normal. No caso do exemplo citado, é escusável o erro, para alguém que não tem experiência no ramo de jóias, de comprar uma cópia fiel de relógio de ouro, mas não o é, por exemplo, para um ourives, especialista em tal comércio.

Destaca-se que o erro facilmente perceptível não anula o negócio jurídico, justamente para não trazer grande instabilidade às relações jurídicas (art. 138, CC/2002).

Outro vício do consentimento é o dolo. Nada mais é senão o erro provocado por terceiro e não pelo próprio sujeito enganado. A diferença entre erro e dolo está no fato de que o erro decorre de equívoco da própria pessoa, que se engana sozinha, enquanto o dolo é o erro provocado na pessoa pela outra parte do negócio. Em suma, o erro é espontâneo e o dolo é provocado.

Clóvis Beviláqua (1953, p. 273) define o dolo como sendo "[...] o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro".

A doutrina, no entanto, tem dispensado a prova do efetivo prejuízo para a caracterização do dolo. Na lição de Carvalho Santos citado por Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 353):

> A melhor doutrina, parece-nos, afasta do conceito do dolo qualquer exigência do prejuízo que venha a sofrer o indivíduo enganado. Basta que o artifício tenha sido empregado para induzir a pessoa a efetuar um negócio jurídico, o que não seria conseguido, na convicção do agente do dolo, de outra maneira. O que se visa, afinal, não é um prejuízo, mas sim obter para si ou para outrem certa vantagem que, aliás, pode algumas vezes não redundar em prejuízo ou dano à pessoa iludida.

O dolo que sujeita o negócio à anulação é o chamado dolo principal, e não o *dolus bonus*, aquele em que um dos contratantes ressalta excessivamente as qualidades do produto ou serviço. Este dolo é tolerado, ao contrário do primeiro, porque o destinatário já o espera por parte do outro contratante.

Para Eduardo Espínola (apud MONTEIRO, 2000, p. 2006), são três os elementos que tornam o dolo principal vício de consentimento: a finalidade de levar o declarante a praticar um ato jurídico; a gravidade do artifício fraudulento utilizado e o artifício como causa da declaração de vontade.

Washington de Barros Monteiro e Serpa Lopes citados por Venosa (2004, p. 458) enumeram os requisitos do dolo baseados em Espínola como sendo: a) que haja intenção de induzir o declarante a praticar o negócio jurídico; b) que ocorra a utilização de recursos fraudulentos graves; c) que esses artifícios sejam a causa determinante da declaração de vontade; d) que os procedam do outro contratante ou sejam por este conhecido como procedentes de terceiros.

Quando se fala, ainda, em dolo, mormente quanto à atuação do agente, ele poderá ser positivo ou negativo. O primeiro decorre de uma atuação comissiva (*v.g.,* o vendedor que engana o adquirente quanto à natureza de um produto). O segundo é fruto de uma omissão, como é o caso do silêncio intencional de umas das partes, levando um dos agentes a praticar o negócio diverso do que pretendia.

Outro vício do consentimento de suma importância é a coação. Segundo Francisco Amaral (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 356), a coação é a ameaça com que se constrange alguém à prática de um ato jurídico. Para o autor, "A coação não é, em si, um vício da vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação do querer do agente. Configurando-se todos os seus requisitos legais, é causa da anulabilidade do negócio jurídico".

Enquanto o dolo se apresenta pelo uso do ardil, da malícia, a coação remonta à violência, seja ela física (*vis absoluta)* ou moral (*vis compulsiva).*

A coação física é a que age diretamente sobre a base corporal da vítima. A doutrina tem entendido que esse tipo de coação neutraliza de forma completa a manifestação de vontade do agente emissor, tornando o negócio jurídico inexistente e não simplesmente anulável.

A coação moral, lado outro, é a que incute no agente um temor constante e capaz de perturbá-lo, a ponto de ele manifestar seu consentimento de maneira deturpada. Nesse caso, o agente tem a oportunidade de escolher se pratica ou não o ato, caso em que, praticando-o sob ameaça, por estar a vontade turbada, o negócio é inválido (anulabilidade).

Em resumo, podem-se apontar os seguintes requisitos para a caracterização da coação: violência psicológica; declaração de vontade viciada; receio sério e fundado de grave dano à sua pessoa ou a pessoas próximas ou aos seus bens.

O Código Civil de 2002, aumentando o rol de vícios do consentimento, codificou o instituto da lesão e do estado de perigo.

Conceitua-se lesão como sendo o prejuízo conseqüente da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes.

Já o estado de perigo é um defeito do negócio jurídico que se assemelha ao estado de necessidade no direito penal. Configura-se quando o agente, diante de uma situação perigo – conhecida pela outra parte do negócio –, manifesta vontade para garantir um direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação extremamente onerosa.

O estado de perigo não se confunde com a lesão. Aquele remonta a uma situação em que o declarante, para salvaguardar direito seu o de outrem – próximo – celebra um negócio jurídico, assumindo obrigação por demais onerosa. A lesão, por sua vez, traduz situação em que o contratante, por razões econômicas ou por inexperiência, é levado a contratar, de forma que seja prejudicado.

Em ambos os casos, é preciso lembrar, aplica-se o disposto no artigo 157, §2º, do Código Civil, que informa que "Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

Aqui se encerram os vícios do consentimento, sendo a simulação e a fraude contra credores vícios sociais, que não atingem a livre manifestação de vontade dos agentes, não guardando, nessa alheta, relação com a matéria e, por isso, sem abordagem no presente trabalho.

3. Mensagem subliminar

3.1. Conteúdo e extensão conceitual

As mensagens subliminares vêm sendo analisadas desde o século passado por estudiosos de vários ramos da ciência, objetivando a comprovação dos seus efeitos no comportamento humano.

A psicologia apresenta o primeiro conceito de mensagem subliminar ao defini-la como sendo qualquer estímulo abaixo das barreiras do consciente que, não obstante, produz efeitos significativos na atividade psíquica.

Etimologicamente, a origem da palavra subliminar vem da fusão das palavras latinas "sub" (abaixo de) e "limen" (limiar), ou seja, aquilo que passa abaixo ou não passa do limiar da consciência. Flávio Mário de Alcântara Calazans (2006, p. 17), ícone no estudo das mensagens subliminares no Brasil, informa que são elas:

> [...] as mensagens que nos são enviadas dissimuladamente, ocultas, abaixo dos limites de nossa percepção consciente e que vão influenciar nossas escolhas, atitudes, motivar as tomadas de decisões posteriores; entram na mente de contrabando, como um vírus de computador que fica inerte, latente, ativado só na hora certa.

Wilson Bryan Key (1974), no entanto, dispõe que as primeiras referências à percepção subliminar remontam ao tempo de Demócrito (400 a.C), quando este afirmava que "Nem tudo o que é perceptível pode ser claramente percebido".

Entre vários exemplos, segundo Calazans (2006, p. 32), Key (1974) cita Montaigne em 1580 e Leibniz em 1968, que afirmavam existirem "[...] inumeráveis percepções praticamente inadvertidas, mas que se tornam óbvias por meio de suas conseqüências", e Poetzle, que em 1919 teria feito uma das primeiras descobertas cientificamente comprovadas sobre a estrutura da percepção subliminar, formulando a "Lei de Exclusão". Para Poetzle, um estímulo captado conscientemente não se manifesta nos sonhos subseqüentes, isto é, o conteúdo dos sonhos consiste nas informações percebidas subliminarmente. Todos os dados excluídos da percepção consciente são gravados subliminarmente, sendo este o material processado nos sonhos.

A equipe de Poetzle documentou que os olhos realizam cerca de mil fixações diariamente, sendo que apenas uma ínfima porcentagem desses focos se fixa conscientemente. O restante é subliminar.

Embora os estudos sobre as mensagens subliminares remonte a séculos de estudos, foi no século passado que eles se tornaram públicos quando, em 10 de junho de 1956, o correspondente em Nova York do jornal "Sunday Times", de Londres, publicou uma matéria com o título "Sales through the subconscious – invisible advertisement", informando superficialmente os efeitos subliminares que certos anunciantes experimentavam em meados de 1956 em um cinema de Nova Jersey, insinuando que uma mensagem de venda estaria nas telas onde os receptores não poderiam percebê-la conscientemente.

Com o passar dos anos, mormente com o aumento dos estudos das mensagens subliminares e com a prova dos efeitos que elas produziam nos seus receptores, o número de casos com seu uso para influenciar a livre manifestação de vontade dos indivíduos aumentou, tendo o Direito demonstrado interesse pelo tema.

3.2. Casos polêmicos de mensagem subliminar

A matéria que alhures se fez menção versava sobre o famoso caso de uso de mensagem subliminar, ocorrido em uma sessão de cinema, em junho 1956, onde a firma de Jim Vicary, Subliminal Projection Company, fez uso do taquicoscópio em Fort Lee, Nova Jersey, Estados Unidos, projetando a cada cinco segundos sobre o filme "Picnic" a frase "Beba Coca-Cola" e "Coma Pipoca", a uma velocidade de 1/3.000 de segundo por vez. O *slide* era projetado sobreposto ao filme, rápido demais para ser percebido conscientemente, mas a repetição do sinal subliminar causava efeitos no subconsciente do público, aumentando a venda de refrigerantes e pipocas nos intervalos. Calazans (2006, p. 26) diz que, segundo a revista Advertising Age, o experimento de Vicary teria aumentado em 57,7% as vendas de Coca-Cola e 18,10% de pipoca naquele local.

Recentemente, porém, notadamente na última eleição para presidente dos Estados Unidos, noticiou-se o famoso caso de mensagem subliminar com fins eleitoreiros, quando o então presidente Jorge W. Busch, através do seu partido, fazendo propaganda contra candidato do partido Burocratas, veiculou uma mensagem subliminar onde, em

uma velocidade acelerada, destacava-se, em meio a frase "Tehe Gore Prescription Plan: Bureaucrats Decidis", a palavra RATS, incutindo no inconsciente dos eleitores que o candidato da oposição era um rato. Segundo Osmar Freitas (apud CALAZANS, 2006, p. 70), correspondente em Nova York da revista Isto É, "[...] caracterizava-se, assim, um dos mais clamorosos exemplos de propaganda subliminar jamais descobertos".

Outro caso foi o da empresa de cigarros FREE, que foi a primeira no Brasil a ter seu comercial retirado do ar por uso de mensagens subliminares (ação movida pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Brasília – Inquérito Civil nº 1/2000). Ao decompor o anúncio quadro a quadro, os psicólogos encontraram o que consideram ser propaganda subliminar. Um laudo do Instituto de Medicina Legal do Distrito Federal, no qual três psicólogos analisam o comercial do FREE, confirmou a existência de mensagens subliminares, sendo canceladas 240 veiculações do comercial. Por três décimos de segundo, digo, em uma fração de tempo imperceptível aos olhos humanos, aparece uma menina fumando (CALAZANS, 2006, p. 70).

Calazans (2006, p. 72) conta que a emissora MTV também foi condenada a pagar danos morais difusos de, no mínimo, R$ 1 (um real) a cada um dos 7,4 milhões de pessoas que assistiram a um clipe que possuía mensagens subliminares de cenas de sadomasoquismo. Os promotores de justiça destacaram os "danos irreparáveis" que podem ser causados a toda coletividade, principalmente ao público jovem, de 15 a 20 anos, alvo da emissora. Durante o clipe, em frações rápidas demais para serem vistas a olho nu, aparecem mais de 100 fotos de mulheres e crianças nuas em cenas de sadomasoquismo, inclusive cenas de pedofilia.

As mensagens subliminares também chegaram aos desenhos da Disney. Em 1999, segundo o jornal a Folha de São Paulo, foi encontrado no desenho Bernardo e Bianca uma mulher com os seios nus em uma das janelas por onde os "ratinhos" passavam em dado momento do filme. A cena acontece aos 28 minutos e é imperceptível sem que se analise quadro a quadro. A Disney admitiu ter encontrado imagens subliminares nesta animação, sendo obrigada a recolher 3,4 milhões de fita em locadoras de vídeo só nos Estados Unidos, como diz Calazans, referindo-se a informações retiradas de A Folha de São Paulo (2006, p. 71).

Numerosos artigos de psicologia experimental continuam sendo publicados até hoje em todo mundo, pesquisando a tecnologia de projeção subliminar taquiscocópica. A quantidade evidencia a validade e a importância científica do subliminar, demonstrando, nesse passo, que o Direito se interessa pela mensagem subliminar.

Países como Estados Unidos e Espanha já proíbem em suas legislações consumeristas o uso das mensagens subliminares. Para o Direito brasileiro, em especial para o Código de Defesa do Consumidor, já existe um projeto de lei – Projeto de Lei nº 5.047/2001, de autoria do ex-deputado federal João Herrmann Neto – que acrescenta o art. 37-A à Lei nº 8.069/90, vedando expressamente o uso da sensibilização subliminar na propaganda comercial veiculada às emissoras de radiodifusão de sons

e imagens, nos canais de televisão por assinatura e em salas destinadas à exibição de filmes, tipificando, inclusive, o uso da mensagem subliminar, no art. 69-A, do mesmo diploma legal, como crime contra as relações de consumo (BRASIL, 2009b). No Direito Eleitoral, também é vedada a propaganda eleitoral subliminar.

3.3. Formas de atuação das mensagens subliminares

De fato, existem várias formas de mensagens subliminares capazes de atuar no subconsciente humano; as mais comuns, porém, remontam a percepções visuais, que entram em nossas mentes, sem dar-nos chance de defesa.

Leonel Bellenger (apud CALAZANS, 2006, p. 41) explica que nós recebemos múltiplas mensagens durante todo tempo e nossa atenção seletiva filtra e focaliza em um único canal sensório, deixando todo o resto subliminar.

Jacob Bazarian (apud CALAZANS, 2006, p. 40) diz que tais informações entram na mente "de contrabando" e se depositam na memória subliminar ou subconsciente.

Carl Gustav Jung, explicando o tema sob o conceito da psicologia analítica, compara a consciência a um holofote que pode ser dirigido a em uma área de interesse, deixando na sombra subliminar todo o mundo de informações não focalizadas. Segundo o autor, os pensamentos e idéias não iluminados, esquecidos, não deixam de existir; encontram-se em um estado latente, adormecidos em um estado subliminar, além do limite da atenção consciente ou da memória, o que não impede que a qualquer momento possam surgir espontaneamente. Afirma que o inconsciente contém todas as impressões subliminares sem energia para alcançar a superfície da consciência. Segundo ele, "O inconsciente dispõe de percepções subliminares cujo espectro e extensão toca os raios do maravilhoso". Também dispõe que "As rápidas intuições que deram nossas decisões seriam fruto de conteúdos subliminares". Nesse passo, toda informação não focalizada com interesse seria um ruído subliminar acumulado na sombra do inconsciente pessoal, alimentando as intuições (apud CALAZANS, 2006, p. 40-41).

Nilson Bryan Key (apud CALAZANS, 2006, p. 21) aborda a morfologia celular do olho humano, apresentando a fóvea, parte central do olho, do tamanho de uma cabeça de alfinete, composta pelas células cones, como foco da visão inconsciente. Para Key, a enorme quantidade de informação subliminar que entra na visão periférica de contrabando é que será o conteúdo dos sonhos, como já explicava Poetzle.

Flávio Calazans (2006, p. 49) propõe uma fórmula esquemática para explicar as mensagens subliminares. Para ele, o subliminar estaria na maior quantidade de informação em menor tempo de exposição. O excedente de informações seria passivamente assimilado pelo inconsciente pessoal ou subconsciente, sendo que a saturação subliminar seria resultante da falta de tempo para pensar nas imagens.

Assim, toda informação não focalizada com interesse seria um fundo indiferente, um ruído subliminar acumulado sobre o inconsciente pessoal, alimentando as intuições.

Luiz Eugênio de A. M. Mello, professor de neurofisiologia da Unifesp (Universidade Federal de São Paulo), afirma que:

> Com base em estímulos visuais subliminares, um dos pioneiros na área, Howard Shevrin, indicou, há quase 30 anos, possíveis bases para os conceitos freudianos de consciente e inconsciente. Nesses estudos, pessoas com medo de falar em público eram sublinarmente expostas a palavras associadas a esses medos. Por exemplo, um estudante com medo por não querer parecer desrespeitoso era exposto às palavras 'rebelde' e 'selvagem' [...] é fascinante que um estímulo subliminar, tênue seja processado mais rapidamente que um duradouro e intenso. Ainda mais fascinante é o fato de podermos ter memória desses eventos. Essa forma de memória inconsciente, também conhecida por efeito de mera exposição (do inglês *mere exposure effect*), representa a capacidade de eventos subliminares anteriores influenciarem uma decisão. Em estudo publicado no journal of Neuroscience (15. jun. 1998), Rebecca Elliot e Raymond Dolan, usando temografia por emissão de pósitrons (PET, uma técnica que permite 'ver' o cérebro em funcionamento), demonstraram uma ativação do córtex pré-frontal lateral direito associada a essa forma de memória implícita. (apud CALAZANS, 2006, p. 50).

