Mala Direta Postal
9912234147/ 2009 - DR/MG
PGJ
CORREIOS

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Adirson Antônio Glório de Ramos
Ana Olívia Faria Rosenburg
André Gonçalves Godinho Fróes
Bruno César Ribeiro de Paiva
César Augusto dos Santos
Eduardo Mario Martínez Álvarez
Fernando Muniz Silva
Glaucio Ney Shiroma Oshiro
Hélvio Simões Vidal
Helena Carvalho Moysés
Heli de Souza Maia
Isaac Sabbá Guimarães
Janaína de Carvalho Pena Souza
Luciana Machado Teixeira Fabel
Luciana Magalhães Teixeira da Silva
Luciano José Alvarenga
Marcos Paulo de Souza Miranda
Mariano Henrique Maurício de Campos
Nidiane Moraes Silvano Andrade
Raphael Silva Rodrigues
Ricardo Naves Silva Melo
Sebastião Pereira de Siqueira

jul | dez 2011
ISSN n.° : 1809-8487
vol. 10
17

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Adirson Antônio Glório de Ramos
Ana Olívia Faria Rosenburg
André Gonçalves Godinho Fróes
Bruno César Ribeiro de Paiva
César Augusto dos Santos
Eduardo Mario Martínez Álvarez
Fernando Muniz Silva
Glaucio Ney Shiroma Oshiro
Hélvio Simões Vidal
Helena Carvalho Moysés
Heli de Souza Maia
Isaac Sabbá Guimarães
Janaína de Carvalho Pena Souza
Luciana Machado Teixeira Fabel
Luciana Magalhães Teixeira da Silva
Luciano José Alvarenga
Marcos Paulo de Souza Miranda
Mariano Henrique Maurício de Campos
Nidiane Moraes Silvano Andrade
Raphael Silva Rodrigues
Ricardo Naves Silva Melo
Sebastião Pereira de Siqueira

jul | dez 2011
ISSN n.° : 1809-8487
vol. 10
17

jul | dez
2011

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
+55 (31)3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º 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.)
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 10, n.17 (jul./dez. 2011). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2011.

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 Nº 16. *Na pág. 327 onde se lê "EMERSON GARCIA [...] Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça" , leia-se "EMERSON GARCIA [...] ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009)".*

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.

Theoretical Profile:
The Journal De Jure was systematized according to a new pluralist, trans- and multidisciplinary philosophy, 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 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, and aims 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.

REVISTA *DE JURE* – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCO

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientifical works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às área de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

PÚBLICO ALVO

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista *De Jure*, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal *De Jure*, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. *De Jure* is distributed by means of exchange or donation only.

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 Rogério Filippetto de Oliveira

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

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

EDITOR RESPONSÁVEL
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

CONSELHO EDITORIAL - CONSELHEIROS
Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes,
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

CONSELHEIROS CONVIDADOS
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Investigador sênior – Centro de Estudos Sociais - Coimbra / Portugal)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, México)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha) in memorian
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)
Prof. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)
Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Mininstro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Desembargador João Cancio de Mello Júnior (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profª. Djanira Maria Radamés de Sá (Faculdade Pitágoras, Uberlândia, Brasil)
Procurador da República Elton Venturi (Procuradoria-Geral da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil))

Profª. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Leonardo Silva Nunes (Escola Superior de Negócios de Belo Horizonte, Brasil)
Prof. Luciano José Alvarenga (Professor no Centro de Atualização em Direito, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profª. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profª. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profª. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Profª. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Promotor de Justiça Emerson Garcia (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Promotora de Justiça Cristina Godoy de Araújo Freitas (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Promotor de Justiça José Roberto Marques (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Promotor de Justiça Dermeval Farias Gomes Filho
(Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)

EDITORAÇÃO
Alessandra de Souza Santos
João Paulo de Carvalho Gavidia
Patrícia Brandão Cordeiro

REVISÃO
Alessandra de Souza Santos
Josane Fátima Barbosa
Patrícia Brandão Cordeiro
Roger Vinícius da Silva Costa (estágio supervisionado)

CAPA / IMAGENS
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROJETO GRÁFICO
João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO
João Paulo de Carvalho Gavidia

TRADUÇÃO
Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC
Adirson Antônio Glório de Ramos
André Gonçalves Godinho Fróes
Promotora de Justiça de Minas Gerais Andressa de Oliveira Lanchotti
Prof. Charley Teixeira Chaves
Promotor de Justiça de Minas Gerais Christiano Leonardo Gonzaga Gomes
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Promotora de Justiça de Minas Gerais Luciana Kéllen Santos Pereira Guedes
Promotor de Justiça de Minas Gerais Marcos Pereira Anjo Coutinho
Matheus Adolfo Gomes Quirino
Ricardo Ferreira Sacco
Promotor de Justiça de Minas Gerais Wagner Marteleto Filho

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Promotora de Justiça de Minas Gerais Luciana Perpétua Corrêa
Promotor de Justiça de Minas Gerais Luciano Sotero Santiago

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
Alceu José Torres Marques - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT
Minas Gerais State Prosecutor Rogério Filippetto de Oliveira

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

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION
Alessandra de Souza Santos

CHIEF EDITOR
Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD
Adilson de Oliveira Nascimento (Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Emerson Felipe Dias Nogueira, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Marcos Paulo de Souza Miranda, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Minas Gerais State Prosecutor Rodrigo Iennaco de Moraes, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD – COLLABORATION AND REVIEW
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Senior researcher – Center of Social Studies – Coimbra, Portugal)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Spain) in memorian
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Mário Frota (Portuguese Association of Consummer Law, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Prof. Vittorio Manes (University of Salento – Italy)
Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Desembargador João Cancio de Mello Junior (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Profª. Djanira Maria Radamés de Sá (Faculdade Pitágoras, Uberlândia - Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi (Procuradoria-Geral da República, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais - Brazil)
Prof. José Aroudo Mota (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)

Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes (Escola Superior de Negócios de Belo Horizonte, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito; Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo – Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais - Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Brazil)
Prof. Nilo Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

EDITING
Alessandra de Souza Santos
João Paulo de Carvalho Gavidia
Patrícia Brandão Cordeiro

PROOF READING
Alessandra de Souza Santos
Josane Fátima Barbosa
Patrícia Brandão Cordeiro
Roger Vinícius da Silva Costa (intern)

COVER / IMAGES
João Paulo de Carvalho Gavidia

GRAPHIC PROJECT
João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT
João Paulo de Carvalho Gavidia

TRANSLATION
Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE
Adirson Antônio Glório de Ramos
André Gonçalves Godinho Fróes
Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti
Prof. Charley Teixeira Chaves
Minas Gerais State Prosecutor Christiano Leonardo Gonzaga Gomes
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Minas Gerais State Prosecutor Luciana Kéllen Santos Pereira Guedes
Minas Gerais State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho
Matheus Adolfo Gomes Quirino
Ricardo Ferreira Sacco
Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE
Minas Gerais State Prosecutor Luciana Perpétua Corrêa
Minas Gerais State Prosecutor Luciano Sotero Santiago

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT
Credits in DVD disc.

PREFÁCIO

Vem à lume o número 17 da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com o permanente objetivo de disseminar conhecimento.

Neste trabalho, continua preponderando o enfoque a partir do pós-positivismo jurídico, proporcionando o conhecimento e a discussão dos temas numa ordem multifacetária, acorde com a hodierna impossibilidade de cuidar das questões do Direito de forma estanque, como de regra deve suceder no mundo do saber.

Nesta edição, a Revista *De Jure* traz, na seção de Doutrina Internacional, um interessantíssimo texto do eminente professor argentino Eduardo Mario Martínez Alvarez, professor da Universidad del Museo Social Argentino. O Prof. Martínez Alvarez discorre acerca do instituto da ação civil reparatória no Código de Processo Penal de seu país.

Esta edição traz em sua seção de Doutrina Nacional, o Promotor de Justiça de Santa Catarina Isaac Sabbá Guimarães, que discorre sobre a teoria de estado e a ascensão de novos paradigmas político-sociais que a afetam. Também na Doutrina Nacional, estudo de André Gonçalves Godinho Fróes sobre a lei de propriedade industrial e suas implicações no Direito.

No DVD encartado, há disponível a palestra em vídeo sobre "Constitucionalismo atual e seus reflexos na atuação do Ministério Público", proferida pelo Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Emerson Garcia em 1º de agosto de 2011, no Hotel Mercure em Belo Horizonte. A Revista *De Jure* 17 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 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.

Finalizando o proêmio, é de se registrar a consolidação da Revista *De Jure* no cenário nacional, como importante referencial científico e, portanto, essencial na perspectiva zetética.

Rogério Filippetto de Oliveira
Promotor de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
do Ministério Público de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

A Revista *De Jure*, objetivando excelência e ampliação de seu reconhecimento no cenário acadêmico, inova nesta edição de nº 17. Houve um esforço de adaptação da revista aos critérios da Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal (Redalyc), da Universidad Autónoma de Estado de México (UAEM), cujo objetivo é contribuir para a divulgação da atividade científica na América Latina.

Esse esforço é justificado, pois as revistas que fazem parte da Redalyc destacam-se no cenário acadêmico de produção científica na América Latina. Para tanto, é necessário atender aos parâmetros internacionais de qualidade editorial, como a condição inicial de revisão cega de pares e a publicação de artigos originais. Portanto, para que a *De Jure* tenha condições de pleitear sua inclusão nessa importante Rede, a partir desta edição nº 17, somente será aceita a submissão de artigos inéditos.

"(O) objetivo é contribuir para a divulgação da atividade científica na América Latina"

Convido todos a continuarem participando com artigos, comentários a jurisprudência e peças processuais. A *De Jure* é um espaço legítimo de discussão e vem-se aprimorando sem alterar sua essência pluralista e multidisciplinar.

Boa Leitura!

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS
Major da Polícia Militar de Minas Gerais
Mestre em Direito Empresarial
Universidade de Itaúna
Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos – campus Teófilo Otoni/MG

ANA OLÍVIA FARIA ROSENBURG
Analista do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÓES
Mestre em Direito Econômico pela
Universidade Federal de Minas Gerais

BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA
Analista do Ministério Público.
Assessoria Jurídica do Conselho Superior

CÉSAR AUGUSTO DOS SANTOS
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

EDUARDO MARIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad
del Museo Social Argentino, Argentina

FERNANDO MUNIZ SILVA
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado do Acre
Membro do Grupo Nacional dos
Promotores de Justiça (GNPJ)

HÉLVIO SIMÕES VIDAL
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito (UGF-RJ). Professor de Direito e Processo Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior/ Juiz de Fora-MG. Professor do Curso de Especialização em Ciências Penais da UFJF-MG

HELENA CARVALHO MOYSÉS
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela PUC-MG, Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ipatinga

HELI DE SOUZA MAIA
Graduado em Ciências Sociais e Direito,
Mestre em Direito, Secretário Municipal
de Educação e Cultura de Itaúna

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado de Santa Catarina

JANAÍNA DE CARVALHO PENA SOUZA
Analista do Ministério Público do
Estado de Minas Gerais

LUCIANA MACHADO TEIXEIRA FABEL
Mestre em Administração – Faculdade de Administração de Empresas (FEAD)

LUCIANA MAGALHÃES TEIXEIRA DA SILVA
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público, Pós-graduada em Direito Público ANAMAGES / NEWTON PAIVA, Pós-graduada em Direito Processual – Grandes Transformações UNISUL

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA
Bacharel em Direito (UFMG), Mestre em Ciências Naturais (UFOP), Professor do Centro de Atualização em Direito (CAD/Universidade Gama Filho), Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Direito Processual Ambiental no Curso de Pós-Graduação do Centro de Atualização em Direito – Belo Horizonte.

MARIANO HENRIQUE MAURÍCIO DE CAMPOS
Mestre em Direito Público pelo programa de Pós-Graduação da PUC Minas, com fomento da Fundação de Amparo à pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP)/OPUR/PUC Minas. Oficial Judiciário na comarca de Bambuí-MG pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

NIDIANE MORAES SILVANO ANDRADE
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RAPHAEL SILVA RODRIGUES
Advogado e especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

RICARDO NAVES SILVA MELO
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Bacharel em Direito (UFMG), Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Anhanguera - UNIDERP)

SEBASTIÃO PEREIRA DE SIQUEIRA
Coronel da Polícia Militar de Minas Gerais
Bacharel em Direito
(Faculdade de Direito Vale do Rio Doce)
Especialista em Segurança Pública
(Fundação João Pinheiro)

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

25 | 40 LA ACCION CIVIL REPARATORIA EN EL PROCESO PENAL REGULADO EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA
Eduardo Mario Martínez Álvarez

Doutrina Nacional • Artigo

41 | 63 NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS E A CRISE DE CONCEITOS: HÁ FUTURO PARA UMA TEORIA DO ESTADO?
NEW SOCIAL POLITICAL PARADIGMS AND THE CONCEPT CRISIS: IS THERE A FUTURE FOR STATE THEORY?
Isaac Sabbá Guimarães

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

64 | 116 A CONSTRUÇÃO TRIDIMENSIONAL DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: BIOTECNOLOGIA, AXIOLOGIA E DIREITO
THE TRIDIMENSIONAL CONSTRUCTION OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW: BIOTECHNOLOGY, AXIOLOGY AND LAW
André Gonçalves Godinho Fróes

2 DIREITO PENAL

Artigo

121 | 165 A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO
PLEA AGREEMENT IN BRAZILLIAN LAW
Fernando Muniz Silva

Comentário à Jurisprudência

167 | 173 ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, I, CP): DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA DE FOGO E A DECISÃO DO STF (HC Nº 96.099): APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE
Glaucio Ney Shiroma Oshiro

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo

177 | 197 CRIMES DE TRÂNSITO (LEI Nº 9.503/1997)
TRAFFIC OFFENCES (LAW Nº 9.503/1997)
Hélvio Simões Vidal

Comentário à Jurisprudência

198 | 209 OS EFEITOS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA IMPLEMENTADA NO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL NA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA
Ana Olívia Faria Rosenburg

4 DIREITO CIVIL

Artigo

213 | 234 OS DIREITOS DOS "FILHOS DE CRIAÇÃO"
THE RIGHTS OF FOSTER CHILDREN
Nidiane Moraes Silvano Andrade

Comentário à Jurisprudência

236 | 255 UNIÃO HOMOAFETIVA: NOVO MODELO DE ENTIDADE FAMILIAR
Bruno César Ribeiro de Paiva

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo

259 | 281 BREVE ABORDAGEM SOBRE O TEMA DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM BUSCA DE ALTERNATIVAS AO DESCONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO
BRIEF INTRODUCTION TO DESJUDICIALIZATION AS AN ALTERNATIVE MEANS TO RELIEVE THE BRAZILIAN JUDICIARY POWER
César Augusto dos Santos

Comentário à Jurisprudência

282 | 292 A VALIDADE DAS INFORMAÇÕES PROCESSUAIS VEICULADAS PELAS PÁGINAS ELETRÔNICAS DOS TRIBUNAIS
Ricardo Naves Silva Melo

6 DIREITO COLETIVO

Artigo

297 | 330 O DIREITO DAS CRIANÇAS À EDUCAÇÃO
CHILDREN RIGHT TO EDUCATION
Heli de Souza Maia

Comentário à Jurisprudência

331 | 340 O POETA E A FLORESTA: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E LITERATURA PARA A CONSERVAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA
Luciano José Alvarenga

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo

345 | 370 A PROVA NO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DE VELHOS PARADIGMAS PARA A EFETIVA TUTELA DO MEIO AMBIENTE
PROOF IN PROCEDURAL ENVIRONMENTAL LAW: NEED TO OVERCOME OLD PARADIGMS TO ENFORCE ENVIRONMENTAL PROTECTION
Marcos Paulo de Souza Miranda

Comentário à Jurisprudência

372 | 381 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
Helena Carvalho Moysés

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo

385 | 413 A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

PUBLIC HEARINGS AS A MEANS TO LEGITIMATE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN BRAZIL

Janaína de Carvalho Pena Souza

Comentário à Jurisprudência

414 | 434 O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR NÃO FERE OS §§ 4º E 5º DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Adirson Antônio Glório de Ramos
Sebastião Pereira de Siqueira

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo

439 | 459 VOTO UNIVERSAL E REPRESENTATIVIDADE: CAUSA OU EFEITO DO *DÉFICIT* DEMOCRÁTICO NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO?

UNIVERSAL VOTE AND REPRESENTATIVENESS: CAUSE OR EFFECT OF THE DEMOCRATIC DÉFICIT IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE?

Mariano Henrique Maurício de Campos

Comentário à Jurisprudência

460 | 472 QUE TRATAMENTO TEM SIDO DADO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO PELOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS FISCAIS?

Raphael Silva Rodrigues

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo

477 | 523 DO NECESSÁRIO CONHECIMENTO MULTIDISCIPLINAR DO GESTOR PÚBLICO AO ENFRENTAR A GREVE DO SERVIDOR

PUBLIC MANAGERS' NECESSARY MULTIDISCIPLINARY KNOWLEDGE TO FACE STRIKES OF CIVIL SERVANTS

Luciana Machado Teixeira Fabel

Comentário à Jurisprudência

524 | 528 A SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS PARA OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS VETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TORNOU-SE INAPLICÁVEL DIANTE DA LEI DA FICHA LIMPA (LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010)?

Luciana Magalhães Teixeira da Silva

11 NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

533 PORTUGUÊS

542 ENGLISH

SUMÁRIO

CONTEÚDO DIGITAL - DVD ENCARTADO

**O DVD ESTÁ DISPONÍVEL NA ÚLTIMA PÁGINA DESTE VOLUME.
INSIRA-O EM UM DVD PLAYER PARA VISUALIZAR A PALESTRA.
INSIRA-O EM UM COMPUTADOR PARA ACESSAR OS OUTROS CONTEÚDOS.**

1 - Palestra (Vídeo Digital - Insira o Disco em um DVD Player)
"Constitucionalismo atual e seus reflexos na atuação do Ministério Público"
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Emerson Garcia
Palestra promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional em 1º de agosto de 2011, no Hotel Mercure, Av. do Contorno 7315, Belo Horizonte.

2 - Penal (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

3 - Processo Penal (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Apelação criminal – tráfico ilícito de drogas por réu primário menor de idade
José Fernando Marreiros Sarabando
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

4 - Civil (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

5 – Processo Civil (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Petição inicial da ação civil originária declaratória - suspensão da greve dos professores da rede pública de educação
Celso Penna Fernandes Junior, Maria de Lurdes Rodrigues Santa-Gema, Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick - Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

Geraldo Flávio Vasques
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Técnica: Realização gratuita do exame de DNA entre a investigante e a avó paterna
Sandra Maria Silva Rassi
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

6 – Coletivo (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

7 – Processo Coletivo (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Apelação cível – revestimento asfáltico em ruas tombadas
Jorge Rachid Mubarack Maluf
Desembargador do Estado do Maranhão

8 – Público Constitucional (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: ADI: política municipal de atendimento dos direitos da criança e do adolescente
Elaine Martins Parise e Renato Franco de Almeida
Procuradora de Justiça e Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

9 – Público Institucional (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Carta Testemunhável – concessão de livramento condicional sem oitiva do *Parquet*
Wesley Leite Vaz
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

10 – Público Administrativo (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Petição Inicial - Improbidade administrativa – pedido de ressarcimento de danos
Marcelo Barbosa de Castro Zenkner e Gustavo Senna Miranda
Promotores de Justiça do Estado do Espírito Santo

12 – Informações Gerais (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)
Normas de publicação para autores / writers' guidelines
Créditos do DVD

1
Assuntos Gerais

Doutrina Internacional
Doutrina Nacional
Diálogo Multidisciplinar
Palestra • DVD-ROM

LA ACCION CIVIL REPARATORIA EN EL PROCESO PENAL REGULADO EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA

EDUARDO MARIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad del Museo Social Argentino, Argentina
vicerrectorado@umsa.edu.ar

1. Antecedentes

1. Superada la primitiva alternativa de la "autodefensa", el ofendido por un delito puede recurrir al ejercicio de la acción, tal como la concibe a ésta la doctrina moderna o sea, como el derecho al proceso.

Mediante la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado, podrá movilizar así un instituto penal o uno civil. Mientras que la acción penal procura satisfacer el interés de la sociedad (interés público) a través de la imposición de una pena (pretensión punitiva) a quien comete un delito, la acción civil es el derecho que asiste a la víctima (interés privado) a fin de ser indemnizada por el daño causado por el delito (pretensión resarcitoria). Enfatiza Núñez, que la acción civil siempre tiene caracter privado, cualquiera que sea su titular, porque tiendea reparar un perjuicio que interesa de manera inmediata y principal al damnificado.

2. El artículo 1096 del código Civil sienta la independencia de las acciones penal y civil cuando dispone: "La indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal". Zannoni, Belluscio, Estuguy y

Moisset de Espanés sostienen que, aunque la norma citada consagra la independencia sustancial entre la acción resarcitoria civil por daños y la acción penal, ello no implica la necesaria independencia procesal entre ambas. Cuando el juez penal -agregan- entiende en una acción civil resarcitoria acumulada a la acción penal, tiene por imperio de las normas procesales idéntica competencia por razón de la materia que el juez civil en cuanto a aquélla. De modo que aún cuando absolviere al imputado debe pronunciarse respecto a la acción civil y deberá condenar en su caso, de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad civil (Despachos B, núm.13 y 14, en las Primeras Jornadas Australes de Derecho, celebradas en Comodoro Rivadavia en 1980, bajo la coordinación del eminente jurista Dr. Luis Moisset de Espanés y otros distinguidos civilistas argentinos, entre ellos, los Dres. Jorge Mosset Iturraspe, Eduardo A. Zanonni y Mario Augusto Morello). En sentido contrario, el Código Procesal Penal del Uruguay veda la deducción de la accióon civil en sede penal (art.25) y dispone que la acción civil y la acción penal que se fundan en el mismo hecho deberán ejercitarse separada e independientemente en las sedes respectiva (art. 27).

Freitas, por su parte, concebía la independencia de ambas acciones desde el aspecto teleológico, es decir, por la finalidad que persigue cada una. En su mérito, el juez de lo penal que conociera en ambas, debería tratarlas por separado.

En las notas a los artículos 1102 y 1103, el codificador civil argentino afirmó la imposibilidad de la identidad de objeto entre la causa penal y la civil, como asimismo la misión que cabe a los tribunales criminales, a los que no corresponde decidir si el hecho constituye o no un delito o un cuasidelito, "a no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio". Es indudable, entonces, que Vélez Sarsfield reconocía al damnificado la posibilidad del ejercicio de la acción civil en sede penal.

La siguiente disposición de igual normativa, en su artículo 1097 sienta la regla de que:

> La acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por no haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella [...].

Empero la renuncia a la acción civil o los convenios sobre el pago del daño implican la renuncia a la acción penal, según lo dispone la parte final de la norma en análisis.

Esta norma fue interpretada con diferentes alcances por la doctrina. Así se concibió que en su primera parte, se estaba aludiendo a los delitos que dan lugar a la acción pública y en la parte final de dicha disposición, se refería a los delitos dependientes de acción privada acusados mediante querella de parte. No obstante, Borda sostuvo que la norma en análisis no hace distinción entre ambas acciones.

3. Por su lado, el artículo 29 del Código Penal resulta modificatorio del sistema del Código Civil al establecer que la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral y la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago del precio corriente de ella. Vinculado con tal principio normativo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno "in re" Merlo c. Parodi Demarchi, el 7/9/923 establecía:

> La indemnización civil para reparar el perjuicio causado por el delito, puede ser ejercitada ante el juez del fuero criminal y correccional y al mismo tiempo o conjuntamente con la acción penal. (Fallos Plenarios de la Excma. CCCCF Bs. As. 1984 t. II, pág. 138 -reedición-)

4. Darritchon, por su parte, asevera que tal norma del Código Penal es, técnicamente, una regla que agravia al art. 5 de la Constitución Nacional, pues tiene contenido netamente procesal, al determinar competencia. En su mérito, debería estar legislada en los códigos correspondientes o en las leyes orgánicas de la justicia.

Sin embargo, nuestro mas alto Tribunal "in re" Grigor c. Larroca (J.A.XLII-96) y Garbarino, Jorge A. (L.L.122-325), entre otros, admitió la potestad del Poder Legislativo Nacional para dictar normas como la cuestionada sentando la doctrina de que, si bien las provincias tienen la atribución de darse sus instituciones locales y de legislar sobre sus procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere adecuado prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos de fondo cuyo dictado le incumbe. Por lo demás, la Corte Suprema estableció que el art. 29 de la legislación de fondo represiva, no resuelve una simple cuestión de procedimientos, pues con ella procura dar plena eficacia al castigo que se impone al delincuente, debido a que el menoscabo y la violación del orden social solo desaparece cuando se reparan todas las consecuencias del hecho delictuoso, a lo que se añade el efecto intimidante que puede ejercer la obligación de reparar el daño causado. Concordantemente, Rodolfo Moreno descarta cualquier conflicto constitucional en orden al art. 29 C.P.

En igual sentido, Bustamante Alsina precisa que, cuando la actividad ilícita de un sujeto causa un daño a otro, no solo es justo que la ley imponga a aquél la obligaciòn de resarcir el daño, sino que la justicia no se satisface adecuadamente si la misma ley sustantiva no impone el medio mas apto para lograr ese fin.

5. Se estima, a nuestro juicio, desacertadamente, que la justicia penal no resulta apta para fijar adecuadamente la reparación del daño causado por el delito toda vez que ello no resulta su materia específica.

Incumbe al damnificado la elección del ámbito de la competencia (penal o civil) donde ejercitará la pretensión resarcitoria. Estimamos que resulta conveniente hacerlo ante los jueces penales cuando se trate de la indemnización de daños cuya prueba no resulte compleja o del daño moral, que no la requiere. Así lo sostenemos, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos perentorios e improrrogables que contempla el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, como asimismo el impulso procesal de oficio y sin las características de la acción privada.

Es mas, con el mismo criterio y finalidad que inspiró la sanción de la ley 24573, que establece la mediación prejudicial y obligatoria, hubiera resultado conveniente incluir el supuesto de la acción resarcitoria en sede penal, habilitando a los jueces penales para que remitan a mediación esta hipótesis.

2. El tema luego de la sanción del nuevo código procesal penal de la nación. los rasgos distintivos de dependencia y accesoriedad

6. La nueva ley adjetiva penal -vigente desde 1992- establece la "dependencia" y la "accesoriedad" cuando la acción civil resarcitoria sea ejercitada conjuntamente con la acción punitiva en sede penal.

En efecto. Actualmente se distingue claramente el sometimiento de la acción civil a la acción penal desde su origen, toda vez que no puede ser promovida en sede represiva si con anterioridad no se ha incoado la penal, ni conservada si no se mantiene el curso de ésta.

Conforme a lo que se dispone en la primera parte del art. 16 del CPPN, la acción civil dentro del proceso penal solo podrá ser ejercida mientras se encuentre pendiente la acción penal (dependencia) y hasta la clausura de la instrucción (art. 90 CPPN), de manera tal que si ésta no pueda proseguir por alguna causa legal, la acción civil podrá ejercitarse o continuarse en sede civil según lo prescripto en el art. 17 del CPPN (accesoriedad).

Tal accesoriedad culmina cuando la causa penal se cierra para su deliberación y sentencia. En el supuesto de que proceda la absolución del procesado, ello no resulta obstáculo para que el tribunal penal se expida sobre la acción civil, debiéndose dictar sentencia a su respecto de conformidad con lo normado en la segunda parte del ya referido artículo 16 del CPPN. Es claro que el precepto supone que el hecho generador de responsabilidad civil le es atribuible al imputado y que su absolución descansa en alguna de las causales del art. 34 C.P. que presuponen autoría.

3. El actor civil

7. Como lo expusiéramos, dentro del proceso penal el ofendido civilmente por el delito puede asumir el rol de actor civil mediante expresa petición y fundamento de los motivos en que basa su acción, narrando sintéticamente el hecho y su vinculación con el nocimiento, como asimismo la responsabilidad atribuida al o los demandados (art. 89). La posterior constitución como tal o su rechazo, la realiza el órgano jurisdiccional mediante decreto.

Así, para ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas en la forma prescripta para el ejercicio de las acciones civiles (art. 87 del CPPN).

8. En cuanto a la legitimación para asumir la calidad de actor civil -para la restitución de la cosa obtenido por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil - debe tratarse del damnificado directamente por el hecho ilícito o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios (art. 14 del cód.cit.). Aún el Estado, si resultare damnificado civilmente por un hecho que se imputa como delictuoso, puede invocar la calidad de actor civil y será representado por el cuerpo de abogados del Estado (art. 15).

9. Si se han satisfecho los presupuestos que la ley ritual penal exige a quien pretende ser considerado como actor civil, por decreto simple así se lo constituye por el juez, quien ordena notificar al imputado y al civilmente demandado -una vez individualizado- produciendo efectos desde la última notificación (art. 92), reputándose dicho plazo como común.

10. Como dijéramos, la constituciòn de parte civil podrá tener lugar en cualquier estado del proceso hasta la clausura de la instrucción (art. 90). Transcurrida tal oportunidad, se produce la caducidad y una petición de igual tenor deberá rechazarse, no obstante la posibilidad que asiste al interesado para reclamar en sede civil.

11. El actor civil, aunque aún no haya promovido su demanda, ya reviste, tras ello, calidad de accionante. Su presentación, interrumpe la prescripción de la acción civil contra todos los responsables (art. 3986 del Código Civil).

12. Constituído como tal, el actor civil tiene amplias facultades en el proceso. Puede participar plenamente en la investigación del hecho delictuoso y en la acreditación de los daños y perjuicios que éste le ocasionara. También está en condiciones de solicitar medidas cautelares, restituciones, reparaciones y las indemnizaciones correspondientes (art. 91).

Puede interponer recursos contra las resoluciones judiciales concernientes a la acción por él interpuesta (art. 436), tales como el de casación (art. 462) o el de inconstitucionalidad (art. 474), pero no se encuentra legitimado para recurrir el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria (art. 95) o el de falta de mérito, toda vez que no se encuentra en el ejercicio de la acción penal.

13. No está eximido el actor civil de declarar como testigo en el proceso penal donde actúa como tal (art. 96), pero no podrá ser citado a absolver posiciones en dicha causa, toda vez que -para este sujeto procesal- la prueba confesional queda ahora circunscripta al ámbito del proceso civil.

4. Constitucion del demandado

14. Según lo dispuesto en el art. 14 del CPPN, sólo pueden ser demandados los partícipes del delito (autores, instigadores, cómplices) -a quienes se los denomina "imputados" en el actual ordenamiento procesal - y eventualmente, el civilmente responsable -representantes legales, dueño de la cosa, etc.- al igual que el asegurador (art. 118 de la ley 17418) y el partícipe a título lucrativo de los efectos de un delito (art. 32 del C.P.).

La constitución de actor civil procederá aún cuando no estuviere individualizado el imputado. Si fueren varios, la acción resarcitoria puede pretenderse respecto de uno o mas de ellos y si no se

mencionare concretamente a alguno, se entenderá que está dirigida contra todos. Si la acción fuere dirigida contra los civilmente demandados, deberá además ser dirigida obligatoriamente contra los penalmente imputados (art. 88).

15. Al constituir al accionante privado -en la misma resolución- el juez procede a adoptar idéntico temperamento respecto del imputado y en su caso, de terceros responsables (art. 92), debiendo ordenar la notificación a quien ya es demandado y la citación -con las debidas formalidades- respecto del tercero, por un plazo no menor de cinco días (arts. 98 y 99).

16. Al quedar constituídos como parte demandada, tales sujetos procesales pueden ejercitar todas las facultades legales que tiendan a explicitar su situación o el alcance de su obligación.

5. La demanda indemnizatoria de nocimientos derivados del delito

17. Superada ya la etapa previa de instrucción -obligatoria para el damnificado civil que pretenda ejercer la acción resarcitoria subsidiaria- en la cual se lo constituye como "actor civil" -según las exigencias de la nueva ley adjetiva penal y pese a no haber promovido aún la demanda- y en la que hasta tiene la posibilidad de colectar prueba que haga a su derecho (art. 91), el accionante deberá concretar su demanda. Esta deberá ser deducida -bajo apercibimiento de tenerlo por desistido tácitamente sino lo hace (art. 94)- dentro de los tres días de notificado de la resolución prevista en el art. 346 (art. 93), plazo perentorio e improrrogable (art. 163). O sea que la demanda civil debe interponerse en la oportunidad en que se confiera la "vista de mérito" a los acusadores (fiscal y querellante).

Con las características que le impone la ley ritual penal vigente, es evidente que nos encontramos ante un proceso de conocimiento que posee algunas connotaciones de los contemplados actualmente en el ordenamiento procesal civil. Vayan algunos ejemplos. Las pruebas -al igual que en el ordinario civil- no se ofrecen con la

demanda. Debe concretarse tal ofrecimiento en la "citación a juicio", dentro del plazo de diez días (arts.103 y 354 CPPN). O la utilización corriente del plazo de tres días -propio del sumarísimo- para los supuestos que ya analizamos o para apelar el auto que resuelva la excepción (art. 345), entre otros. Tampoco rige el 333 CPCC, por cuanto la prueba documental se acompaña en el término de citación a juicio.

18. El escrito constitutivo inicial, por expresa remisión de la ley formal penal, deberá ajustarse a las formalidades exigidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 93 "in fine" del CPPN). En su mérito, la demanda se ajustará a las exigencias requeridas en el art. 330 del CPCCN que, en razón del limitado ámbito de este trabajo, nos limitaremos a enunciar brevemente.

Sentado lo expuesto, deberá contener:
1) Nombre y domicilio (real y constituído) del demandante (inc.1);
2) Nombre y domicilio (real) del demandado (inc.2);
3) La cosa demandada (el objeto de la demanda), designándola con toda exactitud (inc.3);
4) Los hechos en que se funde(la causa), explicados claramente;
5) El derecho, expuesto suscintamente (no siendo esencial en virtud del "iura novit curia", pero sí a título de colaboración para la contraparte y el propio órgano jurisdiccional);
6) La petición, en términos concretos (para que se pueda respetar el "principio de congruencia" en la sentencia). Deberá precisarse el monto reclamado, excepto que no se pudiera determinar al promoverla por las circunstancias del caso o cuando él dependiera de elementos no concretados definitivamente y la demanda fuera imprescindible para evitar la prescripción de la acción civil.

Cabe destacar que la mayoría de estos recaudos han sido ya esbozados y exigidos como tales, en la regulación que la legislación del rito penal efectúa para la constitución del actor civil (art. 89 y ccds. del CPPN).

6. Desistimiento

19. El actor -según lo dispone el art. 94- podrá desistir de la acciòn en cualquier estado del proceso ("desistimiento expreso" de uno o mas o todos los demandados) e importa renuncia de la acción civil y el pago de las costas que su intervención hubiere causado.

También se lo considerará por desistido de la acción -tal como lo prevé la norma últimamente citada- si no concreta la demanda dentro de los tres días de notificado de la resolución prevista en el art.346 ("desistimiento tácito"); o por no comparecer al debate por el solo hecho de la inasistencia a la audiencia donde se produce éste y las conclusiones ("desistimiento implícito"); o si habiendo comparecido al debate, no haya expresado conclusiones o se alejare del acto sin dejarlas por escrito ("desistimiento presumido").