Pesquisas posteriores ao experimento de Vicary comprovaram, além do uso taquiscoscópico, a existência de novas técnicas subliminares, como, por exemplo, a engenharia sonora subliminar e as texturas, também capazes de influenciar no comportamento humano. Todas, de algum modo, atingem níveis tão baixos, que são imperceptíveis aos órgãos sensoriais; mas todas, sem exceção, influenciam no comportamento humano e, conseqüentemente, são capazes de influir nos negócios jurídicos, cuja base é a vontade livre e de boa-fé.

4. Mensagem subliminar e negócio jurídico

4.1. Propaganda subliminar

Considerando o uso das mensagens subliminares na propaganda como meio rápido de atingir os receptores/consumidores, justifica-se uma abordagem sobre o seu conceito.

Propaganda é toda forma de comunicação voltada a público determinado ou indeterminado que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de idéias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade (NUNES JÚNIOR, 2001, p. 16).

Segundo Flávio Calazans (2006, p. 24), o termo propaganda tem origem etimológica na palavra latina *pangere,* ou seja, plantar. Todo ato de comunicação visual visa, assim, plantar uma mensagem no receptor, na forma de propaganda (publicidade) ou propaganda ideológica, política ou eleitoral.

Essas formas de comunicação (mensagens) são transportadas pelas mídias (meios de comunicação em massa) que veiculam as mensagens, dissimuladas dentro da programação ou explicitamente, no espaço dos anunciantes ou patrocinadores. Segundo Calazans (2006, p. 24), todo um mundo de vida é comunicado subliminarmente, tal qual uma neblina, suave e dissimulada, bombardeando o consumidor de mensagens por todos os canais sensórios, sinestesicamente, em todas as mídias (jornais, revistas, cinema, televisão). Essas mensagens, segundo o autor, que paulatinamente levam à adesão, inconscientemente reforçando a cognição consciente gerada pela campanha publicitária tradicional, constituem a propaganda subliminar, que ele mesmo denominou de propaganda subliminar multimídia.

Adalberto Pasqualotto (apud RESENDE, 2008), entre outros, afirma que é em tais condutas abusivas, tendo em vista a impossibilidade de prevê-las totalmente, que se enquadra a publicidade ou propaganda subliminar. Para eles, a publicidade ou propaganda estaria usando de mensagens subliminares para inserir um produto, manipulando o consumidor com estímulos de baixíssimo nível de percepção, que ainda que não se possam identificar, seu subconsciente absorve e assimila a informação sem nenhuma barreira consciente.

Ainda, segundo Pasqualotto “Os estímulos seriam tão fracos ou de duração tão efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar no comportamento” (apud RESENDE, 2008).

Atualmente, a maioria das pessoas ainda considera a mensagem subliminar como sendo “lenda urbana”, o que não se justifica por nenhum fundamento técnico ou científico. Mas Flávio Calazans (2006, p. 236) nos alerta:

> Pode parecer paranóia, mas as dúzias de autores citados indicam o contrário. Sérias pesquisas de grande porte, patrocinadas por multinacionais com verbas absurdas e alta tecnologia empregada, também são um sinal da importância dada aos subliminares. Tantas dissertações de mestrado e teses de doutorado apontam a validade científica dessa linha de pesquisa, já secular nas universidades européias e norte-americanas [...]; tanta gente assim não pode estar errada por séculos.

Observa-se que a tecnologia subliminar aplica-se às mídias mais variadas possíveis, tais como jornais, revistas, cinema, televisão e internet. Podem-se embutir imagens dentro de imagens, desenhos, filmes e hologramas, o que comprova ser adequado denominar as mensagens subliminares utilizadas na propaganda de “Propaganda Subliminar Multimídia” (CALAZANS, 2006, p. 236).

Vejam que a livre manifestação de vontade dos indivíduos é maculada pelas mensagens subliminares, sendo tais, hodiernamente, com o avanço da tecnologia, muito utilizadas na propaganda ou publicidade como forma de influenciar na formação dos negócios jurídicos.

Pertinente, portanto, traçar a relação das mensagens subliminares com os vícios do consentimento, em que a vontade é deturpada de alguma forma.

4.2. Relação da mensagem subliminar com os vícios do consentimento

Vimos que, para que o negócio jurídico exista, deve haver vontade. Conforme bem aponta Venosa (2004, p. 434), "A vontade é a mola propulsora dos atos e dos negócios jurídicos", sendo, pois, seu elemento essencial. Essa, entretanto, por si só, embora torne o negócio existente, não o torna válido, pois a sua validade pressupõe que a vontade seja livre e consciente, sem nenhum vício ou deturpação.

É sabido que as mensagens subliminares nos são enviadas a todo o tempo de forma astuciosa, através de recursos imperceptíveis aos olhos humanos, mas afetando sobremaneira o nosso subconsciente. Certo é, também, que essas mensagens entram em nossa mente sem permissão, agindo, segundo Calazans, "[...] como um vírus de computador que fica inerte, latente, só ativado na hora certa". Atuam de forma oculta, abaixo do limiar da consciência, e acabam por influenciar em nossas escolhas e atitudes, motivando a posterior tomada de decisões.

Consubstanciando o fato de que a vontade é elemento essencial do negócio jurídico com o fato de que a mensagem subliminar é capaz de refletir em nossa livre manifestação volitiva, torna-se forçoso reconhecer que ela pode macular a vontade dos seus receptores, viciando, assim, o consentimento.

Ocorre que, muito embora as ditas mensagens se apresentem claramente como uma deturpação da vontade do agente, afetando seu consentimento quando da realização de um negócio jurídico, elas não se enquadram em nenhum dos defeitos destacados no Código Civil, malgrado se assemelhem a alguns deles.

Isso porque, na verdade, os chamados vícios do negócio jurídico, notadamente os vícios do consentimento, estão previstos pelo diploma legal civil vigente, caracterizados somente por erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo.

As mensagens subliminares não se enquadram no conceito de erro, pois este se caracteriza pela manifestação psíquica errada da realidade, isto é, o próprio sujeito não interpreta corretamente um fato, caindo em erro.

Também não se enquadram em dolo e, ainda que sejam uma forma odiosa com a finalidade de levar o declarante a praticar um ato jurídico, com gravidade do artifício fraudulento utilizado e como causa da declaração de vontade, não apresentam um falseamento da realidade. Em outras palavras, a título de exemplo, cita-se o agente que, sob os efeitos de uma mensagem subliminar da Coca-Cola, começa a comprar

compulsivamente este produto. Embora tenha realizado o negócio jurídico na compra do refrigerante por uma atuação maliciosa e intencional da aludida empresa, sabia ele perfeitamente das qualidades e dos malefícios do produto, não havendo, portanto, um falseamento da realidade, o que caracterizaria o dolo.

Os subliminares, lado outro, poderiam se enquadrar em coação, não fosse o fato de que este vício deixa ao agente a opção de escolher se pratica ou não o negócio jurídico mediante a *vis compulsiva,* enquanto aqueles não lhe dão esse poder de escolha.

No que tange à lesão e ao estado de perigo, não há como comparar as mensagens subliminares com tais vícios, pelo próprio conceito destes, já que o primeiro trata do prejuízo conseqüente da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 360) enquanto o segundo se dá quando o agente, diante de uma situação de perigo – conhecido pela outra parte do negócio –, manifesta vontade para garantir um direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação extremamente onerosa.

Assim, não obstante as mensagens subliminares remontem a um artifício intencional que macula a livre manifestação de vontade, não há, num primeiro momento, como enquadrá-la em nenhum vício do consentimento no negócio jurídico, pois tais defeitos já estão expressamente previstos no Código Civil.

5. Conclusão

Toda civilização tem por base o princípio da liberdade de escolha, do livre-arbítrio e autonomia privada. O núcleo das relações jurídicas, em especial dos negócios jurídicos, está na livre manifestação de vontade. De livre espontânea vontade se celebra um contrato. Espontaneamente, através da livre manifestação volitiva, se diz sim ao matrimônio. As eleições e o ato de votar estão estritamente atrelados à livre escolha, já dizia Calazans (2006, p. 236).

Nesse contexto, o plano de existência do negócio jurídico tem como um dos seus pressupostos a manifestação de vontade, sendo que esta, para que seja válida, deve vir consciente e livremente declarada.

As mensagens subliminares, ocultas, dissimuladas, vêm sendo maliciosamente utilizadas – na maioria das vezes por empresas com fins econômicos –, visando a venda de produtos e serviços. Apresentam-se como uma forma odiosa de deturpação da vontade dos indivíduos, maculando o consentimento na formação do negócio jurídico.

Com o presente estudo, pôde verificar-se que as mensagens subliminares, muito embora remontem a um vício na livre manifestação de vontade, não se enquadram em nenhum dos vícios do negócio jurídico previstos pelo Código Civil atual.

Em um primeiro momento, tais mensagens se assemelhavam ao dolo e à coação. Entretanto, analisando esses dois defeitos, constatou-se que, não obstante as semelhanças, eles tinham peculiaridades que os diferenciavam das mensagens subliminares.

Verificou-se ser o dolo uma forma astuciosa utilizada por um dos agentes com a finalidade de levar o declarante a praticar um ato jurídico, sendo necessária a gravidade do artifício fraudulento utilizado como causa da declaração de vontade que o levasse a erro. Nesse prisma, a mensagem subliminar, embora também seja uma forma maliciosa e grave, utilizada por um dos agentes para induzir o outro à prática de um negócio jurídico, não se enquadra perfeitamente ao conceito de dolo, pois, este, para sua configuração, necessita de um falseamento da realidade pelo prejudicado capaz de fazê-lo celebrar o negócio, enquanto as mensagens subliminares não.

A coação (moral), por sua vez, mostrou-se um vício do negócio jurídico que incute no agente um temor constante e capaz de perturbá-lo, a ponto de levá-lo a manifestar seu consentimento de maneira deturpada. Nela, o agente teria a oportunidade de escolher se pratica ou não o ato, caso em que, praticando-o sob ameaça, por estar a vontade turbada, o negócio seria inválido. É justamente nesta opção de escolha que as mensagens subliminares não se enquadram em coação, pois elas, por atuarem no inconsciente humano, não dão chances de escolhas aos indivíduos.

Com efeito, o que se conclui é que os vícios do consentimento estão previstos no ordenamento jurídico, mas não esgotam todos os defeitos existentes na manifestação de vontade. Bem verdade é que não poderia o legislador prever todos os atos que viciassem a vontade das pessoas.

É preciso ver que as mensagens subliminares, por afetarem a livre manifestação de vontade, devem gerar a anulabilidade do negócio jurídico, muito embora inexista expressa previsão legal para tanto. O que não se pode é referendar um negócio jurídico celebrado sob efeitos subliminares.

Países como Estados Unidos e Espanha já proíbem, em suas legislações sobre consumo, o uso das mensagens subliminares. De fato, o legislador brasileiro também já começa a volver os olhos para este artifício ardil. Para o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, já existe um projeto de lei (Projeto de Lei nº 5.047/2001, de autoria do ex-deputado federal João Herrmann Neto) – atualmente arquivado – que acrescenta o art. 37-A à Lei nº 8.069/90, vedando expressamente o uso da sensibilização subliminar na propaganda comercial veiculada às emissoras de radiodifusão de sons e imagens, nos canais de televisão por assinatura e em salas destinadas à exibição de filmes, tipificando, inclusive, o uso da mensagem subliminar, no art. 69-A do mesmo diploma legal, como crime contra as relações de consumo. No Direito Eleitoral, *mutatis mutandis,* também é vedada a propaganda eleitoral subliminar.

Levando a sério o preceito constitucional de que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, surge, agora, a indagação no campo

do direito civil sobre o que seriam as mensagens subliminares na teoria do negócio jurídico, considerando que elas, em um primeiro momento, não se enquadram no conceito de nenhum dos vícios elencados pelo novel Código Civil.

6. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 3. ed. São Paulo, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed., v. 1, Editora Paulo de Azevedo Ltda., Rio de Janeiro: 1953.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http//www.presidenciadarepublica.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2009a.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.047/2001*: que modifica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, proibindo a veiculação de propaganda contendo mensagem subliminar. Disponível em: <http//www.camara.gov.br/sileg/integras/158202.htm>. Acesso em: 21 nov. 2009b.

CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. *Propaganda Subliminar Multimídia*. 7. ed. São Paulo: Summus, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1995.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942 – 1945]. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*: A Moral, o Direito e o Estado. Trad. J. B. Damasco Pena. São Paulo: TA Queiroz, 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KEY, Wilson Bryan. *Subliminal Seduction*. Nova York: Signet Books, 1974.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MAURO, Roberta. Direitos reais e autonomia da vontade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 242, jul./set. 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* – Parte Geral. 37. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito*. Civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial*: proteção e limites na Constituição de 1998. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RESENDE, Vinícius Mattos Fereira. *Publicidade Abusiva Subliminar*. Disponível em: <http//www.lfg.com.br/intensivoregular/aula6.11/03/08>. Acesso em: 20 jun. 2008.

STRENGER, Irineu. *Da Autonomia da Vontade* – Direito Interno e Internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Artigo recebido em: 27/10/2009
Artigo aprovado em: 28/04/2010

CRISE DO PACTO SOCIAL: CONTRIBUIÇÕES DO FUNCIONALISMO PENAL SISTÊMICO ÀS FUNÇÕES ESTATAIS

ANDRÉ PEDROLLI SERRETTI
Acadêmico da Faculdade de Direito Milton Campos
Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

RESUMO: O presente trabalho destina-se a analisar os fundamentos sociológicos da teoria do direito penal do inimigo e suas funções para o sistema social. A partir do marco teórico: função do direito como estabilizador de expectativas normativas, da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, e da teoria dos fins da pena e do direito penal do inimigo, elaboradas pelo professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, desenvolvi o seguinte trabalho, com o intuito de refletir sobre algumas alternativas que talvez possam contribuir com as funções do sistema social na sociedade pós-moderna, marcada pela complexidade, contingência e pela relação entre confiança e risco. Tais alternativas são referentes à implementação de uma política criminal mais adequada à sociedade contemporânea e são condizentes com os estudos atuais da sociologia.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Social; Funcionalismo Penal; Teoria dos Sistemas Sociais; Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT: This article is a brief analysis of some aspects of the State activity related to its main function – the promotion of security – and makes some suggestions of some legal institutes that could contribute to improve this activity. In the light of the main concept - law as a stabilizer of social expectations, from the Social Systems Theory, created by Niklas Luhmann, and the theories of the objectives of the penalty and the enemy criminal law, created by the Professor of the Bonn University, Günther Jakobs - this paper attempts to formulate some alternative practices that aim to enable one to improve the State function in our postmodern society, marked by complexity, contingency and by the relation between risk and confidence.

KEYWORDS: Social contract; criminal functionalism; Social Systems Theory; Enemy Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alguns apontamentos para a compreensão do Estado moderno e do contrato social. 3. O dilema da sociedade pós-moderna: da renúncia ao instinto ao retorno ao instinto. 4. A sociedade pós-moderna a partir da ótica sistêmica: complexidade e contingência. 5. Introdução ao funcionalismo jurídico-penal sistêmico. 6. A importância da proteção da vigência de normas. 7. Socialidade *versus* subjetividade. 8. O risco. 9. O direito penal do inimigo. 10. A pertinência social contemporânea do tratamento penal diferenciado. 11. Conclusão.

1. Introdução

A teoria contemporânea do Estado deve rever os fundamentos teóricos do Estado e os princípios que orientam sua atuação, conforme será demonstrado. Na sociedade atual, em que os valores presentes se mostram bastantes diversos daqueles vigentes há um século, a noção de pacto social, origem da sociedade organizada, do Estado e do mundo civilizado reclama releitura. Deve-se passar do prisma da mera formalidade para o prisma da efetividade das prestações, de ambos os contraentes. Não basta que o Estado exista, possua diversas funções voltadas à manutenção da vida em sociedade e as busque, ele deve essencialmente conseguir efetivar suas metas. Quando a atividade estatal é ineficiente, os integrantes da sociedade tendem a repensar se realmente vale a pena ceder parcela de seus direitos à formação de um ente superior, assim se inclinando ao estado de natureza. Por outro lado, a existência do indivíduo não basta em si mesma. Não se concebe uma vida em sociedade sem a abstenção de determinadas condutas socialmente danosas. É justamente quando ambas as prestações – do Estado e do indivíduo - se efetivam, que observamos o equilibrado funcionamento do sistema social. Mas, se os mecanismos institucionais não são eficazes no combate à violação às legitimas expectativas existentes no sistema social, eles não servem. Determinadas condutas dão ensejo a situações gravosas, que clamam por respostas à sua altura, e é papel do Estado implementar tais respostas para a proteção da estabilidade das relações sociais, assim inevitavelmente protegendo o elemento humano que o constitui.

2. Alguns apontamentos para a compreensão do estado moderno e do contrato social

A seguir estão expostos pensamentos de alguns autores contratualistas, que aqui rapidamente transcrevo para vislumbrar algumas idéias norteadoras da formação dos Estados modernos[1], a origem dos Estados ocidentais contemporâneos.