7. Traslado y contestacion de la demanda

20. Presentada la demanda en la forma y plazo de ley, el juez debe notificar de inmediato (art.93) a la parte demandada (el imputado o éste y también el tercero civilmente obligado y en su caso, al asegurador o al responsable del art. 32 del C.P.). Como regla común, las resoluciones generales se harán conocer a los interesados, dentro de las veinticuatro horas de dictadas, salvo que el Tribunal dispusiera un plazo menor (art. 142).

21. La accionada deberá contestar la demanda dentro de los seis días de su notificación -plazo perentorio e improrrogable (art. 163)- pudiendo excepcionarse o reconvenir en igual plazo.

El código adjetivo penal (art. 101), realiza una expresa remisión al Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación en todo lo atinente a la forma de la defensa, razón por la cual el demandado deberá observar los recaudos contemplados en los arts. 355, 356 y ccds. del CPCCN.

8. Excepciones y reconvencion

22. Según lo prescripto en el art. 102 del CPPN, regirá la ley ritual civil para lo atinente al trámite de las excepciones (art. 346 y ss. del CPCCN), a las cuales se le podrá añadir las perentorias propias de la ley penal, tales como la amnistía y el indulto (arts. 61 y 68 del C.P.). Idéntica remisión se realiza con relación a la reconvención (art. 357 y ccds.del CPCCN), siempre que la pretensión a ejercitarse derive de igual relación jurídica o fuere conexa con la invocada en la demanda, razón por la cual resulta poco factible que se introduzca este instituto en la acción civil subsidiaria del proceso penal, a no ser de que se trata de una reconvención compensativa.

El actual procedimiento penal, dispone que los plazos -en el trámite de las excepciones y de la reconvención- serán de tres días y que la resolución de las primeras podrá ser diferida por el Tribunal -por auto fundado- para la oportunidad del dictado de la sentencia (art. 102).

23. Debe destacarse la originalidad y conveniencia -regulada procesalmente (art. 156)- de la posibilidad que asiste a los interesados de retirar todas las actuaciones y sus agregados, con el fin de contestar los traslados. A diferencia del proceso civil, ello permite ejercer debidamente el derecho de defensa.

9. Rebeldia

24. Este instituto es regulado en los artículos 288 y ss. del ordenamiento procesal penal. Su declaración procede respecto del imputado que, sin grave y legítimo impedimento, no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia. En su mérito, transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el tribunal declarará la rebeldía por auto y expedirá orden de detención, si antes no se hubiera dictado.

De acuerdo con lo expuesto, poca relación guarda la regulación procesal penal, con su similar del rito civil. En aquélla, solo procede

con relación a la persona del sujeto acusado (imputado), siendo posible decretar su detención, acreditada su ausencia y declarada su rebeldía. En el proceso civil (art. 59 CPCCN), exclusivamente procede su declaración a pedido de parte y respecto de quien, individualizado e identificado, con domicilio conocido y debidamente citado, no compareciere a estar a derecho en el plazo que se le fijare o bien abandonare el proceso sin razón valedera.

Las diferencias con el procedimiento represivo también se advierten, si se tiene en cuenta que tanto el actor como el demandado pueden ser declarados rebeldes y que no hay compulsión física sobre ninguno de ellos, sino consecuencias jurídico procesales. Así, la rebeldía declarada y firme constituirá -en caso de duda- presunción favorable respecto de los hechos lícitos invocados y de la documentación que acompañare quien la obtenga (art. 60). Esto sentado, deberá responder al pago de las costas causadas por su rebeldía y será posible -para quien la obtuvo- lograr la traba de un embargo preventivo.

25. Pese a lo consignado, consideramos que es posible su declaración en sede penal, en el supuesto de que tal como lo expusiéramos "ut supra" (capítulos III y IV)- constituido el actor, a pedido de éste y citado debidamente el tercero civil demandado, éste no compareciere en el plazo que se le fijare para su constitución como tal. Ello, con las mismas consecuencias consignadas precedentemente respecto al pago de las costas y medidas cautelares susceptibles de declaración.

10. La prueba

26. En la acción civil resarcitoria tramitada en sede penal, adquiere singulares características todo lo atinente a la prueba, a su ofrecimiento, admisibilidad, y modo de producción. Ya se advierte ello, cuando se dispone que no regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas (art. 206 del CPPN).

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 25-40

Con razón, sostiene Moras Mom que, luce como determinante de estos aspectos, el sometimiento que les impone la forma del proceso penal. En éste, los elementos probatorios acopiados en la instrucción sumarial tienen relevancia en tanto y cuanto se los traiga a la etapa del juicio, ya por la acusación, ya por la defensa, e incluso ante el silencio de ellas por el propio tribunal por disposición de su presidente. Lo que no llega al juicio, lo que quede sólo en el sumario, no existe. Es más, el tribunal podrá rechazar por auto la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante (art. 356), guardando esto último algún paralelismo con lo dispuesto en el actual art. 360 del C.P.C.C.N. (texto según 24573).

27. Cumplidas las prescripciones de la instrucción, el presidente del tribunal cita al Fiscal y a las otras partes (incluso a las civiles) para que -dentro del plazo de diez días- comparezcan a juicio, examinen la causa, documentos y cosas secuestradas y ofrezcan toda la prueba de que intenten valerse. Así, podrán presentar la lista de testigos, peritos e intérpretes contando con una posibilidad mas -en la instrucción suplementaria- de producir otros actos probatorios (arts. 354, 355, 357 y ccds. del C.P.P.N.).

Tras la indagatoria, el tribunal procederá a la recepción de la prueba en el orden que dispone el procedimiento penal, excepto que considere conveniente alterarlo (art. 382 del cód. cit.). Con singular acierto y en procura del logro de la verdad objetiva - norte del proceso moderno- dispone el art. 388 de la ley ritual penal que, si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el Tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos.

28. Producidas las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al querellante, al fiscal y a los defensores del imputado y del civilmente demandado, para que por su orden aleguen sobre aquéllas y formulen sus acusaciones y defensas, debiendo el actor civil limitar su alegato, a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (arts. 91 y 393). Aún será posible la reapertura del debate, si el Tribunal estimare de absoluta necesidad, la recepción de nuevas pruebas o la ampliación de las recibidas y la discusiòn quedará limitada al examen de aquéllas (art. 397).

11. La sentencia

29. Cumplimentando los requisitos contemplados en el art. 399 del rito penal y previo tratamiento - en su caso- de las excepciones procesales civiles diferidas para esta oportunidad, la sentencia condenatoria dispondrá en el supuesto en examen, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

30. Este tipo de sentencias, cuando no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por simple orden del tribunal que las dictó, se ejecutarán por el interesado o por el Fiscal en sede civil (art. 516) y de conformidad con lo preceptuado en los arts. 499 y sts. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

12. Recursos

31. De acuerdo con las facultades y límites concedidos en los supuestos de los artículos 456, 462 y ccds. del CPPN, el actor civil podrá interponer el nuevo recurso de casaciòn, al igual que el de inconstitucionalidad (art. 474). Máxime si se tiene en cuenta que éste se encuentra autorizado a recurrir de las resoluciones judiciales concernientes a la acción por él interpuesta (art. 436).

13. Proyecto de reformas al Codigo Civil del Poder Ejecutivo de 1993

32. El art. 1605 del Proyecto dispone que: " Si la acción criminal hubiese precedido a la acción civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en juicio criminal, con excepción de los siguientes casos:

1) Si median causas de extinción de la acción penal.
2) Si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado.
3) Si la acción civil está fundada en factores objetivos de responsabilidad".

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 25-40

Esto sentado, coincidimos con Poderti en que la inclusión de este tercer inciso constituye una positiva ventaja respecto del sistema vigente, puesto que permite al juez que deba resolver sobre los daños y perjuicios derivados del delito, prescindir por completo de la sentencia penal, cuando media un factor objetivo de responsabilidad civil.

Se ha enfatizado la necesidad de privilegiar la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado.

Lúcidamente, el mencionado autor agrega que la innovación del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 es trascendente, puesto que la operatividad de la responsabilidad civil objetiva permite traspasar una frontera aún instalada en el régimen actual: la postergación del dictado de una sentencia con finalidad resarcitoria que prescindirá de la culpa (civil) del autor del delito y cuya irrelevancia es captada por la norma proyectada.

14. Bibliografía

BIANCHI, Roberto A. *Mediación Prejudicial y Conciliación*. Buenos Aires: Zavalía, 1996.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Acción Civil y Criminal (Relaciones). In: ALTERINI, Atílio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto. *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1996.

CAZEAUX, Pedro N.; TRIGO REPRESAS, Felix A. *Derecho de las obligaciones*. La Plata: Librería Editora Platense, 1975.

CREUS, Carlos. *La acción resarcitoria en el proceso penal*. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 1985.

D´ALBORA, Francisco. *Código Procesal de la Nación*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1998.

DARRITCHON, Luís. *Cómo es el nuevo proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1992

HEREDIA, José Raúl. *El devenir del enjuiciamiento penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

LÓPEZ OLACIREGUI, José María. Esencia y fundamento de la responsabilidad. In: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nº 11, pág. 941, 1978.

LOVECE, Graciela I. *Las relaciones del derecho civil y penal*: La nueva acción civil de reparación de daños en el Código de Procedimiento Penal. L.L.,1996-C-1265 y sts.

MORAS MOM, Jorge R. *La acción civil reparatoria y el proceso penal* (conforme al Código Procesal Penal de la Nación). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

MORENO, Rudolfo. *El Código Penal y sus antecedentes*. Buenos Aires: H.A. Tommasi, 1922, t. II pág. 178.

NUÑEZ, Ricardo C. *La Acción Civil en el Proceso Penal*. Córdoba: Editora Córdoba, 1982. idem Enciclopedia Jurídica Omeba, I-A, ps.213-214

PODETTI, C. Acción civil y criminal. In: LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Coord.) *Responsabilidad Civil Objetiva*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

SOLARI BRUMANA, Juan A. *El Particular Damnificado*: el Daño Resarcible. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Acción resarcitoria*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1965.

(Autor convidado)

DOI: 10.5935/1809-8487.20110001

NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS E A CRISE DE CONCEITOS: HÁ FUTURO PARA UMA TEORIA DO ESTADO?

NEW SOCIAL POLITICAL PARADIGMS AND THE CONCEPT CRISIS: IS THERE A FUTURE FOR STATE THEORY?

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil
iguimaraes@mp.sc.gov.br

RESUMO: O presente artigo, após apresentar os limites metodológicos para o estudo do Estado como fenômeno político, traça o perfil das sociedades contemporâneas sob os influxos da globalização, pondo em causa a teoria do Estado de Heller. Em seguida, procura estabelecer um ponto de equilíbrio entre sua problemática e a tensão existente entre os aspectos culturais do povo e as possibilidades para uma teoria do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Estado; sociedades contemporâneas; globalização; Comunidade Européia; transnacionalidade; unidade política; Estado-nação.

RESÚMEN: El presente artículo, tras la presentación de los límites metodológicos para el estudio del Estado como fenómeno político, dibuja el perfil de las sociedades contemporáneas que reciben la influencia de la globalización, poniendo en evidencia la teoría del Estado de Heller. Además, intenta plantear un punto de equilibrio

entre sus problemas y la tensión de los aspectos culturales de las naciones y las posibilidades para una teoría del Estado.

PALABRAS-CLAVE: Teoría del Estado; sociedades contemporáneas; globalización; Comunidad Europea; manifestaciones transnacionales; unidad política; Estado-nación.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O estudo do Estado como fenômeno político. 3. A globalização e a mudança de paradigmas político-sociais. 4. A unidade política como fundamento do Estado contemporâneo. 4.1. O enquadramento paradigmático da teoria helleriana de Estado. 4.2. Bases para a teoria do devir do Estado. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo do fato político, tido aqui na sua acepção mais estrita – excluindo-se, portanto, a política ocorrente no seio da *associação* do modelo weberiano, que é a coletividade de homens resultante de sua vontade[1] –, bem pode ser depreendido já em Aristóteles, quando o filósofo entende a vida do homem como a própria essência da *pólis* e que, portanto, é vida social, fundada, irremediavelmente, em seu relacionamento com os organismos instituídos visando a algum fim.[2] O estudioso do fato político debruçar-se-á, em suma,

[1] Ao analisar a categoria, Caetano estabelece a diferença que há entre as modalidades de coletividade humana, referindo: "Podemos dizer que as diversas formas de sociedade são *comunidades* quando, existindo independentemente da vontade dos seus membros, os indivíduos nelas se encontram integrados por mero facto do nascimento ou por acto que não tem por fim directo aderir a elas; são *associações* quando, criadas pela vontade dos indivíduos, resultam da união daqueles que a elas resolvam aderir, e que delas podem sair quando queiram" (CAETANO, 1996, p. 3).

[2] Já no cap. I do livro I de sua obra mais conhecida, o estagirita, ao referir: "Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem", deixa entredito ser próprio do homem a satisfação de seus interesses antropológicos, como o da manutenção da espécie e sua autodeterminação, só alcançáveis através da associação em *pólis*, onde ocorre o (inter)relacionamento. E daqui já depreendemos, também, outro aspecto antropológico, que é a incompletude do homem, revelando-se

sobre o fenômeno social que interage com o poder instituído na *pólis* helênica, no *Stato* da Renascença dos Médici e de Maquiavel, e, enfim, no Estado da modernidade. O Estado torna-se, dessa forma, o elemento polarizador da problemática política, não se podendo adentrar o seu âmbito sem que se parta da análise de seus elementos conceituais, o *povo*, o *poder político*, a *soberania*, o *território*.

Se, como sustenta Heller, arrimado em sua teoria da unidade política idealizada como elemento genetriz do Estado, não se encontra uma idéia substancial deste ente ao longo da Idade Média, quando o poder político era fragmentário e policêntrico,[3] é na modernidade que aqueles aspectos conceituais serão mais bem arranjados: é o *povo*, grupamento de pessoas inter-relacionadas por causa de identidade cultural e pretensões convergentes, assentado numa base *territorial*, que engendra, a partir de expressões de domínio, o *poder político*, elemento moral apto a dar-lhe direção existencial. Mas a sociedade contemporânea passa por transformações abissais, decorrentes da evolução técnica e científica como a que se vê no domínio das comunicações, e das globalizações[4], mormente a econômica. São aspectos que favoreceram um novo quadro para o ocidente, onde, por um lado, se constroem blocos econômicos que derrubam as fronteiras não só econômicas mas políticas e jurídicas entre Estados comunitários, pondo em causa a idéia de Estado-nação (e, logicamente, a própria idéia helleriana de unidade política que lhe dá substancialidade) e, por outro, abrem ductos para a mobilidade migratória de grandes massas humanas à procura de melhores condições de vida, justificando o aparecimento do cidadão cosmopolita, que antes se interessa por uma residência, mesmo que transitória mas que lhe provenha as necessidades, do que por um

especialmente pela falta de mecanismos instintivos que lhe permitam o enfrentamento dos perigos apresentados pela natureza. Daí o fato de o homem ser concebido pelo filósofo como um *zoón politikon.* (ARISTÓTELES, 2002, p. 1).

[3] O politólogo alemão refere: "É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente" (HELLER, 1968, p. 158).

[4] Aderimos ao posicionamento de Sousa Santos, para quem há diversas manifestações de globalização, a econômica, a social, e a política. Ver Santos (2005, p. 25-102).

lar nacional. É neste quadro que também aparecem organismos políticos e jurídicos, estatais ou não, transnacionais, que, devido as suas finalidades e atividades executórias planificadas para blocos de Estados, põem em causa a idéia de soberania. Estaremos, com isso, diante de um *neomedievalismo*, em o qual as expressões de poder são policêntricas e, muitas vezes, concorrentes nos vários níveis político-administrativos, minando, com isso, a existência do Estado, como alguns já sustentaram? Ou, por outro lado, na linha do que já afirmara Dallari, estamos passando por uma ingente necessidade de redefinição do Estado e do constitucionalismo? Há, por fim, ambiente científico para formulação de uma teoria do Estado do devir?

São essas as indagações que se constituirão objeto deste artigo, mas que não podem prescindir, ao menos para que haja um bom concerto metódico, de rápidas palavras acerca da teoria do Estado; a análise do quadro político e social do mundo globalizado e seu reflexo sobre o conceito de Estado e, por último, apoiados na teoria helleriana, uma tentativa – e, no espaço de um artigo, é apenas isso que nos cabe – de justificar uma teoria para o Estado do devir. Para tanto, a pesquisa bibliográfica serviu de suporte para, através do método dedutivo, a formulação de nossa posição quanto à possibilidade de uma teoria do Estado. 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. O estudo do Estado como fenômeno político

O tratamento científico dado ao fenômeno político matiza-se numa variada gama de métodos, especificados cada qual consoante o relacionamento do objeto estudado com a realidade social. É dessa noção que Caetano arranca para, pretendendo demarcar conceitualmente este âmbito científico, afirmar que o estudo de política não se confunde com arte, refutando, assim, a posição daqueles que vêem na política "a arte de governar" (CAETANO, 1996, p. 15), afirmando, antes, que ele, como ciência, desenvolve-se em um sistema de conhecimentos, cujo objeto é a realidade (CAETANO, 1996, p. 15). No caso da ciência política, apenas

para nos determos num dos ramos de estudos que tratam da matéria, seu enfoque é o fato político, "[...] não como facto social relacionado com outros factos sociais, e sim como facto específico, desligado, quanto possível, dos outros factos sociais". E arremata: a ciência política "[...] estuda o *facto político* em si próprio, como tal, nas suas formas e manifestações, nacionais e internacionais, procurando descobrir as suas causas e regularidades" (CAETANO, 1996, p. 13). E esta ciência descritiva relaciona-se com outras de uma grande constelação, como a sociologia política, a filosofia política, a história das idéias políticas e das instituições, guardando com elas dois aspectos fundamentais: o primeiro refere-se ao fato de servir-se das informações obtidas por perspectivações metodológicas distintas, mas que podem imbricar-se quanto ao estabelecimento de determinada descrição sobre política; o segundo é o suposto de que cada ramo de conhecimento parte, dedutivamente, do fato político. Assim é possível tratar-se, *v.g.*, do modelo parlamentar de governo europeu por meio de vieses da sociologia política, da filosofia política, da história das idéias e instituições políticas, cada matéria interessando ao cientista político, quem, por meio do estudo empírico, elaborará a descrição dessa instituição. O objeto de política de que tratam é, na sua acepção estreita, o que se relaciona com o fenômeno do poder – o poder estatal.

Mas a teoria do Estado, se não pode autonomizar-se do problema político,[5] porque este se insere no fenômeno do aparecimento e no próprio curso da vida do Estado, não se confunde com a ciência política, como já no início de sua obra capital adverte Heller*:*

> A Ciência Política ocupa-se por princípio – e isto não é um juízo deontológico mas existencial – unicamente daquelas atividades políticas e formas institucionais de atividade que supõem um exercício autônomo de poder [...]. (HELLER, 1968, p. 41)

Mais adiante, arrematando seu conceito, irá afirmar que

[5] Heller critica, com acerto, a tentativa epistemológica de Kelsen de expurgar do domínio da Teoria do Estado toda noção política: "Só poderia crer na realização de tal sonho quem ousasse negar ao Estado a condição de realidade histórico-política" (HELLER, 1968, p. 78).

> [...] esta ciência ocupa-se, preferentemente, dos problemas que surjam em torno do Governo e da Legislação, e não dispensará a sua atenção, ou só o fará em circunstâncias especiais, aos da Jurisdição e Administração. (HELLER, 1968, p. 42)

Já a teoria do Estado, conquanto trate da realidade social e, por isso, correlacionando-se com a sociologia, a antropologia cultural e política e a história, não tratará das instituições políticas, mas do próprio conceito do Estado, estabelecendo como seu problema fundamental:

> [...] a construção jurídica do Estado, das suas condições de existência e das suas manifestações vitais, ou (menos freqüentemente) como enquadramento do Estado na dupla perspectiva de realidade jurídica e realidade social. (MIRANDA, 1997, p. 24).

Mas a teoria do Estado é, como já se afirmou, ciência da realidade – da realidade da vida estatal – e, por isso, não pode, de modo absoluto, dissociar-se do mundo prático. É, aliás, o que fica entredito quando Heller delimita o método desta ciência, afirmando que:

> [...] a Teoria do Estado é, em todos os seus aspectos, uma ciência sociológica da realidade que, considerando o Estado como uma formação real, histórica, se propõe compreendê-lo e explicá-lo causalmente mediante a interpretação da 'conexão de atividade' histórico-social. (HELLER, 1968, p. 71)

Por isso, terá perfeita coerência a proposta problemática do teórico alemão fixada "[...] em conceber o Estado como uma estrutura no devir" (HELLER, 1968, p. 75).[6]

Ocorre, entretanto, que para muitos teóricos a sociedade humana existiu durante um largo período sem o Estado. Heller, por um lado, ao afirmar a falta de unidade política de dominação durante a

[6] Em outra passagem, Heller (1968, p. 21) afirma: "A Teoria do Estado propõe-se investigar a específica realidade da vida estatal que nos rodeia. Aspira a compreender o Estado na sua estrutura e função atuais, o seu devir histórico e as tendências de sua evolução".

Idade Média, vê com ceticismo a afirmação de um Estado medieval e, por outro lado, fala de comunidades de vontade e de valores como diretriz para a formação da sociedade politicamente organizada. Por isso, "Uma teoria do Estado – refere o teórico alemão – [...] tem de conceber o Estado partindo do conjunto da realidade histórico-concreta da sociedade". E arremata: "O espírito e a forma desta sociedade civil real só poderão compreender-se perfeitamente se investigados sobre a base da sua evolução desde a Renascença e a Reforma" (HELLER, 1968, p. 141). O que, por outras palavras, induz a compreender a existência do Estado já na Idade Moderna. Há, ainda, autores como Balladore Pallieri, que chega a indicar o ano de 1648, quando assinada a paz da Westfália, como a data em que o mundo ocidental se concebe politicamente organizado.[7] Essa vertente teorética estrutura-se sobre a idéia de território, de poder político como êmulo das aspirações de um povo e, ainda, sobre a possibilidade de autodeterminação da comunidade política nos planos interno e externo. Contudo, tendo como premissa o fato de que a sociedade humana nem sempre esteve organizada em forma de Estado, nada afasta a possibilidade de perecimento do Estado; e é o mesmo Pallieri quem prediz a dissolução dessa estrutura, especialmente em virtude de pressões externas, de organismos internacionais, *v.g.*, sobre a organização e o funcionamento dos Estados.[8]

Na atual quadra da história, talvez não seja acertado falar-se de hegemonia de um Estado imperialista, nem mesmo de uma tutoria de organismos internacionais que coloquem irremediavelmente em causa a soberania. Mas há, não resta dúvida, uma série de fenômenos atingindo os alicerces conceituais até há pouco aceitos pela teoria do Estado. A crise econômica que se experimentava,[9] *v.g.*, não conhece fronteiras nem escolhe vítimas, podendo categorizar-se como global, abrindo fissuras na estrutura teórica acerca do Estado na medida em que se pensa no fortalecimento de políticas econômicas transnacionais. E, ao mesmo tempo em que cada Estado convergente para essa nova postura alimenta as indagações

[7] Ver Dallari (1980, p. 50; 2005, p. 53).

[8] Ver Dallari (1980, p. 108).

[9] Referimo-nos à crise surgida em fins do segundo semestre de 2008.

conceituais, ter-se-á de repensar sua vocação política, econômica e jurídica. Isso já nos faz questionar sobre os rumos do Estado-nação e a própria teorização sobre o futuro do Estado.

3. A globalização e a mudança de paradigmas político-sociais

Se tomarmos o período pós-renascentista como marco a partir do qual os Estados europeus vão-se formar como unidades de domínio, orientados segundo uma noção de autodeterminação política, como, aliás, no âmbito teórico preconizava Maquiavel, então o referencial empírico conhecido é o da experiência do Estado-nação. É esta a idéia de Estado que temos tido ao longo de séculos, embora sua consolidação não tenha obedecido a um esquema de desenvolvimento retilíneo, mas, ao contrário, sujeitando-se às circunstâncias econômicas e de progresso humano e tecnológico. E toda consideração que se faça a estes aspectos, parece tornar-se um pormenor despiciendo, chegando a causar um grande estranhamento para o estudioso, por mais que possa ele atinar para as repercussões político-sociais causadas pela evolução técnica e científica, primeiro ao tempo dos descobrimentos, depois durante a Revolução Industrial entre os séculos XVIII e XIX. No entanto, já não poderemos desprezar os impactos político-sociais causados por dois movimentos que se entrecruzam na história recente do mundo ocidental: o do surgimento do bloco de Estados europeus, a Comunidade Européia, e o da globalização.

Como é sabido, as alianças de Estados sempre decorreram do interesse em manter a estabilidade e a paz nas relações internacionais. Foi a assim com a malograda Liga das Nações, de curtíssima duração, e, posteriormente, com a ONU, sendo que esta se constituiu com pretensões de organismo supra-estatal, inclusive com a possibilidade de estabelecer resoluções contra os Estados integrantes que divirjam dos programas político-humanitários. Contudo, o fim da Segunda Grande Guerra abriu, também, uma senda para a integração européia que, no conclave de Haia de 1948, parece de todo em todo factível ao firmarem os Estados participantes o objetivo de conciliação com a Alemanha, passando, antes, pela criação de vínculos políticos de estabilização das relações entre os

Estados-nação;[10] "Não é de admirar que o primeiro passo rumo à integração européia tivesse sido um mercado comum nos setores de carvão e aço", afirma Castells (2007, p. 387), tendo a Alemanha Ocidental, a França, a Itália, Bruxelas, Holanda e Luxemburgo criado, em abril de 1951, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço; que foi o gérmen para, em 25 de março de 1957, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo assinarem o Tratado de Roma, criando a Comunidade Econômica Européia.

O propósito inicial de integração européia logo vai sofrer alterações visando impedir que a Europa se tornasse "[...] colônia econômica e tecnológica das empresas norte-americanas e japonesas [...]" (CASTELLS, 2007, p. 388), num período em que, por causa das crises econômicas de 1973 e 1979, vários Estados europeus encontravam-se combalidos. O Ato Único Europeu de 1987 colocava a pedra fundamental para a criação do mercado unificado, que apareceria em 1992, trazendo, no entanto, outros significados de maior alcance para a estruturação do Estado contemporâneo, uma vez que a estipulação de um mercado comum de capital, bens, serviços e mão-de-obra geraria um novo arranjo político e jurídico para os Estados comunitários. O efeito mais sensível disso, em termos conceituais, aparecerá no que se pode chamar de cedência de parte da soberania dos Estados comunitários, que têm de alinhar-se, especialmente, quanto às políticas econômicas. Ao tratar da entrada da Alemanha para a Comunidade Européia, Castells (2007, p. 389-390) refere que o sacrifício da moeda alemã passaria por três importantes compensações:

> 1. As economias européias tinham de absorver as políticas deflacionárias que se haviam tornado necessárias para o alinhamento das políticas monetárias [...]. 2. Os poderes das instituições européias seriam reforçados, movendo-se para um nível mais alto de supranacionalidade [...]. 3. A Alemanha, com o apoio da Grã-Bretanha por razões próprias e diferentes, solicitou uma concessão adicional aos 12 membros da CE: a expansão da CE para o norte e para o leste.

[10] Ver Castells (2007, p. 386-387).

Tal arranjo de coisas, que se traduz na necessária adoção de políticas-padrão para os Estados comunitários, implica para cada um deles, reforcemos, mudanças para os programas de política internacional e de política econômica, a ponto de fazer-se *tabula rasa* de suas condições específicas, já para não falarmos que isso põe também em causa o sentimento nacional.

Desenvolveu-se durante esse mesmo período, talvez com mais ênfase após o fim da guerra fria e a queda do muro de Berlim, o fenômeno das globalizações que, embora paralelo ao processo de integração européia, guarda com ele certa identidade. Afirmamos isso por dois motivos: a despeito da resistência à globalização econômica por setores organizados que formam grupos de pressão, a Europa experimentou-a, num primeiro momento, no âmbito continental; mas, no atual quadro histórico, o processo de globalização tem nos Estados daquele continente importante expressão. Exatamente porque seu peso econômico no Grupo dos 8 – o G8 –, juntamente com as demais potências econômicas não européias, leva a uma uniformização de políticas macroeconômicas em nível global.

Disso já podemos depreender que a economia é a via aberta para os fenômenos de globalização. E nesta vertente distinguiremos, como seus traços principais,

> [...] economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informática e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África. (SANTOS, 2005, p. 29).

As conseqüências são diversas, partindo da abertura das economias nacionais ao mercado mundial e chegando às transformações nas relações de contrato de trabalho, hoje muito mais flexíveis por causa da volatilidade das grandes indústrias, que são módulos facilmente adaptáveis a lugares onde se ofereçam menos custos fiscais e operacionais (a instalação de pólos de produção em países do terceiro mundo ou em desenvolvimento, *v.g.*, já indica um novo âmbito de relações entre patrões e trabalhadores). Mas a viragem na realidade macroeconômica provocada pela globalização repercute, iniludivelmente, em outros setores da vida social, de forma que se pode até mesmo falar de sociedade ocidental globalizada e de expressões culturais globais (pense-se na força colonizadora de determinadas culturas que transpõem fronteiras e se instalam minando aspectos de culturas nacionais ou locais, como se pode verificar, por exemplo, quanto ao predomínio do inglês como língua franca; ou do espanhol em relação aos muitos idiomas e dialetos de Espanha reduzidos, hoje, à contingência paroquial). Santos (2005, p. 45) vai mais longe, referindo que

> A imaginação pós-eletrónica, combinada com a desterritorialização provocada pelas migrações, torna possível a criação de universos simbólicos transnacionais, 'comunidades de sentimento', identidades prospectivas, partilha de gostos, prazeres e aspirações [...].

Os universos simbólicos transnacionais, 'comunidades de sentimento', identidades prospectivas, partilha de gostos, prazeres e aspirações de um contingente humano, entendemos nós, que procura – melhor dizendo, aspira a – essa mobilidade condizente com o homem que se pode chamar cosmopolita, por excelência. Na Europa comunitária a situação é mais sensível, especialmente porque vem recebendo imigrantes de todas as partes, desde o leste do continente à banda norte da África, o que lhe atribui feições cada vez mais "pluriétnicas". As gerações de afrodescendentes ou de filhos de turcos perdem vínculos afetivos com o país de origem, mas não se sentem inteiramente européias; atente-se, por exemplo, para o fenômeno do uso do *chador* ou da *burca* por muçulmanas jovens, já nascidas em solo europeu, que, com essa manifestação simbólica de identidade cultural, provocam o auto-isolamento; e,

com isso, depreendemos uma nova faceta do individualismo (que preferimos denominar *isolacionismo*) da contemporaneidade. Beck (2008, p. 294) observa que:

> Quem hoje viaja pela Europa e, evidentemente, pelos Estados Unidos, mas também pela América do Sul, Singapura, Tóquio ou Coréia do Sul e venha a perguntar o que move as pessoas, o que ambicionam, por que lutam, onde para elas acabam as diversões, encontrará o dinheiro, o posto de trabalho, o poder, o amor, Deus, etc. Porém cada vez mais também encontrará as promessas do individualismo.

O homem da contemporaneidade procura o isolamento, mesmo quando isso pareça paradoxal diante de todos os meios de comunicação que estão ao seu dispor. Mas o fato é que sua vida é absorvida pelo trabalho e pelas grandes corporações, que se prolongam até a casa, onde se está conectado à internet; que passa a ser mais do que um meio de comunicação, para se tornar o veículo para diversas atividades humanas, inclusive para relacionamentos (artificiais). Faria, analisando as conseqüências da globalização e do neoliberalismo sobre as sociedades contemporâneas, observa que

> [...] as relações sociais têm crescentemente passado a se referir à interação entre as diferentes organizações das quais as pessoas fazem parte como empreendedores, executivos, sócios, trabalhadores, sindicalistas, prestadores de serviços, professores, estudantes, consumidores, pacientes etc. (FARIA, 2004, p. 170)

Há, portanto, inúmeros veículos de intervenção – as organizações – na vida do homem; este, na mesma medida em que se isolou, tornou-se cada vez mais apático com relação à sua vida político-social. Em suma, o isolacionismo do homem moderno – ou fenômeno de um novo individualismo, como preferem Beck e, entre nós, Faria – causa uma espécie de indiferença moral com relação a aspectos da vida social e nacional, e a participação política, que antes se fazia presente nas ruas, como é exemplo a *primavera de 1968* em Paris, é nos dias atuais bem mais modesta e faz-se efetiva principalmente

por ocasião dos pleitos eleitorais. Touraine parece ainda mais cético a respeito das sociedades européias quando menciona que a construção da nova Europa diluiu as identidades nacionais: "[...] esvaneceu-se o nacionalismo das grandes potências europeias; por todo o lado as pessoas dizem-se europeias para não terem de voltar a dizer-se alemão ou italiano" (TOURAINE, 2005, p. 48).

4. A unidade política como fundamento da do Estado contemporâneo

4.1. O enquadramento paradigmático da teoria helleriana de Estado

Uma das mais exitosas e emblemáticas experiências de reconstituição de um Estado deu-se em 1947, com a criação do Estado de Israel, que em 1948 David Ben-Gurion proclamou, no idioma que ressurgia do esquecimento e se tornaria oficial e, segundo os anseios do sionismo, como *Medinat Iehudit*, Estado Judeu. Mas a criação desse Estado é precedida de diversas circunstâncias históricas, culturais e, até, místicas, que merecem uma rápida visita. Em primeiro lugar, a diáspora do ano 70 não foi total e muitos judeus permaneceram em Israel, principalmente em Jerusalém, a cidade de maior significado para o judaísmo e, portanto, catalisadora da atenção dos que se dispersaram pelo mundo. Os judeus, em segundo lugar, haviam passado toda a sorte de perseguições após a diáspora, desde sua expulsão de Espanha no ano de 1492, decretada pelos reis católicos, até o holocausto da Segunda Grande Guerra, passando pelos *pogroms* do leste europeu e isso reacendeu o desejo de retorno, idealizado no século XIX sob o dístico de *sionismo*;[11] não é de se esquecer que muitos judeus espanhóis, especialmente os místicos, rabinos e filósofos, como é o caso mais notório de Maimônides, retornaram para Israel na Idade Média, antes mesmo do decreto real de expulsão, evidenciando, dessa forma, que os vínculos afetivos e um projeto de lar nacional nunca foram esquecidos pelos judeus da diáspora. Em terceiro lugar, incluindo-se de forma subjacente no aspecto cultural antes mencionado, o retorno, que não é apenas

[11] O projeto do sionismo teve seu maior expoente em Theodor Herzl, quem propõe o retorno dos judeus às terras ancestrais e escreve, em 1895, *Der Judenstaat*, O Estado judeu.

o regresso ao lar ancestral, mas o reviver do judaísmo, que esteve sob risco de assimilacionismo e de desaparecimento, é por muitas formas explicadas pela mística judaica, bastando-nos, entretanto, que leiamos os versos de Deuteronômio:

> Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdares e nela habitares, e disseres: 'Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim' – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher. (Dt 17, 14-15).

Tudo isso quer indicar-nos que havia a necessidade de um lar nacional para o povo judeu; que é a constatação mais óbvia e, portanto, livre de dúvidas. A questão de fundo é outra e é muito mais complexa de ser analisada, embora possa ser sintetizada da seguinte forma: os judeus, após as históricas perseguições, que remontam aos tempos bíblicos e avançam até a primeira metade do século XX, tinham como alternativas a adoção de uma postura de auto-isolamento – o *isolacionismo*, mas num sentido diverso do que há pouco referimos – ou, ainda, a assimilação dos costumes dos povos predominantes, fragmentando sua cultura até a completa extinção; contudo, preferiram manter-se íntegros em relação a ela, como forma de opção existencial, mas que só podia ser levada a cabo em seu lar nacional, em um Estado que pudesse ser seu; de forma que a criação do Estado de Israel traz ínsito este aspecto de preservação do espírito de um povo; e o próprio Estado de Israel assume uma função existencial, na medida em que é a materialização dos projetos e anseios de seu povo. Vão nesse sentido as palavras de Duchacek (1976, p. 138-139):

> A resposta dos judeus, que se achavam dispersos por todo o mundo, à discriminação e à injustiça, produziu como resultado um profundo sentido de identidade e de unidade do grupo, especialmente quando a assimilação se havia demonstrado inaceitável para muitos judeus, assim como não judeus em diversos lugares do mundo. Depois da Primeira Guerra Mundial o sonho sionista de um Estado nacional, isto é, do regresso em massa ao antigo território de origem, e o programa nazista de exter-

> minação massiva de todos os judeus uniram-se para converter a minoria dispersa judia numa moderna nação, o Estado de Israel. (tradução nossa).

O exemplo aqui trazido serve-nos para a análise da teoria helleriana sobre a unidade política, que tem na compreensão da realidade social seu ponto de partida. Com efeito, Heller vê a efetividade política de autodeterminação de um povo e, por conseguinte, a própria razão do Estado, vinculadas às qualidades do povo ou à sua situação geopolítica. E isso passa antes pela formulação de uma idéia do que seja cultura.

A existência de vínculos costumeiros e de tradição a fortalecerem a coesão de um agrupamento humano dá-nos já um sentido para o entendimento de cultura cuja idéia, no entanto, requer mais. Heller, ao abordar a questão, refere:

> Juntamente com os impulsos e instintos, [...] que constituem como o dote natural do homem, embora não sejam de modo algum imutáveis, existe (***sic***), além disso, determinadas formas de representação, hábitos mentais e tendências afetivas e volitivas, em uma palavra, atitudes psicológicas que guiam a conduta do homem por determinados caminhos e se constituem como que seu dote cultural. (HELLER, 1968, p. 111).

A cultura, portanto, segundo essa aproximação, acaba estabelecendo-se por meio de uma regularidade de costumes, mas, também, imiscui-se na psicologia de massa, que predetermina as formas de conduta e as pretensões de um povo. É, por conseqüência, condição existencial de um agrupamento humano. Disso pode arrancar-se, em primeiro lugar, a conclusão de que a cultura é o eixo em torno do qual gravitam as relações sociais de um povo, dando-lhe sentido e uma certa ordem; em segundo lugar, as expressões culturais, que podem chamar-se de espírito do povo, transcendem, em verdade, o plano do ideal para concretizar-se em múltiplas formas de ação e é por isso que Heller fala de "unidades coletivas de ação" ou "agrupamentos de vontade". Nesse âmbito,

> [...] cada indivíduo do grupo é portador de uma mediação social que irradia em todas as direções, produz-se um entrelaçamento simultâneo, de modo que, finalmente, se acha unido aos outros por uma conexão, embora esta nem sempre seja necessariamente consciente. (Heller, 1968, p. 121)

Por outras palavras, é esse fenômeno que dá origem, *tout court*, ao que podemos chamar de corpo social, que encontra seu espaço vital no Estado.

Ao comentar a teoria do Estado de Heller, Bercovici (2006) salienta que a unidade tem aí aspecto fundamental, acrescentando que a preocupação daquele autor "[...] gira em torno do modo que o Estado pode atuar como unidade ativa e como forma histórica real na realidade histórico-social" (BERCOVICI, 2006, p. 325). E a unidade política ordenadora e ordenada é obtida, diz o mesmo comentador, numa relação de "[...] equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais [...]" (BERCOVICI, 2006, p. 343). As aspirações de um povo, seu projeto de vida coletiva, suas formulações éticas em torno de problemas existenciais e políticos são exemplos de questões mediadoras da procura de unidade política.

Mas quando voltamos ao quadro anteriormente debuxado sobre as sociedades contemporâneas, vivendo um período no qual as barreiras culturais estão sendo pouco a pouco derrubadas, inclusive pela invasão de culturas que se podem dizer hegemônicas, e os jogos econômicos a prevalecerem sobre os interesses nacionais e sobre qualquer consideração que se faça em torno do homem como ser ontológico, que, por sua vez, ao capitular diante das situações emergentes daqueles jogos, partindo para uma opção de anomia ético-política e de auto-isolamento, terá cabimento pensar numa teoria do Estado e na própria sobrevivência do Estado-nação?

4.2. Bases para a teoria do devir do Estado

No trecho de *O futuro do Estado* em que faz uma crítica à corrente de pensadores que propugna a idéia de fenecimento deste que é o objeto de nossos estudos, Dallari mostra-se não só otimista em

relação à sustentabilidade de sua existência como também realista, referindo que:

> Aquilo a que denominam 'sintomas de dissolução do Estado' são, na realidade, as transformações que o Estado vem sofrendo, não para extinguir mas, pelo contrário, para assegurar sua permanência. (DALLARI, 1980, p. 109)

Parece que as palavras do jurista pátrio, escritas há quase trinta anos, não perderam sua atualidade, servindo-nos de apoio para o tratamento da série problemática proposta neste artigo, mas aqui deslocada para o feixe teorético de Heller. Tentemos melhor explicar.

As transformações conceituais da idéia de Estado que, em verdade, correspondem às mudanças da realidade social, levadas a cabo quando sondado cada ***hic et nunc*** histórico-social, são imensas e não nos caberia aqui mais do que as arrolar de forma exemplificativa. Assim, o problema da unidade territorial, em outros tempos geralmente equacionado por soluções geopolíticas determinadas pelos Estados colonizadores, embora latente entre alguns poucos povos que aspiram por sua autodeterminação, como é o caso dos bascos, dos cipriotas dominados pelos turcos e dos palestinos, é, praticamente, coisa do passado. A soberania, que para Bodin era o poder supremo radicado no príncipe, quem ditava leis e a elas não se submetia – ***princips a legibus solutus*** –, sofreu redefinições determinadas pelo pensamento contratualista democrático do século XVIII e que mais tarde viria a ser relativizado ante os conflitos de interesses dos Estados, até chegar-se ao ponto em que o direito comunitário, hoje em fazimento na Comunidade Européia, concerta os aspectos mais destoantes de expressões políticas nacionais de cada Estado, por meio de determinações supranacionais vinculativas a todos os Estados comunitários. Mas entre esses dois elementos conceituais, de todo em todo problemáticos, há um aspecto subjacente de não menor importância e que conota com o que há pouco dizíamos da teoria da unidade, que se refere ao perdimento de identidade nacional, fenômeno especialmente localizável entre os europeus da contemporaneidade.

Ora, se para a fundamentação de um Estado a premissa helleriana da unidade espiritual e de ação de um povo é determinante, como vimos no caso modelar da criação do Estado de Israel, a questão que agora se nos apresenta é bem diversa: a possibilidade de dissolução da nacionalidade num meio de globalização econômica, comprometendo a própria identidade do povo, a ponto de chegar-se à anomia ético-política, coloca em risco os fundamentos do Estado-nação?

Antes de mais, cumpre destacar que o horizonte com o qual estamos trabalhando é o da realidade social que, segundo a concepção de Heller, permite amoldar a específica realidade do Estado. Por outras palavras, só se poderá depreender uma teoria para o devir do Estado dentro dos limites experimentáveis da realidade social. Isso conduz-nos a uma prospecção não muito aprofundada do terreno em que estamos a trabalhar, especialmente quando percebemos que a questão cultural é ainda recorrente entre os estudiosos, da mesma forma que se evidencia uma reação contra aquilo que Sousa Santos denomina de globalização hegemônica. Expliquemos tomando como apoio paradigmático a experiência européia.

Em primeiro lugar, apesar de a integração de vinte e sete Estados europeus ter causado consideráveis modificações no plano de sua política econômica e social, chegando a afetar um patrimônio muito caro aos europeus, que é o Estado do bem-estar, agora redimensionado segundo as balizas neoliberais instaladas naquele continente desde Margaret Thatcher, não parece que isso tenha determinado o fim da consciência cultural. É a conclusão a que chega, expondo por outra forma, o sociólogo francês Alain Touraine, ao referir que a evolução operada na Europa implicou para os europeus

> [...] 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. (TOURAINE, 2005, p. 49)

Por outras palavras, o espírito de coesão existente em cada povo europeu é, ainda, possível, e manifesta-se, no plano prático-político, por certas atitudes de resistência que expõem as fragilidades da União Européia, como se verificou pela rejeição da Constituição Européia pelos franceses e holandeses. Bercovici, ao tratar deste fato, vai mais longe, referindo que ele trouxe "[...] à tona novamente o debate sobre as possibilidades da democracia e da manifestação do poder constituinte do povo para além da esfera estatal" (BERCOVICI, 2006, p. 343), num momento em que os estudiosos apontam para o enfraquecimento dos mecanismos democráticos na Europa, devido à estruturação burocrática da Comunidade Européia sob a forma de conselhos, cujos integrantes são a representação ínfima de cada Estado comunitário. Ou seja, permanece, ainda que exposta a risco, a condição existencial dos povos europeus, pelo fato de identificarem sua cultura ao Estado de origem, o que, em conseqüência, reivindica ações mediadoras coerentes.

Em segundo lugar, as globalizações têm sofrido, como antes referimos, alguma oposição por parte de grupos organizados, especialmente pelo que representa de pernicioso sua vertente econômica. Uma oposição surgida, ao que parece, devido à tensão problemática. Ao tratar da questão, Sousa Santos lembra que "[...] se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos" (SANTOS, 2006, p. 194). De um lado, existe a globalização hegemônica, que se pode definir como

> [...] o processo através do qual um dado fenómeno ou entidade local consegue difundir-se globalmente e, ao fazê-lo, adquire a capacidade de designar um fenómeno ou uma entidade rival como local. (SANTOS, 2006, p. 195)

Decorre desse processo de globalização um natural fomento de exclusão, especialmente dos aspectos locais mais vulneráveis, porque incapazes de fazerem frente à força econômica. Mas, em contrapartida, Sousa Santos identifica em outras formas de globalização, designadamente o cosmopolitismo e o patrimônio

comum da humanidade, uma reação a esse estado de coisas, a que denomina de globalização contra-hegemônica. Explica:

> Em todo o mundo os processos hegemónicos de exclusão estão a ser enfrentados por diferentes formas de resistência – iniciativas populares de organizações locais, articuladas com redes de solidariedade transnacional – que reagem contra a exclusão social, abrindo espaços para a participação democrática, para a construção da comunidade, para alternativas a formas dominantes de desenvolvimento e de conhecimento, em suma, para novas formas de inclusão social. (SANTOS, 2006, p. 195-196).

É claro que o sociólogo português não desconhece a fragmentariedade do fenômeno de globalização contra-hegemônica, contudo vê nele a possibilidade de refreamento dos males causados pelas outras modalidades de globalização, inclusive para a salvaguarda das múltiplas "pequenas humanidades"[12] que se vêem discriminadas e oprimidas.

A encruzilhada entre o localismo e a globalização em que as sociedades contemporâneas se encontram é, só por si, a demonstração cabal de que o organismo cultural de cada povo é realidade indesmentível e sua condição existencial. Se, de fato, como acreditamos, existe esta tensão entre o localismo cultural e a globalização, é porque há uma força atuante, reivindicando um espaço próprio para a criação de unidade política e existencial dos povos. Esse espaço para a dissolução do nó problemático não pode ser nenhum outro além do Estado, por meio da intervenção democrática e das instituições políticas nele criadas.

5. Considerações finais

Como já advertira Heller, não se pode imaginar uma Teoria "geral" do Estado apoiada em pressupostos de universalidade e de atemporalidade. Isso porque o Estado, como manifestação da vida em sociedade, está indissociavelmente ligado às representações da realidade social, por isso refletindo em suas instituições políticas aquilo que a sociedade é a cada momento de seu trajeto na história.

[12] Ver Santos (2006, p. 216).

Poderíamos inclusive dizer, à maneira própria de Ortega y Gasset, que o Estado é a expressão da existência *radical* do homem, ou seja, é o fundamento mesmo da vida coletiva. Mas no atual momento, as globalizações – que como um feixe de fenômenos conduz aspectos tecnológicos, de comunicação, de mercado etc. – vêm causando transformações nas sociedades, atravessando os quadrantes onde antes os politólogos estabeleciam categorias de acordo com o lado a que pertenciam na guerra fria ou segundo o grau de desenvolvimento dos Estados.

A globalização econômica, impulsionada pela força do capitalismo, aliada à plataforma do neoliberalimo, causa sensíveis impactos não apenas nas políticas econômicas, mas, de forma reflexa, nas políticas sociais, como deixa evidente a remodelagem do *Welfare State* europeu. Se beneficia uns, logicamente causa prejuízo a outros, havendo quem, como Sousa Santos, fale de seus efeitos de exclusão social. Por outro lado, a criação de blocos econômicos – e mesmo a ultrapassagem deste estágio pela experiência da Comunidade Européia – potencializa a criação de organismos políticos transnacionais, nos quais a idéia de democracia representativa é cada vez mais mitigada. E neste caudal de intensas transformações, observa-se não só o distanciamento do cidadão da esfera ativa da democracia, como sua gradativa perda de interesse pelos assuntos nacionais. Há nisso o potencial risco de estabelecer-se uma verdadeira anomia ético-política, quebrando-se os vínculos entre os cidadãos e o Estado-nação.

Há, no entanto, como a sociologia vem observando, expressões de resistência contra esses perigos por ações decorrentes da coesão cultural de certos povos, para além da globalização contra-hegemônica impulsionada por grupos, associações, organizações, ações coordenadas etc. Em qualquer caso, são fenômenos democráticos que encontram no Estado o espaço adequado para se manifestarem.

Esses são indicativos que devem ser considerados para a sustentação de uma teoria do Estado, que arrancará, segundo entendemos, dos seguintes pressupostos: 1. há uma tensão entre aspectos locais e globalizantes, da qual sobressai o culturalismo como elemento fulcral

desse fenômeno; 2. embora seja possível falar-se, de forma geral, de cultura ocidental e de uma globalização cultural hegemônica, a tensão anteriormente mencionada tem nos localismos culturais um de seus pólos; 3. como as culturas não ficam no plano abstrato, mas são projetadas para o nível das ações, num esquema dialético como o proposto por Heller, pensa-se ser ainda possível falar em unidade política daí decorrente; 4. que terá sua formulação privilegiada por sólida experiência democrática; 5. é, ainda, a unidade política fator de justificação da existência do Estado-nação, mesmo que se possa imaginar um espaço democrático transnacional de reduzidos conflitos políticos.

6. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução da versão francesa de Marcel Prélot: *La politique*.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. Título original: *Weltrisikogesellschaft.*

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política*: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

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

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. 4 ed. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. 3.

DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1980.

DEUTERONÔMIO. In: BÍBLIA HEBRAICA. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006. p. 197.

DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y libertades en el mundo actual*. Tradução ao espanhol de Octavio Monserrat Zapater. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1976. Título original: *Rights liberties in the world today*.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

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

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Un nouveau paradigme*.

Artigo recebido em: 03/03/2010
Artigo aprovado em: 30/06/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110002

A CONSTRUÇÃO TRIDIMENSIONAL DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: BIOTECNOLOGIA, AXIOLOGIA E DIREITO

THE TRIDIMENSIONAL CONSTRUCTION OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW: BIOTECHNOLOGY, AXIOLOGY AND LAW

ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÓES
Mestre em Direito Econômico - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
andreggfroes@hotmail.com

RESUMO: A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, é um posicionamento teórico-metodológico que considera as expressões normativas do Direito em referência com a realidade sociológica, fática e valorativa que as cria. Além disso, propõe que os elementos formadores do fenômeno jurídico são três – *fato, valor e norma*, assim considerados ontognoseologicamente. Isto significa que o Direito, visto como dado da realidade histórica ou construção cultural (*ontos*) e como objeto de conhecimento (*gnoseo*), possui tripla dimensão, cujos elementos interagem de modo dialético e dinâmico. Assim, não é suficiente pesquisar o fenômeno jurídico apenas em sua manifestação normológica; ao contrário, será preciso relacioná-lo com a realidade fático-axiológica que o determina. Dessa teoria surgiu o posicionamento crítico em relação à lei da propriedade industrial. Sendo norma protetora dos resultados das atividades econômicas, dos fatos e valores econômicos deve participar. Considerando-se que a conjuntura econômica brasileira é periférica em relação à conjuntura internacional, então a lei

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 64-116

brasileira de propriedade industrial deve advir como variável dependente das relações externas do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria tridimensional do Direito; propriedade industrial; patentes; biotecnologia.

ABSTRACT: The Tridimensional Theory of Law, by Miguel Reale, is a theoretical-methodological assumption that considers the normative expressions of Law in reference to the factual value-related sociological reality which creates them. Moreover, it considers that the composing elements of legal phenomenon are three – fact, value and norm, thus considered ontognoseologicaly. This means that Law, seen as a historical reality data or a cultural construction (*ontos*) and as a knowledge object (*gnoseo*), possesses a triple dimension, whose elements interact in a dialectic and dynamic manner. From this theory came the critical positioning in relation to the Law of Industrial Property. Being a protective norm of the results of the economic activities, they must participate of the economic facts and values. Considering that the Brazilian economic conjuncture is peripherical in relation to the international conjuncture, then the Brazilian law of Industrial Property must come as a dependent variability of the Brazil's foreign affairs.

KEYWORDS: Tridimensional theory of Law; industrial property; patents; biotechnology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Marco teórico metodológico. 3. As origens fático-axiológicas da Lei de Propriedade Industrial. 3.1. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual. 3.2. Os principais conceitos da propriedade intelectual. 3.2.1. Conceitos da propriedade industrial e os requisitos para a concessão de patentes. 3.3. A formação estrangeira dos conceitos da propriedade intelectual. 3.4. O acordo geral de tarifas e comércio (GATT) e os aspectos da propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS). 3.5. As modificações advindas da Lei nº 9.279/96. 3.5.1. As licenças compulsórias. 3.5.2. A caducidade. 3.5.3. O período de transição ou *Pipeline*. 3.5.4. As patentes para produtos farmacêuticos. 3.5.5.

As patentes para Biotecnologia. 3.6. Os Anais do Senado Federal. Primeira e segunda sessões de votação. 3.7. Outras indicações das origens fático-axiológicas da Lei de Propriedade Industrial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As leis surgem como sínteses de movimentos contraditórios na sociedade; portanto, o aparecimento de leis que, em última análise, são expressões de política econômica e estimulam a atividade econômica, protegendo seus resultados, deve ter necessariamente correspondência com fatos e valores sociais – com a conjuntura por que passa a sociedade brasileira, a qual, pressupomos, é em grande parte influenciada por paradigmas mundiais, dada a situação periférica do Brasil. Nesse sentido, verificar se nossa legislação mais recente sobre o assunto apontado tem estrita correspondência com normas jurídicas internacionais, traduzindo seu espírito, será especialmente útil para compreender se também na esfera do Direito o país é, outra vez, determinado pela conjuntura internacional.

Uma correspondência acentuada entre a legislação nacional e o direito estrangeiro, consubstanciado em convenções internacionais, poderia ser, portanto, um indicador da dependência de um país que vem sendo historicamente extradeterminado em seus destinos.

Em outras palavras, valendo-se dos termos da Teoria Tridimensional do Direito, este artigo analisará o quanto normas nacionais podem ter suas origens não exatamente no sistema fático-axiológico interno, mas em outros sistemas de valores, dever-ser e fins cada vez mais globalizados.

2. Marco teórico metodológico

A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale (REALE, 1994b e 1996), é útil para a pesquisa principalmente pela visão dialética entre fato, valor e norma – e, no caso da lei de propriedade industrial propriamente dita, entre Biotecnologia, Axiologia e Direito – que

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 64-116

proporciona. Analisar a lei brasileira de propriedade industrial em suas correspondências com convenções internacionais, demonstrando com isso que o Direito é variável dependente – e o brasileiro deve sê-lo sob vários aspectos –, será extremamente facilitado por um ponto de vista teórico neutro que considera tal fenômeno normativo em sua correspondência com a vida, com a realidade social.

Pela Teoria Tridimensional do Direito, os fatos, isto é, aqueles elementos da realidade que surgem devido à ordem natural ou em virtude da ação humana (fato natural ou cultural), encontram-se em constante e infindável contraste com os valores (ou "a dimensão essencial do espírito humano" que motiva a ação do homem sobre a natureza), resolvido momentaneamente pela norma, mas contínuo por obra de duas características fundamentais do elemento axiológico: a *realizabilidade* e a *inexauribilidade* (REALE, 1996, p. 549).

Com efeito, os valores que o ser humano traz em seu espírito são passíveis de realização e mesmo reclamam por isso – são as potencialidades humanas; por outro lado, nada daquilo que o homem realiza, ou torna fato, extingue tudo o que pode ser o valor (por exemplo, uma obra de arte nunca finda em si todo o valor do belo) – ele é inexaurível (REALE, 1996).

Nesse sentido, as normas, que contêm em si a dialética fato-valor, são soluções transitórias que dão vazão a novos fatos e valores, mas que, acima de tudo, são sínteses dessa dialética de implicação e polaridade, o que é, para o artigo, necessário ressaltar. Como sínteses, contêm em si a conjuntura social a que se referem; se são normas de Direito Econômico, expressivas da Política Econômica adotada pelo Estado brasileiro, dos fatos e valores econômicos participam e dependem. E os fatos e valores a que nos referimos são, com efeito, a biotecnologia, a dependência brasileira e a ideologia que alimenta esta última, que se pode nomear *neoliberalismo*.

Portanto, nossa visão teórica é a que enxerga o Direito como um produto da realidade; assim, queremos ver a lei sobre a propriedade industrial como participante de realidades, a brasileira e a mundial,

que se conformam uma à outra, interdependentemente, é verdade, mas sem dúvida com estabelecimento de prioridade ou maior importância para uma delas, a global. Se o direito brasileiro, reafirmamos, for, na lei de propriedade industrial propriamente dita, correspondente àquele criado pelas convenções e instituições internacionais, então teremos a *indicação* de que os fatos e valores que fizeram surgir nossa lei sobre aquela matéria são, outra vez, importados e, nosso Direito, extradeterminado. E teremos a certeza, sobretudo, de que é imperativo modificá-lo, se quisermos mudar, a partir do momento presente, a situação periférica de nosso país.

3. As origens fático-axiológicas da Lei de Propriedade Industrial

3.1. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a OMPI, foi fundada por uma convenção assinada em Estocolmo a 14 de julho de 1967, que vigorou a partir de 1970. Suas origens remontam à Convenção da União de Paris (1883) para a proteção da propriedade industrial e à Convenção de Berna (1886) para a proteção de obras literárias e artísticas. Essas Convenções previam a organização de um secretariado, denominado *Bureau International*, cuja reunião, em 1893, formou o *Bureaux Internationaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intelectuelle*, ou BIRPI. Já em 1974 a OMPI foi elevada ao *status* de instituição especializada das Nações Unidas. No Brasil, o Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975, aprovou a convenção criadora da OMPI (VAZ, 1993, p. 413).

Essa organização intergovernamental está sediada em Genebra, na Suíça. É responsável pela promoção da proteção à propriedade intelectual em todo o mundo por meio da cooperação entre os Estados e pela administração de vários tratados multilaterais concernentes a aspectos legais e administrativos da propriedade intelectual. A OMPI tem o papel de gerenciar suas atividades no sentido de promover a cooperação internacional para o desenvolvimento cultural, econômico e social a partir do aproveitamento da propriedade intelectual, especialmente dos países em desenvolvimento (WIPO, 2000).

3.2. Os principais conceitos da propriedade intelectual

Objetivando harmonizar o direito aplicável a essa área, a OMPI oferta definições de termos em matéria de propriedade intelectual importantes para os objetivos desta investigação.

Nesse sentido, define propriedade intelectual como "o direito concedido sobre as criações do intelecto humano, que usualmente consiste em exclusividade sobre a criação por um período determinado de tempo".[1] A propriedade intelectual divide-se em duas vertentes principais: direitos autorais (*copyright*), ou o privilégio de autores de obras literárias e artísticas,

> tal como livros e outros escritos, composições musicais, pinturas, esculturas, programas de computador e filmes, e a propriedade industrial, cuja disciplina protege as invenções, as marcas de fábrica ou de comércio, os desenhos industriais e reprime a concorrência desleal. (WIPO, 2000).

As categorias dos direitos da propriedade intelectual podem ser sintetizadas como se segue.

Os direitos autorais e relativos são diferentes das patentes principalmente porque "protegem a expressão de uma idéia, não a idéia em si". Assim, em princípio, a proteção abrange apenas "a forma de expressão e não se estende aos conceitos, métodos e idéias que são expressos em trabalhos literários, artísticos e científicos". O regime dos direitos autorais atualmente alcança a proteção de programas de computador e bancos de dados, conforme discutiremos mais detidamente. (WIPO, 2000).

[1] Segundo Carlos Correa, a "propriedade intelectual confere a indivíduos, empresas e a outras instituições o direito de excluir terceiros do uso de determinadas criações intangíveis. A característica peculiar de tais direitos é a de que são relativos a peças de informação que podem ser incorporadas a objetos tangíveis. A proteção é dada a idéias, soluções técnicas ou a outras informações que devem ser expressas em uma forma legalmente aceita e, em alguns casos, submetidas a procedimentos de registro. [...] O Direito da Propriedade Intelectual diz respeito à aquisição e ao uso de uma gama de direitos protetores de diferentes tipos de criações, inclusive as de cunho estético (como os trabalhos artísticos e o desenho industrial), as tecnologias (patentes, por exemplo) e as informações e sinais de valor puramente comercial (tais como as marcas)". (CORREA, 1997, p. 1).

Os direitos autorais conexos ou relativos, por sua vez, referem-se à "produção de fonogramas, a intérpretes e a organizações de radiodifusão". As faculdades conferidas aos titulares consistem em geral no

> direito de impedir a reprodução desautorizada, a distribuição (inclusive aluguel), a venda e a adaptação do trabalho original. A proteção usualmente alcança a duração da vida do autor e cinqüenta anos ou mais. (WIPO, 2000).

As marcas são

> sinais ou símbolos (incluindo logotipos e nomes) registrados por um fabricante ou comerciante para identificar bens e serviços. Uma marca registrada confere ao proprietário o direito de excluir do comércio imitações tendentes a confundir o público. (WIPO, 2000)

A proteção comumente é dada por dez anos, período que é renovável enquanto a marca permanecer no mercado. (WIPO, 2000).

As indicações geográficas são "sinais ou expressões usadas para indicar que um produto ou serviço é proveniente de um país, região ou lugar em particular". Há dois tipos principais de indicações geográficas, as *denominações de origem* (*appellations of origin*), assim chamadas "quando as características dos produtos ou serviços puderem ser atribuídos exclusiva ou essencialmente a fatores naturais ou humanos do lugar de origem", e as *indicações de procedência*,

> quando considerado o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço. (WIPO, 2000).

Os desenhos industriais protegem normalmente "o aspecto ornamental ou estético de um artigo industrial e são caracterizados por seu apelo visual". Enquanto alguns países exigem a novidade

para que lhes seja conferida a proteção, outros requerem a originalidade. Além disso, em alguns países a proteção específica de desenho industrial

> coexiste ou pode ser acumulada com a proteção ao direito autoral e à marca do mesmo desenho. O termo da proteção geralmente varia de cinco a quinze anos, incluindo a renovação. (CORREA, 1997, p. 2).

As patentes são concedidas por uma autoridade governamental e conferem o "direito exclusivo de fazer, usar ou vender uma invenção geralmente por um período de 20 anos (contados da data do pedido de patente)". A fim de ser patenteável, uma invenção usualmente precisa

> preencher os requisitos de absoluta novidade (previamente desconhecida do público), não-obviedade (deve conter inovação suficiente para merecer proteção) e aplicabilidade industrial (ou utilidade). (WIPO, 2000)

Patentes são expedidas "para todos os tipos de produtos e processos, inclusive aqueles relacionados ao setor primário da produção", nomeadamente a agricultura, pesca, mineração etc. Proteção assemelhada à patentária é concedida para modelos funcionais e outras "inovações-espelho" sob a forma de modelos de utilidade. (WIPO, 2000).

Os desenhos industriais de circuitos integrados são protegidos na maior parte dos países industrializados. Trata-se de uma

> forma *sui generis* de proteção introduzida pela primeira vez nos Estados Unidos em 1984, limitada, a exemplo do direito autoral, ao desenho como tal, que permite ao proprietário evitar a reprodução e distribuição desautorizadas do desenho. (WIPO, 2000)

A engenharia reversa "é geralmente permitida, de acordo com a prática industrial. A duração da proteção é menor que a do direito autoral e se dá tipicamente por dez anos". (WIPO, 2000).

Os segredos industriais referem-se a "informações confidenciais de negócios, tais como as listas de clientes ou receitas, que podem ser o bem mais valioso de uma empresa". Ações civis e criminais "são previstas na maioria das legislações contra a revelação desautorizada ou o uso de informação confidencial de natureza técnica ou comercial". Neste caso, não há direito exclusivo, mas um

> tipo indireto de proteção baseado em uma característica factual da informação (sua natureza secreta) e seu valor negocial. Segredos industriais não têm prazo de expiração e permanecem protegidos durante todo o tempo em que a informação é mantida secreta. (WIPO, 2000).

Segundo WIPO (2000), cultivares são uma forma "*sui generis* de proteção conferida para variedades de plantas que são novas, estáveis, homogêneas e distinguíveis". Os direitos exclusivos incluem, no mínimo, "a venda e distribuição dos materiais de propagação por volta de 20 anos". Os direitos sobre cultivares geralmente

> permitem o uso por outros melhoristas de uma variedade protegida para servir de base para o desenvolvimento de uma nova cultivar (exceção do melhorista) e para a reutilização por agricultores de sementes obtidas de suas próprias culturas (privilégio do fazendeiro). (WIPO, 2000)

Nos modelos de utilidade, a proteção é dada ao "aspecto funcional de modelos e desenhos, geralmente na área mecânica". Apesar de a novidade e a inventividade serem geralmente requeridas, "os critérios para a concessão de proteção são menos restritos que os estabelecidos para as invenções". O prazo de proteção é também menor (tipicamente até dez anos). Modelos de utilidade proporcionam um

> modo de funcionamento novo por meio de uma configuração particular de um artefato e são, por esse motivo, distintos dos desenhos industriais, que somente dizem respeito à característica estética de um objeto. (CORREA, 1997, p. 3).

Nosso campo de interesse restringe-se à propriedade industrial, especialmente aos objetos das patentes, razão pela qual nos ateremos a essa matéria. Vejamos também os conceitos formulados pela OMPI nesse mister.

3.2.1. Conceitos da propriedade industrial e os requisitos para a concessão de patentes

Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, invenção é uma nova ideia que permite na prática a solução de um problema específico no campo da tecnologia. (WIPO, 2000).

Na maioria das legislações, a ideia, a fim de ser protegida – ou patenteável –

> deve ser *nova*, no sentido de não ter sido ainda publicada ou utilizada publicamente; não deve ser *óbvia* – pois envolve uma atividade inventiva –, no sentido de não constituir mera decorrência do estado da técnica existente, de modo que um especialista da área chegaria à mesma conclusão facilmente; e, por fim, deve ter *aplicabilidade industrial*. (WIPO, 2000).

Isto é, ser útil, passível de ser industrialmente fabricada ou utilizada.

Os modelos de utilidade são também, ao lado das invenções, objetos de proteção por meio de patentes, no Direito brasileiro. Segundo a lei nacional – artigo 9º da Lei nº 9.279/96 –, modelo de utilidade

> é o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Em relação ao conceito de patente, a OMPI estabelece que esta

> consiste em um documento concedido pelo governo, normalmente por um escritório ou instituto especializado, que descreve

> a invenção e cria uma situação legal na qual o invento patenteado somente pode ser explorado, isto é, fabricado, usado, vendido ou importado, pelo titular da patente ou sob sua licença. (WIPO, 2000).

A proteção das invenções é temporalmente limitada em mais ou menos vinte anos, contados da data do depósito do pedido de proteção. A OMPI estima que o número de patentes concedidas em todo o mundo em 1995 foi de aproximadamente 710 mil. Além disso, calcula que até o final daquele ano 3,7 milhões de patentes estavam em vigor no mundo.

3.3. A formação estrangeira dos conceitos da propriedade intelectual

Com o estabelecimento desses conceitos buscamos atender a um fim e a uma necessidade deste artigo. A fixação de uma rede conceitual é uma exigência metodológica da técnica de análise de conteúdo adotada. Por outro lado, o principal objetivo da presente investigação reside na determinação das origens fático-axiológicas da lei de propriedade industrial brasileira. Com efeito, a revisão dos conceitos que então expomos, bem como daqueles de que em seguida trataremos, revela em que grau o direito patentário é formado por organismos internacionais, a ponto de restar difícil a tarefa de meramente exemplificar um único instituto dessa área que tenha sido gerado internamente. Sem dúvida, a menor das definições encontra suas origens ou numa convenção internacional ou numa legislação estrangeira.

Começamos a ter, a partir deste ponto, a indicação de que a lei brasileira possui correspondências com a ordem externa, de modo a absorver seus institutos, soluções e opções jurídicas. Essa correspondência esclarecer-se-á principalmente quando analisarmos os projetos de lei de propriedade industrial que tramitaram no Congresso Nacional e o texto da lei aprovada.

3.4. O acordo geral de tarifas e comércio (GATT) e os aspectos da propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS)

As origens estrangeiras do Direito que concerne à propriedade industrial são confirmadas por acordos multilaterais específicos, adaptados à realidade de mercado de nossos dias. Isso é demonstrado, de forma inequívoca, pelo GATT 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade*, Acordo Geral de Tarifas e Comércio), que tem sido utilizado como instrumento de regulamentação do comércio internacional e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Segundo Gontijo (1995), o GATT, ao incluir entre suas funções a área de serviços, começou a regular também a propriedade industrial, derrogando um objetivo típico da OMPI. A Convenção de Paris, em suas revisões, passou a não ser mais exclusiva nessa matéria.