Jean Bodin (1530-1596), ilustre *politique* francês, com a máxima *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potesta* (soberania é poder supremo, juridicamente ilimitado, sobre os cidadãos e os súditos) aduzira que o Estado Nacional deveria ser detentor do *Summa Potestas* (poder supremo) sobre os cidadãos, que se traduzia como um poder perpétuo, inalienável e imprescritível, limitado apenas pelo direito

[1] Segundo Soares (2001, p. 83 e ss).

natural, e somente assim se poderia conter uma possível barbárie manifesta através de guerras civis. O nobre contratualista a essa conclusão chega ao analisar a França de seu tempo: dividida e desmembrada por sucessivas guerras civis.

Thomas Hobbes (1588-1679), preconizava a idéia de unidade de poder contra a anarquia, através do temível *Leviathan*, monstro de origem bíblica e nome a ele dado ao Estado, este, impróprio e horrendo, mas necessário. Assim cada súdito (cidadão) renunciaria a parcela de sua vontade para a construção deste monstro, ignóbil, porém necessário. Não é prudente que se renuncie à sua vontade em benefício de alguém, mas não há alternativa: ou assim se procede, ou teremos a inviabilidade do convívio social pela competição, naturalmente violenta, entre os homens, com o intuito de se tornarem senhores de coisas alheias e até mesmo de seus semelhantes, gerando grande desconfiança que faria com que o homem lute por mecanismos de autotutela (autodefesa). A fórmula do poder comum entre os homens pode ser expressada através da seguinte passagem: "Autorizo e cedo meu direito de governar a mim mesmo a este homem (*Leviathan*), com a seguinte condição: que tu cedas também teu direito e tuas ações do mesmo modo" (HOBBES, 1982, cap. XVII), que transmite a noção de pacto social, através da concessão por todos os cidadãos de parte do seu direito de auto-governo, a um ente voltado à manutenção da paz e da defesa comuns, e a recíproca submissão do Estado à vontade de seus cidadãos.

Por fim, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) vê o Estado como o fruto do pacto social, como forma de superar as impossibilidades de convívio social oriundas da essência humana, quando em estado de natureza, em caos e desordem. Diante disso, os homens teriam pactuado, ou se associado, mútua e livremente, cedendo parte de seus direitos à criação de um ente que, por ser superior, acabaria com tais problemas. Nesse ínterim, a vontade geral é consequentemente a vontade do Estado e simultaneamente o que o legitima. Para ele, a ordem social é direito de todos os homens, mas esse direito não provém da natureza, e sim, das convenções entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

3. O dilema da sociedade pós-moderna: da renúncia ao instinto ao retorno ao instinto

Zygmunt Bauman (2000), citando Sigmund Freud, observa que a ordem é como uma compulsão à repetição, que estabelece como e onde cada coisa deve ser feita, para que em qualquer situação não haja hesitação nem indecisão. Em Freud, encontramos:

> A ordem é uma espécie de compulsão a ser repetida, compulsão que, ao se estabelecer um regulamento de uma vez por todas, decide quando, onde e como uma coisa será efetuada, e isso de tal maneira que, em todas as circunstâncias semelhantes, a hesitação e a indecisão nos são poupadas. Os benefícios da ordem são incontestáveis. Ela capacita os homens a utilizarem o espaço e o tempo para seu melhor proveito, conservando ao mesmo tempo as forças psíquicas deles. (FREUD, 1930, p. 100)

Segue Baumann a observar que a liberdade de agir do homem, sobre seus próprios impulsos, deve ser contida, e tal coerção é dolorosa: "a defesa contra o sofrimento gera seus próprios sofrimentos. A civilização se constrói sobre uma renúncia ao instinto" (BAUMANN, 2000, p. 7). Nessa ordem de idéias, o sociólogo estadunidense Joel Charon, também informa que:

> Ordem social significa que as ações entre os indivíduos são previsíveis, ordenadas, padronizadas, baseadas em regras. Cada ator é, em certa medida, governado pela sociedade. Existindo a ordem, os atores não agem de modo como desejam. A ação é governada por expectativas mútuas e um contrato governa o relacionamento. (CHARON, 1999, p. 148)

Hoje vemos que, dessa ordem, que era o orgulho da modernidade, se tende ao inverso. O Estado, que servia à manutenção da ordem e do bem-estar social, por não cumprir o seu papel satisfatoriamente, em especial no que tange à segurança de seus cidadãos (BAUMANN, 2000, p. 7), ou seja, por não oferecer a contraprestação devida ao quinhão de liberdade a ele cedido por todos e cada um de seus "súditos", hoje é defrontado com o respectivo reflexo social, constituído de uma constante e crescente tendência geral de fácil e freqüentemente, se trocar uma porção de segurança, que em tese é oferecida pelo Estado, por uma porção de felicidade oriunda da liberdade, anteriormente entregue ao Estado. Assim, observamos em nossa sociedade atual uma tendência ao individualismo, de certo modo expressa no consumismo[2], caracterizada da seguinte forma:

> Até aqui podemos dizer que houve uma supervalorização das transcendências individuais caracterizadas por uma cultura massiva ligada ao consumo, desencadeando relações imaginárias e socialmente concretas sem mediações do político e do coletivo. Esse processo faz surgir novas modalidades de violência que vão desde o consumo, o excesso, o espetacular, o efêmero, o banal, o vazio, até manifestações políticas, econômicas, sociais, nacionais e transnacionais que colocam em xeque o processo civilizatório e a ordem social vigente. (COSTA; PIMENTA, 2006, p. 9)

O filósofo Sérgio Rouanet (2001, p. 11) observa a referida situação da seguinte forma: "como a civilização que tínhamos perdeu sua vigência e como nenhum outro projeto de civilização aponta no horizonte, estamos vivendo, literalmente, num vácuo civilizatório. Há um nome para isso: barbárie". Em outras palavras, estamos presenciando cada vez mais, em decorrência de mudanças das necessidades sociais, certa insatisfação em relação à atuação estatal, certa tendência de retorno a um paradigma em que cada indivíduo detenha mais liberdade e menos segurança. Para Baumann (2000, p. 9), "dentro da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, mais liberdade significa menos mal-estar". Émile Durkheim já percebia tal mal-estar e a dificuldade de regulá-lo, para ele:

[2] Ver: LIPOVETSKY (2005).

> O problema central das sociedades modernas, como de todas as sociedades, é portanto a relação entre os indivíduos e o grupo. Este relacionamento é transformado pelo fato de que o homem se tornou por demais consciente de si mesmo para aceitar cegamente quaisquer imperativos sociais. De outro lado, porém, tal individualismo, em si mesmo desejável, comporta perigos, pois o indivíduo pode exigir da coletividade mais do que esta pode lhe dar. É preciso, portanto uma disciplina que só a sociedade pode impor. (apud ARON, 2006, p. 475)

A despeito de tal mal-estar, gerado pela convivência em sociedade, esta convivência se faz indispensável ao livre desenvolvimento das aptidões humanas, conforme será explicitado, motivo pelo qual devem ser reconhecidos os benefícios da existência de uma ordem social. Somente o sistema social é capaz de regular a relação entre a satisfação dos desejos individuais e aquilo que é permitido à pessoa fazer sem atrapalhar o seu funcionamento, através de mecanismos por ele próprio criados. Tais mecanismos serão tratados no item seguinte.

4. A sociedade pós-moderna a partir da ótica sistêmica: complexidade e contingência

Niklas Luhmann informa que a relação sensorial do homem com o mundo apresenta ao indivíduo uma gama de possíveis experiências e ações. Sempre haverá mais possibilidades do que se pode realizar (complexidade), mas a ação humana deve se pautar por uma delas e, as possibilidades apontadas para as diversas experiências poderiam ser diferentes das esperadas (contingência), gerando possibilidades de desapontamentos.

Nesse universo complexo e contingente, a estabilização das ações humanas se dá na forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas de expectativas. O homem pauta a sua conduta através da expectativa que tem do resultado a ser atingido por esta. Com o convívio social tem a oportunidade de captar expectativas alheias e determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir das expectativas de conduta alheias, criando expectativas sobre expectativas. Agindo assim, o homem potencializa o risco de ver sua expectativa frustrada, e a contingência simples, agora se transforma em dupla contingência, com a possibilidade de frustração de expectativas tanto próprias, quanto expectativas sobre expectativas de conduta alheias (inconfiabilidade). Tais expectativas muitas vezes geram a falsa sensação de segurança e, quando frustradas, criam uma sensação de insegurança e de ausência de parâmetros pré-estabelecidos de condutas sociais. Em um simples exemplo, ao dirigir um veículo automotor através de um cruzamento com semáforo que esteja acionado em luz verde, nós somente por ele passamos porque acreditamos que os carros que estão na outra pista do cruzamento pararão ao detectar que não estão autorizados a passar por ali. A confiança é a base de qualquer comportamento ou relação social. Sem ela, no dizer de Luhmann (2005, p. 5), sequer levantamos pela manhã.

Nesse contexto, o papel do sistema social parcial jurídico é estabelecer a diferenciação entre expectativas que se frustradas não geram resposta do sistema do direito (expectativas cognitivas), e expectativas que devem obrigatoriamente ser observadas (expectativas normativas), para que seja possível o funcionamento do sistema social. Também é sua função estabelecer as respostas à frustração de tais expectativas normativas. O sistema social deve estabelecer meios de contenção de frustração de expectativas normativas, ou seja, deve ele criar mecanismos de redução de inconfiabilidade e assim, de controle do risco de desapontamentos. Deve o sistema social definir quais riscos são tolerados para cada tipo de ação, e estabelecer mecanismos de redução desses riscos de desapontamentos, que podem ser chamados de mecanismos redutores de complexidade.

5. Introdução ao funcionalismo jurídico-penal sistêmico

O Direito Penal, a partir da ótica funcionalista, tem por função precípua garantir a identidade normativa da sociedade, ou seja, a constituição da sociedade na qual esteja inserido. A pena não é, e não o pode ser, apenas um mal infligido ao indivíduo que descumpre a norma, numa seqüência irracional de dois males (delito-pena). O conteúdo cognitivo da sanção, como resposta a quem contraria a norma, é justamente a afirmação da norma. O Direito Penal se presta a contradizer a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. Nas palavras de Jakobs (2003b, p. 4): "O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social". Em sociedades nas quais os mecanismos de legitimação do poder de legislar, no plano do dever-ser, estão baseados na racionalidade e na democracia, e como corolário desta, a participação popular, direta ou indireta, no processo de elaboração de suas normas, estas representam uma projeção, um reflexo da sociedade, pois são, como se pode depreender, a identidade da sociedade expressa por meio de normas jurídicas. A infração a tais normas, não significa apenas a satisfação de um desejo egoístico pelo agente, como o desejo de possuir bens alheios mas, para a sociedade, significa um ataque aos seus valores supremos insculpidos em normas de conduta positivadas. Nesse ínterim, a pena não é apenas um mecanismo de manter a identidade social, mas sim, um mecanismo inerente à identidade social.

Apesar de se esperar que a pena engendre certas conseqüências de natureza psicológica ao infrator, ela significa algo independente disso: a comprovação, através da resposta do sistema social, de que a identidade da sociedade está mantida. A pena, como resposta do sistema social à frustração de expectativas normativas é responsável por atribuir o caráter de contrafaticidade a tais expectativas. Algo é contrafático se, mesmo que inobservado no campo dos fatos, continua a ser de observância obrigatória por todos aqueles que se manifestem factualmente. Ela é uma comunicação à sociedade, com o seguinte conteúdo: apesar de alguns fatos não corresponderem à sua configuração normativa, esta configuração continua a ter vigência. A pena é responsável por manter a confiança da sociedade na vigência das expectativas normativas que constituem a sua identidade. Assim, a sociedade saberá que, apesar de inobservada a norma, ela continua a viger e tal sociedade poderá continuar a proceder de acordo com a expectativa violada. Destarte, a sociedade saberá que poderá continuar a pautar

sua conduta e seus anseios a partir das expectativas normativas que constituem sua identidade. Do contrário, à primeira frustração de expectativa, por qualquer indivíduo, já se estabeleceria o caos, usando um termo contratualista clássico. Em outras palavras, à primeira frustração, a sociedade se desmantelaria, cada indivíduo perderia o vínculo de confiança que indica que a conduta dos outros será (ou ao menos deverá ser) pautada por tais expectativas, e sem a confiança como base das relações sociais, estas provavelmente desapareceriam, e a tendência individual seria o isolamento e a vigilância máxima aos bens que interessam a cada um, individualmente. "O Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como conseqüência de uma infração da norma" (JAKOBS, 2003b, p. 4). A preservação da configuração normativa da sociedade não é uma conseqüência do processo de aplicação da pena, mas sim, seu significado. Encontramos o fundamento, ainda que rudimentar, de tal função da pena em Émile Durkheim, como observa o sociólogo francês Raymond Aron:

> De qualquer forma, depois de ter esboçado uma teoria do crime, Durkheim deduz dela sem dificuldade uma teoria das sanções. Afasta com um certo desprezo as interpretações clássicas, segundo as quais as sanções teriam por finalidade prevenir a repetição do ato culpado. Para ele, a sanção não tem a função de amedrontar ou de dissuadir; seu sentido não é este. A função do castigo é satisfazer a consciência comum, ferida pelo ato cometido por um dos membros da coletividade. (ARON, 2008, p. 467-468)

Em termos funcionalistas, podemos entender por consciência comum, em uma sociedade complexa, organizada a partir da contingência de expectativas normativas pelo sistema social parcial jurídico, as normas jurídicas que compõe tal sistema, e, por conseguinte, a configuração normativa da sociedade. Esta seria o objeto de proteção imediato do direito penal, e a função da pena seria a manutenção de tal configuração.

É impossível separar o Direito Penal da sociedade, pois que, como visto, este é um recurso indispensável do qual a sociedade lança mão para resolver alguns de seus problemas. Em termos funcionalistas, o sistema jurídico (no caso, jurídico-penal), enquanto sistema social parcial, é utilizado pela sociedade (sistema social) para repelir o fenômeno da defraudação da confiança que garante a dupla contingência. Reitere-se: a proteção da confiança é um mecanismo de redução da complexidade na medida em que permite que cada indivíduo tenha certa segurança ao selecionar quais expectativas deve observar, e captar quais devem ser observadas por outros indivíduos, o que permite que cada indivíduo planeje quais ações tomará no futuro e quais reações deve esperar, reações estas que fundamentam a própria escolha de suas ações.

6. A importância da proteção da vigência de normas

Algumas normas constitutivas da sociedade possuem força de auto-estabilização, tal como ocorre, por exemplo, com certas expectativas cognitivas, ou mesmo normativas, que por serem de observância tão óbvia, estabelecem-se sem a necessidade de

operação de qualquer sanção, por parte do sistema jurídico. Sua inobservância gera apenas pequenas reprovações, como é o caso da expectativa de que todos cuidem de sua higiene pessoal e que não emitam sons sem sentido algum, que ensejam, no máximo, a qualidade de estranho ou sujo para os que assim agem, por parte dos outros indivíduos com os quais convivem, o que já basta pra que tais expectativas sejam observadas, na maioria dos casos.

Outras normas, por sua vez, carecem por completo de tal força de auto-estabilização, como acontece em geral com aquelas normas que hoje não podem ser representadas como previamente concebidas, oriundas do direito natural ou divino, mas simplesmente feitas, ainda que feitas por boas razões. A inobservância de normas desse tipo não gera de imediato uma sanção, como ocorre com a inobservância de normas do outro tipo anteriormente descrito (normas auto-estabilizáveis). Exemplo: ninguém que goze de mínima higidez mental dirigiria pela via, em condições normalmente presentes, um carro sem freios, mas com certeza, muitas pessoas o dirigiriam – e dirigem – sem licença para tanto. Enquanto na conduta de dirigir sem freios poderá haver literalmente uma pena natural, que pode chegar até à perda da vida, da conduta de dirigir sem licença não se depreende uma pena oriunda tão somente do atuar do agente, inerente a este. Nesse caso, se faz necessário, para a garantia da vigência dessa expectativa normativa, de inobservância desprovida de uma inerente sanção, o uso de uma sanção em caso de sua violação, oriunda de um ente externo. No caso do Direito Penal, essa sanção se aplica por meio de um procedimento formalmente estabelecido.

> Desde o fim do Direito Natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, mas a sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante. (JAKOBS, 2003b, p. 13)

7. Socialidade *versus* subjetividade

Poderíamos argumentar que o funcionalismo sistêmico tira o indivíduo livre do centro de proteção do sistema social mas, como se pode vislumbrar, é justamente o indivíduo que se pretende preservar com a preservação da configuração normativa social, através da estabilização de expectativas, para que se possibilite a dupla contingência e não se viole a confiança. O indivíduo é o centro, ainda que secundariamente remetido, pois se remete primeiramente à proteção da vigência da norma, e secundariamente, aos indivíduos que se beneficiam dessa vigência, como é o caso, de todos nós, sem exceção, que nos beneficiamos da proteção da vigência da norma penal que incrimina a conduta homicida injusta. Poderia alguém dizer: sim, mas se algum suicida, para facilitar o seu ato de auto-extermínio, solicitar que outra pessoa o mate, caracterizada estará a ausência de interesse legitimo, por parte do suicida, na norma que incrimina o homicídio. É verdade, a vontade do suicida, naquele momento, não poderá ser efetivada sem que seja praticado um delito por quem executa tal vontade. Mas, se sua vida for suprimida, ele não mais será alguém dotado da faculdade de participar da formação

da configuração normativa da sociedade, ou seja, participar do processo de seleção de expectativas normativas que refletem os anseios sociais e estaria automaticamente excluído do centro de proteção do sistema social, simplesmente pelo fato de deixar de existir. Com isso, não terá validade o seu argumento que visa à autodestruição, aduzindo que se sua vontade não for efetivada, estaria ele fora do centro de proteção do sistema social. A sua vontade, esta sim, está tendente a lhe retirar do centro de interesses dos sistemas sociais, algo que presumivelmente é prejudicial, e que alguém em estado de equilíbrio e satisfação jamais o faria.