A importância assumida pelas negociações que originaram o GATT 1994 já na década de 1980 estaria na existência de pressões por parte dos países industrializados centrais, para o cumprimento de suas regras, sob pena de retaliações comerciais. Disso resulta que a "ação do GATT é muito mais efetiva" (GONTIJO, 1995, p. 132-133) do que a atuação da OMPI.

O Grupo de Trabalho do GATT foi o responsável pela elaboração do projeto de acordo que, discutido na Rodada Uruguai, formou o chamado TRIPS, sigla de *Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, que constituem o Anexo 1C do texto do próprio Acordo Geral.

Nesse sentido, diz Carlos Correa que muitas convenções internacionais na área de propriedade intelectual têm sido adotadas desde o século XIX e há desde então organizações internacionais responsáveis por sua administração, com destaque para a OMPI e a UNESCO. Contudo,

> [...] apesar da existência desses fóruns mais especializados, as negociações do TRIPS foram conduzidas junto ao GATT e as nor-

> mas advindas desse Acordo são sancionadas pelo mecanismo de solução de controvérsias criado no âmbito da OMC, um organismo sem qualquer tradição de trabalho no campo da propriedade intelectual. (CORREA, 1997, p. 6-7).

Segundo esse autor, há duas principais razões que explicam por que os países desenvolvidos pressionaram para que as negociações se dessem no mesmo fórum de discussão do comércio internacional.

A primeira relacionar-se-ia às vantagens oferecidas pela abertura do comércio dos países em desenvolvimento, por meio da redução ou eliminação de suas barreiras tarifárias e extratarifárias, somada à possibilidade da mera exportação, da parte dos países desenvolvidos, de produtos tecnológicos protegidos por direitos exclusivos ou monopolísticos reconhecidos por patentes e outros instrumentos protetores. A exportação significaria, assim, a possibilidade de os detentores de tecnologia livrarem-se da competição de produtores domésticos dos países importadores ou de empresas estrangeiras.

A segunda razão, ligada à efetividade do sistema patentário, consistiria na disponibilidade do mecanismo de retaliação comercial instituído pela OMC para os casos de descumprimento das normas estatuídas pelo TRIPS.

Carlos Correa afirma também que, em geral, o processo de feitura desse acordo dificilmente pode ser considerado como um verdadeiro processo de negociação, pois raramente ocorreram concessões mútuas (*give and take*).[2] Os países em desenvolvimento teriam feito concessões consideráveis ao concordar com os níveis mais altos de proteção dos direitos da propriedade intelectual requeridos pelos países industrializados, mas não teriam sido, por seu turno, compensados com vantagens nesta ou em outra área de negociação da Rodada Uruguai. A principal concessão obtida

[2] Correa escreve que "nenhum registro das discussões do TRIPS foi feito" e que "as várias propostas não têm fonte reconhecível" exceto pelos participantes diretos, os únicos a conhecer por que certas normas foram ou não adotadas. Diz que, nesse sentido, "as negociações do TRIPS podem ser consideradas como as mais desprovidas de transparência" de que se tem notícia. (CORREA, 1997, p. 9).

pelos países em desenvolvimento teria sido o período de transição variável de quatro a onze anos para implementar o Acordo. Assim, a discussão dos textos e as negociações teriam sido essencialmente um processo autocrático, sem transparência e assimétrico.

As assimetrias emergiriam, primeiramente, da determinação da agenda de negociações:

> A introdução da propriedade intelectual como um dos novos assuntos da Rodada Uruguai foi aprovada no encontro ministerial havido em Punta del Leste em 1986, mas limitada em princípio ao tema do comércio de bens contrafeitos e plagiados, i.e., bens infringentes de direitos de marca e autorais. As propostas de temas de negociação por parte de países industrializados estenderam-se mais tarde a praticamente todos os ramos da propriedade intelectual. Até 1989, os países em desenvolvimento recusaram-se a entrar em discussões mais detalhadas, mas as ameaças de retaliação comercial unilateral fizeram com que muitos deles mudassem suas posições. Por exemplo, China, Brasil, Índia, Taiwan e Tailândia foram 'investigados' com base na Seção Especial 301 do Ato de Comércio dos Estados Unidos e muitos outros países (como a Argentina e os Países Andinos) foram repetidamente ameaçados por meio de sanções comerciais para mudar seus regimes de propriedade intelectual. (CORREA, 1997, p. 8).

O mesmo autor esclarece que outros fatores conjunturais explicam as mudanças promovidas no sistema da propriedade intelectual. A partir da década de 1970, o rol crescente e a coercibilidade dos direitos de propriedade intelectual impuseram-na como um assunto dos mais relevantes nas relações econômicas internacionais. Durante aquele decênio, principalmente em virtude do trabalho da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*, Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento), muitos países em desenvolvimento tiveram a oportunidade de promover mudanças que visavam a adaptar o sistema internacional de propriedade intelectual a seus níveis de desenvolvimento interno e às próprias necessidades.

Nos anos 1980, entretanto, os países industrializados assumiram a liderança desse processo de recriação do Direito da propriedade intelectual e substituíram a maior flexibilidade então existente por um sistema refratário às diferenças entre as legislações nacionais. (CORREA, 1997, p. 10). Diversos fatores explicariam essa nova orientação dos direitos de propriedade intelectual e se relacionam à tecnologia (especialmente à da informação e à biotecnologia), ao poder ou supremacia tecnológica e a razões mercadológicas e econômico-financeiras.

Primeiramente, a tecnologia teria sido reconhecida "cada vez mais como um fator-chave que afeta a competitividade, particularmente na produção e no comércio de bens e serviços de alta complexidade". (CORREA, 1997, p. 10). Os gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D) teriam exibido um aumento constante desde os anos 70 em países industrializados, com a participação cada vez maior da iniciativa privada. Em muitos desses países, mais da metade das despesas com P&D teria sido financiada pelas próprias empresas. Os países filiados à Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) contabilizariam "setenta e quatro por cento dos gastos mundiais com essa atividade e originariam a maior parte das inovações que chegam ao mercado". (USA, 1993).

Um segundo fator refere-se ao fato de que a liderança dos Estados Unidos na indústria e na tecnologia teria sido desafiada pelo Japão e por alguns outros países, incluindo os de industrialização recente (*newly industrialized countries*), que teriam se tornado "concorrentes agressivos nas áreas de eletrônica, microeletrônica, robótica, computadores e periféricos, bem como em vários serviços, a exemplo da engenharia e construção". Esses desafios teriam sido percebidos nos Estados Unidos como resultados de "um sistema tecnológico e científico demasiado aberto, que permitia a outros países imitar inovações americanas e dava espaço para a proliferação da falsificação e da pirataria". Essa percepção e a força de alguns *lobbies* industriais (particularmente das indústrias farmacêuticas e de semicondutores) explicariam o papel ativo desempenhado pelo governo norte-americano na implementação das reformas do sistema internacional de propriedade intelectual. A posição

monopolística proporcionada pela ampliação de tais direitos teria sido vista como

> um instrumento apto a neutralizar em parte ou mesmo reverter a perda relativa de competitividade dos produtos e serviços americanos e a prevenir que esse quadro voltasse a se repetir no futuro. (CORREA, 1997, p. 11).

Em terceiro lugar, seria do interesse de todos os países industrializados reforçarem sua posição dominante na pesquisa, na inovação tecnológica e na produção industrial, por meio da ampliação da propriedade intelectual e das pressões para um sistema mundial harmonizado. Um sistema global mais forte e direitos de propriedade intelectual ampliados dariam aos atores dos países desenvolvidos o controle sobre a utilização de produtos inovadores, dificultando a competição de países recentemente industrializados. Simultaneamente, os países desenvolvidos pressionariam para a adoção de um sistema de comércio internacional mais aberto, que franquearia os mercados para suas exportações de produtos de alta tecnologia.

Um quarto fator, de viés mercadológico, seria o de que a combinação de propriedade intelectual harmonizada e mercados globais abertos resulta para os países desenvolvidos na possibilidade de comerciar em lugar de difundir sua tecnologia. Com efeito, os países industrializados teriam procurado

> eliminar a obrigação de explorar localmente as patentes, uma das condições que os países em desenvolvimento normalmente exigiam a fim de atender a seus esforços de industrialização. (CORREA, 1997, p. 12).

O quinto fator, de ordem econômico-financeira, consistiria no "forte interesse por parte dos países centrais de ajudar suas empresas a recuperar os custos da inovação e de proteger sua apropriação dos resultados de P&D" [Pesquisa e Desenvolvimento]. (CORREA, 1997, p. 12), exatamente por meio de um sistema mais robusto de propriedade intelectual.

Em sexto lugar, a criação de novas tecnologias teria provocado o surgimento de situações e problemas novos, particularmente nos campos da tecnologia da informação e da biotecnologia, que seriam de importância fundamental para compreender as mudanças no sistema da propriedade intelectual e industrial. Por exemplo, os grandes produtores de *software* teriam pressionado pela proteção de programas de computador a partir do regime dos direitos autorais, a fim de obter proteção automática e quase universal, apesar das dificuldades conceituais de aplicar o direito autoral a trabalhos funcionais. No campo da biotecnologia, em consequência do precedente de Chakrabarty (conforme veremos oportunamente), decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1980, "havia uma onda de reivindicações para patentear formas de vida de todos os tipos". (CORREA, 1997, p. 12).

Esses fatores analisados conjuntamente teriam causado mudanças substanciais no sistema de propriedade intelectual, "mudanças tanto em relação à maneira pela qual o sistema foi concebido quanto a muitos de seus princípios fundamentais". Por exemplo, no campo patentário, as prerrogativas governamentais de impor condições ao uso das patentes como meios de promover o desenvolvimento industrial foram restringidas. Pelas novas normas internacionais, as patentes

> passaram a ser instrumentos de reserva de mercado, utilizados para o aumento da capacidade industrial dos países desenvolvidos e ao mesmo tempo para controlar a comercialização de bens e serviços protegidos em todo o mundo. (CORREA, 1997, p. 12-13).

Um dos objetivos específicos dos países industrializados seria o de assegurar que as patentes permanecessem vigentes no país em que foram concedidas, ainda que não tivessem sido realmente exploradas. Dessa forma, os titulares estrangeiros de patentes poderiam manter todos os seus direitos com a mera exportação dos produtos protegidos para os países onde as obtiveram e vendê-los monopolisticamente. Os mercados nacionais poderiam, assim, ser controlados independentemente de transferência de tecnologia, da instalação de fábricas locais e de investimento direto estrangeiro.

Uma nova concepção dos direitos autorais também teria sido gerada, principalmente nas Cortes Judiciais dos Estados Unidos e nas discussões nesse país sobre a matéria. Haveria a mudança de um sistema

> fundado em preceitos não-comerciais, relativos aos benefícios que a sociedade usufruiria com a criação autoral e a disseminação das idéias, para um regime legal cujo objetivo seria a apropriação dos rendimentos gerados por tais trabalhos criativos. (CORREA, 1997, p. 13)

A escolha do regime de direitos autorais para a proteção de programas de computador, por sua vez, encontraria sua origem na prática instituída nos Estados Unidos a partir de 1980, quando houve a aprovação de uma nova lei que estabelecia esse entendimento. Daí decorreria a disposição do TRIPS contida em sua Parte II, Seção 1, artigo 10, 1, segundo a qual "programas de computador, tanto no código-fonte quanto no código-objeto, devem ser protegidos como trabalhos literários na forma da Convenção de Berna (1971)". Carlos Correa afirma que

> as empresas e o governo norte-americanos promoveram esse modo de proteção internacionalmente [...] os *softwares* foram um dos principais temas das negociações bilaterais e das ameaças de aplicação de sanções da Seção 301 do Ato de Tarifas e Comércio dos Estados Unidos. (CORREA, 1997, p. 43)

As vantagens proporcionadas pelo regime dos direitos autorais consistiriam na desnecessidade de registro em cada país em que se pretendesse proteção, no extenso prazo de proteção (geralmente de 50 anos após a morte do autor), no benefício adicional do segredo industrial, na medida em que o código-fonte também é privilegiável, e, por fim, no conceito de originalidade mais amplo que aquele adotado pelo sistema patentário (CORREA, 1997, p. 44).

Assim, de toda essa conjuntura econômico-tecnológica e de interesses internacionais dos países centrais teriam surgido o GATT e o TRIPS.

Entre as disposições deste, encontra-se a obrigação, por parte dos países contratantes, de conceder patentes nos setores de química e produtos farmacêuticos, mas faculta-se a adoção de um período de transição de até dez anos, com o fim de adaptar as indústrias nacionais ao novo contexto.[3] Mais tarde, ao aprovar a Lei nº 9.279/96, o governo brasileiro ignorou essa concessão, pois, nos termos do artigo 243 desse diploma normativo, a nova lei entrou em vigor na data de sua publicação "quanto às matérias disciplinadas nos arts. 230, 231, 232 e 239 e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos".

O quase imediatismo da vigência da lei não ofereceu certamente tempo suficiente para que a indústria nacional criasse uma "base tecnológica viável".

Entretanto, a vigência imediata nada representaria se o regime da propriedade industrial no país não fosse consideravelmente modificado. Resta, pois, questionar se as mudanças foram gravosas, se comprometeriam a economia interna e quais foram exatamente essas modificações. Tais mudanças não serão outras senão os novos *institutos, opções e soluções jurídicas*, que devem prover a indicação da exogênese fático-axiológica da lei de propriedade industrial.

3.5. As modificações advindas da Lei nº 9.279/96

As mudanças no regime jurídico da propriedade industrial com o advento da lei mais recente foram, principalmente, as relativas aos seguintes institutos: licença compulsória, caducidade, período de transição ou *pipeline*, patentes farmacêuticas e patentes biotecnológicas. Podemos adiantar que, enquanto os três últimos não existiam no regime da lei anterior (Código de Propriedade Industrial, Lei nº 5.772/71), os dois primeiros sofreram transformações.

[3] Este é o texto do parágrafo 1º, artigo 66, Parte VI, do TRIPS (tradução de GONTIJO, 1995): "Em vista de suas necessidades e exigências especiais, de suas restrições econômicas, financeiras e administrativas, e de sua necessidade de flexibilidade para criar uma base tecnológica viável, os países menos desenvolvidos não deverão ser exigidos a aplicar as disposições deste Acordo [...] por um período de 10 anos a partir da sua entrada em vigor".

Passamos a analisar as questões que cada uma destas modificações suscita, orientados principalmente pelo parecer elaborado por Gontijo et al., assessores ao Senado Federal (GONTIJO, 1995) à época das votações do Projeto de Lei nº 115/93, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados sob o nº 824/91 e originou a lei nº 9.279/96.

3.5.1. As licenças compulsórias

O primeiro dos reconhecidos pontos de controvérsia do Projeto de Lei nº 115/93 é o que diz respeito às licenças compulsórias. Este instituto foi criado com o escopo de salvaguardar os países que concedem privilégios e proteção por meio de patentes, porque previne abusos por parte dos titulares especialmente quando estes não se dispõem a cumprir seu dever de exploração local do objeto protegido. O instituto em análise visa a justamente extinguir o monopólio do titular omisso, ao conceder compulsoriamente a licença de uso a um terceiro. Assim se define a licença compulsória:

> [...] consiste em uma autorização dada pela autoridade do Estado a um particular, para que ele possa produzir o produto patenteado, contra a vontade do titular da patente. Este último deixou de exercer seu poder-dever de produzir o produto, e não se dispôs a licenciá-lo voluntariamente a um interessado. Nesse caso, para assegurar que o mercado seja abastecido e com vistas a garantir a exploração do produto no território nacional, a autoridade pública pode conceder a licença compulsória. (GONTIJO, 1995, p. 135).

Mencionamos linhas atrás que o governo do então presidente Fernando Collor de Mello estendeu a adesão do Brasil aos artigos 1º a 12 do texto de Estocolmo, aprovando-o totalmente por meio do Decreto nº 635/92, e que, por esta razão, as licenças compulsórias no Brasil deveriam ser não exclusivas. O PL nº 115/93 seguiu essa orientação.

A exclusividade ou não exclusividade atribuída a uma licença compulsória significa que, no primeiro caso, o particular licenciado pelo Estado em desfavor do titular omisso assumirá o privilégio

deste inclusive em sua característica de monopólio sobre o objeto patenteado, enquanto, no segundo, poderá sofrer concorrência de outros particulares que queiram explorar o objeto e mesmo do próprio titular da patente, se este se decidir a fazê-lo.

A inconveniência desta opção legislativa, em detrimento do anterior Código de Propriedade Industrial, ressalta óbvia. No regime anterior, as licenças compulsórias poderiam ser tanto exclusivas como não exclusivas. De acordo com a disposição do Projeto de Lei, em conformidade com o novo texto da Convenção de Paris dado pela revisão de Estocolmo, o interesse dos particulares em assumir a produção de patentes por licenças compulsórias será reduzido, pois lhes faltará um período mínimo de monopólio para iniciar a produção. A não exclusividade contradiz um dos fundamentos do sistema de patentes, que é o da concessão do privilégio da exclusividade para os inventores de novos produtos por um tempo determinado.

Além disso, é preciso considerar que o particular licenciado está em situação em que não pode beneficiar-se da cooperação do titular da patente, que é quem melhor conhece o objeto da invenção ou do modelo de utilidade, pois a licença compulsória é sempre concedida em detrimento dos interesses deste. Portanto, somente pedem licenças compulsórias aqueles que estão tecnicamente habilitados para a exploração da patente. Considerando-se a realidade dos países subdesenvolvidos, em que poucas são as empresas nacionais capazes de reproduzir perfeitamente uma invenção patenteada, é de se admitir a inconveniência e mesmo a inutilidade de optar-se pela não exclusividade das licenças compulsórias. Isso não atende, com efeito, aos interesses nacionais.

Tendo em consideração esses inconvenientes, bem como a necessidade de conceder aos particulares licenciados por meio de licenças compulsórias um tempo mínimo para seu estabelecimento no mercado, os mencionados assessores do Senado Federal apresentaram na época uma proposta de emenda ao artigo 72 do Projeto de Lei, que contaria com a seguinte redação:

> Art. 72. As licenças compulsórias serão exclusivas durante o período de 05 anos após sua concessão, passando a não-exclusivas a partir de então, não se admitindo o sublicenciamento. (GONTIJO, 1995, p. 136).

O texto da lei aprovada, não obstante a advertência feita pelos assessores do Senado Federal à época das votações, seguiu a orientação da Convenção de Paris.[4] Essa é a primeira opção legal que demonstra a exogênese jurídica da Lei nº 9.279/96.

3.5.2. A caducidade

O segundo ponto controverso do Projeto de Lei nº 115/93 e, como veremos, da Lei nº 9.279/96 é o relativo à caducidade. No regime do Código anterior, a caducidade era uma das formas de extinção da patente que podia ser decretada se não houvesse sido iniciada a exploração de seu objeto no país no prazo de quatro anos, contados da concessão, ou ainda pela falta de pagamento da retribuição anual.

A caducidade constituía, da forma como era adotada, um dos instrumentos mais adequados de proteção e efetividade do sistema de patentes, pois instituía uma sanção perfeita. Se o titular do privilégio pretendesse tão somente manter seu monopólio, não aplicando recursos para a exploração efetiva do objeto protegido ou nem mesmo concedendo licenças voluntariamente a terceiros, sua patente caducaria, passando seu objeto ao domínio público e possibilitando a liberdade de novas iniciativas com o novo material.

O benefício e a necessidade de um instrumento tão eficaz provariam a conveniência de mantê-lo tal como estava no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, nem o Projeto de Lei nem o texto da Lei aprovada acolheram esta opção jurídica. O PL nº 115/93 estabeleceu que a caducidade por falta de exploração dependia, obrigatoriamente, da concessão prévia de uma licença compulsória. Os assessores do Senado Federal assim se manifestaram na época da

[4] O artigo 72 da Lei nº 9.279/96 vigora com a seguinte redação: "As licenças compulsórias serão sempre concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento."

tramitação do Projeto:

> Em vez de ser utilizada de maneira independente, como estímulo e pressão para a exploração da invenção no país, a caducidade passa a não ter qualquer valor prático, porque passa a depender, necessariamente, da licença obrigatória, cuja aplicação é praticamente nula no caso brasileiro. A exigência contida no PLC 115/93 para a configuração da caducidade tira-lhe toda a eficácia, tornando-a inócua. De instrumento prático de pressão, torna-se figura de retórica, de nenhuma utilidade, no caso específico de países em desenvolvimento como o Brasil. (GONTIJO, 1995, p. 137).

Também a lei brasileira aprovada opta por essa solução, como se pode verificar pela redação dada ao seu artigo 80.[5]

A origem desta opção jurídica é a que temos apontado para muitas das mudanças no regime de patentes brasileiro, ou seja, a Convenção de Paris, com a Revisão de Estocolmo.

Assim como o fizeram na análise das licenças compulsórias, os assessores do Senado Federal propuseram que se apresentasse emenda ao *caput* do art. 80 do PL nº 115/93, dando-lhe a seguinte redação:

> Art. 80. Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, caso não tenha sido iniciada a sua exploração no país, de modo efetivo, dentro de quatro anos, ou dentro de cinco anos [se houver sido] concedida licença para sua exploração, sempre contados da data da expedição da patente. (GONTIJO, 1995, p 137).

A licença que ensejaria o prazo de cinco anos para a caducidade parece-nos ser a voluntária, ou aquela em que o titular da patente permite que terceiro utilize o objeto protegido, geralmente de modo

[5] "Art. 80. Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis."

oneroso. A concessão de um prazo maior que o da simples não utilização justificar-se-ia pelo objetivo de não punir imediatamente com a caducidade aquele que, apesar de não ter iniciado a exploração local do objeto da patente com recursos próprios, tivesse-o licenciado a um terceiro que, não obstante o acordo, não o explorou. A *ratio legis* seria a de um tratamento mais justo para esta hipótese, portanto.

A opção legal que acabamos de expor é a segunda indicação da origem fático-axiológica externa da legislação de propriedade industrial brasileira.

3.5.3. O período de transição ou *Pipeline*

O terceiro ponto que gerou controvérsias na discussão do Projeto de Lei nº 115/93 é o que se refere ao período de transição, ou *pipeline*. Esse instituto de denominação inglesa constitui um meio de exceção à disciplina tradicional das patentes, porque permite que se incluam, como matéria patenteável, criações que já tenham se tornado públicas por algum modo, inclusive pelo depósito do pedido de patente em outro país. A exceção derroga o requisito da novidade, normalmente exigido para a concessão de patentes.

O *pipeline* pode dar-se de modo amplo, admitindo como patenteáveis produtos em fase de produção e comercialização, no país ou no exterior, ou restrito, quando aceita criações divulgadas por quaisquer publicações, mas não em processo de exploração econômica.

Esse instituto destina-se a prover o período de transição de uma legislação a outra, quando a lei nova admite como patenteáveis criações que não o eram no regime anterior. Admitir-se-á, assim, que essas novas hipóteses de proteção por meio de patentes incidam sobre invenções ou modelos de utilidade que já se tenham publicado, abolindo a exigência de novidade.

No caso específico do Brasil, a nova lei permitiu que produtos farmacêuticos, químicos e alimentícios fossem patenteados, revogando a anterior proibição contida no art. 9º, *c*, da Lei nº

5.772/71. Dessa forma, às criações nestas áreas aplicar-se-ia o *pipeline*, tornando privado o que era público.

A adoção deste instituto na nova lei brasileira constituiu ponto controverso porque sua utilidade para a economia nacional era questionável. Por qual motivo seria concedido o privilégio da propriedade privada para aquilo que já estava em domínio público, pois já havia sido divulgado? As consequências de uma concessão dessa natureza poderiam ser graves, inclusive a de prejudicar a pesquisa nacional, que seria obrigada a pagar *royalties* por produtos que antes utilizava livremente.

Pelos principais motivos de contrariar o interesse nacional e o sistema internacional de patentes, vigente há mais de um século, os assessores do Senado Federal aconselharam a supressão do *pipeline* do texto do Projeto de Lei nº 115/93. Como alternativa, propuseram apresentar emenda ao art. 228 do Projeto, tornando o *pipeline* restrito. O artigo ficaria com a seguinte redação:

> Art. 228. Poderá ser depositado pedido de patente relativo a produtos químicos, alimentícios e medicamentos, por quem tenha proteção garantida do primeiro depósito no exterior, desde que não tenha sido colocada em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular da patente ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no país, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto da patente. (GONTIJO, 1995, p. 139).

Esta sugestão, ao contrário das anteriores, foi incorporada ao texto da Lei nº 9.279/96, com algumas modificações de redação, como se vê no art. 230 desta lei.

Entretanto, como o *pipeline* foi uma concessão às empresas farmacêuticas e químicas, que são em sua maioria estrangeiras, e ainda pelo fato de contrariar o regime internacional de patentes, por derrogar o requisito da novidade, sua aprovação na nova lei, mesmo da forma restrita, é o terceiro ponto controverso que indica

a formação dependente da lei de propriedade industrial brasileira.[6]

3.5.4. As patentes para produtos farmacêuticos

O quarto ponto de controvérsia do Projeto de Lei nº 115/93 diz respeito às patentes farmacêuticas. Esse projeto previa o retorno do patenteamento de fármacos, tanto de produtos como de processos, que estava abolido no Brasil desde 1945.

A concessão de patentes para produtos farmacêuticos pode ser de dois tipos: patentes de produtos ou de processos. A patente de processo resguarda a técnica de obtenção de determinado produto. Se houver mais de um processo para obter um mesmo produto, o privilégio incidirá somente sobre aquele utilizado pelo titular. A patente de produto, por outro lado, confere um mais amplo monopólio, pois protege o produto em si, obliterando, desta forma, a vantagem de se lhe alcançar o segredo por outros caminhos.

Parece prudente, nesse sentido, ao serem reconhecidas patentes à indústria farmacêutica, fazê-lo inicialmente da forma mais simples e menos comprometedora para a economia nacional, isto é, reconhecendo-lhe somente patentes de processos. Essa tem sido, aliás, a prática internacional.

Os medicamentos não foram por muito tempo protegidos por meio de patentes em diversos países porque se reconheceu que este era um setor estratégico para a saúde pública. Somente com o

[6] É interessante observar que uma norma posterior, a Lei nº 10.196, de 14 de fevereiro de 2001, restringiu ainda mais o *pipeline*, ao considerar indeferidos todos os pedidos depositados até 31 de dezembro de 1994, caso os depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos artigos 230 e 231, em seus respectivos parágrafos 4º, da Lei nº 9.279/96, ou seja, a opção de apresentar novo pedido, com a desistência daquele em andamento, relativo a matérias abrangidas pelo instituto em tela. A lei modificadora manteve, contudo, a retroatividade para pedidos relativos a produtos farmacêuticos e produtos químicos para agricultura, se depositados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997 (este, o prazo máximo para o *pipeline*, em todo caso), entre outras condições. Há mais hipóteses de restrição da aplicação do instituto nos novos artigos 229A, B e C. Além disso, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4234-3/600, proposta pelo Procurador-Geral da República em abril de 2009, cujo objeto é a declaração de invalidade dos artigos 230 e 231 da Lei nº 9.279/96, ou seja, da inconstitucionalidade do *pipeline*.

fortalecimento de suas indústrias nacionais, países como o Japão e a Suíça concederam patentes a esses produtos.

Admitindo-se a realidade brasileira, não se verifica interesse nacional em fazer tal concessão. Tanto a indústria como os consumidores nacionais são hipossuficientes para arcar com esse ônus, que provoca, na maioria das vezes, elevações anormais nos preços dos medicamentos.

Os assessores do Senado Federal então sugeriram que ao menos as patentes fossem concedidas sobre processos, menos gravosas que as de produtos. Além disso, julgaram o prazo de vinte anos demasiado "para um setor em que a obsolescência é rápida". (GONTIJO, 1995, p. 142).

Sugeriram, ainda, a apresentação de emenda ao art. 18 do PL nº 115/93, acrescentando-lhe o inciso IV, da seguinte forma:

> Art. 18. Não são patenteáveis:
>
> [...] IV. As substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, ressalvando-se, porém, a patenteabilidade dos respectivos processos de obtenção e modificação.

Essa sugestão não foi acolhida na nova lei. Considerando que se trata de uma concessão às indústrias farmacêuticas, que são, no Brasil, multinacionais estrangeiras em sua maioria, o reconhecimento de patentes para fármacos constitui o quarto ponto controverso que demonstra a origem dependente dos fatos e valores estrangeiros da lei de propriedade industrial brasileira.

3.5.5. As patentes para Biotecnologia

A concessão de patentes para inventos biotecnológicos foi, sem dúvida, uma das principais modificações do sistema patentário brasileiro com o advento da nova lei de propriedade industrial.

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 64-116

Essa importante modificação encontra suas origens no chamado TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), do GATT, já mencionado linhas atrás. A Seção V, artigo 27, § 3º, subparágrafo *b*, do TRIPS, dispõe:

> [...] as partes poderão excluir da patenteabilidade as plantas e animais, exceto os microorganismos, e os processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, exceto os processos não-biológicos e microbiológicos. Contudo, as partes devem prover proteção às variedades de plantas, seja por patentes ou por um sistema *sui generis* eficaz ou por qualquer combinação destes. (GONTIJO, 1995, p. 144-145).

O reconhecimento de patentes para essa área constituiu um ponto controverso nas discussões da lei porque a biotecnologia ainda traz, em si, muitos problemas.

Segundo os assessores do Senado Federal, cujo parecer seguimos, o sistema patentário pode aplicar-se também aos inventos biotecnológicos desde que seus requisitos sejam preenchidos, isto é, que contenham novidade, atividade inventiva, aplicabilidade industrial, suficiência descritiva e reprodutibilidade da invenção. (GONTIJO, 1995, p. 143).

Entretanto, há várias dificuldades práticas para a verificação desses requisitos, devido à alta complexidade que tais criações frequentemente encerram. Assim, em relação à novidade e à presença de atividade inventiva, questiona-se a capacidade de um órgão de patentes para pronunciar-se quanto à existência prévia de um ser vivo na natureza, ou para determinar o nível de intervenção humana que caracteriza atividade inventiva; em outra hipótese, se um determinado procedimento para isolar uma substância na natureza pode ser patenteado ou se seu mero isolamento pode sê-lo.

Também em relação à suficiência descritiva e reprodutibilidade do invento, ocorre a dificuldade de descrever com precisão o método de obtenção do material biológico ou de organismos vivos a ponto

de permitir a um especialista a repetição do procedimento e a obtenção do mesmo resultado, se se considera a complexidade da matéria viva.

A regulamentação dessa área foi proposta no Projeto de Lei nº 115/93. Em seu artigo 10, IX, estabelecia:

> [...] não se considera invenção nem modelo de utilidade o todo ou parte dos seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou o germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

No artigo 18, III e parágrafo único, o projeto proibia a patenteabilidade de seres vivos, inclusive microorganismos quando isolados de processo industrial, permitindo a proteção dos microorganismos desde que sua utilização se desse unicamente para um determinado processo que gerasse um produto específico.

A Lei nº 9.279/96 trouxe uma redação mais clara ao artigo 18, expressamente exigindo não apenas a aplicabilidade industrial, mas também a novidade e a atividade inventiva para a concessão de patentes para microorganismos. Além disso, menciona a expressão "microorganismos transgênicos", isto é, aqueles que tiverem seu código genético modificado pela atividade humana. Nesse sentido, o mesmo artigo proíbe a proteção às descobertas, ou, em outras palavras, àquilo que é simplesmente encontrado na natureza, sem intervenção do intelecto humano. Outra importante modificação no texto aprovado é a definição do conceito de microorganismo transgênico, estabelecida no parágrafo único do artigo 18. Segundo a lei, microorganismos transgênicos

> são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

A lei brasileira de propriedade industrial, portanto, não concede a propriedade privada de espécies de seres vivos superiores, sejam plantas ou animais, nem seu todo ou uma parte constitutiva. A Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456/97) faz o mesmo em relação às plantas transgênicas, embora não pelo sistema de patentes, mas pelo equivalente "Certificado de Proteção de Cultivar".

A opção jurídica de proteger a biotecnologia por meio de patentes encontra sua origem histórica em um caso judicial que se passou nos Estados Unidos, a partir de 1971,

> quando Ananda Chakrabarty, microbiologista indiano, então funcionário da General Electric (G.E.), requereu a concessão de patente ao USPTO (*U.S. Patents and Trademark Office*, Instituto Nacional da Propriedade Industrial dos Estados Unidos) para um microorganismo geneticamente modificado que consumia o derramamento de óleo nos oceanos. (RIFKIN, 1999, p. 44)

O USPTO recusou o privilégio, argumentando que seres vivos não eram patenteáveis de acordo com a lei norte-americana. Além disso, aquele órgão governamental aduziu que, nos poucos casos em que havia sido concedida patente para alguma forma de vida (no máximo plantas que se reproduziam assexuadamente), o Congresso havia criado uma exceção especial. O pesquisador e a G.E. apelaram da decisão ao *Court of Customs and Patent Appeals* (Tribunal de Apelação de Tributos Alfandegários e Patentes), que lhes deu ganho de causa, por três votos contra dois. A maioria dos juízes entendeu que não possuía relevância legal o fato de microorganismos pertencerem ao reino dos seres vivos, sendo "mais semelhantes a composições químicas inanimadas, tais como reagentes e catalisadores, que a cavalos, abelhas, framboesas ou rosas". (RIFKIN, 1999, p. 44).

O USPTO apelou à Suprema Corte norte-americana, não sem antes travar diversas outras disputas judiciais. A *People's Business Commission*, mais tarde transformada em *The Foundation on Economic Trends* (Fundação para Tendências Econômicas), atuou como terceiro interessado e apresentou uma das peças mais

relevantes do processo. Seu autor, Ted Howard, alegou que o "caso tocava diretamente no âmago da questão do valor intrínseco e do significado da vida". Argumentou que, se a patente fosse mantida pela Suprema Corte, "a vida fabricada – em qualquer nível – teria sido categorizada como menos do que a vida, como nada além de um simples produto químico". (RIFKIN, 1999, p. 44). Temia-se que uma decisão favorável daquele tribunal abrisse um precedente para se patentearem todas as formas de vida.

A decisão da Suprema Corte foi tomada em 1980 favoravelmente a Chakrabarty. Por cinco votos contra quatro, os juízes concederam patente à primeira forma de vida geneticamente construída. O juiz presidente Warren Burger argumentou que "a distinção relevante não era entre seres vivos e objetos inanimados [...], mas se o organismo de Chakrabarty era ou não uma invenção realizada pelo homem". (RIFKIN, 1999, p. 45).

Em nome da minoria, o juiz William Brennan contrapôs que "é papel do Congresso, e não deste Tribunal, ampliar ou reduzir o alcance da lei de patente" e que "a composição para a qual se solicitava a exclusividade da patente implicava questões de interesse público". (RIFKIN, 1999, p. 45), que igualmente deveriam ser deixadas ao Congresso.

As repercussões dessa decisão foram enormes na sociedade americana. Rifkin anota que, instituído esse fundamento jurídico, abriu-se a possibilidade da privatização e comercialização do domínio genético.