Quanto à crítica que indica ser o funcionalismo a negação da liberdade individual, responde Jakobs:

> Contrariamente a isso cabe objetar por sua vez que um sujeito livre quase por graça da sociedade é demasiado pouco, que este não deve ser fundamentado de modo derivado, mas que deve constituir o princípio e o objeto, vale dizer, que deve ser necessariamente o conteúdo principal da empresa *Direito Penal*. (JAKOBS, 2003b, p. 14)

A subjetividade somente pode se desenvolver numa socialidade. Tanto é que a noção de parte, se forma a partir de, e em contraposição à noção do todo. O *ego* se forma a partir do *alter*. Freud aduzira que a nossa constituição psíquica (exceto o *id*, instancia pré-existente) se forma a partir da constituição psíquica de nossos pais, o nosso *ego* e o nosso superego (instância crítica) se formam a partir de identificações com o *ego* e o superego deles (LAPLANCHE; PONTALIS, 2002, p. 499). E é óbvio que a relação que temos com nossos pais é um vínculo social. Para Jakobs (2003b, p. 15) "A subjetividade se gera através de um processo mediado pelo social". Ainda ressalta o renomado autor que não é correto contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições da constituição da socialidade, no sentido de "aqui liberdade" *versus* "aqui coletivismo". Sem uma sociedade em funcionamento, faltam condições empíricas da subjetividade. Para Günther Jakobs:

> Não se trata de que a sociedade, entendida como algo feito e determinado, anteponha-se ao sujeito, mas também fica excluído o contrário. Dizendo de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma conseqüência. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa. (2003b, p. 18)

O sistema social parcial jurídico-penal é um meio utilizado pelo sistema social para gerir conflitos sociais, especialmente delitos, objetivando o restabelecimento da confiança nas relações sociais. Uma crise no *jus puniendi* do Estado é uma crise do próprio Estado, e conseqüentemente uma crise social.

8. O risco

O sistema social capta os riscos aos quais seu funcionamento está exposto, o que faz com que a imposição de penas seja preventiva de um modo perceptível, ou seja, que não se espere que a vigência da norma seja violada e por conseqüência, a configuração normativa da sociedade seja lesada, para que se possa levar a cabo tal imposição, em relação a condutas que em quase cem por cento dos casos são perigosas. Sabemos que o contato social implica em riscos, e sem estes o sistema social não evolui, mas, na sociedade contemporânea, marcada pela complexidade, contingência e por tal risco, a distância que há entre conduta perigosa e violação à respectiva expectativa normativa (ou a lesão ao respectivo bem jurídico) é muito menor do que a que havia há um século. O risco deixa de ser apenas mais um dado periférico em qualquer análise socialmente relevante e passa a ser o centro das atenções[3]. Tal risco, que antes provinha principalmente da falta de controle das intempéries da natureza, se transporta para o âmbito da ação humana.

Pequenas ações podem gerar danos de proporções elevadas, consideradas socialmente, como poderia ocorrer, caso o fabricante de um remédio essencial à saúde, cometesse algum erro na dosagem da fórmula de tal medicamento em alguns lotes. Isso poderia causar a morte de centenas de pessoas. Sim, um simples erro em uma linha de produção, alguns miligramas a menos de certo elemento, poderiam ser letais a um número enorme de pessoas. Há cem anos, se um farmacêutico – ou boticário – cometesse um erro de tal natureza, causaria um dano bem menor. Para se ter idéia, a primeira lei de trânsito do mundo surgiu na Inglaterra, no ano de 1836, e previa a velocidade máxima de 10 km/h. Hoje, como é sabido por todos, as auto-estradas alemãs não possuem limites de velocidade. Nos dias atuais há maior risco de lesão a bens e interesses juridicamente protegidos. Quanto maior o grau de complexidade da sociedade, maior a possibilidade de defraudação de expectativas normativas, e mais difícil é a resposta eficiente do sistema social a tais frustrações. Um mecanismo de gerência do risco é o aumento da severidade das penas para o descumprimento das determinações legais, quanto maior for o risco. A pena, em tese, funciona como algo que inibe a prática de condutas perigosas, assim, reduzindo a ocorrência de resultados danosos. Outra funesta característica dos riscos atuais, que contribui com a legitimação da intervenção penal sobre a conduta perigosa, ainda que abstratamente, é a grande dificuldade, em um número de casos cada vez maior, de se estabelecer um nexo causal entre a conduta perigosa e seu resultado material, o que muito dificulta a imposição de sanção ao infrator.

Um dos grandes problemas do direito penal contemporâneo é justamente lidar com situações como esta: uma sociedade que apresenta exageradamente riscos e uma dogmática – no caso, a brasileira – que foi criada com base em um sistema ontológico – o finalismo penal – de grande influência neokantista[4], que à época, em contraposição ao sistema causalista, preocupava-se com a imputação da figura típica pelo dolo

[3] Ver: Bottini (2007, p. 35).

[4] Ver: Schmidt (2007, p. 72).

(consciência e vontade), o elemento subjetivo do autor. O tema central do direito penal era o elemento anímico do agente. A potencialidade de causar danos das mesmas e de novas condutas foi crescendo, se expandindo, e a dogmática jurídico-penal não a acompanhou satisfatoriamente. O grande problema das condutas socialmente perigosas de hoje não é a aferição da consciência e vontade do agente em relação a determinado ato, visto que tal análise sempre foi requisito da existência do crime, mas sim, o resultado, intensamente danoso desta. O sistema finalista criado pelo Professor Hans Welzel no ano de 1930, quando da publicação de um artigo de sua autoria sobre a relação de causalidade[5], somente foi adotado pela legislação penal brasileira em 1984, com a última grande reforma do Código Penal[6]. Isso demonstra como a dogmática penal brasileira se encontra atrasada em relação à produção científica mundial. E pior: deparar-se com princípios penais insculpidos nos postulados liberais da revolução francesa, com aplicação absoluta, inflexível, conforme proposto por alguns. É absurdo virar-se as costas às grandes mudanças sociais e pregar inflexivelmente postulados anacrônicos, que foram muito importantes para a época, mas hoje tem sido barreiras, em certos casos, à modernização e à efetividade do direito penal, e ignorar os avanços da hermenêutica contemporânea, relativos à ponderação entre regras, princípios e valores de determinado ordenamento jurídico, o que não condiz com o modelo de Estado no qual estamos inseridos.

Alguns cientistas do Direto Penal[7] posicionam-se contrariamente à criação de tipos penais que prevêem condutas de perigo abstrato, ao argumento de que tais condutas ferem o princípio da lesividade, na sua vertente que prega que deve haver efetiva lesão a um bem-jurídico, para atuação do Direito Penal. Mal vêem eles que, se se esperar a lesão ocorrer ou o perigo de lesão ser provado, para sancionar uma conduta em si potencialmente perigosa, o sistema social disporá de um excelente mecanismo de redução de riscos e conseguinte redução de complexidade, esta tão abundante em nossa sociedade, nos tempos atuais. Não se espera que o homicida puxe o gatilho da arma para depois tentar impedi-lo de cometer o atentado contra a vida. Nos tipos penais que prevêem condutas consideradas de perigo abstrato, o legislador deduz logicamente que certa conduta possui uma imensa probabilidade de ser perigosa na grande maioria dos casos, e a transcreve em forma de tipo penal, cominando uma determinada sanção, assim, não deixando a cargo da prova do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado perigoso, para se impor a pena.

Suponhamos que alguém livremente implemente uma conduta ilícita que sabe poder ser perigosa a outrem, assim assumindo o risco de eventualmente lesionar algum interesse juridicamente protegido. Mesmo que essa pessoa não venha a diretamente lesionar tais tipos de interesses ou produzir tal risco, ofende à legítima expectativa dos demais membros da sociedade, de não correrem esse risco, mesmo que potencial, de terem seus interesses legitimamente protegidos lesionados, por condutas alheias. Portanto, o agente que assim atua lesa legítimos interesses de toda a coletividade e de cada

[5] Ver: Gomes; Molina (2007, p. 140).

[6] BRASIL. *Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984*, art. 20.

[7] Por todos: Gomes (2002, p 28).

um de seus membros, através da violação de tal expectativa que ocasiona a ruptura da confiança nesta e, conseqüentemente, a frustração da dupla contingência. Não devemos ficar à mercê da prova do nexo causal para inibir condutas que potencialmente ferem a bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Suponhamos que em uma casa de muros altos, três jovens maiores, decidem pegar a arma com mecanismo silenciador do pai de um deles, para atirar, cada um, uma vez, para o alto e aleatoriamente em região habitada, na qual residem, que se situa nos limites de um região desabitada. Caso um dos projéteis acerte um morador de um prédio situado a algumas centenas de metros dali e o mate, e os outros projéteis se percam, como descobrir qual dos jovens foi quem praticou a conduta homicida, e isso provar? Se se ficar à mercê da prova do perigo concreto causado pela conduta de cada um dos jovens, necessário será encontrar os outros dois projéteis e saber quem atirou cada qual, se não fossem encontrados todos eles e identificados os lugares onde o foram, seria caso de autoria incerta, pois não se saberia qual projétil acertou a vítima, ao menos que se tivesse alguém em permanente vigília ao agente e à vítima em distância ideal de ambos, o que faticamente é muito improvável, de dificílima ocorrência. O problema foi resolvido por nosso legislador, ao incriminar a conduta de disparo de arma de fogo em local habitado ou em direção a este[8], sem necessidade de se provar potencial ocorrência de resultado lesivo, e a experiência tem demonstrado que, na imensa maioria dos casos de mortes por "balas perdidas", sequer se sabe onde poderia estar o autor do disparo.

A conduta abstratamente perigosa, sem justificação, é em si antijurídica, mesmo que não venha a causar perigo efetivo a alguém, desde que seja apta a tal risco e seja socialmente reprovável, reprovação esta constatável através de cominação legal de sanção, desde que razoável tal tipificação, para a real, e não apenas formal, efetivação da proteção da confiança em expectativas normativas (ou proteção de bens jurídicos). Sabemos que sem risco a sociedade não evolui. O incremento do risco socialmente reprovável é um ataque às legítimas expectativas dos membros de tal sociedade e à configuração normativa desta, e cabe aos sistemas sociais estabelecer quais riscos são permitidos e quais são proibidos, e estabelecer a sanção correspondente ao incremento destes últimos.

9. O direito penal do inimigo

A pena deve ser vista como a marginalização do ato em seu significado lesivo à norma e, conseqüentemente, a constatação de que a estabilidade normativa da sociedade, que os sistemas sociais pretendem manter, permanece inalterada. "[...] *la pena misma no es sino una comunicación que resulta cualificada en atención a un servicio funcional determinado*" (NAVARRO, 2007, p. 272). Segundo Günther Jakobs (2003a, p. 51) "A pena é a confirmação da identidade da sociedade". O efeito confirmatório é destinado a pessoas, a seres participantes da comunicação. Para ele, o dano infligido através da pena não objetiva causar medo ou compaixão ao autor da infração, uma vez que possui apenas um significado: não se deve anuir ao ato infrator. Continua o mestre alemão:

[8] BRASIL. Lei Nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, art. 15.

> Além da certeza de que ninguém tem direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento, mas também a pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário. (JAKOBS, 2003a, p. 55)

Esse indivíduo, o adversário, que não apresenta garantia cognitiva alguma à sociedade, ou seja, que não oferece a menor condição de atender às mínimas expectativas normativas necessárias e essenciais ao convívio em sociedade, deve ser tratado pelo sistema social de forma diferente à forma dispensada ao cidadão, àquele que regularmente cumpre com seus deveres de diligência e respeito aos direitos alheios consubstanciados em expectativas normativas que compõe o sistema jurídico-penal. O opositor, ou inimigo, é aquele que age cabal e constantemente de maneira anti-normativa, que tem sua vida pautada pela ilicitude. Comportamentos mais lesivos clamam por respostas mais gravosas – é o que se depreende de até mesmo de uma interpretação elementar do princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal. Mas isso não autoriza que tudo se faça a este indivíduo que age como se o ordenamento jurídico, as legítimas expectativas alheias e a configuração normativa da sociedade, nenhum valor tivessem para direcionar a sua conduta. Não podem ser contra este implementadas ações desmedidas, além do necessário à garantia de estabilidade das estruturas sociais.

Certamente, isso permite não só uma reação perante uma agressão atual, mas também contra agressões futuras. A reação ideal contra a conduta do inimigo, voltada à proteção da configuração normativa da sociedade, não pode ser pura e simplesmente efetivada através de sanção posterior ao ato lesivo, entendida esta como a comunicação aos membros de tal sociedade que, apesar da inobservância de determinada expectativa normativa por alguém, podem eles continuar pautando sua conduta segundo tal expectativa. Se a sanção, para Durkheim, se presta à satisfação da consciência comum, ferida pelo ato de um de seus membros, a sanção imposta ao inimigo, indivíduo que se excluiu do status de membro da sociedade, não pode estar voltada à satisfação de tal consciência, visto que a referida infração não foi perpetrada por um de tais membros. Pelo contrário, a sanção imposta ao inimigo deve estar orientada preventivamente, ou seja, deve ser utilizada antes mesmo que ele chegue a frustrar a dupla contingência através da defraudação de expectativas selecionadas pelo sistema social, assim preservando-se a configuração normativa da sociedade. Ressalte-se que a preservação da configuração normativa da sociedade já é uma expectativa normativa, e a sanção imposta ao inimigo se destina à preservação de tal expectativa, na medida em que se busca neutralizar seus iminentes e futuros ilícitos, pois que já demonstrou concretamente sua tendência à constante violação das expectativas em questão.

Nisso se constitui a efetividade da função protetora do Estado, e a função do próprio Estado. Como dito anteriormente, não se espera que um terrorista detone a bomba para que o impeça de tal e o puna por sua conduta.

Para Jakobs (2003a, p. 57), no que tange às particularidades típicas do Direito Penal do Inimigo, podemos observar, dentre outras: ampla progressão dos limites da punibilidade, ou seja, abandona-se a perspectiva básica do ato praticado, e volta-se para a perspectiva do ato que será praticado, como já acontece nos tipos penais de formação de quadrilha ou bando[9] e associação para fins de tráfico ilícito de entorpecentes[10]. Vislumbramos também a criação de tipos penais contendo crimes de perigo abstrato, e a estes, a cominação penas em patamares parecidos com penas de tipos penais que a doutrina clássica denomina de crimes de lesão. E ainda, observamos a criação de legislação de combate à criminalidade organizada ou renitente, paralelamente à legislação penal regular, como mais adiante veremos, ocorreu na Itália, no final do Séc.XX, na "Operação Mãos Limpas", que reduziu drasticamente o poder da máfia naquele país. E, por fim, a supressão de algumas garantias processuais, tais como o estabelecimento da incomunicabilidade do acusado. Sabemos que tal restrição se constitui em requisito básico, em alguns casos, que viabiliza a persecução penal quanto ao réu e outros indivíduos envolvidos no comportamento delituoso, pois sabemos que provas podem ser destruídas e pessoas, informadas pelo réu, podem fugir da resposta do sistema jurídico-penal.

A forma pela qual o Estado pode se comunicar, descrita nas linhas anteriores, que compreende a progressão dos limites da punibilidade, implementação de penas mais elevadas e restrição de algumas garantias processuais, não é a forma como este deve se comunicar com seus cidadãos, mas sim, com seus inimigos. O inimigo é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, mas constantemente, em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou exercendo função em organização criminosa, de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito, "rasgou" o ordenamento jurídico, virou as costas ao sistema social, e conseqüentemente não garante o mínimo de segurança cognitiva de seu comportamento pessoal. Na sociedade pós-moderna, possivelmente, será grande o número de inimigos, visto que esta concede ao indivíduo um grande número de possibilidades de construir sua identidade à margem do direito, ou ao menos, mais do que se poderia esperar em sociedades em que há um maior vínculo entre as pessoas, e entre estas e o Estado.

> Desse modo, a sociedade continuará tendo não-alinhados (inimigos) - visíveis ou em pele de cordeiro - percorrendo seus itinerários. À falta de uma segurança cognitiva, uma sociedade consciente do risco não pode deixar de lado essa problemática, mas tampouco pode solucioná-la apenas com medidas policiais. Por isso, atualmente não existe nenhuma outra alternativa visível. A segurança cognitiva, que no Direito Penal dos cidadãos pode sobreviver ao mesmo tempo de um modo incidental, por assim dizer, converte-se no Direito Penal de oposição (do inimigo) no seu objetivo principal. Em outras palavras, já não se trata de manutenção da ordem de pessoas contra perturbações socialmente internas, mas de restabelecimento de algumas condições de limites aceitáveis, por meio de - *sit venia verbo* -

[9] BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, art. 288.

[10] BRASIL. *Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*, art. 35.

> neutralização daqueles que não oferecem uma mínima garantia cognitiva, necessária para que efetivamente possam ser tratados como pessoas (cidadãos). É verdade que o procedimento para tratamento de indivíduos hostis está regulado juridicamente, mas se trata de regulação jurídica de uma exclusão: os indivíduos são atualmente não-pessoas. Em seu verdadeiro conceito, o Direito Penal de oposição (do inimigo) é, portanto, uma guerra cujo caráter limitado ou total depende (também) de quanto se tema o não alinhado (inimigo). Tudo isso parece chocante, e certamente o é, pois se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa, vale dizer, que contradiz a equivalência entre racionalidade e personalidade. Mas somente com a *ultima ratio* de Kant, segundo a qual todos podem ser obrigados a tomar parte em uma relação jurídica com garantias, vale dizer, do Estado, não se resolve o problema de como proceder ante aqueles que nem desejam obrigar nem se mantêm afastados e que, portanto, persistem como vizinhança perturbadora, como inimigos. É tarefa ainda recém iniciada na ciência a de identificar as regras do Direito Penal de contrários (do inimigo) e separá-las das de Direito Penal dos cidadão para, dentro deste último, poder instituir ainda com maior firmeza no tratamento do criminoso como pessoa inserida no direito. (JAKOBS, 2003a, p. 58)

10. A pertinência social contemporânea do tratamento penal diferenciado

Ante a situação exposta, podemos caracterizar a sociedade contemporânea como uma sociedade marcada pelo risco da constante possibilidade de violação da confiança, bem central de nossa convivência. Os modelos clássicos de legitimação do ente estatal já não se mostram mais tão aptos a por si só legitimá-lo, se este não se mostra eficiente em seu mister. A idéia de um Estado, criada inicialmente como um ser superior aos homens, destinado a proteger estes, uns dos outros, hodiernamente não se efetiva de maneira desejável. Não há suficiente segurança e confiança. Já sabemos que o sistema social, em especial, o sistema parcial jurídico, é o responsável pela seleção de expectativas normativas, mas não basta tão somente esta seleção. Além de selecionar, ele deve criar mecanismos mais eficazes de atendimento a tais expectativas, e este é o seu papel. Não basta que seja proibido o homicídio, tem que ser também muito provável que as pessoas não sejam mortas.

O Direito Penal do Inimigo ressalta algo que é evidente em nossa sociedade: existem dois tipos de indivíduos, os que se adaptaram ao modelo normativo, e por isso, vivem regularmente e cumprem seus deveres de não defraudação de expectativas normativas do sistema social, que cumprem o seu papel como cidadãos, e que esporadicamente violam expectativas normativas do sistema jurídico-penal, e o inimigo, indivíduo que não se adaptou ao modelo social, que pauta diuturnamente sua conduta na satisfação dos próprios interesses de forma ilícita, indivíduo este através do qual o crime é uma constante.

O que Jakobs propõe, não é a eliminação por completo do inimigo, de forma alguma é isso o proposto. Ele não propõe que seja morto ou exilado, apesar de seu constante comportamento anti-social. Ao contrário, propõe a este um direito penal diferenciado, de velocidade diferenciada, no qual, algumas de suas garantias são restringidas para que melhor se neutralize a sua constante conduta destrutiva da confiança e reestruture o mais rápido a configuração normativa social.

A Itália, na década de noventa do século passado, vivia crise semelhante à crise pela qual passa o Brasil nos dias atuais. Grande parte da economia do país e dos órgãos de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – estava corrompida pelo crime organizado, pela máfia. Até que um grupo de juízes liderados pelo juiz Giovani Falcone resolveu acabar com a corrupção do sistema estatal, através da operação chamada de "Operação Mãos Limpas". Conseguiram alterar a legislação do país – o autor do projeto foi executado – para uma legislação de emergência, que previa, por exemplo, prisão preventiva de até dez anos. Durante a Operação Mãos Limpas, 2.993 mandados de prisão foram expedidos, 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros. O poder da máfia italiana foi reduzido drasticamente. Hoje, ela concentra grande parte de sua atividade na sonegação de impostos e na vinicultura em condições que violam direitos trabalhistas. O juiz Falcone foi morto em 1992, entre outros juízes também mortos naquele ano.

> Depois das matanças de 1992, os italianos perceberam que a criminalidade organizada ao modelo mafioso, como lembrado pelos especialistas Fabio Anibaldi e Francesco Silvestri, não era um fato distante, folclorístico, ou uma invenção de algum filme americano. Constituía-se num mal concreto, que destruía os alicerces das regras da convivência civilizada. (MAIEROVITCH, 2008)

Experiências como esta mostram que um direito penal de emergência contribui para a proteção de direitos e interesses sociais, em situações que demandem a sua utilização, como é o caso da atual situação do país, com altos índices de criminalidade organizada e geral sentimento de insegurança da população[11].

Não basta que sejam criadas normas para a proteção dos indivíduos, é necessário que elas se efetivem. O inimigo é um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania, e por isso não pode participar de todos os benefícios inerentes à qualificação de cidadão. Acreditamos que essa forma de expressão dogmática é capaz de colaborar com o aumento da confiança e assim, melhorar a atividade estatal, na tutela de direitos. A crise do pacto social provém daqueles que se recusam a cumpri-lo. Aquele que viola o contrato social não pode se beneficiar plenamente dele.

[11] Ver: Kahn; Besen; Custódio (2002).

11. Conclusão

Ante o exposto, a despeito da apontada necessidade de criação de um Direito Penal voltado ao inimigo, acreditamos que um Direito Penal orientado a este fim não é a solução dos problemas sociais contemporâneos. Tal forma de tratamento penal é apenas uma contribuição à intervenção estatal no âmbito do subsistema jurídico, que visa tornar a tutela penal mais eficiente, proporcional e coerente com as legítimas expectativas da sociedade e com o funcionamento do sistema social. As reflexões aqui trazidas serão válidas tanto para os juristas adeptos da teoria do bem jurídico, que vêem o Direito Penal como forma de proteção a bens juridicamente tutelados, quanto para os funcionalistas, que identificam na tutela penal uma forma de proteção à vigência da norma, às legítimas expectativas normativas de um povo e, portanto, à configuração normativa da sociedade.

12. Referências bibliográficas

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência:* natural ou sociocultural?. São Paulo: Paulus, 2006.

FREUD, Sigmund. (1930). O mal-estar na civilização. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XXI. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal* – Parte Geral – Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOBBES, Thomas. *Leviathan.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1982.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.* Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b.

KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. (2002), *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana* – PIAPS. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. São Paulo: Disponível em: <http://www.ilanud.org.br/pdf/vitimizacao_final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, J. B. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. Santos: M. Fontes, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio*: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Confianza.* Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *História da Máfia* - Das Origens aos Nossos Dias. Disponível em <http://www.ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5 D=145>. Acesso em 10 abr. 2008.

NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii. Estudios de filosofia del derecho penal*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colômbia, 2007.

ROUANET, Sérgio Paulo. *O mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal*: sob uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado.* O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Artigo recebido em: 10/03/2009
Artigo aprovado em: 15/03/2010

HONORÁRIOS PERICIAIS E MINISTÉRIO PÚBLICO: O QUE DIZEM OS TRIBUNAIS?

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES
Oficial do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Processo

1. Do acórdão escolhido

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ
RMS 30812 / SP
Ministra ELIANA CALMON (1114)
SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 04/03/2010
DJe 18/03/2010
PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO EM ÁREA DE MATA ATLÂNTICA - DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A HONORÁRIOS PERICIAIS – RECORRIBILIDADE – SÚMULA 267/STF.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial proferida em autos de ação civil pública –ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais decorrentes da realização de parcelamento do solo em área de vegetação de mata atlântica –, mediante a qual se determinou que as despesas com a realização da perícia judicial fossem custeadas com recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.
2. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula 267/STF). Hipótese em que o próprio Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento, ao qual fora atribuído efeito suspensivo, contra a decisão impugnada.
3. *Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não*

se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.
4. Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado.
5. Recurso ordinário não provido. (grifo nosso)

2. Comentários

Trata-se de tema polêmico que vem recebendo tratamento desigual em sede da aplicação do direito pelos tribunais em nosso país.

Tem como pano de fundo a dicção legal do art. 18 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), com a redação dada pela Lei nº 8.072/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), o qual dispõe que: "Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais".

Como se percebe, a partir de uma simples leitura do dispositivo acima transcrito, a LACP dá um tratamento diferenciado às custas, às despesas e aos honorários sucumbenciais no plano das ações coletivas. A matéria pode ser estudada em dois momentos:

a) No curso do processo – A lei não prevê o adiantamento de quaisquer despesas em geral, incluindo aí a idéia de custas do processo (por exemplo, o recolhimento de valores para a promoção da citação dos demandados) ou despesas processuais, conceito no qual podemos situar a verba pericial para a realização de determinada atividade pelo *expert*.

Merece atenção o fato de que essa disposição é exclusiva apenas aos autores co-legitimados para as ações de caráter coletivo. Assim, conforme Mazzilli (2005, p. 503), essa regra não se aplica aos lesados individuais "[...] quando estejam movendo suas ações de execução ainda que baseadas no título constituído no processo coletivo".

Vale destacar, por outro lado, que esse sistema diferenciado de sucumbência e distribuição das despesas e custas processuais também não se aplica aos demandados, uma vez que estes arcarão com as despesas provisórias dos atos processuais que deram causa na ação civil pública, conforme explica Almeida, G. (2007, p. 191).

b) Ao final do processo – Salvo hipótese de má-fé, a lei especificamente isentou as associações de qualquer condenação nos ônus de sucumbência (custas, despesas ou honorários do advogado). Mas qual é a situação dos demais co-legitimados em

face desses encargos finais oriundos da sucumbência? Mazzilli (2005, p. 505) nos oferece a resposta a essa indagação:

> Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa dos interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) arcam com os encargos de sucumbência, ressalva feita à atuação das associações civis, já examinada acima. De sua parte, os sindicatos e as corporações semelhantes, analogicamente ao que dispõe a lei sobre as associações, merecem o mesmo tratamento que estas.

Nota-se, portanto, um regramento legal diverso daquele genericamente previsto para as ações de caráter individual do art. 20 do Código de Processo Civil – CPC.

A gênese de tal premissa legislativa reside em possibilitar o alargamento do acesso à justiça por meio de mecanismos que estimulem a tutela coletiva, sem criar nenhum embaraço ou medida de cunho restritivo, dada a relevância dos interesses sociais defendidos.

Sem dúvida, lembram Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 314) que, entre os interesses da República está o de ver protegido os bens tutelados pelo direito coletivo; daí, o evidente estímulo para o ajuizamento dessas ações.

Entre outros, é a opinião de Mancuso (2001, p. 349, 350):

> [...] o legislador parte da premissa comum de que tais ações, presumivelmente propostas: 1) em prol de um interesse social relevante ou, ao menos, de um interesse coletivo; e 2) por um legitimado ativo que se apresenta como representante idôneo do interesse Objetivado. É por isso que esses dispositivos legais seguem uma linha diferenciada, em contraste com a regra de sucumbência prevista, genericamente no CPC (art. 20); dado o princípio de hermenêutica pelo qual o especial prefere ao geral, aquelas normas especiais, previstas naquelas leis extravagantes, são derrogatórias do direito processual comum.

A vocação dessa gratuidade jurídica para as ações coletivas também não foi esquecida nos vários anteprojetos de procuraram sistematizar um Código Brasileiro de Processos Coletivos ou reformar o microssistema coletivo já instaurado no País, conforme se observa do magistério de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 315-316). No mesmo sentido, posiciona-se favoravelmente a doutrina de Nunes (2005, p. 751) e Leonel (2002, p. 390-391).

Pois bem. O palco de nossos debates reside justamente em apresentar uma resposta razoável à ponderação feita pela Ministra Eliana Calmon no acórdão em comento:

se, por um lado, não se pode obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei nº 7.347/85, afigurar-se-ia lícito impor tal obrigação ao particular ou exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente?

Imaginemos, pois, que certa sociedade empresarial tenha causado um vultoso dano ambiental em determinada localidade. O enorme passivo ambiental arrastou-se por anos e anos sem que as reais dimensões da degradação tivessem sido satisfatoriamente apuradas. Para tanto, faz-se necessária a realização de uma complexa perícia, inclusive abrangendo mais de uma área de conhecimento. Mais ainda, trata-se de uma perícia sobremaneira dispendiosa (do ponto de vista econômico), dadas as intrincadas questões que se acoplam ao fato.

Nesse exemplo, suponhamos ainda que não haja dúvidas acerca da responsabilidade da infratora (*an debeatur*); todavia, diante da escassez de elementos probatórios, não se pode precisar, a contento, um valor adequado a título de indenização pelos danos ambientais causados (*quantum debeatur*).

No caso de perícia requerida pelo órgão do Ministério Público, considerando o alto custo para a sua realização e considerando, por fim, a regra inserta no art. 18 da LACP (não adiantamento de custas, despesas e honorários periciais), como deverá o julgador proceder ao determinar a execução da medida pleiteada? Ou, mais especificamente, como fazer para custear a feitura dessa prova na hipótese de o perito negar-se a realizá-la caso não receba previamente os seus honorários? Por fim, como compatibilizar a tão decantada efetividade do processo coletivo (em suas múltiplas dimensões) diante desse aparente entrave de natureza meramente patrimonial (custeio da prova)?

Para responder a essas perguntas, os tribunais do País vêm apresentando decisões conflitantes entre si, algumas favoráveis ao Ministério Público, outras assumindo posição mais conservadora e outras, sob os auspícios de Salomão, buscando encontrar um ponto de equilíbrio e harmonia entre os valores em jogo, como foi o caso do presente acórdão fruto de nossos comentários.

O problema é que enquanto houver essa séria divergência no âmbito do plano jurisdicional, quem acaba perdendo é a própria sociedade diante do enfraquecimento da tutela coletiva, já que essa "*aparente*" falta de solução ou essa "*real*" existência de soluções díspares representa mais um obstáculo ao direito processual coletivo comum, ao lado de tantas outras causas de esfacelamento a serem superadas, como bem explicou Almeida, G. (2003, p. 586-602).

Procuramos reunir as várias correntes pretorianas sobre a matéria em três grupos, para fins meramente didáticos.

I. Posição legal – Numa interpretação literal da lei, o Ministério Público estaria isento de adiantar os honorários do perito.

II. Posição restritiva – Inicialmente, é forçoso explicarmos a razão de termos denominado esta posição de restritiva. É restritiva porque se trata de uma corrente que restringe, reduz ou vai contra a exegese e o espírito da LACP, em seu art. 18, no sentido de garantir o acesso à justiça mediante a ampla gratuidade dos atos do processo coletivo.

Para os adeptos dessa posição, não há razão para desobrigar o Ministério Público de adiantar as despesas para a realização da prova pericial. Essa posição conta com três subcorrentes, cada uma delas apresentando os seus argumentos e pontos de vista para justificar a sua linha de pensamento.

Assim, a posição restritiva é subdividida em:

II.1 Razões práticas
II.2 Aplicação das regras do CPC
II.3 Aplicação analógica do enunciado 232 da súmula do STJ

III. Posição conciliadora – Por fim, embora reconheça que o Ministério Público esteja obrigado a diligenciar o pagamento das despesas para o custeio da prova pericial, essa corrente busca apresentar alternativas viáveis para que a prova pericial seja impreterivelmente realizada, mas de forma que não implique o adiantamento dos honorários periciais pela Instituição ministerial.

Entre as subcorrentes que compõem a posição conciliadora, destacamos:

III.1 Inversão do ônus da prova
III.2 Criação de um fundo especial
III.3 Poder de requisição do órgão do Ministério Público na fase extrajurisdicional
III.4 A Fazenda deve arcar com os custos da realização da perícia
III.5 O perito aceita receber os honorários ao final da demanda
III.6 O Ministério Público realiza a perícia por seu corpo técnico de especialistas

Vejamos cada uma delas.

I. Posição legal

I.1 Interpretação literal do art. 18 da LACP – Para os adeptos dessa corrente – que é inclusive favorável ao Ministério Público –, os honorários periciais não poderão ser adiantados quando a perícia for requerida por um dos legitimados ativos na LACP, como é o caso do Ministério Público. Assim, tais despesas somente poderão ser cobradas ao final, recaindo sobre o vencido a responsabilidade de arcar com o seu pagamento.

Nesse sentido, temos ilustrativamente os seguintes precedentes:

TJMG - Número do processo: 1.0231.06.062924-4/001(1)
1ª Câmara Cível
Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
Relator do Acórdão: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
Data do Julgamento: 04/08/2009
Data da Publicação: 21/08/2009
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO – DESNECESSIDADE – ART. 18 DA LEI 7.347/85. É desnecessário o adiantamento das custas do perito quando o autor da ação Civil Pública é o Ministério Público, em conformidade ao disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.