> Como conseqüência dessa decisão histórica, diz o autor, a tecnologia da bioengenharia abandonou sua antiga característica acadêmica e rumou para o mercado, onde foi recebida, por muitos analistas, como uma bênção científica. (RIFKIN, 1999, p. 45)

A primeira empresa privada de biotecnologia surgiu poucos meses depois da decisão da Suprema Corte. A Genentech ofereceu

> mais de um milhão das ações de seu capital a trinta e cinco dólares cada, em 14 de outubro de 1980. Vinte minutos depois de aberto o pregão daquele dia em Wall Street, as ações subiram para oitenta e nove dólares cada. No final das operações, a empresa havia arrecadado 36 milhões de dólares e era avaliada em 532 milhões (RIFKIN, 1999, p. 46)

A Genetech o fez sem ter ainda lançado sequer um produto no mercado. Os agentes econômicos haviam percebido a importância daquela decisão.

Sete anos após esse caso histórico, o USPTO adotou uma posição totalmente contrária à que mantinha antes. Em 1987, editou um ato regulatório em que definia todos os organismos vivos multicelulares geneticamente construídos, inclusive animais, como potencialmente patenteáveis (USA, 1987). Os seres humanos não estariam abrangidos, pois a escravidão humana é proibida pela 13ª Emenda Constitucional estadunidense. Entretanto, "embriões e fetos geneticamente alterados, assim como genes, linhagens celulares, tecidos e órgãos humanos" (RIFKIN, 1999, p. 47) seriam potencialmente patenteáveis, embora não o fosse o ser humano todo.

Rifkin (1999, p. 47) afirma:

> [...] no cerne do problema do que pode ser patenteado fica a questão de se decidir se genes, células, tecidos, órgãos e organismos construídos são realmente invenções humanas ou meros achados da natureza que foram habilidosamente modificados por seres humanos. Para obter a concessão de patente, o inventor deve provar que o objeto de sua solicitação é original, não óbvio e útil – em outras palavras, que seja novo, não seja uma decorrência evidente do estado da técnica anterior, acessível a qualquer técnico da especialidade, e que tenha uma finalidade útil. Contra esse padrão, existe um requisito igualmente compulsório: se algo é novo, não óbvio e útil, e é uma descoberta da natureza, então não é uma invenção e, portanto, não é patenteável. Por essa razão, os elementos químicos, embora muito úteis, inéditos e não óbvios, quando isolados pela primeira vez, não foram considerados patenteáveis, já que eram descobertas da natureza.

> E isso apesar de uma certa dose de engenhosidade humana ter sido necessária para isolar e classificar suas propriedades.

O isolamento e a classificação das propriedades de um gene passaram a ser, portanto, suficientes para que se considerasse invenção o que seria mera descoberta.

A primeira patente concedida sob a vigência do novo entendimento teve como objeto um camundongo geneticamente construído, portador de genes humanos que o predispunham a desenvolver o câncer. Foi desenvolvido por Philip Leder, biólogo da Universidade de Harvard, e licenciado à Du Pont, empresa que o vende como modelo de pesquisa para o estudo daquela doença. A patente é ampla, pois se estende a qualquer animal "cuja linha germinativa seja construída de forma a conter genes causadores do câncer". (RIFKIN, 1999, p. 49). O autor noticia que, desde então, diversos outros pedidos de patente para animais geneticamente construídos foram feitos nos Estados Unidos, tendo sido muitos deles aprovados. Cerca de duzentos outros aguardam aprovação, incluindo mamíferos como porcos, vacas e ovelhas.

Esse novo movimento econômico gerou o que se costuma denominar de biopirataria. Na procura de novos e raros traços genéticos que possam ter valor comercial, muitas empresas passaram a financiar expedições aos lugares mais remotos do planeta. Exemplo disso foi o isolamento da substância azadiractina, pela W. R. Grace, empresa de biotecnologia. Aquela substância encontra-se na árvore símbolo da Índia, a neem, que vem sendo utilizada imemoravelmente pelo povo indiano como antibiótico. A empresa, valendo-se do conhecimento popular das propriedades daquela planta, isolou sua substância principal e obteve diversas patentes, alegando que o processo utilizado era inédito e não óbvio (RIFKIN, 1999, p. 52-53).

O autor norte-americano afirma, ainda, que o sistema uniforme de propriedade intelectual em todo o mundo é um objetivo das empresas, que com isso terão acesso ao material genético de todos os países obrigados e obterão, da mesma forma, proteção a seus produtos geneticamente elaborados. O GATT teria representado,

nesse sentido, um grande avanço. Esse autor diz que o Acordo sobre os Aspectos Comerciais da Propriedade Intelectual (TRIPS) foi, em sua maior parte, elaborado por uma coalizão de empresas que se autodenominaram Comitê da Propriedade Intelectual (IPC). Seus quadros contavam com participantes do campo da biotecnologia, como a Bristol Myers, Merck, Pfizer, Monsanto e Du Pont. A propósito, James Enyart, da Monsanto, pronunciou-se sobre a razão da existência desse comitê:

> [...] [Nosso] Grupo Trilateral extraiu, da legislação dos países mais avançados, os princípios fundamentais para a proteção de todas as formas de propriedade intelectual [...] Além de defendermos nossas idéias em nossos países de origem, [nós] as apresentamos ao Secretariado do GATT, em Genebra. Aproveitamos a oportunidade para apresentá-las aos representantes, em Genebra, de vários países [...] O que acabo de descrever não tem precedentes no GATT. A indústria identificou um importante problema do comércio internacional, projetou uma solução, reduziu esse problema a uma proposta concreta e a vendeu ao nosso e aos outros governos [...] As indústrias e os profissionais do comércio internacional desempenharam o papel de paciente, fizeram o diagnóstico e prescreveram o tratamento. (ENYART, 1990, p. 54-56).

A concessão de patentes para inventos e modelos de utilidade biotecnológicos, advinda com a nova lei de propriedade industrial no Brasil, representa, pois, o produto de um movimento econômico proporcionado pela Biotecnologia e constitui o quinto ponto de controvérsia que denota a origem fático-axiológica estrangeira daquele diploma normativo. Como se verifica por tudo o que acabamos de expor, seu surgimento alinha-se com as diretrizes de uma Convenção Internacional, o GATT, que por sua vez resguarda os interesses comerciais das principais empresas biotecnológicas do mundo.

3.6. Os Anais do Senado Federal

O Senado Federal oferece os registros mais completos sobre as discussões e votações das leis, pois conta com um material vasto, contido nos Anais do Senado Federal. A quantidade e a qualidade

desta fonte propiciam tanto vantagens quanto desvantagens; se, por um lado, os Anais oferecem uma visão ampla de tudo o que se discutiu sobre a matéria em um período de tempo selecionado, a extensão das informações obriga à síntese que, por si própria, não é capaz de abranger todas as controvérsias e disputas que ali se passaram. Por esse motivo, optamos por colocar em evidência os discursos que indicaram a formação fático-axiológica da lei em foco, com realce para as atividades de *lobbies*[7] (ora denunciados, ora defendidos pelos parlamentares) e para as opiniões emitidas pelos Senadores da República.

O primeiro registro que encontramos sobre o assunto foi um discurso proferido na Assembleia Nacional Constituinte, datado de agosto de 1988. Apesar de não se tratar de um pronunciamento feito durante as votações, é importante registrá-lo porque contém, na verdade, a notícia da atuação de uma entidade lobista já na Assembleia Constituinte. Por meio dele, o parlamentar José Santana de Vasconcelos (PFL – MG) informa a realização do VIII Seminário Nacional da Propriedade Industrial, a partir de 31 de agosto daquele ano. O evento foi promovido pela ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Industrial, com a participação do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o órgão governamental responsável pela emissão de patentes e registro das outras matérias afeitas a essa área.

[7] Paulo Sandroni escreve sobre o significado dessa palavra e faz algumas observações interessantes: "Lobby. Termo em inglês que significa, literalmente, 'vestíbulo' ou 'antesala', mas que se refere a pessoa ou grupo organizado para procurar influenciar procedimentos e atos dos poderes públicos como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Esta atividade desenvolveu-se particularmente no Legislativo dos Estados Unidos, onde foi regulamentada em 1946. Empresas, grupos econômicos, sindicatos e associações de classe mantêm escritórios [...] devidamente registrados em Washington, que acompanham atentamente as atividades do Legislativo e se relacionam diretamente com os deputados e/ou senadores que têm mais influência nas comissões para o encaminhamento e a aprovação de leis. Tais escritórios preparam argumentos, organizam campanhas e fazem diversos tipos de movimentação para tentar impedir a aprovação de leis desfavoráveis aos grupos ou empresas que representam, ou acelerar a tramitação e obter a aprovação daquelas leis que interessam a tais grupos. No Brasil, embora não exista legislação específica regulamentando a atividade, esses grupos e escritórios de 'lobistas' proliferam, especialmente em Brasília, exercendo em alguns casos grande influência sobre a aprovação ou rejeição de projetos de lei pelo Congresso Nacional". (SANDRONI, 1999, p. 352).

Segundo o parlamentar, a ABPI foi fundada em 1963 para

> estudar e promover, junto à iniciativa privada e ao poder público, a propriedade industrial como veículo eficiente de desenvolvimento tecnológico e econômico e regulador da concorrência leal nas relações comerciais. (BRASIL, 1988, p. 12.632)

Informa, ainda, que seu quadro de associados "é composto de empresários, dirigentes e advogados de empresas, engenheiros ligados a pesquisa e desenvolvimento, profissionais militantes e estudiosos em geral". Seu modo de trabalho consistiria no estudo de "diferentes temas da propriedade industrial através (*sic*) de grupos de trabalho, cujas resoluções são votadas em Assembléias Gerais e, se aprovadas, passam a ser posições oficiais da entidade". Além disso, afirma que "as posições oficiais da ABPI são levadas aos diferentes órgãos dos três poderes" e complementa: "a ABPI tem atuado de forma incisiva junto ao INPI". (BRASIL, 1988, p. 12.632).

Naquele momento, havia grupos de trabalho "estudando a patenteabilidade de novas tecnologias, inventos ocorridos em vigência de contrato de trabalho e transferência de tecnologia, informática e marcas". A propósito do primeiro desses assuntos, a programação do Seminário referido incluía diversos temas relacionados, como a patenteabilidade de produtos farmacêuticos, químicos e biotecnológicos.

Vasconcelos também menciona que a ABPI coordena no Brasil os grupos de entidades internacionais de natureza e fins semelhantes aos dela; entre esses objetivos, pode-se destacar o estudo das legislações sobre propriedade industrial para sua uniformização.

Por meio desse discurso, tem-se a notícia do modo de atuação de uma entidade da iniciativa privada na Assembleia Nacional Constituinte, que conta com seminários nacionais como "o grande veículo de informação da propriedade industrial" e com um parlamentar constituinte como um propagador de suas ideias.

Outro pronunciamento anterior às votações das novas leis de propriedade industrial foi o do senador Nelson Wedekin (PDT – SC),

em que fala sobre o mercado de fármacos e relaciona determinados dados econômicos desse setor às mudanças da legislação patentária para a admissão da patenteabilidade de produtos químicos e farmacêuticos. Inicialmente, afirma:

> [...] quando o Presidente Fernando Collor de Mello anunciou aos quatro cantos do Mundo que faria um Governo neoliberalizante, comprometido com a modernidade e a abertura das relações econômicas [...], Sua Excelência provavelmente não pensou nas pressões externas que iria sofrer para cumprir suas promessas. (BRASIL, 1991a, p. 1.117)

O fato de esse governo ter reduzido as alíquotas do imposto de importação para diversos setores e o precedente da quebra da reserva de mercado na área de informática teriam criado "uma forte demanda para o reconhecimento de patentes" para setores como a química fina e medicamentos.

Segundo o senador, o mercado farmacêutico nacional era naquele momento absorvido por multinacionais estrangeiras à razão de 85%, dos quais 34,5% eram pertencentes ao capital norte-americano. Cerca de 8.000 medicamentos de alto valor agregado constituíam aquele mercado, que tendia a crescimento acelerado, uma vez que "apenas 23% da população brasileira (27 milhões) consomem 60% dos remédios vendidos, o que significa um baixíssimo consumo pelos 77% restantes (113 milhões de pessoas)". Além disso, de acordo com dados da Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica,

> o faturamento do setor no ano passado aumentou 11,5% em relação a 1989, período em que o PIB sofreu uma redução de 3,85%, com o setor industrial apresentando uma queda de cerca de 8%. (BRASIL, 1991a, p. 1.117).

Entretanto, essa próspera indústria previa a redução de seus lucros, por um lado, devido às pressões para a redução de preços por parte de governos de países desenvolvidos e, por outro lado, pela expiração das patentes de cerca de 80% dos medicamentos mais vendidos nos

cinco anos seguintes. Em vista disso, as multinacionais procurariam expandir suas margens de lucro em países como o Brasil,

> onde, ao lado de seu expressivo tamanho, existe a vontade expressa do Governo de internacionalizar a economia, em nome da propalada e utópica modernidade, competitividade e quebra da cartelização. (BRASIL, 1991a, p. 1.117).

O senador cita ainda a ocorrência de *lobby* realizado pela *Pharmaceutical Manufactures Association* (PMA, Associação dos Fabricantes Farmacêuticos), sediada em Washington, que teria enviado ao Brasil uma missão para "mostrar as vantagens do reconhecimento brasileiro de patentes". Entre as recomendações da entidade, compartilhadas pela Interfarma, incluir-se-iam:

> [...] um prazo de proteção de 20 anos a partir do pedido de registro ou 17 a contar da data da concessão, que o licenciamento compulsório só ocorra em casos extremos, como epidemias e guerra externa; [...] que a exploração comercial da patente possa ser feita através de importação quando não se justifique a produção do medicamento localmente; [...] [e que] a lei entre em vigor imediatamente. (BRASIL, 1991a, p. 1.118).

Algumas delas já estariam incluídas nas Diretrizes de Ação da Política Industrial editadas em junho de 1990 pelo governo Collor e implicariam a extinção de várias disposições do então vigente Código de Propriedade Industrial. A esse propósito, o senador menciona uma matéria do *Jornal do Brasil*, de 20 de maio de 1990, segundo a qual a ideia do governo era a de apresentar a decisão política de reconhecer patentes para produtos farmacêuticos na próxima reunião do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), em troca da retirada de restrições comerciais impostas às importações brasileiras pelos Estados Unidos.

Conforme se pode notar a partir do que foi exposto anteriormente, nesse discurso prévio o senador Nelson Wedekin adiantou várias das questões mais importantes que seriam discutidas nos anos

seguintes, tanto na Rodada Uruguai do GATT, então em curso, quanto no Congresso Nacional. Além disso, indicou as ideias dos *lobbies* que se saíram vencedores e um dos principais motivos da aceitação das novas normas da propriedade intelectual impostas pelos países desenvolvidos: o fato de que só poderiam ser negociadas em conjunto com o comércio de produtos primários, em um sistema de *single undertaking*.[8]

São esses os discursos preliminares que nos parecem mais relevantes. Passemos agora às sessões de votação propriamente ditas.

3.6.1. Primeira e segunda sessões de votação

O item de número três da pauta da sessão de 29 de fevereiro de 1996, iniciada às 15h30, era o Projeto de Lei da Câmara nº 115, de 1993, a ser votado em regime de urgência, nos termos do Requerimento nº 118, de 1996. Esse projeto tramitou por duas comissões no Senado Federal, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJCC) e a de Assuntos Econômicos (CAE). O parecer final de ambas foi por sua aprovação; entretanto, houve muitas diferenças substanciais de entendimento entre seus respectivos relatores, Ney Suassuna (PMDB – PB) e Fernando Bezerra (PMDB – RN).

Quanto à escolha das comissões, Ney Suassuna afirmou que a matéria foi submetida à Comissão de Justiça na Câmara dos Deputados e à Comissão de Constituição e Justiça no Senado "por se tratar de legislação comercial" e que sua posterior remessa à Comissão de Assuntos Econômicos deu-se "pura e simplesmente por pedido de um Senador". (BRASIL, 1996, p. 471).

O fato de a propriedade industrial ter sido considerada pelos parlamentares como "legislação comercial" e, por isso, submetida

[8] Essa expressão foi retirada da publicação da Organização Mundial do Comércio intitulada "Frequently Asked Questions About TRIPS". A segunda "pergunta mais freqüente sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio" é a seguinte: "O TRIPS aplica-se a todos os membros da OMC?". A resposta é positiva, pois cada membro "aceitou todos os acordos em um pacote único por meio de uma única assinatura – assumindo com isso, como se diz no jargão, um único compromisso (*single undertaking*)". (WTO, 2009).

primeiramente apenas àquela comissão, é uma demonstração sutil do baixo nível de compreensão do assunto atingido por esses atores políticos. A propriedade intelectual é frequentemente reduzida ao âmbito do antigo Direito Comercial, quando, na verdade, sua natureza nada tem a ver com a prática de atos de mercancia entre sujeitos especiais, os comerciantes, nem se restringe ao exercício profissional de atividade econômica organizada "para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", segundo o conceito do artigo 966 do novo Código Civil. Obviamente, a propriedade intelectual possui muitos pontos de contato com vários ramos jurídicos, mas o estudo mais atento de sua natureza revela que se trata de uma verdadeira política econômica, pelo que se adapta muito mais ao objeto do Direito Econômico que ao de qualquer outra disciplina.[9]

Essa demonstração sutil nem sequer precisaria ser mencionada, porque as afirmações de ignorância da matéria por parte de senadores foram recorrentes. Conforme já adiantamos, José Fogaça foi o primeiro a admiti-la. Ele diz inicialmente achar-se em dúvida em relação à "matéria complexa, difícil, realmente problemática" que estava em discussão, particularmente confusa pelo fato de que os dois relatores eram de seu partido, mas sustentavam posições divergentes. A confusão seria aumentada, segundo o senador, pela

[9] Nessa mesma linha de pensamento, diz a Professora Isabel Vaz, a propósito do estudo desse tema, que "é interessante notar o destaque conferido às obras dos professores Waldemar Ferreira (*Instituições de Direito Comercial*, vol. VI e *Tratado de Direito Comercial*, vol. I), de J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*), eminentes jusprivatistas, quando, na verdade, a propriedade industrial tem sido objeto de uma acentuada intervenção do Estado, constituindo um dos mais visados instrumentos de política econômica". (VAZ, 1993, p. 433). Em outra parte, ao expor suas razões de discordância quanto à utilização do termo "propriedade imaterial" em lugar de "propriedade intelectual", a Professora pondera que é necessário "nos desvincularmos do discurso civilista, um tanto obsoleto diante dos avanços tecnológicos, inexistentes à época de sua elaboração. 'Bens imateriais' para Gama Cerqueira [...] constituem gênero, entre cujas espécies Clóvis incluía o direito de autor, como direito real, ao lado dos 'bens móveis incorpóreos'. Mas nesta categoria encontram-se também os 'direitos das obrigações', cuja gênese nada tem a ver com as criações intelectuais. Estas, é verdade, podem originar relações jurídicas, porém, incidem sobre produtos da mente, da capacidade criativa, da arte de cada um. [...] Este é o traço distintivo do 'trabalho' neles empregado; origina produtos da capacidade intelectual do autor. Um crédito é uma coisa incorpórea, pode até ser classificado como bem imaterial. Falta-lhe, todavia, a natureza de criação intelectual". (1993, p. 436). Assim, concluímos que a matéria não se pode subsumir nem ao Direito Comercial ou Empresarial nem ao Direito Civil.

"literatura que corre, que flui nos corredores, nos gabinetes e que é distribuída fartamente sobre a matéria". Essa é uma alusão clara à maneira de agir dos *lobbies*.

Um dos pontos de grande dificuldade, continua o senador, "para aqueles que ignoram, para aqueles que são genuinamente ignorantes nessa matéria, como sou", é o *pipeline*. Um dos textos a que teve acesso esclareceu-lhe que o termo significa a retroatividade da lei; se isso fosse verdade, ele votaria contra o *pipeline*, pois "fui estudar a retroatividade da lei". É curioso observar que esse senador votou a favor do projeto da CAE, de Fernando Bezerra, que admitia aquele instituto, apesar de seu líder partidário ter facultado a escolha a todos os membros do PMDB, como se vê respectivamente nas páginas 506 e 502 dos Anais do Senado Federal de fevereiro de 1996. Mas, devido à sua diligência, Fogaça afirma que não pode "mais ser desrespeitado como um militante do superficialismo", ainda que pensem que "todo Senador aqui é burro, ignorante, que todo político é irresponsável, logo, basta fazer um panfleto com uma linguagem um pouquinho mais severa, que eles todos marcham". Justifica seus dizeres por estar "entre aqueles que são genuinamente ignorantes da matéria" e conclui:

> Assim fico eu, Sr. Presidente, talvez como outros, não sei o número dos que têm o meu nível de desconhecimento – que é dos mais altos – que ficam apalermados com essa desinformação. (BRASIL, 1996, p. 472-473)

Ao pedir a palavra pela ordem logo depois desse pronunciamento, José Eduardo Dutra (PT – SE) reputou-o brilhante (BRASIL, 1996, p. 472-473).

O discurso do senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB – PB) pode ser classificado entre aqueles que admitem a dificuldade de compreensão da propriedade industrial, embora o faça de forma menos drástica que o anterior. Nele, mais uma vez, é o *pipeline* a principal fonte de dúvidas. O senador constata que os pareceres das duas Comissões afirmam que se trata de um mecanismo de exceção, "porque só se patenteia o que é novidade". Diante disso, conclui que "*pipeline* é

uma novidade que vai permitir patentear o que não é novidade". Ao contrário de seu colega José Fogaça, Ronaldo Cunha Lima não se confundiu tanto a ponto de votar o contrário do que declara em seu discurso, pois votou contrariamente ao projeto da CAE.

Ainda quanto ao seu pronunciamento, o tom simplório geral é confirmado por frases repetitivas como "a minha novidade é descobrir que, agora, sei o que é *pipeline*: é a novidade de patentear o que não é novidade" e pela surpreendente recitação de um poema acerca da Internet, constituído por "uns versinhos" enviados anteriormente ao senador José Sarney "dizendo da minha insatisfação com a tecnologia". (BRASIL, 1996, p. 480-482).

Há dois outros discursos de senadores que contêm frases merecedoras de destaque, pelo conteúdo ora de admissão, ora de denúncia da ignorância geral da matéria que então se votava. Lauro Campos (PT – DF) pronunciou frases como:

> [...] parece-me que fica muito clara, hoje, a inconsciência confessa, declarada de tantos Senadores, aos quais humildemente me somo, no sentido de confessarmos a nossa completa incapacidade de votarmos hoje essa matéria. Não temos consciência perfeita nem do projeto em si, nem das diferenças que dividem os dois principais projetos. Portanto, é uma verdadeira loucura [...] o que aqui se passa. [...] O senador Josaphat Marinho [...] percebeu e nos alertou a respeito desse caudal de termos novos que não incorporamos sequer ao nosso vocabulário, quanto mais a nossa compreensão mais profunda. (BRASIL, 1996, p. 486-487).

Campos conclui seu discurso condenando sub-repticiamente a falta de consciência de muitos dos senadores:

> Nosso voto será, portanto, muito menos fundamentado do que aquele que gostaríamos e que devemos à sociedade brasileira, porque temos o dever de trabalhar para votar segundo a nossa consciência, angustiada muitas vezes ao atingir o âmago da realidade, ao contrário daqueles que, não tendo estudado, não tendo se preocupado, podem dormir tranqüilamente, pois não

> possuem o conhecimento. Diz um filósofo francês: é a consciência que produz a angústia. Gostaria que todos nós estivéssemos emocionados e angustiados, porque estaríamos procurando encontrar as melhores soluções para a sociedade brasileira futura (BRASIL, 1996, p. 488).

Roberto Freire (PPS – PE) igualmente condena esse aspecto ao dizer que a polêmica advém tanto da importância da matéria quanto de sua ignorância. Afirma que os senadores discutem muitas vezes o que não sabem e que "há uma certa precipitação em não ler efetivamente os textos em análise". Questiona a utilidade de aceitar o *pipeline*, que poderia deixar de ser aprovado pelas controvérsias e riscos que suscita, mas acentua que esse instituto "defende e atende a interesses daqueles que querem ressuscitar privilégios que há muito tempo caíram no domínio público". Por fim, diz acreditar que chegaram "a um ponto onde o senso comum é a ignorância". (BRASIL, 1996, p. 490-491).

Além dessas posições que admitem ou denunciam a ausência da compreensão necessária para a votação, há outras que podem nomear-se críticas, uma vez que tecem considerações técnicas, de mérito ou se opõem fundamentadamente ao projeto pretendido pelo governo.

O primeiro discurso que destacaremos é o pronunciado por José Eduardo Dutra (PT – SE). O senador o inicia lembrando que a lei de propriedade industrial é determinante das condições do desenvolvimento tecnológico e social brasileiro por um período mínimo de cinquenta anos. Apesar disso, o Senado estava "cometendo a irresponsabilidade de votar esse projeto em regime de urgência, apenas porque o Secretário de Estado americano, Warren Christopher, estará desembarcando em nosso País amanhã".

As influências dos Estados Unidos na aprovação dos novos padrões da propriedade intelectual são ainda declaradas na seguinte passagem:

> Vamos aprovar o pipeline, permitir o patenteamento da vida, porque o Presidente da República, por intermédio de telefone-

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 64-116

> mas e jantares, convenceu os Srs. Senadores de que isso é importante para o País. Não sei quais os compromissos que o Presidente assumiu com os Estados Unidos quando ainda era candidato. Quando aqui esteve o Ministro das Relações Exteriores, o Sr. Luiz Felipe Lampreia, o Senador Roberto Requião apresentou documento assinado pela Interfarma, que se referia a um acordo firmado pela Embaixada Americana com o então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso [...]. Os presentes na audiência devem lembrar-se do constrangimento do Ministro por ter sido revelado o que precisava estar submerso para sobreviver. [...] De nada servem os argumento técnicos, nem a constatação evidente de que estamos concedendo favores em resposta a pressões do governo americano. (BRASIL, 1996, p. 477).

Dutra cita ainda um discurso de Fernando Henrique Cardoso no México, em que o então presidente da República relaciona a inserção dos direitos de propriedade intelectual no GATT – portanto, na regulamentação do comércio de *commodities* – com a finalidade do avanço da globalização da produção. O próprio presidente, no entanto, teria ponderado que o quadro normativo homogêneo somente cumpriria seu objetivo se o uso unilateral do poder econômico fosse renunciado. Em outras palavras, ele teria querido dizer que o Brasil faria concessões naquela área em troca da queda ou atenuação de barreiras tarifárias e da cessação de sanções unilaterais, verdadeiro conteúdo daquele tratado.

Quanto a uma das principais concessões, o *pipeline*, José Eduardo Dutra afirma que o Brasil estava renunciando ao seu direito de soberania "para beneficiar a indústria farmacêutica americana". Apesar de não o dizer explicitamente nessa parte, o parlamentar provavelmente se referia ao fato de que não havia exigência de adoção desse instituto pelo GATT, no entanto desejada pelo governo e concretizada pelo substitutivo de autoria de Fernando Bezerra, relator na CAE.

O senador finaliza seu discurso com os seguintes dizeres, que ressaltam a propalada vaidade intelectual de Fernando Henrique Cardoso:

> Só espero que o que leva o Presidente a exercer todo o seu poder para a aprovação deste projeto [...] não seja uma mera vaidade pessoal de completar a sua obra. Como intelectual, cooperou no desenvolvimento da Teoria da Dependência e, agora, como político, talvez queira praticá-la até as últimas conseqüências. (BRASIL, 1996, p. 478).

O senador Eduardo Suplicy (PT – SP) questiona o projeto da CAE no ponto em que estabelece a inexigibilidade de produção local do invento pelo risco de se criarem, a partir dessa concessão, reservas de mercado sem utilidade para a economia nacional. Diz ser improvável a capacidade do Estado de auferir a veracidade da alegação de inviabilidade econômica, já que nem ao menos o tem conseguido fazer com meros balanços anuais de bancos. (BRASIL, 1996, p. 489).

Sebastião Rocha (PDT – AP) manifesta sua preocupação

> com o caminho que o Brasil, do ponto de vista político, vem adotando nos assuntos de interesse estratégico, seja para a segurança nacional, seja para a economia. [...] Neste caso, estamos a reboque dos Estados Unidos.

Opina, ainda:

> Estamos sendo submissos a interesses externos e deixando de lado os interesses maiores da Nação. [...] Faz muito tempo que deixamos de ser colônia e creio que não é interesse de nenhum cidadão brasileiro voltar a ser colônia de qualquer outra nação, muito menos dos Estados Unidos. (BRASIL, 1996, p. 489-490).

Darcy Ribeiro (PDT – RJ) pronuncia um discurso de que se podem extrair afirmações da existência de pressões externas para a votação da nova lei. Diz, inicialmente, que aquela seria uma sessão lembrada nas décadas seguintes, ao contrário do que ordinariamente acontecia, porque estavam "diante de um fato concreto, de uma agressão dos Estados Unidos, que nos estão impondo uma lei". E continua:

> Sabem os Senadores que isso é verdade. Estamos com temor das chantagens que os Estados Unidos nos venham a fazer, como fizeram muitas vezes; chantagens na forma de deixar de comprar, deixar de vender, de atuar sobre os bancos. Com medo dessas chantagens, estamos pressionados a votar não a lei de patentes que queremos votar, mas aquela que eles querem que votemos. (BRASIL, 1996, p. 492).

O senador conclui com as seguintes frases:

> Trata-se de uma lei colonizadora, fácil e barata. Antigamente, para se colonizar um País, era necessário atacar. Gastava-se tropa, gastava-se gente. Agora, não. Com pressão sobre o Legislativo, estão conseguindo que vendamos nosso futuro. [...] Estamos votando alguma coisa importantíssima para o destino nacional e seremos responsabilizados por isso. (BRASIL, 1996, p. 493).

Pode-se vislumbrar, a partir desses excertos selecionados da fonte histórica primária consultada, o quanto o processo real de elaboração das leis pode se distanciar de certas premissas científicas e racionais pregadas pela Ciência Jurídica.

3.7. Outras indicações das origens fático-axiológicas da Lei de Propriedade Industrial

Os atos de um governo são sempre revestidos de uma forma de divulgação oficial e de outra de caráter opinativo, dada pela imprensa em geral. A que apresentaremos em seguida pertence à segunda modalidade.

Quando a nova lei de propriedade industrial foi promulgada, a 14 de maio de 1996, a revista *Atenção!* publicou uma matéria intitulada "Lei de Patentes: está entregue", que reuniu fatos importantes ligados à sua feitura. (BENJAMIN, 1996).

Os textos jornalísticos muitas vezes ressentem-se de fundamentação apropriada, restringindo-se ao domínio da opinião parcial. Mas sempre será oportuno mencioná-los como registros históricos,

principalmente quando se procuram os fatos e valores que formaram o objeto de estudo.

Das informações daquela reportagem, a maior parte carece de fundamentação, mas há uma que é corroborada pelo fato de ter sido extraída de uma entrevista direta com um dos atores sociais responsáveis pelo surgimento da nova lei.

Trata-se do então embaixador brasileiro, em Washington (DC), Marcílio Marques Moreira, ocupante daquele cargo até maio de 1991 e que, mais tarde, foi ministro da Fazenda do governo Collor.

Questionado se havia encomendado à OMPI a redação de um projeto de lei de patentes para o Brasil, respondeu da seguinte maneira: "Pedimos esse trabalho sim, foi idéia minha, mas não sei se chegou a ser feito. Foi pedido como subsídio para a elaboração da Lei de Patentes. Acho que não chegou a ser feito". (1996, p. 9). A reportagem da revista perguntou-lhe então se, tendo sido embaixador até maio de 1991 e tendo o projeto de Lei nº 824/91 chegado ao Congresso Nacional em abril de 1991, não teria ele tido necessariamente conhecimento da conclusão daqueles estudos por parte da OMPI. Marques Moreira respondeu:

> Lembrando melhor, o estudo foi feito sim, foi uma primeira versão que ficou no Itamarati para ser revista. Resolvemos consultar a OMPI para ver qual seria o melhor regime da propriedade intelectual para o Brasil. Não sei o que se fez do estudo. (1996, p. 9).

O repórter perguntou-lhe qual a razão de ter sido o projeto de lei mais abrangente que as regras estabelecidas pelo GATT:

> A posição do governo é correta. A lei que vai ter maior poder de atrair investimentos é essa. No Brasil é proibido patentear produtos farmacêuticos ou alimentícios. Isto gerou um atraso muito grande no setor, desestimulou a pesquisa e provocou uma grande queda da participação dos laboratórios nacionais no mercado. Já as multinacionais evitam trazer seus medicamentos de última geração porque não podem patenteá-los. (1996, p. 9).

A revista questionou, ainda, o motivo pelo qual o projeto de lei não exigia a produção nacional dos produtos patenteados. Marques Moreira disse que "esse tipo de protecionismo à produção em território nacional faz parte de um modelo de desenvolvimento fechado, totalmente obsoleto". (1996, p. 9).

A provável encomenda da redação do Projeto de Lei nº 824/91 à Organização Mundial da Propriedade Intelectual constitui outro indício da formação fático-axiológica externa da atual lei de propriedade industrial brasileira.

4. Conclusão

A finalidade prática deste artigo foi avaliar *criticamente* a formação do novo regime de propriedade industrial estabelecido pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, procedendo, desta forma, à desmontagem do discurso legal e demonstrando os fatos e valores que constituíram tal norma. Pressupondo que um texto normativo de tamanha importância para o desenvolvimento humano e tecnológico de um país não poderia ser alheio à situação econômica periférica em que se insere o Brasil, despertou-se-nos a curiosidade científica de pesquisar suas origens, conhecer que complexos fáticos e axiológicos deram-lhe vazão e, finalmente, que normas jurídicas nessa área melhor atenderiam aos interesses legitimamente nacionais, os quais, por necessidade de adequação jurídica, deviam guardar correspondência com os Princípios e Objetivos Fundamentais da República.

Com o desenvolvimento da pesquisa, percebemos que se tratava mais da desmontagem de uma lei, ou da demonstração científica de sua origem histórica, segundo uma teoria tridimensionalista, do que da busca de soluções paradigmáticas na biotecnologia para as discrepâncias sociais brasileiras. O trabalho científico demonstrou que a biotecnologia é principalmente um dos muitos problemas que macularam os projetos de lei discutidos no Congresso Nacional e como tal foi tratado. A tecnologia da vida foi um dos fatos que ensejou a extinção do antigo Código de Propriedade Industrial, da década de 70 – uma época de protecionismo –, e promoveu a

votação e a aprovação da nova lei reguladora de direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

As indicações das origens da lei foram muitas. Das diversas fontes oficiais e da imprensa em geral que compulsamos, pudemos verificar que sua construção tridimensional sustentou-se em fatos, valores e normas globais. Desde a formação estrangeira da maioria dos conceitos da propriedade intelectual às acentuadas correspondências entre a legislação nacional e as Convenções Internacionais, todos os itens do capítulo precedente demonstram uma exogênese jurídica premente.

Há, de fato, uma grande dificuldade de mudar os novos padrões de propriedade intelectual já estabelecidos. Contudo, os países subdesenvolvidos deveriam organizar-se para apresentar propostas conjuntas e influir nos futuros fóruns de discussão da Organização Mundial do Comércio. Assim, poderia ser elaborado um novo TRIPS que atendesse às particularidades dos países subdesenvolvidos, não apenas em questões processuais e genéricas, como foi o caso dos prazos de implantação, mas que contivesse normas que obrigassem, *v.g.*, ao investimento direto estrangeiro ou a outras formas de compensação econômica pela ausência da produção local.

O conhecimento adquirido permite-nos, agora, afirmar que o fato mais importante que determinou a formação da lei de propriedade industrial, que despertou a atenção dos agentes econômicos mundiais, que, enfim, representa uma nova fase tecnológica para a humanidade é a biotecnologia, a última fronteira ainda não desbravada pelo Homem em sua conquista da Natureza, mas que está em vias de ser. Com efeito, todas as modificações advindas com o novo regime legal, sejam as licenças compulsórias, a caducidade, o *pipeline*, as patentes farmacêuticas ou biotecnológicas, constituem instrumentos para a implementação daquela tecnologia.

O principal valor que igualmente a determinou não pode ser outro senão o econômico. Valores são conceitos difíceis de nomear, pois sua própria definição é a primeira a ser fluídica. Mas que outro dever-ser, que outra "dimensão essencial do espírito humano"

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 64-116

poderia, neste caso, motivar os atores sociais à ação, senão o da utilidade econômica? Parece-nos que toda a demonstração dessa investigação foi clara nesse sentido, especialmente quando falamos sobre as patentes para biotecnologia. Além do mais, já previámos que, se se trata de uma norma de Direito Econômico, de uma norma protetora dos resultados das atividades econômicas, dos fatos e valores econômicos devia participar.

Suprida nossa interrogação inicial, acreditamos ter alcançado os objetivos deste trabalho científico. Agora podemos afirmar com Reale (1994a, p. 17): "não há dúvida que as normas jurídicas [...] não surgem como por encanto, pressupondo todo um complexo entrelaçamento de interesses e pretensões, de caráter público ou privado".

Desejamos igualmente acreditar que cumprimos o compromisso social de toda pesquisa jurídica, tão bem sintetizado por aquele mestre nesta passagem:

> [...] creio que não será demais insistir que uma teoria jurídica, que não se abra para a problemática social e política, e não tome conhecimento das exigências histórico-axiológicas, fica a meio caminho, por mais que seja válida e essencial a contribuição haurida naqueles novos campos da ciência.
>
> Indispensável é, em suma, que o jurista transcenda tudo o que tenha valor instrumental, deste tirando proveito para aprofundar e consolidar o conhecimento da experiência jurídica na integralidade de seus elementos constitutivos, com toda a força axiológica de seu sentido ético, oferecendo, assim, algo de válido e próprio aos que pesquisam na Sociologia, na Antropologia ou na Política. É somente essa visão integral que legitimará o trabalho do jurista, que jamais deve olvidar a destinação ético-política de seus conhecimentos.
>
> Num país como o nosso, então, onde se avoluma a pressão violenta das carências sociais e econômicas, parece-me inadmissível uma Ciência Jurídica que não leve em conta toda a dramaticidade da vida comunitária e dos imperativos de seu desenvolvimento. (REALE, 1994a, p. 16-17).

É importante ponderar ainda que a Teoria Tridimensional do Direito, adotada como parte da Metodologia, apresentou-se de difícil aplicação no princípio. É uma tarefa árdua descobrir que fatos e valores deram vazão a uma lei; só nos foi possível concluir pela biotecnologia e pela economia a partir do cruzamento das informações doutrinárias com as fontes primárias oficiais consultadas. Sem estas últimas, principalmente, a pesquisa pairaria no mundo das idéias.

Por fim, gostaríamos de anotar que novas mudanças na propriedade intelectual são um assunto em pauta tanto na OMC quanto na OMPI (esta instituição, com efeito, pretende reassumir sua importância mundial na matéria). Quando novas leis de propriedade intelectual nos forem impostas mais uma vez, esperamos que os futuros institutos, opções e soluções jurídicas sejam mais adequados aos interesses legitimamente nacionais e que as discussões, tanto dos novos Acordos Internacionais quanto das leis que advirão, façam-se de maneira mais ética.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, agosto de 1988. Disponível em: <www2.senado.gov.br/sf/publicações/anais>. Acesso em: set. 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional, março de 1991a e abril de 1993c. Disponível em: <www2.senado.gov.br/sf/publicações/anais>. Acesso em: set. 2009.

BRASIL. Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out. 2009.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out. 2009.

BRASIL. Poder Legislativo. Decreto Legislativo n.º 98, de 8 de abril de 1975. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out. 2009.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4234-3/600. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: jan. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Anais do Senado Federal, fevereiro de 1996, janeiro de 1997b e janeiro de 1998. Disponível em: <www2.senado.gov.br/sf/publicações/anais>. Acesso em: out. 2009.

BENJAMIN, César. Lei de Patentes: está entregue. Revista *Atenção!*, São Paulo, ano 2, n. 4, 6 mar. 1996.

CORREA, Carlos. *The TRIPS agreement, a guide for the South:* the Uruguay round Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights. Geneva: South Centre, 1997.

ENYART, James. A GATT intellectual property code. [S.I.] *Les Nouvelles*, jun., 1990.

GONTIJO, Cícero Ivan Ferreira et al. *Reflexões*: sistemas de patentes. Brasília: Senado Federal, [1995?].

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994a.

_____. *Teoria tridimensional do direito.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994b.

RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia*. Tradução e revisão técnica de Arão Sapiro. São Paulo: Macron Books, 1999.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. Organização e supervisão de Paulo Sandroni. São Paulo: Best Seller, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. National Science Board. Science and Engineering Indicators. Washington D.C., 1993.

_____. U.S. Patent and Trademark Office. Animals-Patentability. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, April 07, 1987.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *International Protection of Industrial Property*. Geneve: WIPO, [2000?]. Disponível em: < http://www.wipo.int/index.html.en>. Acesso em: 2 jan. 2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *Frequentely Asked Questions About TRIPS*. Disponível em: <www.wto.org/tradetopics/trips/faq>. Acesso em: 24 jun. 2009.

Artigo recebido em: 22/02/2010
Artigo aprovado em: 18/08/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110003

2
Direito Penal

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

PLEA AGREEMENT IN BRAZILIAN LAW

FERNANDO MUNIZ SILVA
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
fernandoms@mp.mg.gov.br

RESUMO: Neste trabalho, pesquisaram-se as disposições normativas disciplinadoras da delação premiada e eventuais modificações. Identificada a norma, passou-se a breve interpretação, para serem apontados os requisitos, limites e consequências dessa norma. Também foi pesquisado o instituto como típica justiça negociada, mas sem previsão de negociação entre órgãos estatais e réu delator, o que é próprio do instituto no direito alienígena. Mesmo o Ministério Público (MP), titular da ação penal pública, não domina os resultados da delação. O direito nacional reservou ao estado-juiz o controle sobre os benefícios auferíveis pelo réu colaborador, ainda que, como órgão estatal imparcial, não possa o estado-juiz comprometer-se com a busca de elementos probatórios. Abordou-se ainda a delação premiada como instrumento de combate às organizações criminosas, a depender de melhor estruturação do aparato estatal repressivo. Por fim, pesquisou-se a integração da delação premiada ao direito brasileiro, que conta com resistências fundadas em argumentos de ordem moral, principalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações criminosas; delação premiada; réu colaborador.

ABSTRACT: In the present work, one researches the norms that regulate the plea agreement in Brazil and its eventual modifications. After the norm was identified, one analysed its interpretation to point out its requirements, limits and consequences. The institute was regarded as typical negotiated justice but without the prevision of negotiation between state agencies and the cooperative defendant, as usual in other countries. Even the Brazilian Public Prosecution Service, incumbent of the public criminal action, does not control the results of the agreement. The Brazilian law reserved to the State-judge the thorough control over the benefits received by the cooperative defendant, in spite of the fact that as an unbiased state agency, it cannot be compromised with the search for evidence. One has also approached the plea agreement as an instrument to combat criminal organizations, provided there is an improvement in the structure of the state repressive apparatus. Finally, one researched the integration of plea agreement to the Brazilian Law, which currently has some opposition to the norm mainly based upon assumptions of a moral nature.

KEY WORDS: Criminal organizations; plea agreement; cooperative defendant.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Organizações criminosas. 3. Sistema acusatório e Ministério Público brasileiro. 4. A delação premiada. 4.1. Contestações éticas. 4.2. Confissão, delação e valor probatório. 4.3. A delação premiada no direito positivo brasileiro. 4.3.1. Lei nº 8.072/1990. 4.3.2. Lei nº 9.034/1995. 4.3.3. Lei nº 9.080/1995. 4.3.4. Lei nº 9.613/1998. 4.3.5. Lei nº 9.807/1999: uma tentativa de sistematização. 4.3.6. Lei nº 10.149/2000. 4.3.7. Lei nº 11.343/2006. 4.4. Conflito aparente de normas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O instituto da delação premiada, ainda incipiente no direito positivo brasileiro, vem sendo previsto em leis especiais sem nenhuma sistematização, gerando dúvidas prejudiciais à sua consolidação

como eficaz instrumento de combate às organizações criminosas. Com a evolução das formas de estruturação e atuação das modernas associações criminosas, que se aparelham para dificultar o descobrimento e a apuração de suas ações, a delação premiada apresenta-se como instrumento capaz de contribuir para o seu enfraquecimento ou desmantelamento. Por sua nocividade social, que pode implicar séria ameaça às estruturas formais de poder, as organizações criminosas reclamam combate. Deve, pois, o Estado valer-se de instrumentos aptos ao seu enfrentamento, sem que sejam melindrados abusivamente direitos e garantias individuais.

Como aperfeiçoamento do arcabouço jurídico instrumental à disposição do aparato estatal de segurança pública, mister se definirem legalmente o que sejam aquelas organizações, ainda que a aplicação da delação premiada não seja prejudicada pela indefinição legal do signo "organização criminosa". Com efeito, o direito brasileiro não conta com definição legal de organização criminosa nacional, apenas tendo sido definido o que são as organizações criminosas transnacionais. A aplicação do instituto da delação premiada, entretanto, prescinde da definição, conforme será abordado.

No sistema acusatório adotado pela Constituição Federal brasileira, o Ministério Público surge como titular exclusivo da ação penal pública e responsável por buscar judicialmente punição penal a autores de infrações penais. É órgão estatal diretamente interessado e constitucionalmente compromissado com a segurança pública. Não obstante, a delação premiada foi criada sem atribuir ao Ministério Público ou a outros órgãos de persecução penal o controle sobre os seus resultados, entregando-se ao estado-juiz o encargo de valorar a relevância das informações delatadas e de calcular a proporção do benefício penal auferível pelo delator. Inexiste, no direito brasileiro, previsão legal de negociação entre delator e órgãos estatais de persecução penal, o que seria da essência do instituto, gerando insegurança ao delator e desprestigiando a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público.

Como moderno instrumento de persecução penal, que rompe com a tradicional e ultrapassada forma de se apurarem crimes, a delação

premiada encontra resistências. E essas resistências, que incisiva e efetivamente são postas à incorporação do instituto pelo Brasil, fundam-se, primordialmente, em valores de ordem moral. Cabe, pois, indagar se se justifica o Estado, por excesso de pudor e por razões extra-jurídicas, privar-se de relevante instrumento no embate com organizações fundadas na completa ausência de valores e com nocividade social elevada, tendente a corromper a própria estrutura estatal. A despeito, a delação premiada é realidade a integrar o ordenamento jurídico pátrio, ainda que metodizar não tenha sido preocupação do legislador.

Cumpre, pois, analisar a conformação típica dada ao instituto pelo direito nacional, com seus requisitos e hipóteses de cabimento, bem como o valor probatório do material resultante da delação e os benefícios auferíveis pelo réu colaborador. Entre os diversos dispositivos legais já editados, esparsa e assistematicamente, sobrelevam os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, de maior abrangência e de redação menos imprecisa, cuja incidência extrapola o âmbito da lei, sem derrogar os demais dispositivos pertinentes.

2. Organizações criminosas

Os estudos acerca do tema delação premiada invariavelmente perpassam pela análise do fenômeno das organizações criminosas e por sua problemática conceituação legal. Isso porque a delação premiada está diretamente relacionada ao combate a esta forma específica de cometer crimes. As citadas organizações ilícitas têm-se fortalecido e diversificando sua atuação, de modo a tornar ainda mais complexa a sua identificação. Reportagem da Revista Super Interessante afirma que o crime organizado dos chefões não existe mais. Ele agora funciona como as grandes empresas: é globalizado, comandado por acionistas e, mais do que nunca, presente na sua vida.

No Brasil, todavia, os estudos sobre as organizações criminosas ainda caminham por seus primeiros passos, em defasagem em relação a Estados que produzem farto material, como EUA e Itália. Ainda que com auxílio da sociologia ou da criminologia já se possa apontar o que seja uma organização criminosa, juridicamente não se definiu um conceito que satisfaça ao princípio da legalidade.

A Lei nº 9.034/95, conforme enunciado em seu capítulo primeiro, teve a pretensão de definir a ação praticada por organizações criminosas e de tratar dos meios operacionais de investigação e prova. Logo em seu artigo primeiro, entretanto, já explicitava sua inaptidão para os fins almejados, baralhando o conceito de organização criminosa com a antiga figura do crime de quadrilha ou bando: "Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Ao mesmo tempo em que se afirmou destinada ao combate de ações próprias de "organizações criminosas", a Lei alcançou quaisquer crimes praticados por quadrilha ou bando. O que até então se sabia ser distinto, assumiu uma só face.

A redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95 sofreu alteração com a Lei nº 10.217/2001, e passou a prever:

> Esta Lei define e regula meios de provas e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A partir desta alteração, era possível afirmar a expressa previsão de figuras penais distintas: o vetusto conceito de quadrilha ou bando (extraído do art. 288 do Código Penal) e a novel figura das organizações ou associações criminosas. Reconhecida a distinção, restava pendente a conceituação do que seriam estas associações ou organizações criminosas, uma vez que ambas as leis (9.034/95 e10.217/2001) não trouxeram o almejado conceito. Dúvida ainda poderia ser apontada para o então vigente crime do art. 14 da Lei nº 6.368/76: "Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei". Estaria este tipo, que previa a associação para o tráfico, inserido na novel noção de "associação criminosa" ou seria uma forma distinta de crime plurissubjetivo?[1]

[1] Segundo lição de Damásio de Jesus (1999), crimes coletivos ou plurissubjetivos são os que têm como elementar o concurso de várias pessoas para um fim único.

Na época, Luiz Flávio Gomes (2002) defendia a existência de três tipos de concurso criminoso de pessoas: a quadrilha ou bando, as associações criminosas e as organizações criminosas. Para o doutrinador, as associações criminosas seriam um tipo autônomo, do qual seriam exemplos os arts. 14 e 18, III, da Lei nº 6.368/76, e o art. 2º, da Lei nº 2.889/56. Por fim, o autor arrematava afirmando a ineficácia das Leis nºs 9.034/95 e 10.217/01 para o combate às tais organizações criminosas, "que ninguém sabe o que [são]". De fato, as únicas duas leis produzidas para enfocar as organizações criminosas não se prestaram a conceituar o fenômeno.

A celeuma recebeu novo alento com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, sendo que o art. 2º da citada Convenção tem a seguinte redação:

> Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) 'Grupo criminoso organizado' – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Vê-se, porém, que o direcionamento da Convenção é para definição das organizações criminosas transnacionais, de modo que a conceituação do que seja organização criminosa nacional, para fins de direito penal, permanece inexistente.

Assim, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro hoje é de que o conceito de organização criminosa foi enunciado, mas não definido.

Tal não obsta, entretanto, a aplicação da delação premiada, ante a existência de dispositivos outros que prevêem o instituto sem o relacionarem às organizações criminosas, conforme será realçado abaixo (Tópico número 4.3). A ausência de conceituação legal, entretanto, possui relevância na aplicação de alguns dispositivos legais importantes, tais como os arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10 da Lei nº 9.034/95, e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98.

Algumas características das organizações em pauta têm sido apontadas pela doutrina e auxiliam na compreensão do fenômeno. Pela abrangência, trazemos as anotações da doutora Ana Luiza Almeida Ferro (2007a, p. 125):

> Em síntese, temos, como traços principais da organização criminosa, a estabilidade e permanência da associação, a composição mínima de três membros, a estruturação empresarial e hierárquica, o fim de perpetração de infrações penais para a consecução do objetivo prioritário de lucro e poder, a conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes para a garantia de impunidade mediante neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal, a penetração no sistema econômico via formação de um mercado econômico paralelo e infiltração no mercado econômico oficial, a grande capacidade de prática de fraude difusa, o considerável poder de intimidação, o uso de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, o cultivo de valores compartilhados por um parcela social, a territorialidade, o estabelecimento de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e a tendência à transnacionalidade.

A autora, incisivamente, aponta a conexão de natureza estrutural ou funcional com o Poder Público e seus agentes, maiormente pela corrupção, como ponto crucial na distinção das organizações criminosas, sem o que seriam, no máximo, uma quadrilha organizada.

Podemos citar como características de tais associações: a estabilidade da associação; a estrutura hierárquico-piramidal;[2] a divisão de tarefas entre os integrantes; a restrição ao ingresso de membros novos; contato com o Poder Público,[3] por meio da corrupção de agentes

[2] Não obstante, algumas organizações optam pela forma disseminada, horizontalizada, como forma de não expor os *capos*, os líderes, ainda que alguns dos integrantes gozem de maior prestígio e certo grau de liderança. É forma muito utilizada por organizações de distribuição de drogas.

[3] A respeito, as palavras de Paul Castelano, líder da Máfia de *New York,* em Lemos Júnior (2002): "Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores".

públicos, sendo que alguns destes integram a organização;[4] a busca de lucro e de poder, este como forma de potencializar as ações e aumentar os ganhos; o domínio territorial; o uso de instrumentos tecnológicos avançados; a manutenção de ações sociais e prática de assistencialismo, como forma de tentar obter simpatia, aceitação ou tolerância da comunidade local; o alto poder de intimidação; o uso recorrente da violência (geralmente ausente nas organizações que exploram o desvio de verbas públicas); as conexões com outras organizações; a tendência à transnacionalidade; o planejamento empresarial; o fim de cometimento de série indeterminada de infrações penais; a ampla atuação no sistema econômico e financeiro, com o principal objetivo de dar aparência lícita aos valores movimentados; a grande capacidade de corromper; a criação de códigos próprios de conduta.

A questão da previsão do número mínimo de integrantes deve constituir opção político-legislativa.[5]

É fato, porém, que as organizações criminosas podem assumir as mais diversas formas de estruturação, de maneira que abrangerão algumas das características aqui citadas, mas não todas. Em tal realidade, a criação de um tipo penal estático, que contenha como elementares todas as principais características das organizações criminosas, dificultaria a prova e inviabilizaria a punição a algumas delas. É de ver-se que algumas das características são até excludentes, como a forma hierarquizada de algumas e a horizontalidade de outras.

[4] Mencionando a inserção de pessoas ligadas à distribuição de drogas, o médico psiquiatra e professor Renato Posterli (1997) cita o ex-deputado federal Jabes Rabelo, que foi cassado por envolvimento com o tráfico de drogas.

[5] Defendendo a quantidade mínima de três integrantes, Ferro (2007, p. 457-484) esclarece: "Três já pode traduzir uma associação com especialização e divisão de tarefas [...]. Três é igualmente a quantidade mínima de pessoas prevista nos arts. 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a associação para delinqüir e a 'associação de tipo mafioso', no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamento Criminal*, diploma processual espanhol, sobre a 'delinqüência organizada'; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a 'associação ilícita'".

3. Sistema acusatório e Ministério Público brasileiro

O sistema acusatório caracteriza-se pela distribuição de funções nitidamente delineadas, entre atores diversos, assumindo especial importância o Ministério Público, como órgão estatal encarregado de iniciar a ação penal e de possibilitar a imparcialidade do julgador. É o órgão responsável por avaliar o que se apurou e dar-lhe a forma de uma acusação formal. Apenas após o titular da ação penal avaliar os elementos de convicção colhidos e formular formalmente uma acusação, terá o Judiciário condição de conhecer do caso. Antes, na fase apuratória, o magistrado afasta-se da função instrutória e assume a função meramente garantidora dos direitos e garantias individuais do investigado. Durante toda a fase preliminar investigatória, o Judiciário deve manter-se em posição passiva, intervindo somente se provocado e exclusivamente nas circunstâncias que possam atentar contra direitos e liberdades individuais dos investigados, como prisões, buscas domiciliares, seqüestros de bens, etc. (MENDRONI, 2008, p. 331). Exatamente por isso, no trâmite da investigação criminal não cabe ao magistrado imiscuir-se no conteúdo do que se apura, efetuando precipitado juízo de valor antes que o titular da ação penal o faça – o Ministério Público ou o ofendido. Entretanto, nas palavras de Mendroni (2008, p. 331),

> O instituto do *habeas corpus* chegou a tal ponto de prostituição que serve até para impedir indiciamento e prosseguimento de investigação criminal. Teve a amplitude de sua aplicação tão estendida que tudo o quanto não caiba recurso previsto em lei pode ser objeto de *habeas corpus*, convertendo-se em verdadeiro "curinga criminal" – somente em favor dos suspeitos e acusados.

Dentro do sistema acusatório, no tocante à forma de atuação do Ministério Público, têm influência os princípios da obrigatoriedade, da oportunidade e do consenso (MENDRONI, 2008), que determinarão o grau de liberdade a ser dado ao órgão acusador para a iniciativa da ação penal.

Pelo princípio da obrigatoriedade, está o *Parquet* adstrito à previsão legal de persecução penal, negando-se-lhe a possibilidade de exercitar juízos de conveniência e de oportunidade frente ao ilícito penal. Deve persegui-lo judicialmente porque assim foi determinado em lei. Sua atuação cinge-se à análise da ocorrência ou não de ilícito, para o que se valerá dos elementos colhidos. Constatados elementos suficientes de convicção, porém, não possui margem de iniciativa, sendo-lhe vinculada a atuação.

Já pelo princípio da oportunidade, o Ministério Público está autorizado a avaliar o ilícito que se lhe apresenta, cabendo-lhe propor soluções que passam pela responsabilização em juízo, via ação penal, ou pela aplicação de medidas sancionadoras não-criminais negociadas. Duas são as vertentes possíveis da oportunidade, de acordo com o grau de liberdade conferido ao órgão acusador: a oportunidade pura e a oportunidade regrada.

Pela oportunidade pura, o órgão estatal acusador tem liberdade plena para efetuar juízo de oportunidade e conveniência na persecução da infração penal, segundo avaliação subjetiva do acusador, que considerará a capacidade ofensiva do ilícito para o meio social. É princípio próprio do modelo norte-americano de processo penal, que vai em sentido contrário ao da obrigatoriedade, sendo ambos princípios excludentes.

Na oportunidade regrada, o órgão de acusação terá margem de escolha, mas esta não se pautará por critérios puramente subjetivos, pois que foram previamente estabelecidos em lei. O Promotor poderá atuar de formas distintas da mera propositura de ação, mas o fará segundo requisitos legais impositivos.[6]

Por fim, quanto ao consenso, pressupõe-se ação penal já em curso, na qual o acusador negocia com o réu, possibilitando alterar os rumos do processo, que caminha para a condenação.

---

[6] "O princípio da legalidade e o da oportunidade podem e devem conviver, porque se não é aconselhável adotar-se este último sem limitações, controle ou providências, supletivas, de outro lado não cabe impor o primeiro com rigidez e inflexibilidade." (FERNANDES, 2001, p. 155).

Em relação aos citados princípios, leciona Marcelo Batlouni Mendroni (2008, p. 43), com o que concordamos:

> O princípio da oportunidade regrada serve bem à melhor análise dos casos dos chamados "crimes de bagatela" – de baixo potencial ofensivo e pequena periculosidade do agente. O princípio do consenso, por sua vez, melhor se encaixa nos casos situados no extremo oposto, em que, por exemplo, o agente participa de organização criminosa e pretende, através de delação premiada, apresentar importantes e eficazes informações às autoridades representantes dos órgãos de persecução, viabilizando assim facilitar a ampliação do âmbito das investigações e processamento no que diga respeito a fatos e co-autores dos crimes praticados pela organização criminosa.

Adotado pelo Brasil o sistema acusatório, a titularidade da ação penal foi conferida constitucionalmente ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), como órgão encarregado de exercitar judicialmente a persecução criminal. "O Ministério Público é o dono (*dominus litis*) da ação penal pública." (MIRABETE, 2000, p. 111). A realidade infraconstitucional, entretanto, não é assim.

Diversos são os dispositivos legais de constitucionalidade duvidosa que atribuem a órgãos diversos funções atinentes à titularidade da ação penal e que permanecem sendo aplicados mecânica e incondicionalmente. Anacrônicos, ultrapassados e incompatíveis com a nova ordem constitucional, continuam em vigência dispositivos como o que prevê ao juiz a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28 do Código de Processo Penal).

No mesmo sentido, e em imperdoável deslize legislativo, a Lei nº 9.034/95, que pretensiosamente combateria as organizações criminosas, previu a figura do juiz colhedor de provas, em franca contradição com o modelo de processo penal acusatório instituído no Brasil. Criou, em verdade,

> uma figura de juiz de instrução que não se coaduna com nosso Direito, no qual inexiste e nunca existiu o juizado de instrução de modelo europeu, que, por sinal, na própria Europa vem pouco e pouco desaparecendo por obsolescência. (NOGUEIRA, 1995, p. 572-581)

E este modelo obsoleto de juiz preocupado com a colheita de provas ainda revive em novos diplomas legais nascidos antiquados, como os até então criados para regular a delação premiada. Como será detalhado mais adiante, a delação premiada no Brasil não é uma barganha estabelecida diretamente com o titular da ação penal, mas uma forma de se obterem benefícios penais segundo entendimento do órgão julgador, à revelia dos encarregados da persecução penal. Ainda que o modelo tenha se originado no direito anglo-saxão de justiça negociada, aqui nada há de negociação. No sistema da *Common Law*,

> [...] vigora efetivamente um direito negocial, em que há ampla margem para a polícia e para o Ministério Público transacionarem com o investigado ou réu, podendo haver até livre disposição da própria ação penal. [...] O que prevalece, portanto, é o modelo eminentemente negocial, com ampla liberdade de atuação para o Ministério Público, enquanto o réu, para a efetivação do acordo, deve, em regra, abrir mão do seu direito constitucional de não se incriminar. (GRANZINOLI, 2007, p. 145-168).

O valor primordial da delação reside no oferecimento de informações privilegiadas aos órgãos estatais de investigação, as quais poderão possibilitar a colheita de outros valiosos elementos probatórios. O relato do delator, isoladamente, não terá força suficiente a embasar a condenação, mas será vigorosamente robustecido se estiver em conjunto com a apreensão dos instrumentos do crime, com a localização da vítima no cativeiro delatado, com o encontro de drogas no esconderijo indicado, etc.. E são os órgãos de investigação, constitucionalmente incumbidos da apuração de infrações penais, que trabalharão com as informações colhidas e, portanto, apresentam-se como mais aptos a valorar a contribuição do delator.

Em artigo sobre a investigação criminal diante das organizações criminosas, o Promotor de Justiça Arthur de Lemos Júnior (2002) lembra que a tendência mundial é atribuir ao Ministério Público a responsabilidade pela investigação criminal, citando França, Portugal, Espanha, Alemanha, Itália e Bélgica como países que reservam ao *Parquet* a coordenação da investigação, auxiliado pela polícia judiciária. No direito anglo-saxão, do qual provém o instituto, o órgão de acusação, que também é encarregado da investigação criminal, detém o poder de negociar diretamente com o réu colaborador. O julgador, por seu turno, avaliará a importância das informações delatadas apenas ao final, com a frieza própria da conclusão das apurações.

A conformação normativa da delação premiada no Brasil, porém, confere ao juiz a função de sobrevigiar a persecução penal, como ser detentor do monopólio da justeza, enquanto o titular da ação penal pública não possui poder de barganha com o propenso delator. O acusador tem a obrigação de buscar a punição em juízo, mas não o domínio sobre o meio de colher a prova.

> Na delação premiada não existe o requisito de um pré-acordo entre os membros do Ministério Público e a defesa do acusado para que, após entendimento positivo do *Parquet*, haja a decisão do julgador. É válido e bastante importante o parecer ministerial para aplicação do instituto. Contudo, está disciplinado que somente o juiz poderá optar por conceder ou não o perdão judicial. Essa decisão poderá ser de ofício ou a requerimento das partes. (FONSECA, 2008, p. 247-266).

No Brasil, os órgãos de persecução penal não detêm controle sobre os resultados da delação e o delator que se comprometer com as investigações será detentor de mera expectativa de direito.

A insegurança gerada por esse modelo pode ser facilmente exemplificada com a situação de criminoso que se proponha à delação e intente conhecer as conseqüências de sua decisão. Em contato com agentes estatais, seria informado de que as informações prestadas desencadeariam diligências apuratórias, buscas, prisões,

seqüestros de bense de que sua condição de informante seria conhecida posteriormente pelo grupo delatado. Necessitaria de proteção estatal, que seria mais eficiente se não estivesse preso. Ao sopesá-las, porém, não poderia vislumbrar os benefícios potencialmente auferíveis, já que apenas ao final da investigação e do processo penal, quando a questão já estivesse sendo avaliada pelo Judiciário, ter-se-ia a valoração de sua contribuição. E a relevância da contribuição não seria aferida pelos que a utilizaram durante a investigação, mas por quem a recebeu de forma pronta e acabada, junto com o resultado final das investigações.

Assim, o delator fornece as informações e o Ministério Público acena com mera possibilidade. O delator se compromete com as investigações e o Ministério Público apenas pede ao Judiciário que valore a contribuição. A prestação do delator é exigida pelo Ministério Público, mas a contraprestação poderá ou não ser prestada pelo Judiciário. Do lado do delator, há muito a se considerar; do lado estatal, ninguém se compromete.

Nas discussões do *habeas corpus* nº 90.688-PR, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio assentou que "o Ministério Público não tem o domínio da delação, quanto às conseqüências, quanto aos benefícios dessa mesma delação. Quem o tem é o estado-juiz".

Por conta dessa realidade, advinda da opção político-legislativa brasileira, a prática forense deu início à formulação de acordos entre acusação e delator, levados à homologação judicial, mesmo sem previsão legal, com a finalidade de conferir aos pactuantes um mínimo de segurança, que até então não foi objeto de preocupação do legislador.

> Referido acordo, embora não previsto expressamente em nenhum dispositivo legal, é uma criação jurisprudencial que, além de não contrariar nenhuma norma jurídica em vigor, ainda dá mais efetividade à Lei de Proteção à Testemunha e aos demais atos legislativos que tratam da delação e colaboração, pois transmite mais segurança ao próprio réu colaborador, que não fica

> apenas com uma promessa vaga de premiação em caso de colaboração feita pelos órgãos de persecução ou mesmo pelo juiz. (GRANZINOLI, 2007, p. 145-168).[7]

Nada há, porém, que garanta força vinculatória à homologação judicial ao acordo prévio de colaboração.

Ainda que se negue veementemente discricionariedade ao Ministério Público para exercitar a ação penal, fora das excepcionais hipóteses previstas pela Lei nº 9.099/95, não se deve olvidar que, de fato, a polícia é quem seleciona as infrações penais que merecem persecução, no momento da investigação:

> Ao mesmo tempo em que a doutrina e jurisprudência relutam em mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, fecham os olhos à realidade pela qual a discricionariedade da promoção da ação penal reside na administração policial, que instaura os inquéritos que lhe interessam, sem qualquer parâmetro discricionário, transformando essa atividade em puro arbítrio. (CHOUKE, 1995, p. 128).

Pensamos que o fortalecimento do aparato estatal de segurança pública perpassa pelo efetivo respeito à titularidade da ação penal e pelo reconhecimento do Ministério Público como órgão constitucionalmente incumbido da persecução penal em Juízo.[8]

4. A delação premiada

4.1. Contestações éticas

Desde suas origens, as organizações criminosas sempre zelaram pela fidelidade de seus membros, utilizando-a para a manutenção da impunidade e do anonimato de seus principais chefes. Assim faziam

[7] Nos autos do citado HC 90.688-PR (BRASIL, 2008), o Supremo Tribunal Federal acabou por julgar que o teor do acordo de delação premiada pode ficar reservado, sob sigilo, sem que se dê conhecimento à Defesa do que fora pactuado.

[8] De modo mais incisivo, registra Lemos Júnior (2002): "Uma profunda reviravolta na mentalidade média brasileira – que ignora olimpicamente o MP, ou procura restringir-lhe os meios de atuação –, tornar-se-ia, inadiável".

por perceber que a delação representaria o maior dos perigos à organização, vendo nesse ponto uma fraqueza que poderia extinguila. (GUIDI, 2006, p. 73). Nessa realidade, a delação premiada surge como um meio capaz de contribuir para o desmantelamento de sólidas organizações ilícitas, mas contestado por atuar incentivando a quebra de confiança entre os integrantes do grupo criminoso.

O próprio conceito de delação já envolve preconceitos solidamente difundidos, remetendo a comportamentos historicamente repugnados como os de Judas Iscariotes, Joaquim Silvério dos Reis e Calabar. Em plena época da Inquisição, durante a Idade Média,

> a delação ocupou o lugar da acusação, pois se autorizava a denúncia anônima, tanto que chegou a imperar o costume de se colocar 'caixas públicas coletoras' ('bocas da verdade'), para recolher as informações. (MENDRONI, 2008, p. 58).

Ainda, na Itália, país com o qual nossa "delação" é sempre identificada, a criação desse instrumento estava inserida num espectro maior, de iniciativas variadas e agressivas contra o que lá se identificou como criminalidade organizada. Ocorreram investidas estatais incisivas, com reflexo nos direitos e garantias individuais. Para alguns, as iniciativas estatais italianas beiravam o estado de exceção, com uma legislação e uma jurisdição de emergência e com nítida diminuição autoritária de direitos constitucionais. Se se tratasse de processos contra o crime organizado, estavam autorizados retrocessos quase absolutistas, como o instituto dos "autos" duplos, valor de plena prova aos depoimentos colhidos pelo Ministério Público, oitiva de testemunhas de defesa se o juiz achar necessário (GOMES, 1997, p. 52-56), em verdadeiro 'direito penal do "inimigo".

Parte considerável da doutrina também rechaça o instituto por entender que o Estado abandona princípios éticos elementares para barganhar com deliqüentes e incentivar a traição. Incentivado, o desvalor do comportamento pérfido passa a integrar formalmente a política criminal. A norma jurídica, que consubstancia os valores de uma sociedade, estaria pregando que trair pode render resultados positivos.

Ademais, o instituto representaria a admissão formal do estado de falência do aparato repressivo estatal, que se vê incapaz de investigar e punir infrações penais por meios não contestados.