TJMG - Número do processo: 1.0024.04.357098-5/004(1)
5ª Câmara Cível
Relator: NEPOMUCENO SILVA
Relator do Acórdão: NEPOMUCENO SILVA
Data do Julgamento: 11/09/2008
Data da Publicação: 19/09/2008
EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO POPULAR – QUESTÃO FÁTICO-AMBIENTAL – COMPLEXIDADE RECONHECIDA – PROVA PERICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO PELOS AUTORES – DESCABIMENTO – IMPOSIÇÃO DESSE ÔNUS FINANCEIRO AO RÉU – INADMISSIBILIDADE – PAGAMENTO AO FINAL. Na ação civil pública e na ação popular, não se exige dos autores o adiantamento dos honorários periciais, devendo, eventual antinomia, resolver-se pelo critério da especialidade (LACP, art. 18) e pelo caráter difuso-contitucional (CF, art. 225). Como, no caso, restou reconhecida a imprescindibilidade da prova técnica, face à complexidade da questão fático-ambiental, tal benefício não traduz a automática transferência desse ônus financeiro ao réu, devendo o adimplemento ocorrer a final.

STJ – REsp 900283 / RS
Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114)
Relator(a) p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA (1125)
SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 25/03/2008
DJe 06/02/2009
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE CUSTAS, EMOLUMENTOS E HONORÁRIOS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85.
1. Nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – 'Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais'.
2. Não se cogitando de má-fé, descabe condenar-se a parte

> autora ao adiantamento de honorários periciais.
> 3. A vedação ao adiantamento de despesas na Ação Civil Pública tem como escopo facilitar a proteção dos interesses transindividuais, reservando-se o pagamento do perito para o final da ação.
> 4. Recurso especial provido.

Embora seja uma posição que favorece e potencializa a atuação do Ministério Público – atualmente, um dos mais vocacionados defensores dos direitos coletivos *lato sensu* – a crítica que se faz é que essa corrente simplesmente "*fecha os olhos*" à realidade das coisas.

Não basta a lei dizer que não deverão ser adiantados honorários periciais se não tivermos profissionais e técnicos dispostos a receber a sua contraprestação somente ao final da querela, o que, aliás, pode demorar anos. Como imaginar – tal qual no exemplo dado – que uma perícia de altíssimo valor seja realizada sem caução, adiantamento ou financiamento de seus custos só porque a lei dispõe nesse sentido?

Com efeito, leciona Mazzilli (2005, p. 510): "[...] o perito não está obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, com as despesas necessárias para a realização da perícia. Se custeasse do seu bolso tais despesas, estaria sujeito a trabalhar de graça e a esperar anos e anos para um eventual, nunca certo reembolso. Isso seria indevido, porque iníquo".

Inclusive, ao definir tal posição como "*situação de impossibilidade*", foi essa a linha de argumentação defendida no voto vencido do Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), proferido no acórdão do RESP 900283 / RS, do qual destacamos o seguinte trecho:

> O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO):
> Sr. Presidente, fazer alguém antecipar o pagamento de uma perícia é situação complexa. O Sr. Ministro Herman Benjamin acaba de dizer que hoje já se está evoluindo para a inversão do ônus da prova. Isso já se conseguiu, por exemplo, na Lei do Direito do Consumidor. O juiz pode, o Código é claro, mas isso é uma hipótese de *lege ferenda*.
> Temos a Lei de Ação Civil Pública e temos que dar uma interpretação criativa, que é o que está tentando fazer a eminente Ministra Relatora.
> A Fazenda Pública em juízo não tem como antecipar; ela só paga ao final. Se ela requer uma perícia, tem que adiantar, porque senão poderemos cair num impasse. Qual é o perito que vai aguardar o pagamento para o final? Isso é impossível. Temos que evitar situações de impossibilidade.
> Por isso, mesmo compreendendo que a questão é complexa e ainda que meu voto, a essas alturas, já não alteraria o resultado pela lei do número, peço vênia para acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora, porque, pelo menos, dá uma

> situação de praticidade, porque a outra alternativa temo que leve a um impasse, ainda que compreenda e comungue com as preocupações do Sr. Ministro Herman Benjamin. Como essas entidades que estão legitimadas para a ação civil pública terão uma legitimação subsidiária? Talvez. Não somos legisladores, mas tem que haver um fundo ou alguma coisa. Na realidade, é aquele velho descompasso; temos, às vezes, determinados institutos que são introduzidos no ordenamento positivo sem a sua real forma de se tornarem exeqüíveis. Não por acaso, por exemplo, um grande sistema como o sistema jurídico italiano, no qual vamos sempre nos abeberar, desconhece a ação civil pública, talvez por algumas dificuldades das muitas que elas se põem. Minha preocupação é dizer que vamos também ignorar a existência da ação civil pública, essa grande ação que não é uma ação de cidadania, mas é mais que isso, é prima-irmã da ação de cidadania como a ação popular.

É ainda a opinião da doutrina:

> Se em relação às custas é tranqüilo o não-adiantamento, por serem parcelas devidas ao Poder Público, o mesmo não se pode dizer dos honorários periciais, quando a perícia deve ser feita por peritos particulares. Não adiantar, neste caso, seria impor a estes a obrigação de financiamento da perícia, por prazo geralmente longo, sem a garantia de recebimento a final. E isso deles não é viável exigir-se (ALMEIDA, J., 2001, p. 173-174).

II. Posição restritiva

II.1 Razões práticas – O Ministério Público deverá adiantar os honorários periciais, tendo em vista a dificuldade, na prática, de realizar a perícia sem o necessário custeio.

Nessa seara, verifica-se dos seguintes arestos:

> TJRS – Agravo Nº 70029321403
> 10ª Câmara Cível
> Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana
> Julgado em 09/07/2009
> EMENTA: AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. Não apresentado qualquer argumento novo capaz de modificar o *decisum* recorrido, mantém-se a deliberação monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. HONORÁRIOS PERICIAIS. Não contando o Ministério Público com isenção ao atendimento de honorários periciais, mesmo quando autor em Ação Civil Pública, correta a decisão que fixa que tal despesa processual restará a cargo deste. Agravo não provido. Unânime.
>
> STJ – REsp 933079 / SC

Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
Relator(a) p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON (1114)
SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 12/02/2008
DJe 24/11/2008
PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI 7.347/85.
1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/90, foge inteiramente das regras gerais do CPC.
2. Posiciona-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé.
3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese.
4. Abandono da interpretação literal para impor ao *parquet* a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública.
5. Recurso especial provido.

Essa posição, a exemplo daquela alinhavada no item 1.1, é igualmente radical, pois se situa na outra extremidade da polêmica. Na prática, dificilmente a instituição do Ministério Público irá adiantar despesas com os honorários periciais, principalmente devido ao fato de não ter um planejamento orçamentário estruturado para tal desiderato.

O que vemos ocorrer, em muitos casos, é o requerimento de perícia formulado pelo *Parquet* ser deferido pelo juiz e, ato contínuo, ir em busca de algum perito que aceite realizar a prova técnica sem o recebimento antecipado dos honorários. E, como sabemos, essa busca pode se transformar em uma penosa e demorada "*via crucis*".

Assim, forçar o Ministério Público a adiantar honorários periciais é tese que também não reflete a "*realidade das coisas*" e deixa sem amparo jurídico a celeuma em foco.

II.2 Aplicação das regras do CPC – Há um antigo precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinando que o Ministério Público adiante os honorários periciais com base na aplicação do CPC à espécie, ou seja, aplicação das regras formalmente adequadas não para a tutela coletiva, mas para a tutela individual.

TRF 4 – AG 9004120840
Relator(a) FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
TERCEIRA TURMA – Fonte DJ 23/01/1991 PÁGINA: 667
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PUBLICA PROMOVIDA PELO ORGÃO DO MINISTERIO PUBLICO FEDERAL. ONUS DO ADIANTAMENTO DE DESPESAS COM PERICIA.

> 1. O MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, PROMOVENDO AÇÃO CIVIL PUBLICA CONTRA A UNIÃO FEDERAL, NÃO PODE PRETENDER QUE ESTA ADIANTE VERBA PARA CUSTEAR PERICIA REQUERIDA PELO AUTOR. 2. A UNIÃO FEDERAL SOMENTE PODE RESSARCIR DESPESAS JUDICIAIS, DESDE QUE VENCIDA NA CAUSA (LEI-3032-79). 3. A AUTONOMIA DO MINISTERIO PUBLICO, INCLUSIVE FINANCEIRA, DEMANDA DOTAÇÃO ORÇAMENTARIA DA INSTITUIÇÃO PARA VIABILIZAR SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL. *4. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART-33 DO CPC*. 5. AGRAVO PROVIDO. (grifo nosso)

Desde logo já se pode perceber que tal posição vulnera os princípios do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum e da máxima efetividade do processo coletivo. A aplicação sem ressalvas de uma norma de direito processual individual no bojo de um processo coletivo retira toda a qualidade e presteza que este último visa promover no plano da tutela jurisdicional adequada.

Por isso, somente se pode aplicar subsidiariamente o CPC quando existir compatibilidade formal (inexistência de regras específicas no processo coletivo) e material (ausência de prejuízo ao processo coletivo) ao sistema de tutela coletiva.

Nesse caso, a aplicação da regra estática de distribuição do ônus da prova prevista no CPC para as tutelas individuais não encontra guarida no processo coletivo devido à existência de regras especiais sobre a matéria, regras tais cuja intenção é o de torná-lo mais dinâmico e facilitado. Assim, por haver regras especiais sobre a matéria na LACP, não é possível a aplicação do CPC nesse particular devido à incompatibilidade formal em questão.

Sobre o assunto, Almeida, G. (2003, p. 583) adverte que a filosofia que inspirou a elaboração do CPC é totalmente incompatível com o fenômeno denominado coletivização do processo. E, por isso, ensina-nos o citado doutrinador (2003, p. 583):

> [...] tanto a LACP (art. 19), quanto do CDC (art. 90) prevêem a aplicabilidade subsidiária do CPC. Entretanto, para que isso ocorra, deve haver dupla compatibilidade, *formal* (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo) e *material* (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do *direito processual coletivo comum* e, portanto, não colocar em risco a tutela jurisdicional coletiva). Se colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, essa aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Ao propor ação civil pública, o Ministério Público age na defesa de interesses metaindividuais, ou seja, da sociedade. Dispondo o artigo 18 da Lei 7347/85 que 'Nas ações de que trata esta Lei,

não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais', não poderá prevalecer a aplicação do artigo 33 do Código de Processo Civil. *O artigo 18 da supracitada lei, dada a natureza especial da matéria que regula, derroga a norma geral estatuída no Diploma Adjetivo Civil.* (STJ, Recurso Especial nº 508478 / PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 07.10.2003, grifo nosso).

II.3 Aplicação analógica do enunciado 232 da súmula do STJ – O Ministério Público deve adiantar os honorários periciais, por aplicação analógica ao que dispõe o verbete 232 da jurisprudência sumulada do STJ.

STJ – AgRg no REsp 1091843 / RJ
Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)
SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 12/05/2009
DJe 27/05/2009
PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 – ADIANTAMENTO DAS DESPESAS – CABIMENTO – PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO DO STJ – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 232/STJ.
1. O Ministério Público deve se sujeitar à exigência do depósito prévio referente aos honorários do perito nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar.
2. Precedentes: REsp 933079/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.2.2008, DJe 24.11.2008; REsp 981.949/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 24.4.2008.
Agravo regimental improvido.

STJ – REsp 981949 / RS
Ministro JOSÉ DELGADO (1105)
PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/04/2008
DJe 24/04/2008
PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. POSICIONAMENTO DA PRIMEIRA TURMA. ART. 18
DA LEI 7.347/85. SÚMULA 232/STJ.
1. A matéria é conhecida desta Corte e encontra divergência de posicionamento no âmbito das Primeira e Segunda Turmas.
2. Na esteira do entendimento firmado pela Primeira Turma, tem-se que 'o Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar, fica sujeito à exigência do depósito prévio referente aos honorários

> do perito, à guisa do que se aplica à Fazenda Pública, ante a *ratio essendi* da Súmula 232/STJ', 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. (REsp 733.456/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/10/2007). Precedente: REsp 846.529/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 07/05/2007.
> 3. Precedentes da Segunda Turma em sentido diverso: REsp 716.939/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 10/12/2007; REsp 928.397/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/09/2007.
> 4. Recurso especial não provido.

Como sabemos, existem dispositivos legais que isentam a Fazenda Pública de adiantar despesas nos processos em que atua como parte. É o caso do art. 39 da Lei de Execuções Fiscais e do art. 27 do Código de Processo Civil.

Todavia, como explicam Ferreira Filho e Vieira (2009, p. 399), esses permissivos apenas se aplicam se tais atos forem aqueles custeados pela Justiça, de modo que não impliquem obrigações aos serventuários da justiça ou auxiliares do juízo. Pontua-se, por exemplo, a isenção de que goza o próprio Ministério Público do preparo para a interposição de seus recursos. Nesse caso, por se tratar de custas dentro do processo, o ato não gerará nenhuma despesa aos funcionários atuantes na secretaria da vara.

No caso de perícias, não se pode concebê-las como atos de cartório, como simples custas processuais, tal qual no exemplo do preparo recursal.

Assim, como concluem Ferreira Filho e Vieira (2009, p. 400), a antiga jurisprudência do STJ, em incidente de uniformização que serviu de base ao enunciado nº 190 da Corte:

> [...] já havia assentado que as despesas necessárias para a prática de atos fora do cartório deveriam ser antecipadas, pois não se qualificam como custas ou emolumentos, não atraindo, assim, o benefício processual que a lei de executivos fiscais reserva à Fazenda Pública.
> A força da Súmula alcança até as perícias requisitadas pelo Ministério Público em ação civil pública, apesar de as regras aplicáveis nesse contexto não serem as do CPC.

O problema dessa corrente é que o referido enunciado diz respeito às lides de natureza individual, razão pela qual sua aplicação em sede de tutela coletiva é igualmente incompatível com o espírito do processo coletivo.

III. Posição conciliadora

III.1 Inversão do ônus da prova – O Ministério Público seria obrigado a adiantar os honorários do perito; todavia, é cabível requerimento de inversão do ônus da prova a fim de obrigar o réu na ação civil pública a custear a produção da prova.

Nesse sentido:

> STJ – REsp 1049822 / RS
> Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116)
> PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento 23/04/2009
> DJe 18/05/2009
> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.
> I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.
> II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.
> III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.
> IV - Recurso improvido.

Inicialmente, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC é norma de superdireito aplicável a qualquer processo coletivo, não se restringindo apenas ao âmbito da tutela do consumidor. Isso porque vigora o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, pelo qual são admitidos todos os meios de prova, ações, procedimentos, medidas, provimentos (inclusive antecipatórios) para propiciar uma correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado.[1]

Por isso, entendemos que tal regra pode ser aplicada em ações civis públicas que possuam os mais variados objetos, como a tutela do meio ambiente, da probidade administrativa, da saúde, dos direitos das crianças e dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais *etc*.

Há divergência sobre o momento adequado no qual o juiz deve determinar a inversão. Basicamente, a celeuma reside em saber se a inversão é técnica/regra de procedimento/atividade ou regra/técnica de julgamento/juízo. Com isso, a doutrina e a jurisprudência apontam diferentes fases do processo nas quais a inversão deve ser determinada, a saber:

a) no despacho liminar que recebe a inicial;
b) no despacho saneador, antes de iniciada a instrução processual;

[1] Nesse sentido, consultar Almeida, G. (2003, p. 578) sobre os princípios vigentes e aplicáveis ao processo coletivo comum.

c) durante o desenvolvimento da instrução processual;
d) na sentença.[2]

A doutrina especializada entende ser possível a inversão do ônus da prova quando o Ministério Público é autor na ação civil pública, pois, na verdade, a inversão é operada não em favor do *Parquet*, mas em prol da sociedade em nome da qual ele age na qualidade de substituto processual. Nesse sentido, escreveu Almeida, R. (2002):

> Daí ser o Ministério Público um ente intermediário – dentre os muitos existentes – que instrumentaliza a defesa coletiva dos interesses consumeristas.
> Nesta esteira, é forçoso admitir a tese segundo a qual é possível a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência do consumidor em ações civis propostas pelo Ministério Público tendo em vista que, uma vez presumida a hipossuficiência dos consumidores fundamentada em fatores reais existentes – regras ordinárias de experiências, o aforamento de demandas pelo *Parquet* em nada alterará aquela realidade.
> Em claras palavras, a aparição do *Parquet* no pólo ativo da relação processual nada mais significa do que um instrumento à disposição do consumidor na defesa dos seus interesses, coletivamente considerados, que deve ser conjugado, frise-se, com a presunção relativa da hipossuficiência dos consumidores, tendo em vista as regras ordinárias da experiência.

Há, contudo, decisões em sentido contrário que não admitem a inversão do ônus da prova quando requerida pelo Ministério Público por entenderem que este não pode ser considerado parte hipossuficiente na relação jurídica litigiosa. Na verdade, tais decisões não levam em conta que a inversão é operada não em prol do Ministério Público, mas da sociedade em geral.