Em sentido diametralmente oposto, aqueles que se envolvem diretamente com a problemática da segurança pública e com os embates às organizações criminosas têm opinião favorável ao instituto. Pesquisa do Conselho da Justica Federal (2002), em relação à delação premiada prevista pela Lei n° 9.613/98, revelou que 94% dos Delegados da Polícia Federal entendem justificável o instituto, dentre os quais consideram-no eticamente inaceitável apenas os Delegados na faixa de 35 a 37 anos. Ainda segundo a pesquisa, 95% dos Procuradores da República e 90% dos Juízes Federais se posicionaram a favor do instituto.

Entendemos que as objeções que se apresentam ao instituto, ainda que pertinentes no que tange à estigmatização do réu delator, fundam-se, primordialmente, em exageros.

O aspecto da traição do delator, que rompe o pacto de silêncio de seu grupo criminoso, é enfatizado como o desvalor que rende bônus. Minimiza-se, entretanto, o fato de a delação ser um incentivo para que se abandone a promiscuidade do crime e se lance, de imediato, à recuperação moral. O arrependimento íntimo pode ocorrer, seja pela recuperação de valores morais abandonados, seja por razões religiosas, seja por outros motivos. A defesa da consciência dos criminosos contra a tentação da traição premiada também ignora o valor social da delação:

> O delator, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia e o Ministério Público nas suas atividades de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). (SILVA, 2006, p. 146)

A negociação direta, também contestada, entre o Estado e o integrante de grupos criminosos já ocorre no âmbito dos Juizados Criminais, com resultados extremamente positivos e festejados.

Ademais, a situação quase caótica da persecução penal brasileira e as modernas formas de organização para o crime reclamam o instituto. Seja por uma, seja por outra razão, a delação é necessária. Assemelha-se à convivência com a prisão provisória, relegada pelo sistema a situações excepcionais, mas cuja extinção é impraticável. A prova que se colhe diretamente dos participantes de organizações criminosas dificilmente poderia ser obtida por outros meios e, se a colheita é cercada dos cuidados que se recomendam ao instituto, pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema na busca da verdade real. Conforme citado por Trott (2007), foi estabelecido pela Suprema Corte Americana em *On Lee v. United States*, 343 *U.S.* 747, 756 1952, que "A sociedade não pode dar-se ao luxo de jogar fora a prova produzida pelos decaídos, ciumentos e dissidentes daqueles que vivem da violação da lei".

A preocupação com os resultados práticos deve integrar a política criminal e os estudos das ciências penais, que não podem se divorciar da realidade. O apego às tradicionais e limitadas formas de perseguir infrações penais e a resistência à adoção de modernos instrumentos de combate ao crime têm sua parcela de responsabilidade pelo sucesso da criminalidade organizada no Brasil. Adverte-o Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 83):

> Outro ponto que pode inviabilizar a aceitação natural do quadro garantidor é a formação altamente conservadora dos atores jurídicos [...]. [Há] dificuldade de trabalhar temas 'progressistas' com agentes interpretativos formados a partir de um outro arcabouço de valores e que, naturalmente, tenderão a ver os processos reformistas com desconfiança.

Segundo Gomes e Cervini (1997, p. 66), o direito penal clássico, idealizado para a repressão à microcriminalidade, é inadequado para o controle do crime praticado de forma organizada; apresentará déficit de aplicação. Os clássicos princípios penais e métodos investigativos foram idealizados para a criminalidade pré-industrial; estão defasados e são inaptos para a contenção da criminalidade organizada, da era pós-industrial, da era digital. Os criminosos empresariais sabem como bem apagar evidências, sumindo com

a arma do crime, incendiando veículos e até cadáveres; agindo por meio de terceiras pessoas, que desconhecem a verdadeira identidade dos mandantes; apagando rastros, etc.

Uma análise da criminalidade brasileira e mundial, em contraponto com os resultados já produzidos pelo emprego da delação premiada, sugere que a questão apropriada não é se criminosos devem ser utilizados pelo aparato estatal, mas quando e como. Em Trott (2007), cita-se *Kastigar v. United States*, 406 *U.S.* 441, 446 1972, da Suprema Corte Americana, documento segundo o qual "muitos crimes são do tipo de que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas neles implicadas".

Embates éticos semelhantes já foram enfrentados, como a imposição da obrigação a parentes em testemunhar, quando a prova não puder ser colhida por outra forma (art. 206 do Código de Processo Penal). Neste caso, ainda que semeando a discórdia familiar,

> a única pessoa a conhecer detalhes do ocorrido é o descendente [parente], razão pela qual o juiz não lhe permitirá a escusa de ser inquirido. Se insistir em calar-se, deve ser processado por desobediência. (NUCCI, 2004, p. 423).

Trata-se de nítida preponderância do interesse coletivo, ainda que se produza resultado desvaloroso no âmbito da célula familiar.

4.2. Confissão, delação e valor probatório

Processualmente, a delação premiada possui natureza jurídica dúplice, pressupõe a confissão e possui valor probatório relativo.

Confessar é revelar a verdade; é reconhecer, patentear, declarar a verdade. No uso corrente, inclusive com conotação religiosa, confessar é ato de revelação dos fatos ao confessor. Não se confessa um crime, mas a prática de uma conduta, que pode ser típica ou não. Juridicamente, porém, confessar é admitir a ocorrência de um

fato desfavorável ao confitente.[9]

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXIII, reservou especial tratamento ao fenômeno da confissão. Garante ao acusado a possibilidade de não responder a nenhuma indagação dos agentes estatais e também a faculdade de não cooperar com nenhum dos atos estatais de persecução penal, sendo que sua recusa ou silêncio não poderá ser interpretada(o) em seu prejuízo. É o que se convencionou denominar de privilégio contra a auto-incriminação, o qual se trata de uma proteção ao acusado, que não pode sofrer coação para confessar. Consagrou-se a ética do respeito, que deve acompanhar o dia-a-dia do juiz, não estando o imputado obrigado a produzir prova contra si mesmo (MAIEROVITCH, 1993). Não é um direito de gozo obrigatório, entretanto, e o art. 65, III, d, do Código Penal chega a instigar a confissão.

Já a delação é o relato prestado por quem participou da prática de atos criminosos, quanto à participação própria e à de terceiros. Delatar é revelar, é acusar, após ter confessado. Sem a confissão, a mera atribuição da responsabilidade penal a outrem deve ser aceita como meio de defesa. Também, se não há colheita de elementos de prova contra aquele que delata a ação, poderá estar-se diante de mero testemunho, mas não de delação. Tecnicamente, a delação pressupõe a confissão.[10]

Na delação premiada, contudo, a delação ocorre (ou deveria ocorrer) no âmbito de uma negociação entre o acusado e os agentes estatais incumbidos da persecução penal, estando o delator interessado na obtenção prisionais em troca de sua detenção.[11] O delator dispõe de

[9] Para Nucci (2004, p. 198), confissão é ato de "admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso".

[10] Em voto-vista proferido no HC 90.688-5 PR (BRASIL, 2008) [Referência completa?], o Ministro Marco Aurélio Melo, do Supremo Tribunal Federal, firmou posição de que o delator, na delação premiada, é sempre integrante do grupo criminoso delatado: "Reafirmo o que venho sustentando sobre a delação premiada. É instituto que fica, no processo crime, sujeito ao crivo do Estado-juiz, referindo-se a norma legal a co-autores [...]".

[11] Em verdade, o direito brasileiro não possui previsão dessa negociação formal, apesar

seu direito ao silêncio em relação aos fatos sob apuração, pois que assumiu um compromisso de cooperar para a descoberta dos fatos, o que inclui apontar os demais envolvidos e a participação de cada um.

Uma vez colhida e levada ao processo, a delação terá valor probatório relativo, como ocorre com as demais provas do processo, devendo ser confrontada com as demais evidências colhidas.

Daí decorre a natureza dúplice da delação premiada, que é tanto meio de obtenção de prova, como prova propriamente dita. Com efeito, em momento anterior, a delação é instrumento de obtenção de evidências, as quais serão buscadas a partir das informações delatadas. O delator apontará aos agentes estatais detalhes da ação criminosa, locais de cativeiro e de guarda de objetos criminosos, formas de ocultação dos proveitos do crime, etc. De posse dessas informações, será possível a coleta de evidências outras, por meio de buscas, quebras de sigilo, interceptações, etc., obtendo-se as autorizações judiciais necessárias. Nessa hipótese, a delação deverá ter sido colhida/oferecida reservadamente, até extrajudicialmente, resguardando-se o sigilo necessário ao sucesso da colheita de provas. É recomendável, pois, haver prévia e sigilosa negociação com o delator.

Em momento posterior, deverá o relato do delator ser colhido judicialmente, no âmbito da instrução processual, quando será concedida às partes a oportunidade de confrontar a prova, garantindo-se o contraditório. Por essa razão, quando da colheita do depoimento do delator em juízo, cremos que deva ser aberta oportunidade à defesa de todos os delatados para direcionar perguntas ao delator, como forma de garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, esclarece Guilherme Nucci (2004, p. 198):

> Envolvendo outrem e para garantir o direito à ampla defesa do denunciado, é preciso que o juiz permita, caso seja requerido, que o defensor do delatado faça reperguntas no

de ser intrínseca ao instituto. Para tanto, remetemos o leitor ao item 3.

> interrogatório do delator. Essas reperguntas terão conteúdo e amplitude limitados, devendo haver rígido controle do juiz. Assim, somente serão admitidas questões envolvendo o delatado e não a situação do delator, tudo para preservar a este último o direito de não ser obrigado a auto-acusar-se.

Entendemos, entretanto, que as perguntas ao delator possam ser amplas, para atingir também a situação do delator, uma vez que ele abriu mão de seu direito ao silêncio, em relação aos crimes praticados pelo grupo criminoso, o qual integrava.

Uma vez colhida judicialmente a delação, seu valor probatório dependerá de sua compatibilidade com as demais evidências coletadas. Detalhes da ação criminosa fornecidos pelo delator deverão ser congruentes com a realidade fática construída pela instrução processual. Tanto mais coerente for a delação com as demais provas, maior será seu valor probatório. "Corroboração é para o depoimento de um cúmplice o que a gasolina é para um carro; sem isso você não chega a lugar nenhum." (TROTT, 2007).

Lado outro, a análise da delação obtida deverá considerar que o delator poderá não estar movido por interesses legítimos e que assumiu a obrigação de cooperar com a investigação estatal, em troca de benefícios. Tal precaução deverá ter também a acusação no trato com o informante, que usualmente é pessoa desprovida de valores morais e que se habituou a práticas ilícitas:

> Estas testemunhas [os delatores] invariavelmente escondem informações que possam fazê-las parecer más. [...] A testemunha irá falsamente minimizar seu papel no esquema. [...] Usualmente, você vai encontrar uma testemunha que está realmente e verdadeiramente arrependida do que fez. Usualmente, é falso. (TROTT, 2007).

Nisto reside, por fim, a natureza penal de causa de diminuição ou de isenção de pena, na delação premiada. Uma vez reconhecida

a participação efetiva do delator no esclarecimento dos fatos criminosos, terá ele direito aos benefícios penais, conforme valoração do juiz.

4.3. A delação premiada no direito positivo brasileiro

A forma até aqui adotada pelo direito nacional foi a de prever esparsamente hipóteses específicas de cabimento à delação premiada. A lei regente de determinado tema prevê uma forma de delação premiada, enquanto outra, que rege matéria distinta, irá tratá-la de forma diferente, obrigando o intérprete a conviver com dispositivos não sistematizados, nem sempre coincidentes.

4.3.1. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990

A primeira lei a prever a delação premiada no Brasil foi a Lei nº 8.072 de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos. Fruto do que se convencionou chamar de "legislação de emergência", é um diploma legal marcado pelo imediatismo e pela assistematicidade.[12] O seu art. 6º, de forma atabalhoada, inseriu um parágrafo quarto no art. 159 do Código Penal, prevendo uma causa de redução de pena ao indivíduo que, sendo co-autor do delito de extorsão mediante seqüestro, denunciasse o crime e facilitasse a libertação da vítima. A então nova redação do parágrafo era a seguinte: "Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)".

Essa primitiva redação continha problemas que tornavam o instituto de difícil aplicação. Por primeiro, a lei falava em crime cometido em "quadrilha ou bando". Como o próprio Código Penal conceitua o crime de quadrilha ou bando no seu art. 288, em texto que exige a participação de "mais de três pessoas", estava descartada a aplicação da delação se o seqüestro fosse cometido

[12] Para Franco (2007, p. 334-345), essa forma de delação premiada brasileira baseou-se no modelo italiano, originalmente previsto para combate ao terrorismo, mas que depois se estendeu para os delitos comuns.

por apenas dois ou três seqüestradores. A aplicação estava restrita às hipóteses de prática concomitante de ao menos dois crimes – seqüestro e quadrilha ou bando.

Também, a infeliz redação reservava o benefício da delação ao "co-autor" do crime, silenciando sobre a figura do partícipe. Ora, o foco maior do instituto deveria ser possibilitar à acusação valer-se de um integrante menor da organização criminosa para se chegar aos seus mais altos escalões. É mais interessante a celebração de acordo com um partícipe para chegar aos "cabeças" do que acordar diretamente com um dos líderes da empreitada criminosa.

E a redação ainda exigia um resultado prático à cooperação, que era resultar em "facilitação à libertação do seqüestrado", o que restringia ainda mais o alcance. Se a informação possibilitasse a recuperação de altas quantias pagas como resgate, por exemplo, o cooperador não sairia beneficiado.

Por conta das citadas deficiências, sobreveio a Lei nº 9.269/96, que deu a seguinte redação ao parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

A alteração para "concurso", em lugar de "quadrilha ou bando", possibilitou abranger todos os participantes do crime, abandonando-se a exigência de ser cometido outro crime em conjunto com o crime do art. 288 do Código Penal. A exigência de eficácia permaneceu, bem como a natureza jurídica de "causa de diminuição de pena". Não se previu, ainda, a completa isenção de pena ao réu colaborador.

Voltando à criação primitiva do instituto, o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 previu outra hipótese de delação premiada, ainda sem prever a total isenção de pena, com a seguinte redação: "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)".

O montante da redução é o mesmo para ambos os casos: denúncia do crime de seqüestro ou de quadrilha ou bando pode ser agraciada com redução de um a dois terços.

A dúvida que se poderia levantar na hipótese é a que se explica neste parágrafo. No art. 7º da Lei dos Hediondos, que inseriu a delação premiada no corpo do Código Penal, não há dúvida de que a delação se aplica restritivamente ao crime de extorsão mediante seqüestro. Entretanto, no art. 8º *caput*, a Lei dos Hediondos aumentou as penas do crime de quadrilha ou bando, se constituído para a prática de hediondos e assemelhados. E novamente a delação premiada está prevista no parágrafo único, do seu art. 8º. Seria, então, a diminuição de pena do art. 8º, § único, aplicável apenas aos crimes de quadrilha ou bando, quando formados para a prática de crimes hediondos e assemelhados? Ou poderia ser aplicado para o crime de quadrilha ou bando quando constituídos para a prática de crimes comuns? Para Alberto Silva Franco (2007, p. 364),

> se qualquer agente envolvido em quadrilha ou bando, com a finalidade da prática de crimes não elencados na Lei nº 8.072/90, viesse a denunciar à autoridade – policial ou judicial – a associação delitiva, possibilitando o seu desmantelamento, não seria premiado com a redução punitiva.

Ao que parece, o legislador pretendeu a restrição do instituto, já que o previu em um parágrafo, inserido onde havia expressa remissão a um tipo específico de quadrilha ou bando. Não obstante, pensamos, sua aplicação a outros casos, por analogia, pode ser invocada por configurar analogia *in bonam partem*.

Conclui-se que a Lei dos Hediondos criou duas espécies de delação premiada, sendo uma específica para o crime de extorsão mediante seqüestro (inserida no Código Penal) e outra para o crime de quadrilha ou bando, ambas com a previsão de redução de pena ao réu colaborador.

4.3.2. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995

Posteriormente, foi editada a Lei nº nº 9.034/95, que tinha a pretensão de estabelecer formas de combate a organizações criminosas. Mais um legítimo exemplar da legislação de emergência, tipicamente brasileira, com inequívoco viés demagógico, foi noticiada na imprensa paulista como um instrumento que ensejaria a instauração de uma "Operação Mãos Limpas" à brasileira, em referência ao conhecido processo italiano – *mani pulite* – de combate às organizações criminosas de modelo mafioso. Incisivamente, Carlos Frederico Coelho Nogueira (1995) adverte que,

> se um esquema de repressão à criminalidade organizada, ou mega-criminalidade, se baseasse em normas pífias como a Lei nº 9.034/95, o resultado seria, quando muito, uma operação *mani vuote* ('mãos vazias'), pois nada, ou quase nada, seria possível conseguir.

Em seu art. 6º, a citada lei trouxe a previsão de delação premiada, nos seguintes termos: "nos crimes praticados em organizações criminosas, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

De pronto, surge a necessidade de que a delação ocorra no âmbito de crimes praticados por "organizações criminosas", envolvendo a problemática fixação do conceito de organizações criminosas, inexistente no Brasil, salvo para as organizações transnacionais.[13]

Previu-se o requisito da espontaneidade da delação, ao exigir-se que o delator colabore "espontaneamente", o que difere da mera voluntariedade. Na espontaneidade, a delação surge naturalmente, por iniciativa do delator, sem que nenhum outro fator externo tenha para ela contribuído. Já na voluntariedade, admite-se que outros fatores tenham influenciado o delator, como a consideração sobre a obtenção de vantagens penais; porém, para ser voluntária, basta que

[13] Para tanto, remetemos o leitor ao item 2, no qual se aborda a conceituação de organização criminosa no Brasil.

a delação provenha de ato de vontade do delator, desconsiderando-se a eventual intervenção de fatores externos. Assim, a nova lei previu requisito mais rígido, a tornar mais restrita a aplicação do instituto.

A delação premiada permaneceu como causa de diminuição de pena, ausente previsão para completa isenção de pena ao delator.

4.3.3. Lei nº 9.080, de 16 de julho de 1995

Em nova investida, o legislador editou a Lei nº 9.080/95, cujos arts. 1º e 2º introduziram modificações nas Leis nºs 7.492/1986 e 8.137/1990. Na Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, foi inserida a seguinte redação ao parágrafo 2º, do art. 25:

> Art. 25 [...]
>
> § 1º [...]
>
> § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Na Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, foi inserido um parágrafo único no art. 16, com redação idêntica à do art. 25 da Lei nº 7.492/86, que acima foi transcrita.

Houve expressa disposição de que esses dois tipos de delação premiada se restringiriam aos crimes previstos nas respectivas leis, o que não ocorreu nas previsões legais anteriores do instituto. Apesar de admitir a delação provinda do "co-autor" ou do "partícipe", o que aumenta a abrangência e a eficácia do instituto, exigiu-se "confissão espontânea", o que já se afirmou ser mais restritivo.

O destinatário da delação, pela literalidade da lei, seria a Autoridade Policial ou a Judicial, com eloqüente omissão do Ministério Público, instituição que possui inequívoco interesse na obtenção das informações. Não obstante, pensamos ser possível direcionar a delação ao Órgão Ministerial, por possuir o Ministério Público a titularidade da ação penal, conforme previsão constitucional, corrigindo-se a falha legislativa.

Manteve-se a delação como causa de diminuição de pena, ausente previsão para isenção total da pena ao delator.

4.3.4. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998

Sobreveio a Lei nº 9.613/1998, regente da *lavagem de dinheiro*, documento que previu a delação em seu art. 1º, § 5º, com a seguinte redação:

> Art. 1º [...]
>
> § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Como se vê, foi a primeira previsão de isenção total de pena ao delator-colaborador. Outra novidade foi que a lei passou a admitir não só a diminuição ou a isenção de pena, como também o cumprimento da pena em regime mais brando ou até a substituição da punição por penas restritivas de direito.

Assim, os benefícios potencialmente auferíveis pelo réu colaborador são: a) diminuição de pena de 1 a 2/3, com o cumprimento inicial da pena em regime aberto; b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o caso não se amolde às disposições do art. 44 do Código Penal; c) isenção total de pena.

Previu-se novamente que a colaboração deve ser espontânea, mais que voluntária, o que restringe o alcance do instituto. Parece-nos, entretanto, que o legislador utiliza referidas expressões alheio aos seus significados técnicos, valendo-se de uma pela outra, chegando ao ponto de investir contra o instituto. É que a previsão de prêmios ao delator visa incentivar a delação, para munir o órgão repressor estatal de importantes informações que lhe são ordinariamente sonegadas.

A criação de benefícios penais àquele que se dispuser a fornecer informações ao estado tem, pois, uma clara finalidade: incentivar a delação. Quem se vê incentivado a delatar cobiça um benefício e não age espontaneamente. Age interessado. Sua delação, se obtida, foi um ato de vontade, visto que o delator se dispôs à colaboração. Nunca, porém, é espontânea, o que só ocorre em casos de arrependimento íntimo, de difícil ocorrência nos meios criminosos.

Concluímos ser incongruente a exigência de espontaneidade na delação.

A disposição topográfica da previsão da delação premiada, na Lei nº 9.613/95, sugere a intenção do legislador de restringir sua aplicação aos crimes de lavagem de dinheiro. Isso porque o art. 1º dessa lei, em seu *caput* e parágrafos, tipifica as condutas configuradoras do crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, auferidos em atividade criminosa, enquanto a previsão da delação premiada está no parágrafo 5º do referido artigo.

4.3.5. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999: uma tentativa de sistematização

Quando da edição dessa lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, foi previsto novamente o instituto da delação premiada, agora de maneira um pouco mais detalhada. A lei em questão, nº 9.807/99, trouxe a previsão do instituto em dois artigos:

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e

> voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
>
> I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
>
> II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
>
> III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.
>
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

> Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Assim como na Lei nº 9.613/98, foi prevista a possibilidade de isenção total de pena ao delator, agora sob a forma de perdão judicial. As demais leis só previram o benefício da diminuição de pena.

A previsão do perdão judicial como causa extintiva de punibilidade está de acordo com o art. 107, IX, do Código Penal. O perdão judicial exige que o juiz, não obstante constatar a prática comprovada de infração penal, deixe de aplicar a pena ao culpado, devido a circunstâncias justificadas. Destarte, o juiz deverá analisar a participação do delator na empreitada criminosa para, constatando-a, deixar de aplicar-lhe a pena.

No I Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal de Minas Gerais, realizado na cidade de Araxá, foi aprovada a seguinte ementa, acerca da previsão de perdão judicial como benefício ao delator:

> Ementa nº 4: No instituto da delação premiada o termo 'perdão judicial' é inapropriado tecnicamente, devendo ser substituído pelo termo 'remissão', vez que se referem a institutos diversos. (SIMPÓSIO DE PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006).

Pensamos, entretanto, haver pertinência na aplicação do instituto do perdão judicial, que "é instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias". (JESUS1999, p. 687).

A sentença que reconhecer a participação do delator na infração penal, mas deixar de aplicar-lhe pena, será declaratória de extinção da punibilidade, nos termos da Súmula 18 do STJ.[14] Trata-se de circunstância de caráter pessoal, porque própria do réu delator, que não se comunica aos demais co-autores e partícipes que não preencherem os requisitos autorizadores do perdão judicial.[15]

---

[14] Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório". (ANGHER, 2005, p. 1197). A natureza jurídica da sentença concessiva do perdão possui relevância em face de efeitos penais secundários, como lançamento do nome no rol dos culpados, reparação civil do dano e custas judiciais. Há posição divergente em Jesus (1999, p. 689): "É condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas da liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias) subsistindo os efeitos reflexos ou secundários, entre os quais se incluem a responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome no rol dos culpados". Em Luiz Regis Prado (2000, p. 562), há o registro de quatro posições distintas: "a) a sentença concessiva do perdão judicial possui natureza condenatória (nesse sentido, por exemplo, MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. I, p. 366; MIRABETE, Júlio F. Manual de Direito Penal, v. I, p. 397; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I, p. 598); b) trata-se de decisão de natureza absolutória (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal,* v. I, t. II, p. 743-744); c) a decisão que concede o perdão judicial extingue facultativamente a punibilidade (SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Crimes contra a pessoa*, p. 253-254); d) a sentença que concede o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade". De qualquer modo, a sentença não será considerada para fins de reincidência, por força do art. 120 do Código Penal brasileiro.

[15] Decidiu o Supremo Tribunal Federal, no HC 85.176-2–PE (BRASIL, 2005), que "descabe estender ao co-réu delatado o benefício do afastamento da pena, auferido em virtude da delação viabilizadora de sua responsabilidade penal".

Ponto que merece destaque é a exigência de primariedade do delator, para a concessão do perdão judicial, feita pelo *caput* do art. 13, uma vez que sem tal requisito apenas poderão ser aplicados os benefícios do art. 14, que se restringem à diminuição de pena. Como se sabe, o conceito de réu primário não é dado explicitamente em lei, mas, tem-se entendido, "primariedade" seria conteúdo dado a *contrario sensu* pelo art. 63 do Código Penal. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "primário é o criminoso que não sofreu condenação criminal anterior", ilação incontestemente seguida. Ousamos apresentar entendimento ligeiramente discordante.

De início, se não sofreu condenação anterior, não poderia ser tratado de "criminoso". Ademais, a interpretação deve partir da extração do conteúdo semântico das palavras. "As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados." (BARROSO, 2001, p. 129). Há um limite semântico a ser respeitado. O termo "primário", gramaticalmente, significa primeiro, que está em primeiro lugar, que antecede outros; passa idéia de ineditismo. De tal forma, atribuir a qualidade de "primário" àqueles que ostentam longas fichas criminais, com registros de constantes passagens pelos tribunais penais, apenas por não contar com uma condenação criminal definitiva, atenta contra a semântica.

Entendemos que tal situação denota um "não-reincidente", não um primário. "Primário" seria aquele que não se revestiu da condição de imputado criminalmente, aquele que pela primeira vez está sendo acusado da prática de infração penal. Se já o foi em ocasiões anteriores, não é mais primário, ainda que não seja tecnicamente reincidente.

Voltando aos requisitos da lei em destaque, o ato de colaboração deve advir de ato de vontade do colaborador, não se exigindo espontaneidade.

Outra exigência própria do art. 13 é que o delator colabore de maneira "efetiva" com a investigação criminal e o processo. Efetiva significa uma colaboração real, positiva, permanente, não

interrompida, constante, compromissada com a investigação criminal. É preciso que o colaborador seja informado e visualize as exigências de eficácia da colaboração e forneça informações precisas que levem à identificação dos demais envolvidos, localização da vítima e recuperação do produto do crime.

Ainda que lamentavelmente não se tenha exigido a confecção formal de acordo prévio entre o delator e agentes estatais, é da natureza do instituto que o delator assuma um compromisso de buscar elementos de prova da infração penal. Isso porque a delação, isoladamente, tem força probante diminuta e porque as informações fornecidas pelo delator deverão conduzir aos resultados exigidos pelos três incisos do art. 13 (eficácia), sob pena de não lhe serem garantidos os benefícios penais.

Se, não obstante ter havido cooperação do delator com a investigação, por qualquer motivo tal cooperação não for considerada efetiva, estarão afastados os benefícios do art. 13; será possível, entretanto, a concessão dos benefícios do art. 14, dispositivo que se contenta com a voluntariedade e não exige efetividade da colaboração.

Questão diversa é a exigência de eficácia à colaboração. O art. 13 prevê três objetivos à delação, em seus três incisos, objetivos que deverão ser buscados efetivamente pelo colaborador (identificação dos demais envolvidos, localização da vítima e recuperação do produto do crime). Põe-se a questão: são cumulativos ou basta obter apenas um dos resultados previstos?[16] A redação literal do art. 14 sugere o entendimento pela exigência de cumulatividade, já que se valeu da conjunção aditiva "e", ao mencionar os mesmos resultados à delação.

Ao que nos parece, entretanto, a exigência cumulativa dos resultados atentaria contra o instituto, restringindo demasiadamente seu

[16] É possível apontar pelo menos três posições a respeito: a) defendendo o atendimento de apenas um dos requisitos (PRADO, 2000, p. 563; FONSECA, 2008; NUCCI, 2007, p. 946-947); b) em sentido contrário, exigindo-se a obtenção cumulativa (MIGUEL e PEQUENO, 2000); e c) entendendo que o primeiro requisito é sempre indispensável e os demais podem estar presentes ou não (FRANCO, 2007, p. 340-341).

alcance. Ademais, procede a crítica, conforme a doutrina, de que o inciso II do art. 13 restringe-se apenas aos crimes de extorsão mediante seqüestro, não sendo crível que o instituto fosse criado apenas para alcançar esse tipo penal.

Há que se exigir a efetiva e voluntária colaboração do delator na obtenção dos resultados previstos, quando cabíveis. Obtido algum deles, ainda que não obtidos os demais, será cabível a concessão dos benefícios, desde que favoráveis as condições do parágrafo único do art. 13. Assim, por exemplo, se não for obtida a recuperação total ou parcial do produto do crime, mas atendido outro dos requisitos, o delator será beneficiado se as circunstâncias subjetivas lhe forem favoráveis.

Por fim, havendo colaboração do réu delator e obtenção dos resultados exigidos, terá o delator direito à obtenção dos benefícios, ainda que não se tenha alcançado a condenação dos demais envolvidos, por questões de valoração das provas (MIGUEL; PEQUENO, 2000). Assumirá importância, nesse caso, o parágrafo único do art. 13.

4.3.6. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000

A Lei nº 10.149/00 inseriu modificações na Lei nº 8.884/94, que, por sua vez, trata do Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE. Entre as modificações, que deram novos contornos aos processos administrativos sob responsabilidade da Autarquia Federal, houve a previsão de um "acordo de leniência", a ser celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico, e as pessoas físicas ou jurídicas autuadas por infrações à ordem econômica. José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 113) afirma incisivamente que,

> apesar de nenhum doutrinador se aperceber, consideramos que o art. 35-B da Lei nº 8.884/94 (acrescentado pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000), prevê uma modalidade de delação premiada, de modo bastante peculiar, denominada pela própria legislação de *acordo de leniência*, estabelecendo em seus parágrafos regras específicas para esse tipo de colaboração.

Contudo, o artigo supracitado está direcionado ao processo administrativo, de condução sob responsabilidade da Secretaria de Direito Econômico, e sua aplicação depende de regulamentação administrativa – art. 35-B, § 11º. Em relação às infrações penais, em verdade, incide o art. 35-C, que possui a seguinte redação:

> Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.
>
> Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

Como se vê, essa espécie de delação premiada está direcionada especificamente aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, que estão tipificados na Lei nº 8.137/90.

O ponto de destaque é a previsão da celebração de acordo prévio – chamado *acordo de leniência*[17] – entre a União, por meio da Secretaria de Direito Econômico, e o acusado de infração fiscal ou consumerista. O acordo terá caráter sigiloso (art. 35-B, § 9º) e, em previsão inédita, suspenderá o decurso do prazo prescricional, impedindo o oferecimento de denúncia (art. 35-C, *caput*). Uma vez que o acordo tenha sido cumprido pelo delator, com apuração de autoria e materialidade da infração (art. 35-B, *caput* e incisos I e II), haverá extinção automática da punibilidade (art. 35-C). Caso

[17] Conforme o art. 35-B, §, para a elaboração do acordo é necessário que: "I – a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III – a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV – a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento".

o julgador entenda pelo não-cumprimento do acordo, o prazo prescricional voltará a correr.

Há vedação de celebração do acordo com os chefes da infração sob apuração (art. 35-B, § 1º).

4.3.7. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

Ao disciplinar inteiramente o tratamento legal do comércio de substâncias entorpecentes, a Lei nº 11.343/06 também previu a delação premiada em seu art. 41, com a seguinte redação: "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços".

Trata-se de mais uma tosca investida do legislador.

De início, exigiu que o delator seja "indiciado ou acusado". De acordo com o tratamento tradicionalmente reservado ao indiciamento, poderíamos apontar como sua característica principal a atribuição formal da autoria de um crime a uma pessoa. Como conseqüências do indiciamento, ainda de acordo com a tradição brasileira, poderíamos citar: a) o sujeito passará da condição de suspeito à de indiciado; b) o indiciado será interrogado; c) se menor, o indiciado receberá nomeação de curador; d) autorizar-se-á a investigação sobre a vida atual e pregressa do indiciado; e) passará a haver possibilidade de identificação criminal; e f) instaurar-se-á possibilidade de incomunicabilidade do indiciado.[18]

Entretanto, o indiciamento é hoje figura inexistente no processo penal brasileiro, ainda que se tenha presente a figura do indiciado.

[18] Há duas posições acerca da constitucionalidade do art. 21 do Código de Processo Penal, frente ao art. 136, § 3º, da Constituição Federal. Conforme consta em Nucci (2004, p. 111-112), defendendo a inconstitucionalidade da previsão, há Tourinho Filho, Mirabete, Demercian e Maluly, além do próprio Nucci; sustentando a constitucionalidade, há Damásio e Vicente Greco Filho.

Com efeito, o Código de Processo Penal reconhece a figura do indiciado, citando-o em alguns dispositivos, como por exemplo os arts. 5º, § 1º, b; 6º, V, VIII e IX; 10 *caput* e § 3º; 14; 15; 21; 23; 125; 134; 137, § 2º; 313, II; 405, § 1º. Não obstante, deixa de prever o momento ou forma do indiciamento, o que também não foi feito por nenhuma outra lei. Não há um momento formal de constituição do indiciamento, como ato de reunião de indícios contra uma pessoa, de modo que não se pode apontar exatamente quando uma pessoa deixa a condição de "suspeito" para passar à de "indiciado".

A afirmativa rotineiramente lançada nos relatórios conclusivos de inquéritos policiais, em que a Autoridade Policial afirma estar "indiciando" determinada pessoa, devido às provas contra esta colhidas, é desprovida de rigor técnico. Quando assim age, a Autoridade Policial já interrogou o "indiciado", garantindo-lhe o privilégio contra a auto-incriminação, já requereu e cumpriu mandados de busca ou de prisão contra ele, já buscou a quebra de seus sigilos bancário, telefônico e/ou fiscal, já procedeu a acareações, reconstituições ou reconhecimentos, já apreendeu-lhe documentos, etc. Estas medidas só se justificam contra indiciados, e não contra meros suspeitos, de maneira que o indiciamento não é feito no relatório conclusivo, mas em momento anterior. Mais: se alguma das medidas processual-penais citadas forem requeridas contra determinada pessoa (busca e apreensão, quebra de sigilo, prisão), o magistrado não observará a existência prévia de um formal indiciamento, mas se elementos mínimos de autoria e materialidade foram colhidos.

Conclui-se que a figura jurídico-penal do indiciado é, hoje, algo que existe sem ter nascido; é algo que "está" sem ter "vindo"; é realidade sem começo. Junta-se à figura quase folclórica do "rol dos culpados", citada burlescamente nas sentenças penais condenatórias, como algo que se conhece, mas nunca se viu. Sem consistência jurídica, apenas o apego à tradição e a atecnia dos textos legais os sustenta.

De tal modo, a previsão de "indiciado" do destacado art. 41 deve ser entendida como exigência de prévia colheita de elementos mínimos de autoria e materialidade, aliados à confissão extrajudicial do delator, que é da essência da delação premiada, como já se afirmou.