> TJMG – Número do processo: 1.0702.04.133275-1/001(1)
> 2ª Câmara Cível
> Relator: BRANDÃO TEIXEIRA
> Relator do Acórdão: BRANDÃO TEIXEIRA
> Data do Julgamento: 22/11/2005
> Data da Publicação: 16/12/2005
> EMENTA: PROCESSO CIVIL. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 27 DO CPC, C/C ART. 18 DA LEI N. 7347/1985. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ATRIBUIÇÃO AO REQUERIDO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE PERITO. INAPLICABILIDADE DO CODECON, ART. 6º, INC. VIII. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

[2] Como sugestão de leitura sobre o tema, indicamos o seguinte artigo publicado na Revista MPMG Jurídico: GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual adequado de inversão do ônus da prova. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ano III, n. 14, p. 40-43, out./nov./dez. 2008.

> COMO “HIPOSSUFICIENTE”, NO ASPECTO TÉCNICO. RECURSO DESPROVIDO.

Prosseguindo, apesar do manifesto intuito benéfico dessa corrente, os seus opositores sustentam que o equívoco de tal proposta reside no fato de que inversão do ônus prova não se confunde com inversão do ônus financeiro para o custeio da prova. Assim, o fato de o juiz inverter o ônus da prova não implica automaticamente a transferência ao demandado do dever de arcar com os custos da sua produção.

Segundo nos ensina Cavalieri Filho (2008, p. 295-296), a jurisprudência antiga do STJ preconizava que a inversão do ônus da prova significava também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. Todavia, esse entendimento evoluiu e se firmou no sentido de que a *inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da produção da prova.*

Entre os vários precedentes, cita-se:

> STJ – REsp 1073688 / MT
> Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)
> PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento 12/05/2009
> DJe 20/05/2009
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO.
> COBERTURA PELO FCVS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/90. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS.
> 1 ‘A simples inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, embora sofra a parte ré as conseqüências decorrentes de sua não-produção. [...] O deferimento da inversão do ônus da prova e da assistência judiciária, pelo princípio da ponderação, impõe que seja beneficiado o consumidor, com o que não cabe a orientação jurisprudencial sobre o custeio da prova pericial nos termos da Lei nº 1.060/50’ (Resp 639.534, 2ª Seção, Min. Menezes Direito, DJ de 13.02.06). Precedentes das Turmas da 1ª e 2ª Seções.
> 2. Recurso especial provido.

Mas, como se nota, operada a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público quando age na defesa dos interesses difusos, a parte contrária não fica obrigada a adiantar os honorários do perito; todavia, sofre as conseqüências advindas da sua não produção, especialmente no que diz respeito ao peso das afirmações trazidas pelo autor da ação coletiva. Novamente, vale trazer aqui a orientação de Cavalieri Filho (2008, p. 297):

> Se, decidida a inversão, a parte adversa não se dispuser de custear a produção da prova, sofrerá as conseqüências

> processuais de sua cômoda resistência, quanto ao peso em que se atribuirá aos fatos verossímeis afirmados pelo consumidor, ainda que carentes de comprovação pelos meios de prova cujo manejo a recusa de produtor ou fornecedor inviabilizou.

Assim, essa nos parece ser uma boa solução para o problema do adiantamento de honorários em sede de ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público. Disso, podemos concluir que:

a) Agindo como substituto processual da sociedade, pode-lhe ser deferida favoravelmente a inversão do ônus da prova.

b) Caso a parte demandada não arque com as despesas para produção da prova pericial – já que não é obrigada a tanto (inversão do ônus da prova não se confunde com inversão do ônus financeiro para o custeio da prova), – a afirmação trazida aos autos pelo Ministério Público tomará um peso mais acentuado diante da inércia do demandado.

c) Como conseqüência, ausente a prova pericial (considerada como imprescindível à solução dos autos) diante da recusa do seu custeio pelo demandado, o julgador pode decidir favoravelmente a questão com base nas afirmações do *Parquet* tidas como verossímeis.

d) a inversão do ônus da prova vale tanto para a perícia necessária para apurar o *an debeatur* (certeza da obrigação) quanto para aquela realizada na fase de liquidação da sentença com fincas a determinar o *quantum debeatur* (ou o valor da indenização).

Contudo, vale dizer que existem algumas perícias, auditorias, pesquisas, estudos de viabilidade, laudos técnicos ou vistorias que em nada se relacionam com a questão probatória aqui em debate. São trabalhos técnicos cuja realização decorre da própria natureza da atividade desempenhada. Assim, contra a sua realização, a parte não pode alegar nenhuma escusa, já que lhe é imposta por força de lei como um ônus intrínseco à função que exerce.

Nas atividades potencialmente poluidoras, por exemplo, a elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental é decorrência natural para a instalação do empreendimento. Assim, nem se trata da discussão sobre inversão do ônus da prova ou mesmo adiantamento dos honorários do perito; nesse caso, a responsabilidade é principal e recai diretamente sobre o responsável pelo empreendimento.

Por isso, se uma empresa não providenciou o competente EPIA/RIMA para iniciar as suas atividades, o Ministério Público pode, numa ação civil pública, pedir para que ela o providencie de forma imediata, sob pena de suspensão das atividades e, nesse caso, os custos para a sua realização devem sim recair sobre o demandado, sem

nenhuma discussão. O Ministério Público pode até mesmo pedir a realização de nova auditoria para complementar estudo anteriormente realizado, caso seja identificada alguma irregularidade.

Como dissemos, nada disso se refere à celeuma do adiantamento de honorários para custear a instrução probatória, justamente porque não se trata de instrução probatória, mas de questão ligada ao próprio direito material legitimador da atuação lícita do empreendimento.

É o que se extrai do excelente voto (embora vencido) do notável Ministro Herman Benjamim nos autos do REsp 933079/SC, julgado em 24.11.2008 pelo STJ:

> Como visto, a elaboração do EPIA/RIMA constitui obrigação de fazer, a cargo de todo aquele que desenvolva atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. Se ao proponente do projeto ou empreendimento cabem as despesas pela elaboração do EPIA/RIMA, também ficam às suas expensas os custos de eventuais estudos complementares. Até o Direito clássico adota a regra de que quem deve o mais (o EPIA/RIMA) deve igualmente o menos (= complementação do EPIA/RIMA).
>
> Numa palavra, compete à empresa (que desenvolve 'atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente') custear os estudos que visam a suprir as deficiências do EPIA/RIMA, já que era responsável pela elaboração do próprio estudo originário, considerado incompleto. O fato de já possuir o licenciamento ambiental também não pode ser invocado em favor da empresa, tendo em vista a afirmação do Tribunal a quo de que 'pairam inúmeras evidências no sentido da perpetração do dano ambiental investigado'. A licença ambiental não passa um atestado de perfeição no Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nem concede uma carta de alforria ambiental, pretérita e futura, ao empreendedor. Simplesmente reconhece que, como piso – e não como teto –, preenche ele os requisitos mínimos que viabilizam o licenciamento. É a prática do empreendimento, contudo, que demonstrará a correição e inatacabilidade do EPIA/RIMA e da própria licença expedida com base nele.
> [...]
> Entendo, assim, que a regra prevista no art. 18 da Lei 7.347/85, que veda o adiantamento de honorários pelo autor da ação civil pública, não é óbice à imposição, à empresa-ré, do dever de custear as despesas com a auditoria ambiental em questão, uma vez que, no caso em tela, trata-se de mera decorrência da obrigação de arcar com os custos relativos ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental e à própria licença.
> [...]
> Como visto, na hipótese dos autos a obrigação de suportar as despesas necessárias ao licenciamento e, por decorrência lógica, dos estudos, principais ou complementares, que o

subsidiam, advém do próprio direito material aplicável ao caso (legislação ambiental), e não das normas processuais que tratam da produção de prova. Por essa razão, os diversos precedentes listados não se aplicam ao presente processo.
[...] como vimos, a obrigação de pagar por Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na origem ou em complementação, é de Direito Material e não decorre de interpretação, num ou noutro sentido, do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. De toda sorte, em *obiter dictum*, adianto que a proibição de adiantamento de custas na ação civil pública não visa, com a devida vênia, a amparar o réu, mas a prestigiar o autor, estimulando a propositura de ações na defesa do interesse público.
[...]
Irretocáveis, assim, as conclusões do Tribunal de origem. Para maior clareza, repiso-as (fl. 635):
b) a disposição *supra* [art. 18 da Lei 7.347/85] não veda o adiantamento de verba honorária pela parte ré (precedentes STJ), sobre a qual, consoante exsurge do caderno probatório acostado aos presentes autos, pairam inúmeras evidências no sentido da perpetração do dano ambiental investigado, prevalecendo aqui a necessidade de preservação do meio-ambiente (cuja dúvida no deslinde da *quaestio* lhe favorece, uma vez que a eventual degradação ambiental é irreversível),
c) o EIA/RIMA seria de qualquer forma custeado pela empresa agravante, acaso tivesse sido providenciado prévia e adequadamente como determina a legislação ambiental (inteligência dos arts. 17, § 2°, do Decreto 99.274/90, art. 8° da Resolução CONAMA 001/86 e art. 11 da Resolução CONAMA 237/97,
[...]
f) soma-se a isso a gravidade da questão ambiental sob apreço, qual seja, a poluição do ar resultante da emissão indevida de gases pelas usinas do complexo, as quais são notícia nos jornais de maior circulação no país,
g) em uma ponderação de valores, contraposto o interesse econômico da empresa em questão à integridade ambiental da área ocupada, avulta o atual dano ao meio ambiente e à saúde pública como bens maiores a serem protegidos e enfrentados diante da demora do deslinde da presente controvérsia e;
h) dotada a agravante de comprovada e extraordinária capacidade econômica.

III.2 Criação de um fundo especial – Custeio da prova pericial por um fundo especialmente criado para tal finalidade.

Essa foi a posição adotada no acórdão alvo de nossos comentários. A eminente Ministra Eliana Calmon entende que o Ministério Público não estaria isento de adiantar os honorários do perito quando requeresse a produção da prova técnica. Todavia, a fim de compatibilizar a importância da tutela coletiva no contexto do acesso à justiça, restou sugerido que os valores necessários fossem retirados de um fundo especial que coincidisse com a destinação para o qual fora criado.

No caso desse acórdão, oriundo do Estado de São Paulo, como houve a necessidade de prova pericial, o juiz ordenou que as despesas com a perícia coubessem ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei estadual nº 6.536/1989.

O acórdão em análise foi divulgado no informativo 425 do STJ:

> Informativo 425 do STJ
> RMS. ATO JUDICIAL. HONORÁRIOS PERICIAIS.
> Trata-se de mandado de segurança (MS) impetrado pelo MP na origem contra decisão judicial proferida em ação civil pública (ACP) cujo objetivo era evitar a ocorrência de danos ambientais pela realização de parcelamento do solo de área de vegetação da Mata Atlântica. No caso, como houve a necessidade de prova pericial, o juiz ordenou que as despesas com a perícia coubessem ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei estadual n. 6.536/1989. Isso posto, a Min. Relatora, preliminarmente, com lastro na Súm. n. 267-STF, considerou uma demasia a utilização de *mandamus* para corrigir decisão judicial susceptível de agravo de instrumento. Entretanto, na hipótese dos autos, tal entendimento não pode ser aplicado porque, segundo apurado em consulta ao endereço eletrônico do TJ, o próprio impetrante (MP) interpôs agravo de instrumento, ao qual foi atribuído efeito suspensivo. Também considerou não haver circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção deste Superior Tribunal já decidiu que, conquanto não se possa obrigar o MP, como parte autora, a adiantar os honorários do perito na ação civil pública, diante do disposto no art. 18 da Lei n. 7.347/1985, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente. *Logo, nesse impasse, segundo a Min. Relatora, afigura-se plausível a decisão adotada na determinação de utilizar recursos do referido fundo, considerando que a ACP objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área da Mata Atlântica, com a finalidade de proteger o meio ambiente e buscar a reparação de eventuais danos que tenham sido causados, o que coincide com a destinação para qual o fundo foi criado.* Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: RMS 28.217-DF, DJe 2/9/2009, e AgRg no REsp 1.029.293-PA, DJe 26/3/2009. RMS 30.812-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 4/3/2010. (grifo nosso).

Tal posição foi também veiculada no Informativo 411 do Tribunal da Cidadania:

> Informativo 411 do STJ
> ACP. ADIANTAMENTO. HONORÁRIOS PERICIAIS.
> O MP estadual apontou violação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, sustentando que a dispensa de adiantamento de honorários

periciais é um dos privilégios concedidos ao *Parquet*, com vistas a desonerar sua atuação em juízo. A Min. Eliana Calmon destacou que, em recentes precedentes, a Primeira Turma deste Superior Tribunal vem, com amparo na Súmula n. 232-STJ, estendendo tal obrigação ao MP nas ações civis públicas (ACP), mesmo quando ele ocupa a posição de autor. Entretanto, a Lei n. 7.347/1985, que rege o procedimento da ACP, é lei processual especial que contém regra expressa às associações autoras quanto à isenção de antecipar despesas processuais, pagamentos de honorários de advogado e custas finais, exceto em caso de má-fé. Diante dos termos da lei e da jurisprudência deste Superior Tribunal em matéria de honorários de advogado isentando o *Parquet* da imposição do pagamento quando vencido na ACP, poder-se-ia também aplicar a regra isencional quanto à antecipação dos honorários periciais e de outras despesas. Posteriormente, a Turma voltou atrás, rechaçando o entendimento. Com efeito, no julgamento do REsp 933.079-SC, DJe de 24/11/2008, de relatoria do Min. Herman Benjamin, ficou o Min. Relator vencido depois da emissão de dois votos vista e da divergência inaugurada pela Min. Eliana Calmon. Na oportunidade, o Min. Castro Meira, em voto vista, fez uma retrospectiva do que se passou nos autos, recordou a jurisprudência do STJ e destacou com ênfase precedente da Primeira Turma de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki no REsp 846.529-RS, DJ de 7/5/2007, para aderir à tese ali consagrada e acompanhar a divergência inaugurada pela Min. Eliana Calmon. E fez a seguinte ponderação: não se pode impor ao profissional que realiza a prova técnica trabalho gratuito em prol da Justiça, como também não se pode impor ao réu o ônus de uma vultosa prova, de elevado custo, contra ele próprio. *Ademais, se a parte ré não dispuser de recursos para financiar a prova, como fica a demanda? Ao se aplicar o dispositivo da Lei da Ação Civil Pública, dando a ele interpretação literal, por certo ocasionará dificuldade na tramitação dos feitos do gênero, ao tempo em que atrasará a adoção de uma solução que atenda efetivamente aos interesses da Justiça, por exemplo, a utilização do fundo formado com as indenizações impostas nas ações civis públicas, para atender às despesas com a perícia quando requerida a prova técnica pelo MP, como na hipótese*. Diante disso, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 733.456-SP, DJ 22/10/2007; REsp 981.949-RS, DJe 24/4/2008; REsp 716.939-RN, DJ 10/12/2007, e REsp 928.397-SP, DJ 25/9/2007. REsp 891.743-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 13/10/2009. (grifo nosso).

A longo prazo, trata-se igualmente de uma boa posição conciliadora. Poderiam ser editados atos normativos no sentido de destinar a tais fundos parte das condenações obtidas com o ajuizamento das ações civis públicas. Em algumas áreas, inclusive, isso já acontece no âmbito dos Ministérios Públicos, ainda que carente de alguma regulamentação mais adequada e abrangente.

Outra saída é a celebração de convênios com instituições privadas com atribuições técnicas para a realização de perícias, de modo a auxiliar o Ministério Público quando fosse necessária a produção desse tipo de prova. Ainda não seria a solução definitiva para esse problema, pois a Instituição ministerial dependeria da disponibilidade do ente privado. Mesmo assim, em casos pontuais, pode-se revelar como uma salutar opção.

III.3 Poder de requisição órgão do Ministério Público na fase extrajurisdicional – Segundo lembra-nos Mazzilli (2005, p. 511-512), o Ministério Público pode, na fase extrajurisdicional, fazer uso do seu poder de requisição para determinar aos órgãos públicos a realização da perícia, sobretudo no bojo do inquérito civil público. A requisição pode consistir em ordem legal para a realização de diligências ou apresentação de documentos ou informações por parte do destinatário à autoridade requisitante. Como se vê, a realização de perícia técnica está incluída no objeto do poder de requisição ministerial.

Segundo Mazzilli (2005, p. 378):

> Constitui objeto das requisições do Ministério Público: *a)* o fornecimento de documentos, exames, perícias e informações; *b)* a realização de vistorias, perícias, exames e perícias; *c)* a instauração de inquérito policial; *d)* a instauração de sindicância ou procedimento administrativo.
> Atuando em sua área de atribuições, o órgão do Ministério Público terá o poder de requisição, não importando seja federal, estadual ou municipal a autoridade, a repartição ou o órgão destinatário da requisição. Importa apenas se quem requisitou tinha atribuições para fazê-lo.

O problema é que às vezes o órgão público também não dispõe de recursos financeiros para realizar a perícia, o que pode tornar ineficaz o poder de requisição do Ministério Público. Com efeito, a comprovada escassez de orçamento de determinado órgão técnico da Administração Pública poderá ser considerada como barreira configuradora de justa causa ao não atendimento da requisição ministerial e, muito provavelmente, o órgão público alegará, em sua defesa, a "*velha conhecida*" tese da reserva do possível diante da impossibilidade material ao cumprimento do pleito.

No caso de a requisição ser dirigida ao ente particular, então a alegação de insuficiência de recursos financeiros terá ainda mais força e peso para justificar o desacatamento do pedido.

Sempre abalizadas são as lições de Mazzilli (2005, p. 512):

> Sendo público o órgão que deva fazer a perícia, a requisição do membro do Ministério Público ou do magistrado deverá resolver o problema, seja em inquérito civil, seja em ação judicial. Mesmo assim, por falta de verbas públicas – nunca programadas anos a fio – não raro não se consegue superar os óbices decorrentes do alto custo de perícias. Sendo particulares as entidades capazes de fazer a prova técnica, as dificuldades são ainda

> maiores, pois, como reconhece a jurisprudência, não tem o menor sentido que os peritos particulares sejam obrigados a fazer perícias gratuitamente. E o problema agrava-se primeiro porque nem sempre há perspectiva de pagamento das despesas processuais ao término da ação, que normalmente é muito demorado: se sobrevier improcedência em ação civil pública ou coletiva movida por associação civil, sequer responderá ela pela sucumbência. E depois, porque de lege lata não é possível desviar as verbas do fundo previsto no art. 13 da LACP para custear perícias.

III.4 A Fazenda deve arcar com os custos da realização da perícia – Mazzilli (2005, p. 510-511) sustenta que se a perícia foi determinada em proveito da defesa dos interesses transindividuais e se a lei dispensou o adiantamento das custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Para o autor, a Fazenda deve viabilizar a perícia com os seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com o seu custo. Sem dúvida, ratifica o ilustre jurista, a responsabilidade deve mesmo recair sobre a Fazenda Pública, sob pena de a garantia democrática do acesso à justiça restar prejudicada.

Pela lucidez de suas palavras, permitimo-nos transcrever a lição de Mazzilli (2005, p. 511-512):

> Registre-se que a Súm. n. 232-STJ assevera que "A Fazenda Pública, quando parte no processo fica sujeita à exigência de depósito prévio dos honorários do perito". A nosso ver, essa súmula não se aplica somente quando a Fazenda compareça como autora na ação civil pública ou coletiva, mas também quando seus órgãos, ainda que sem personalidade jurídica, proponham as ações civis públicas em defesa de interesse da sociedade (como o Ministério Público, os Procons e outros órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses transindividuais, inclusive em juízo).
> [...]
>
> Esta proposta é boa, e deverá ser a bastante para resolver as hipóteses, quando haja estabelecimento oficial ou repartição administrativa capacitada para fazer a perícia. Não havendo, o Estado deverá arcar com a antecipação do custeio da perícia.
> [...]
> Ao dispensar o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, a *mens legis* consiste em facilitar a tutela jurídica dos interesses transindividuais. Mas, se isso efetivamente inviabilizar a tutela, porque os peritos particulares não são obrigados a custear encargos públicos, então a Fazenda Pública deverá arcar com esse custeio. A ressalva que se faz ao teor do acórdão é a de que, se a ação estiver sendo movida pelo Ministério Público, como este é órgão do Estado, quem deve custear as diligências requeridas por ele não

> é o próprio Ministério Público, mas sim o respectivo ente público personalizado, ou seja, a União ou o Estado-membro, conforme o caso.
> [...] Assim, caberá à Fazenda antecipar as custas, se isso for necessário.

Mas tal qual apontado no item 3.3, a alegação de falta de recursos financeiros pode constituir óbice à efetividade dessa posição. Como exigir do poder público de um pequeno município (com reduzida dotação orçamentária), por exemplo, que custeie uma perícia de elevado valor sem que sejam prejudicadas outras áreas de atuação igualmente prioritárias, como a saúde pública ou a educação?

E mais: para essa posição, existem alguns outros questionamentos sobre os quais não há ainda um entendimento uniforme. Ilustrativamente, arrolamos as seguintes ponderações:

a) Qual das Fazendas seria a responsável pelo pagamento dos honorários? Seguir-se-ia a mesma regra de divisão de competência prevista no CDC para a ação coletiva, a qual leva em conta a abrangência do dano?
b) Seria possível a responsabilização solidária de vários entes federativos para a antecipação desses honorários?
c) Seria possível que uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público federal valha-se de recursos oriundos de um município? Ou, por outro lado, o *Parquet* estadual pode requerer da União o pagamento de determinada perícia?
d) Essa posição também se aplica ao requerimento de perícia quando formulado pela Defensoria Pública nos autos da ação civil pública por ela ajuizada?
e) A depender da essencialidade do objeto tutelado na ação coletiva, é possível a aplicação da teoria do mínimo existencial para rechaçar a alegação de falta de recursos?
f) A postura da Fazenda Pública revela ato de natureza discricionária ou vinculada?
g) Como exercer um controle meritório adequado para não se admitir a realização de uma perícia requerida manifestamente impertinente? Quem teria o poder de exercer esse controle – somente o Poder Judiciário ou também o Poder Executivo?

Com esses questionamentos, passa-se ao próximo tópico.

III.5 O perito aceita receber os honorários ao final da demanda – O juiz deverá determinar que a perícia seja realizada por profissional que aceite receber seus honorários ao final ou por estabelecimento oficial.

Veja, por exemplo, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> TJMG – Número do processo: 1.0024.07.761912-0/003(1)
> 8ª Câmara Cível
> Relator: EDGARD PENNA AMORIM
> Relator do Acórdão: EDGARD PENNA AMORIM
> Data do Julgamento: 19/02/2009
> Data da Publicação: 07/04/2009
> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROVA PERICIAL –

> REQUERIMENTO DO AUTOR – GRATUIDADE JUDICIÁRIA – ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELO RÉU – IMPERTINÊNCIA. 1 - O Estado, quando réu, não está obrigado a antecipar os honorários da perícia requerida pela parte autora (CPC, arts. 19 e 33), razão pela qual, se ela estiver amparada pela gratuidade judiciária, *a prova deve ser realizada ou por profissional designado pelo juiz que aceite receber os honorários ao final*, ou por estabelecimento oficial. 2 - Recurso provido. (grifo nosso).

De todas as posições conciliadoras, esta é a mais simples de todas e, na prática, aquela que acaba sendo adotada mais freqüentemente, embora a busca pelo *expert* que aceite tais condições possa levar muito tempo.

Geralmente, essa solução somente é posta em prática em perícias que não sejam muito caras ou que não impliquem nenhum gasto para serem realizadas. Por isso, a sua aplicação é muito reduzida no campo do processo coletivo, ficando mais restrita às perícias meramente contábeis consistentes na análise minuciosa de documentos já disponibilizados ao *expert* – o que não quer dizer que tal prova seja de fácil execução, pois, a depender da complexidade da questão, uma perícia contábil pode demandar um trabalho deveras extenuante, requerendo-se alta dose de atenção e conhecimentos não raras vezes englobando mais de uma área científica.

III.6 O Ministério Público realiza a perícia por seu corpo técnico de especialistas – Alguns Ministérios Públicos no País possuem um corpo próprio de peritos nas mais diversas áreas de atuação e do conhecimento científico.

Assim, nada impede que, nas ações civis ou coletivas propostas pelo Ministério Público, em sendo necessária a realização de prova técnica, o seu corpo de servidores especializados desempenhem tal função.

Entretanto, dificilmente a parte contrária irá aceitar a produção de tal prova, sob a alegação de que a ausência de imparcialidade no caso representaria motivo de malferimento ao postulado do devido processo legal.

Por isso, embora haja mais esse caminho viável, na prática, dificilmente ele seria usado na fase jurisdicional. Na fase extrajurisdicional – como, por exemplo, durante a tramitação de um inquérito civil público –, entendemos que não existe nenhum óbice à produção unilateral da prova pericial pelo órgão do Ministério Público, até porque ele deverá posteriormente passar pelo crivo do devido processo legal na ambiência judicial.

3. Conclusão

O nosso objetivo aqui foi o de tão-somente apresentar vários pontos de vista sobre um mesmo assunto, sem, contudo, apontar em definitivo o acerto ou o desacerto desta ou daquela posição.

Certamente, entendemos que o melhor caminho a ser trilhado é aquele que conduza o processo para uma das seis vias apresentadas nas *posições conciliadoras.* No caso concreto, a experiência irá dizer qual delas será considerada como a melhor opção.

Pode ser que, logo *ab initio*, o juízo já consiga um perito que concorde em receber os seus honorários ao final. Pode acontecer que, em determinado Estado, já exista um fundo criado para custear provas técnicas requeridas pelo *Parquet* ou, ainda, que a Fazenda, por uma razão ou outra, decida diligenciar o pagamento da perícia. Caso a outra parte concorde e o Ministério Público disponha de meios para tanto, a perícia poderá ser realizada pelo órgão técnico do *Parquet*. Por fim, a via da inversão do ônus da prova pode ser salutar se nenhuma das medidas anteriormente sugeridas funcionar.

Pode ser, também, que o cotidiano forense ainda revele alguma outra solução que não tivemos a clarividência e o alcance de registrar.

Uma coisa é certa: caso seja necessária, a perícia não pode, sob nenhuma hipótese, deixar de ser produzida. A sua não realização, sem motivo justificável, pode gerar àquele sobre o qual recaia a obrigação responsabilização nas mais diversas esferas jurídicas.

Por exemplo, a simples omissão ou o retardo (sem justa causa) na realização da perícia pode configurar o crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal; pode, ainda, representar o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92; por fim, a hipótese pode ainda incidir em responsabilidade civil do infrator no caso de causar danos à parte que seria beneficiada com a perícia, seja o lesado individualmente considerado ou mesmo a sociedade no caso de violação de direitos difusos (dano moral coletivo).

Merece registro o fato de que o art. 14 do Código de Processo Civil reputa como deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, entre outros, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V).

Dessa forma, uma vez determinada a perícia, o auxiliar do juízo ou quaisquer das partes não podem criar óbice à sua efetivação, sob pena de responderem por ato atentatório ao exercício da jurisdição, o chamado *contempt of court* (CPC, art. 14, parágrafo único).

Segundo a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> TRF – 2ª Região
> AG 200802010142041
> Desembargador Federal LEOPOLDO MUYLAERT
> SEXTA TURMA ESPECIALIZADA
> Fonte DJU – Data:14/11/2008 - Página:181
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MILTAR - DESCUMPRIMENTO DE

DECISÃO JUDICIAL – ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – MULTA – POSSIBILIDADE – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO - EXÍGUO - MODIFICAÇÃO. 1 - O descumprimento de ordem judicial, que venha a criar empecilhos à realização dos provimentos judiciais constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se à sanção inscrita no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 2 - A norma introduziu no Brasil o instituto do *contempt of court.* Deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraço à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC, 14, V, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contemp of court*). Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa. 3 – Não restando demonstrado que seu preposto, não poderia dar cumprimento à decisão judicial, exemplificadamente, por não ter poder legal para tanto ou por ser a medida manifestamente irrazoável, é cabível a aplicação da sanção da norma do art. 14, parágrafo único do CPC, que impõe às partes o dever de cumprir e fazer cumprir todos os provimentos de natureza mandamental, bem como não criar empecilhos para que todos os provimentos judiciais, mandamentais ou não, de natureza provisória ou final sejam efetivados. 4- Sendo o prazo para cumprimento da determinação do juízo exíguo diante das invencíveis dificuldades operacionais e/ou materiais peculiares à Administração Pública, este deve ser modificado. 5- Agravo de instrumento parcialmente provido.

Nessa mesma toada, não é demais lembrar que mesmo o autor da ação coletiva não tem o poder de dispor da perícia quando sua realização for imprescindível à solução da lide. No processo coletivo, os interesses que estão em jogo possuem natureza indisponível, não se admitindo, por isso, nenhuma prática substancial de transação ou desistência que implique redução ou flexibilização do direito coletivo tutelado.

Por isso, a falta de requerimento de produção de perícia gera prejuízo material ao direito coletivo defendido nos autos, vulnerando o princípio da máxima efetividade do processo coletivo, o qual decorre da necessidade da efetividade real, e não meramente formal, impondo-se que sejam realizadas todas as diligências para que se alcance a verdade em virtude do interesse social presente em todas as ações coletivas.

E mais: a *contrario sensu*, o mesmo art. 14, em seu inciso IV, do CPC determina que as partes produzam provas e pratiquem atos necessários à declaração ou defesa do direito. Aqui, podemos incluir o requerimento da perícia como indispensável a esse contexto.

Por isso, mesmo atuando como *custos legis* na ação coletiva, caso o autor co-legitimado não providencie a realização da perícia, o Ministério Público tem o dever de requerê-la, já que possui os mesmos poderes que as partes quando age como fiscal da lei, inclusive para produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, arts. 81 e 83, II).

Como dissemos, não há nada em definitivo, principalmente no campo da construção do Direito como ferramenta de acesso à Justiça. A ordem jurídica é diuturnamente reescrita por seus melhores operadores e, nesse legítimo e sublime labor, as idéias se renovam, os antigos dogmas são colocados de lado e o que hoje é uma verdade amanhã pode-se tornar um mito.

4. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA, Renato Franco de. *O Ministério Público, o Codecon e a inversão do ônus da prova*. Navigandi. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2754&p=2> . Acesso em: 05 abr. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual*: Processo Coletivo. Salvador: JusPodivum, 2007.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça organizadas por assunto, anotadas e comentadas.* Salvador: JusPodivum, 2009.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Momento processual adequado de inversão do ônus da prova*. *In* Revista MPMG Jurídico, nº 14, Ano III, out./nov./dez. de 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública* – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

11

Português • 581
English • 585
DVD - Sumário • 589
DVD - Informações • 591

• 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 o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

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; os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 páginas. Seguem as normas de padronização dos trabalhos:
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).

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 até 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 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.

XII - Sugere-se o portal eletrônico <www.bn.br>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes , para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

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 is accepted provided there is appropriate attribution. 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.

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
● "A participação popular na construção da sustentabilidade e da justiça social: uma leitura desde uma perspectiva européia em movimento"
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti
Investigador sênior do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra
Palestra promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional em 30 de agosto de 2010, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça

2 - Direito Penal
● Jurisprudência: arquivo com 26 jurisprudências da área de Direito Penal

3 – Direito Processual Penal
● Jurisprudência: arquivo contendo 31 jurisprudências da área de Direito Processual Penal.

● Técnica: Inquérito Policial – verificação de responsabilidade criminal de Prefeito Municipal – dano ambiental
José Fernando Marreiros Sarabando
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

4 – Direito Civil
● Jurisprudência: arquivo contendo 10 jurisprudências da área de Direito Civil

5 – Direito Processual Civil
● Jurisprudência: arquivo contendo 23 jurisprudências da área de Direito Civil

● Técnica: Mandado de Segurança Preventivo – Toque de Recolher
Marco Antônio Meiken
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

6 – Direito Coletivo
● Jurisprudência: arquivo contendo 19 jurisprudências da área de Direito Processual Coletivo

7 – Direito Processual Coletivo
● Jurisprudência: arquivo contendo 8 jurisprudências da área de Direito Civil

● Técnica: Informação técnico-jurídica – obrigatoriedade de averbação e conservação da reserva legal florestal por empresa concessionária de serviço público de transmissão de energia elétrica.
Luciano José Alvarenga
Assessor no Ministério Público do Estado de Minas Gerais

8 – Direito Público Constitucional

● Jurisprudência: arquivo contendo 3 jurisprudências da área de Direito Público Constitucional

● Técnica: Recurso extraordinário – criação de cargos em comissão.
Elaine Martins Parise
Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

9 – Direito Público Institucional

● Jurisprudência: arquivo contendo 4 jurisprudências da área de Direito Público Institucional

● Técnica: *Habeas corpus*. Crime de tortura.
Min. Celso de Mello
Ministro do Supremo Tribunal Federal

10 – Direito Público Administrativo

● Jurisprudência: arquivo contendo 9 jurisprudências da área de Direito Público Administrativo

● Técnica: ACP – redução ilegal de expediente.
Lucas Danilo Vaz Costa Júnior
Promotor de Justiça do Estado de Goiás

11 – Informações Gerais

● Normas de publicação para autores / writer´s guidelines
● Créditos do DVD

Conteúdo Digital Complementar - Informações

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - De Jure, disponibiliza um disco DVD contendo palestras, vídeos, jurisprudências, técnicas e outras informações de grande relevância. Para uma fácil utilização do DVD disponível na contracapa desta revista, seguem algumas orientações.

1. Informações sobre o Disco DVD:
O Disco anexo é um DVD Híbrido. O disco é assim chamado por possibilitar, por meio de seu processo de gravação, a reprodução de diferentes conteúdos quando inserido em um aparelho convencional DVD-Player ligado a uma TV ou 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, insira-o no DVD-Player convencional, ligado a uma TV. Aguarde até que o menu do disco apareça na 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 abri-las.

OBS: Ao utilizar o disco em sistemas operacionais Windows Vista ou Windows 7, uma tela de seleção surgirá, dando ao usuário a opção de navegar no conteúdo digital ou a de visualizar o conteúdo em vídeo.

4. Solução de problemas:
Caso o disco apresente algum problema de reprodução, realize os procedimentos a seguir.

O DVD não toca em DVD Player Convencional, ou trava/para durante a reprodução.
Soluções: ● 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.
Soluções: ● 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 15 - Impressa na Gráfica e Editora Del Rey, Belo Horizonte-MG / 2010
Tiragem 3.500 exemplares