Já o termo "acusado" remete àquele contra quem pesa uma imputação de fato típico, contra quem se atribuiu a prática de conduta típica, o que não difere substancialmente de "indiciado", posto que o Código de Processo Penal reserva o termo "acusado" tanto para quem está sob investigação, quanto para quem já foi formalmente denunciado.[19]

Segundo a redação do art. 14, a delação premiada cabe na "investigação policial" ou no "processo criminal". Ao se referir a *investigação policial*, e não a *investigação criminal*, o dispositivo exclui a aplicabilidade da delação premiada a outros tipos de investigação, como à levada a cabo pelo Ministério Público. Demonstrando incoerência legislativa, caminha antagonicamente em relação à Lei nº 10.149/00, que admitiu o instituto em investigação desenvolvida por Autoridade Administrativa (vide tópico acima).

Os requisitos de eficácia são exigidos cumulativamente. A colaboração deve, necessariamente, acarretar a identificação dos demais co-autores ou partícipes *e* a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Não se previu a isenção total de pena ao colaborador, mas apenas a redução de um a dois terços. Afirma Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 344) que "a previsão formulada no art. 41 da Lei nº 11.343/06 possui redação muito superior à anterior hipótese de delação premiada, feita no art. 32, §§ 2º e 3º, da Lei nº 10.409/02, ora revogada". Realmente, a lei revogada possuía imprecisões técnicas em termos como "sobrestamento do processo", mas possuía o mérito de ter sido a única lei já editada com previsão de acordo prévio entre o delator e o titular da ação penal pública – o Ministério Público.

[19] Vide arts. 4;, 62; 80; 81, § ún.; 88; 130, I; 149; 150; 152, § 1º e 2º; 158; 159, § 3º; 168; 185; 186; 187; 191; 198; 201, § 2º; 206; 229; 240, § 1º, f; 243, § 2º; 259; 260; 261; 262; 263; 266; 304; 317; 362, § ún.; 363, § 4º; 367 do Código de Processo Penal.

4.4. Conflito aparente de normas

Como visto, o instituto da delação premiada foi disciplinado em várias leis, não havendo sistematização ou pontos de contato entre os dispositivos pertinentes. A conseqüência dessa amadora atividade legislativa é a geração de dúvidas sérias sobre quais seriam os dispositivos legais aplicáveis, diante do caso concreto. É dizer: frente a determinado ilícito subjetivamente plúrimo, com partícipe ou co-autor disposto à delação, quais os dispositivos que incidirão? O advogado Pedro Henrique Carneiro da Fonseca (2008) afirma:

> A lei nº 9.807, de 1999, revoga aquilo que foi disposto sobre o instituto em todas as leis anteriores a ela. A lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior conforme dita o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Podemos entender, desse modo, que em qualquer crime praticado em concurso de pessoas que seja possível a aplicação do instituto da delação premiada deverá o colaborador preencher as exigências dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 para receber ou o perdão judicial ou a redução da pena (um a dois terços), dependendo do caso.

Para essa posição, seriam mais completas e abrangentes as disposições da Lei nº 9.807/99, o que justificaria sua extensão a todos os casos em que se cogitasse da aplicação da delação premiada. Também, os casos envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes não seriam atingidos pela Lei nº 9.807/99, já que a Lei nº 11.343/06 é posterior e especial. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já reconheceu a vigência da delação premiada prevista pelo art. 159, § 4º, do Código Penal, mesmo após a edição da Lei nº 9.807/99:

> A libertação da vítima de sequestro por co-réu, antes do recebimento do resgate, é causa de diminuição de pena, conforme previsto no art. 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269/96, que trata da delação premiada.

Outra possibilidade seria reconhecer que os diversos diplomas já editados são especiais e não foram atingidos pelas normas gerais

da Lei nº 9.807/99. Apesar de mais abrangente, a Lei nº 9.807/99 não tem o condão de intervir em situações que foram disciplinadas por diplomas legais especificamente temáticos. Seria de incidir o princípio da especialidade. Nessa orientação, os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 podem extrapolar os limites da proteção a vítimas e testemunhas, como normas gerais, mas não incidirão nas apurações dos crimes tratados pelas demais leis.[20]

Ainda por essa posição, a tipicidade dada ao crime sob persecução determinaria a incidência de dispositivos de uma ou de outra lei. Se se trata de crimes contra a ordem tributária, deverão ser observados os dispositivos da Lei nº 8.137/90; se está a apurar-se a lavagem de capitais, incidirá a regulamentação da Lei nº 9.613/98, etc.

Nesse caso, assume relevância a tipicidade dada ao fato sob investigação, ainda que provisoriamente, quando da colheita da delação. Em outras palavras, o objeto de investigação poderá determinar quais os dispositivos cabíveis, surgindo a necessidade de se perquirir qual o objeto da investigação em curso, o que já deveria estar delimitado no momento da instauração. [21]

Parece-nos, todavia, que as disposições mais abrangentes da Lei nº 9.807/99 justificam sua adoção como norma-base para o instituto. Não obstante, disposições benéficas eventualmente previstas em outras leis, como o regime prisional inicialmente aberto ou a substituição por pena restritiva de direitos, da Lei nº 9.613/98, podem ser aplicadas aos delatores nos demais crimes, quando

[20] Refere-se aqui às Leis nºs 7.492/86, 8.072/90, 8.137/90, 9.034/95, 9.613/98, 10.149/2000 e 11.343/2006.

[21] Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 159) aborda a problemática da instauração da investigação criminal, defendendo que a instauração do inquérito deva ser precedida de um juízo valorativo quanto à tipicidade aparente, acompanhada da necessária motivação. Equivale dizer que a Autoridade encarregada da investigação criminal deverá vislumbrar, com os elementos de convicção de que dispõe naquele instante, a possibilidade de tipicidade da conduta em exame e deverá expor suas razões de convencimento no ato que desencadeará a investigação. E adverte o autor que, "não raras vezes, a já qualificação do delito nesse momento (insuficientemente, ou mesmo não motivada) pode trazer sérias conseqüências ao investigado, como a impossibilidade da concessão de benefícios contra-cautelares, sobretudo de ordem pessoal".

tais dispositivos se mostrarem benéficos ao delator e pertinentes aos fatos em apuração, em aplicação analógica benéfica. Por essa mesma razão, seriam aplicáveis aos casos envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes.[22]

5. Considerações finais

A expansão da criminalidade tem criado demanda por iniciativas estatais reativas. Não pode, porém, ser contida apenas com iniciativas legiferantes. Se é multifacetado o nascedouro do crime, complexa deve ser a resposta estatal. Não será a edição de um diploma legal, a diminuição de uma garantia constitucional ou, principalmente, o aumento de uma pena que inibirá, isoladamente, a prática de um crime. Já no século XVIII, Beccaria advertia que não é a crueldade das penas um dos maiores freios dos delitos, senão a infalibilidade delas. Causará sempre maior impressão a certeza do castigo moderado, e não o temor do mais terrível castigo, porque este se encontra unido a uma esperança de impunidade.

Em tal realidade, o instrumento da delação premiada não pode ser encarado apto a fazer frente, isoladamente, às novas formas de crime que se apresentam. É, sim, um instrumento a mais, e depende de iniciativas outras, que perpassam, principalmente, pela construção de um eficiente programa estatal de proteção às pessoas ameaçadas por organizações criminosas e pelo aparelhamento da atividade investigatória, que deverá se mostrar capaz de desvendar os caminhos e buscar os elementos de prova a partir do mapa fornecido pelo delator.

O crime é fenômeno inerente à sociedade e reclama controle, não eliminação. O intento eliminatório tem sido responsável por iniciativas atabalhoadas de eficácia duvidosa, mais servindo ao enfraquecimento dos direitos e garantias constitucionais.

---

[22] Nucci (2007, p. 949-951), em sentido semelhante, faz a contraposição do texto de cada uma das leis editadas sobre delação premiada com o texto da Lei nº 9.807/1999, para defender a aplicação da norma mais benéfica em cada caso isoladamente considerado. O doutrinador, entretanto, reserva exclusividade à Lei nº 11.343/2006 para incidir nos crimes de entorpecentes.

O Direito Penal é um, mas não o único, instrumento de controle da criminalidade. Antes dele, iniciativas estatais outras devem intervir, primeiro preventiva, depois repressivamente.

As deficiências estatais no combate à criminalidade, comum ou organizada, são estruturais, principalmente. Não obstante, garantias processuais são relegadas a plano secundário pela bandeira da segurança pública, enquanto a estruturação do sistema repressivo sofre crônico menosprezo.

As restrições à delação premiada fundadas em razões de ordem moral são insuficientes para a sua inadmissão do instituto, seja pela independência entre moral e direito, seja pelo valor social do instituto.

São medidas necessárias à consolidação do instituto a sistematização da delação premiada, com previsão mais precisa sobre hipóteses de cabimento, requisitos e conseqüências; e o reconhecimento do Ministério Público como titular da ação penal pública e o órgão autorizado a negociar com o delator e a oferecer-lhe benefícios penais, com segurança, mediante acordo formalmente confeccionado. A despeito disso, há arcabouço normativo suficiente a autorizar, desde logo, a aplicação do instituto.

6. Referências bibliográficas

AKAOWI, Fernando R. Vidal. Apontamentos sobre a delação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, n. 707, p. 430-432, set. 1994.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos prêmios pela Cabeça?: um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do co-réu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 809, p. 446-461, mar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, jul./dez. 2002. p. 123-143.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*. Série Pesquisas do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, 2002, n. 9, p. 105-108.

CHOUKE, Fauzi. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance. Ministério Público e a justiça consensual. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; Silva, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 153-196.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Os novos conquistadores: as organizações criminosas. *De Jure* - Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, jan./jul. 2007a. p. 116-136.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, n. 860, p. 457-484, jun. 2007b.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure* - Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte: jan./jun. 2008. p. 247-266.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 795, p. 486-492, jan. 2002.

GRANZINOLI, Cássio M. M.. A delação premiada. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.145-168.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada*: no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

IGNEZ, Cláudia Oliveira; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira; ARAÚJO, Marcelo Cunha (Coord.). Delação premiada e legislação aplicável. In: I SIMPÓSIO DE PROCURADORES & PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006, Araxá-MG. p. 144-154.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 205;687.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p. 369-374.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 795, p. 411-451, jan. 2002.

MÁFIA. *Super Interessante*. São Paulo, n. 262, p. 45-53, fev. 2009.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 694, p. 443-449, ago. 1993.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 773, p. 425-443, mar. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 111.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A lei da "caixa preta". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, n. 720, p. 572-581, out. 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POSTERLI, Renato. *Tóxicos e comportamento delituoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 152.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 562.

SIMPÓSIO DE PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006, Araxá. **Anais.** Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministéiro Público do Estado de Minas Gerais, 2006.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, n. 866, p. 403-445, dez. 2007.

Artigo recebido em: 01/03/2010
Artigo aprovado em: 07/06/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110004

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, I, CP): DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA DE FOGO E A DECISÃO DO STF (HC Nº 96.099): APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Acre, Brasil
glaucio.oshiro@ac.gov.br

Em decisão publicada no DJ de 4 de junho de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), em Plenário, no HC nº 96.099, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou o tema sobre a desnecessidade de apreensão de arma de fogo e a consequente perícia para ser caracterizado o crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), quando presentes outros elementos que comprovam a utilização daquele tipo de arma. Na espécie, o paciente pretendia a exclusão da causa de aumento, tendo em vista que a arma de fogo não fora apreendida e, por consequência, não fora periciada, impossibilitando, assim, constatar a potencialidade lesiva do artefato, o que seria inafastável para configurar a majorante. Veja-se a ementa:

> *ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA* PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. *DESNECESSIDADE*. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. *I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que*

> *se encontra in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. *IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova*, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. *V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves*. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida. (STF, T. Pleno, HC nº 96099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/02/2009, DJ 04/06/2009, grifo nosso).

Votaram com o Ministro Ricardo Lewandowski os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Carlos Britto. Ausentes os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Sublinhe-se que, apesar de ausentes no julgamento, os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa já se pronunciaram a respeito do tema no sentido do voto do relator no âmbito da 2ª Turma. Veja-se:

> *ROUBO. USO DE ARMA DE FOGO* (CP, ART. 157, § 2º, I). 1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) *independe da apreensão da arma*, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir. (STF, 2ª T., HC 84032, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 30/04/2004). (grifo nosso).

> HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO *ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA*

> *ARMA UTILIZADA NO ROUBO*. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. O Superior Tribunal de Justiça sequer examinou o pedido da acusação para que a agravante da reincidência fosse reconhecida. Daí por que não há como o presente habeas corpus ser conhecido nesse ponto. *O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma utilizada no roubo. Precedentes*. (HC nº 84.032, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/04/2004, p. 70; e HC nº 92.871, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/11/2008). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (STF, 2ª T., HC nº 94448, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11/11/2008, DJ 19/12/2008, grifo nosso).

Portanto, além dos cinco Ministros que votaram no HC nº 96.099 pela desnecessidade da apreensão e da perícia na arma de fogo, dois outros Ministros já sinalizaram seus entendimentos na linha majoritária da Suprema Corte.

Voltando ao que ficou discutido no HC nº 96.099, observe-se um trecho do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, o qual transcrevo por ser elucidativo:

> *Se*, por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial *ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena*. *E no caso sob exame, o depoimento da vítima é firme nesse sentido* [...]. *Caso o acusado pretenda contraditar* o que se contém no acervo probatório ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, *será dele o ônus de produzir tal evidência*, *nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal* [...]. Não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego tiver sido evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza. (grifo nosso).

Oportuna, ainda, foi a justificação no voto para a adoção desse posicionamento:

> Não se olvide, de resto, que *constitui dever da autoridade judicial* não apenas zelar para que os direitos fundamentais do acusado sejam estritamente respeitados, mas *também velar para que a norma penal seja aplicada com vistas à prevenção do crime e ao cerceamento da delinqüência*. [...] *Exigir uma perícia* para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, *teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas*, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-los com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito. (grifo nosso).

O Ministro Carlos Britto expôs interessante advertência:

> *Hoje em dia*, *aluga-se arma* para assaltar, praticar crime. *Logo depois do crime, a arma de aluguel é devolvida*. E, quando é própria, *o assaltante faz questão de se desfazer dela para evitar a perícia*. Ou seja, se essa tese vingar,[1] a impunidade vai grassar mais uma vez, dará as cartas. (grifo nosso).

Ainda invocando as lições do julgamento do HC nº 96.099, o sempre proverbial Ministro Marco Aurélio ponderou:

> [...] já sinalizei convencimento sobre a matéria e *chego mesmo a dizer que, a prevalecer a corrente contrária*,[2] a corrente formalizada a uma só voz pela Segunda Turma, *o negócio será desaparecer*, *sempre e sempre*, *com a arma utilizada*. Arma que, como ressaltou o ministro Carlos Ayres Britto, está, inclusive, no

[1] Ou seja, a que não admite o roubo circunstanciado pela arma de fogo sem a devida apreensão.

[2] Ou seja, a que não admite o roubo circunstanciado pela arma de fogo sem a devida apreensão.

> mercado de aluguel e, quase sempre, é devolvida de imediato àquele que a disponibilizou. [...] Não estou lembrado do precedente que foi citado e que seria de minha lavra. Mas, se no passado concluí de forma diversa, estou a evoluir, e deve o juiz sempre evoluir tão logo convencido de assistir maior razão [...] à tese rechaçada, repudiada. (grifo nosso).

Prestando atenção nos excertos dos votos acima e interpretando-os, é possível claramente vislumbrar que o STF invoca como fundamento o princípio da proporcionalidade, porém sob uma vertente ainda pouco difundida no Brasil: a da proibição da proteção insuficiente. Realmente, o princípio da proporcionalidade é visto de forma mais destacada sob a modalidade "*proibição de excesso*". Porém, ultimamente, principalmente com a incursão pioneira de Ingo Wolfgang Sarlet no assunto, a outra vertente vem ganhando terreno na dogmática processual-constitucional brasileira. Ensina Sarlet (2003, p. 86 et seq.) que

> [...] *o Estado* – também na esfera penal – *poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente* (*isto é*, *ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos*) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – *como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência* (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (grifo nosso).

Também incursionaram no assunto, dentre outros, Martha de Toledo Machado (2008), Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 63) e Lenio Luiz Streck (2007).

Para Lenio Streck (2007, p. 100), a doutrina e a jurisprudência nacional, em sua maioria, ainda não se deram conta de que estão trabalhando com o princípio da proporcionalidade sob um único horizonte, ou seja,

> [...] com a hipótese – para mim, a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), *esquecendo a relevante circunstância de que o Estado pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros* (garantismo positivo), representado pela expressão alemã *Untermassverbot*. (grifo nosso).

Assim, sob a perspectiva da justificativa do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC nº 96.099 e dos acima colacionados, vê-se que o STF, por seu Pleno, vem dando primazia ao *princípio da vedação de proteção insuficiente*, porquanto não se pode admitir que o agente, valendo-se de sua própria torpeza, utilize a arma de fogo e, posteriormente, se desfaça dela, inviabilizando a perícia e, por efeito consequencial, afastando, sempre, o roubo circunstanciado pelo emprego de arma. Se o agente, desaparecendo com a arma de fogo empregada no assalto, quiser levantar a tese de inexistência de potencialidade ofensiva do artefato (aduzindo, inclusive, que se utilizou de arma de brinquedo), deve comprovar tal circunstância, obedecendo-se à regra processual de distribuição do ônus da prova (art. 156 do Código de Processo Penal).

Se assim não for, o agente que desse modo agisse restaria sempre impune, sendo que, parafraseando o eminente professor Magalhães Noronha (1996, p. 379), *o Estado estaria privilegiando a torpeza e despertando a hilaridade dos sagazes, sendo um verdadeiro partícipe no assalto ao patrimônio alheio*.

Por tudo isso, vê-se que a desnecessidade da apreensão e a consequente perícia encontram suas justificações nas dobras do princípio constitucional da proporcionalidade, mais precisamente na vertente da *proibição da proteção insuficiente*.

Exigir, sempre e incondicionalmente, a apreensão e a perícia da arma de fogo nos crimes de roubo seria *despertar a hilaridade dos sagazes*...

Referências bibliográficas

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal*: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. São Paulo: Verbatim, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* volume 2: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 86-120, out./dez. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Direito Penal em tempos de crise*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-110.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110005

3 Direito Processual Penal

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

CRIMES DE TRÂNSITO (LEI Nº 9.503/1997)

TRAFFIC OFFENCES (LAW Nº 9.503/1997)

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
hvidal@terra.com.br

RESUMO: Este artigo é uma abordagem dogmática sobre os tipos penais constantes do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). O estudo está atualizado com a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que trouxe significativas alterações a diversos artigos do CTB, introduzindo, ainda, o regime de "tolerância zero" no que diz respeito à embriaguez ao volante (art. 306, CTB). O estudo procura dar subsídios para compatibilizar a aplicação do CTB aos casos concretos, sempre sob o ponto de vista da interpretação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: crimes de trânsito; Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008; tipos penais; embriaguez ao volante; interpretação segundo a Constituição.

ABSTRACT: Traffic crimes (Law nº 9.503/1997) brings a dogmatic approach about the types of offense of the Brazilian Traffic Code (BTC). The study is updated according to the Law nº 11.705, of June, 19th, 2008, that brought significant alterations to many articles of the Brazilian Traffic Code, introducing the zero tolerance

system, in regard to drunkness when driving (art. 306, BTC). The study attempted to support the application of a Constitutional interpretation to make the concrete case compatible to BTC.

KEY WORDS: traffic crimes; Law nº 11.705, of June, 19th, 2008; types of offense; drunkness; driving; interpretation according to the Constitution.

RIASSUNTO: L'articolo Reati di trànsito (Legge nº 9.503/1997) è un'apporto dommàtico dei tipi all'interno del cosi detto Còdice di Transito Brasiliano (CTB) e si presenta atualizato com la legge nº 11.705 di 19.06.2008 che ha fatto significative modificazione in diversi articoli del CTB, verso il regime 'toleranza zèro' nel reato di ubriachezza nella conduzione di veicoli (articolo 306, CTB). Lo studio cerca di dare sussidi per la compatibilità dei fatti concreti, spesso sul punto di vista della interpretazione secondo la Costituzione.

PAROLE CHIAVE: reati di trànsito; Legge nº 11.705, de 19.06.2008; incriminazioni e tipi; ubriachezza ed conduzione di veicoli; interpretazione secondo la Costituzione.

SUMÁRIO: 1. Introdução (bens jurídicos protegidos). 2. Infrações de trânsito e JECRIM. 3. Suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação. 4. Multa reparatória. 5. Prisão em flagrante. 6. Crimes em espécie. 6.1. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. 6.2. Lesões corporais culposas na direção de veículo automotor. 6.3. Omissão de socorro. 6.4. Fuga do local do acidente. 6.5. Embriaguez ao volante. 6.6. Violação da proibição de dirigir. 6.7. Participação em corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada. 6.8. Direção sem habilitação. 6.9. Entrega da direção do veículo a quem não tem condições de dirigir. 6.10. Velocidade incompatível com a segurança. 6.11. Inovação artificiosa de local de acidente. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução (bens jurídicos protegidos)

A Lei nº 9.503/97, que entrou em vigor em 22 de janeiro de 1998, previu onze crimes considerados delitos de trânsito. Esses delitos

não são, em sua totalidade, tipicamente de trânsito, portanto não só a segurança viária se constitui em bem jurídico tutelado penalmente pelo CTB. Os crimes dos arts. 307 (*violação da proibição de dirigir*) e 312 (*inovação artificiosa de local de acidente*) têm por objetivo a proteção da administração da justiça; o delito do art. 304 (*omissão de socorro*) protege o dever de solidariedade humana e, finalmente, o delito do art. 305 (*fuga do local do acidente*) protege a administração da justiça, embora haja questionamento sobre sua constitucionalidade (*item* 6.4 abaixo).

2. Infrações de trânsito e JECRIM

Antes da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que deu nova redação ao art. 291, § 1º, do CTB, todos os delitos nele previstos, com exceção feita ao homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302), estavam abrangidos pela Lei nº 9.099/95. Essa permissão foi reforçada com a entrada em vigor da Lei nº 10.259/2001,[1] que instituiu os juizados especiais no âmbito federal. É que os tribunais passaram a considerar de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena cominada não fosse superior a dois anos, pelo princípio da isonomia.[2] O art. 61 da Lei nº 9.099/95, que excetuava do âmbito do Juizado Especial Criminal (JECRIM) os crimes e contravenções penais cuja pena máxima excedia de um ano de prisão, e, em qualquer hipótese, os casos em que a lei previsse procedimento especial, foi derrogado tacitamente pela *lei posterior* (Lei nº 10.259/2001).

---

[1] Art. 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.
Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

[2] CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO COMUM E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. APLICABILIDADE E EXTENSÃO DO CONCEITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DA LEI Nº 10.259/01. A Lei nº 10.259/01, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais, ao estabelecer, no art. 2º, parágrafo único, sua aplicabilidade em todos os delitos com pena cominada não superior a dois anos, derroga a disposição do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Trata-se de infração penal cuja pena prescrita não ultrapassa dois anos e, sendo assim, a competência é do Juizado Especial Criminal Estadual, em respeito aos princípios da igualdade e proporcionalidade. (Conflito de Competência nº 70005386297, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres. j. 04.12.2002).

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.313/2006, o art. 61 da Lei nº 9.099/95 passou a considerar infração penal de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, passando à competência do JECRIM dez delitos previstos no CTB, inclusive o crime de embriaguez ao volante (art. 306, CTB), lesão corporal culposa (art. 303) e participação em competição não autorizada (art. 308), conforme art. 291, *parágrafo único* do CTB. Em relação a eles não poderia haver prisão em flagrante, indiciamento, concessão de fiança ou instauração de inquérito policial, porquanto aplicáveis a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95), a composição civil (art. 74, Lei nº 9.099/95) e a representação da vítima, se fosse o caso (art. 88, Lei nº 9.099/95).

Entretanto, com a nova redação dada pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, ao art. 291, § 1°, do CTB, ao crime de trânsito de *lesão corporal culposa* (art. 303, CTB) aplica-se o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95, salvo se o agente estiver sob influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor não autorizada pela autoridade competente; transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via de 50km/h. Nesses casos, deverá ser instaurado *inquérito policial* (art. 291, § 2°, CTB). Isso não quer dizer que a Lei nº 11.705/2008 excluiu do âmbito do JECRIM todos os demais delitos, ainda que, em relação a eles, a pena máxima não seja superior a dois anos de prisão, uma vez que o *caput* do mesmo artigo não sofreu modificação e, nele, há determinação para aplicar-se a Lei nº 9.099/95, no que couber. Nesse sentido, não se aplica a Lei nº 9.099/95 aos seguintes crimes de trânsito: *homicídio culposo na direção de veículo automotor* (art. 302), *embriaguez ao volante* (art. 306) e *lesões corporais culposas* (art. 303), neste último caso, somente quando ocorrer qualquer hipótese referida no art. 291, § 1°, CTB. Aos demais delitos de trânsito, é possível a aplicação dos institutos "despenalizadores" previstos na Lei nº 9.099/95.

3. Suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação

O art. 292 do CTB prevê como pena criminal a *suspensão* ou a *proibição* de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Seu prazo de duração é de dois meses a cinco anos e deverá ser imposta na sentença penal como pena principal, isolada ou cumulativamente com as demais penas. O art. 294 do CTB permite a suspensão ou proibição da permissão ou da habilitação, para preservar a ordem pública, como medida cautelar, evitando seja colocada em risco a segurança viária.

4. Multa reparatória

Outra importante *novidade* está no art. 297 do CTB[3]: a possibilidade de o juiz impor, na sentença final por prática de crime de trânsito, multa reparatória em favor da vítima ou de seus sucessores, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. Essa multa é calculada em salários mínimos (SMs) e varia entre um e trezentos e sessenta SMs. Trata-se de um *crédito* em favor da vítima ou seus sucessores e que deverá ser descontado no valor da eventual indenização civil do dano (art. 297, § 3°, CTB).

É controversa, porém, a sua natureza jurídica: para uns, constitui uma *sanção penal restritiva de direitos* (MORAES; SMANIO, 2005, p. 225); para outro (JESUS, 1998, p. 61), a multa reparatória não tem natureza penal. Trata-se de uma *indenização concedida à vítima*. Esse é o melhor entendimento. (NUCCI, 2006, p. 214).

A intenção do legislador foi a de criar uma *penalidade civil*, porém, ainda assim, a fusão das jurisdições penal e civil violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa, porque ao réu não seria dada

[3] Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.
§ 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.
§ 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.
§ 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

esta oportunidade processual, além do que não haveria pedido expresso do Ministério Público. De qualquer forma, o valor da multa reparatória não pode ser superior ao prejuízo demonstrado no processo criminal (art. 297, § 1°, CTB).

5. Prisão em flagrante

O art. 301 do CTB proíbe, em caso de acidente de trânsito de que resulte vítima, a prisão em flagrante ou a exigência de fiança do condutor de veículo que prestar pronto socorro ao lesado. Para o legislador, é mais relevante o socorro do que a prisão. As razões são óbvias e possuem fundamento político-criminal, consistente na atribuição de valor positivo à *solidariedade humana*, manifestada pelo condutor.

6. Crimes em espécie

O CTB prevê onze delitos. Entretanto, a Lei de Contravenções Penais (LCP) também se aplica subsidiariamente, por exemplo, no caso de *direção perigosa de veículo*, conforme art. 34, que não foi revogado pelo CTB.[4] Outra observação importante é a de que o CTB somente se aplica aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, como tais considerados aqueles que possuam motor de propulsão e também conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos, como é o caso do ônibus elétrico, por exemplo. (ANEXO I - CTB).

6.1. Homicídio culposo na direção de veículo automotor

> Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
>
> Penas - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de

[4] *Habeas Corpus* nº 86.276/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau. j. 27.09.2005, DJU 28.10.2005.

> veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:
>
> I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
>
> II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;
>
> III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;
>
> IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.
>
> V - *revogado* (Lei nº 11.705/2008).

Sem dúvida alguma, é o mais importante delito e o de pena mais elevada. Esse crime não é de competência do JECRIM. O seu autor está sujeito a inquérito policial, prisão, fiança, liberdade provisória e indiciamento. Nem todo homicídio, porém, ocorre no trânsito, e, assim, o art. 121, § 3º, do Código Penal poderá ser aplicado, por exemplo, no caso de atropelamento de uma pessoa pelo condutor de uma locomotiva. O crime do art. 302 do CTB poderá ser praticado de inúmeras formas, dentre outras: dirigir em velocidade excessiva; atropelar idoso, limitando-se o motorista a buzinar, sem parar o veículo; atropelar pedestre sobre a calçada; "tirar uma fininha"; dirigir na contramão; fazer conversão sem sinalização; ultrapassar semáforo; desobedecer ao sinal *pare*.

A pena é agravada nos casos do parágrafo único do art. 302, devendo ser ressaltado que o inciso V foi acrescentado pela Lei nº 11.275/2006. O sentido desse inciso seria o de que não deveria o sujeito ativo responder em concurso material pelo crime do art. 306 do CTB (*embriaguez ao volante*), porque a circunstância funcionaria como causa de exasperação da pena do crime de homicídio na direção de veículo automotor. Entretanto, com a revogação do inciso V pela Lei nº 11.705/2008, passa a ser sustentável a aplicação, segundo a regra do cúmulo material das penas pela embriaguez ao volante e homicídio culposo na direção de veículo automotor, ainda que os fatos ocorram num mesmo contexto. Contudo, o mesmo não se dá

quando o condutor pratica o crime *majus* e não possui permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (art. 309), que funciona como circunstância do crime mais grave, ficando o delito *minus* absorvido (JESUS, 1998, p. 86), podendo funcionar apenas como *causa de aumento de pena* (art. 302, parágrafo único, I, CTB).

6.2. Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor

> Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:
>
> Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Esse crime é de grande incidência, devendo ser observado que o art. 88 da Lei nº 9.099/95 passou a exigir *representação da vítima*.[5] A pena privativa da liberdade cominada é a de detenção de seis meses a dois anos. A doutrina penal entende que há violação ao princípio da proporcionalidade nessa cominação exagerada. Com efeito, tomando-se em consideração o crime de lesões corporais leves dolosas – para o qual o art. 129, *caput*, do CP prevê detenção de três meses a um ano –, houve patente equívoco do legislador, ao cominar penas mais severas a um *crime culposo*.[6]

6.3. Omissão de socorro

> Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo

[5] Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

[6] Em sentido contrário, porém, Nucci (2008, p. 1114) argumenta: "Entendemos não ferir o princípio da proporcionalidade, pois é intenção legislativa adotar postura mais rigorosa com a lesão corporal decorrente de acidente de trânsito".

> diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.
>
> Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

O objetivo desse artigo é proteger o valor solidariedade humana: define a omissão de socorro como crime doloso. É chamado sujeito ativo o condutor do veículo que, na ocasião do acidente, deixa de prestar socorro imediato à vítima ou deixa de solicitar auxílio à autoridade pública. Somente o condutor do veículo envolvido no acidente com vítima poderá ser considerado sujeito ativo do delito e, além disso, estará tipificado esse delito somente quando o causador do acidente de que resulte morte ou lesões agir *sem culpa* no próprio acidente (MORAES; SMANIO, 2005, p. 231). Aliás, se for causador de lesão à vítima em razão de sua imprudência, negligência ou imperícia, responderá pelo delito próprio, com causa de aumento[7] (art. 302, parágrafo único, III; art. 303, parágrafo único), aplicando-se o princípio da *subsidiariedade implícita* (JESUS, 1998, p. 87).

A presença de outras pessoas no local, ou o socorro prestado por elas, não elide o crime, que é instantâneo (*nesse sentido*: RT 726:687/689); *igualmente*, o crime não é desfigurado se a vítima sofre apenas lesões leves. No caso de morte instantânea, o agravamento da pena não é admitido porque não era possível o socorro; ou seja, se o socorro à vítima é inútil ou desnecessário, não há crime. (FRAGOSO, 1963). De outro lado, observa-se, justamente, que, ocorrendo o acidente, se terceiros, melhor aparelhados a tanto, oferecem seus préstimos para socorrer a vítima, é obvio que não se pode punir o condutor do veículo por ter permitido que outras pessoas ajudassem no socorro ao acidentado.

[7] Ver Nucci (2008, p. 1115).

6.4. Fuga do local do acidente

> Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:
>
> [...]
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Trata-se de delito que possui como elemento subjetivo o dolo específico, consistente na finalidade de fugir à responsabilidade penal ou civil. Afirma-se que nesse delito há uma *obrigação moral* penalmente sancionada. Portanto, a incriminação seria ilegítima.[8] Para isso, há a necessidade de um acidente (criminoso ou não). Por exemplo, o sujeito bate num poste e o danifica; após, para fugir à responsabilidade civil ou penal, foge do local. Quer-se evitar que o sujeito impeça ou dificulte a descoberta da autoria do acidente de trânsito. Porém, outros criminosos (o estuprador e o incendiário, por exemplo) não possuem esse dever. Assim, o delito é questionado como uma hipótese de tipificação penal de uma responsabilidade civil, o que estaria vedado pela Constituição Federal.[9]

---

[8] "Trata-se de crime de duvidosa constitucionalidade, pois está sendo imposto ao agente o dever de se auto-incriminar. Se o mesmo não se aplica aos delitos dolosos, com muito mais razão não se deveria exigir do condutor do veículo em desprendimento excessivo, ou seja, apresentar-se para ser punido". (NUCCI, 1999, p. 41). Igualmente: Rizzardo (2003, p. 640).

[9] A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), porém, chamada a julgar caso em que havia a ocorrência, também, do art. 311 do CTB (velocidade incompatível com a segurança), entendeu subsistente, em concurso, o art. 305 do CTB: "Ao se afastar do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, o condutor do veículo comete crime de trânsito tipificado no art. 305 da Lei nº 9.503/97. Configura o crime de trânsito previsto no art. 311 da Lei nº 9.503/97 conduzir veículo em via pública movimentada, onde haja grande concentração de pessoas, desenvolvendo velocidade incompatível com o local, gerando perigo concreto de dano a um número indeterminado de pessoas.". (Apelação Criminal nº 1.0223.03.119679-1/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Divinópolis, Rel. Armando Freire. j. 08.11.2005, unânime, publ. 18 nov. 2005).

De outro lado, tal dispositivo seria inconstitucional por violar os princípios de proibição de autoincriminação e de que ninguém tem o dever de produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Não pensamos dessa forma. É possível tipificar como delito de mera conduta a fuga do local do crime e, ainda assim, não violar princípios constitucionais.Tutelando a administração da justiça, seguiu o legislador o contido na maioria das legislações, inclusive no *StGB* (Código Penal alemão, § 142), que criminaliza a evasão do local do acidente (*Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort*), e pune com prisão de até três anos ou multa aquele que dá causa ao sinistro e se afasta do local, mesmo que os danos sejam apenas materiais.[10]

6.5. Embriaguez ao volante

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Esse artigo protege a segurança viária e estabelece que o delito será tipificado se o veículo estiver em movimento.

---

[10] *Strafgesetzbuch*, 2000. Trata-se de crime cuja redação, por princípio de clareza jurídica, foi modificada por lei de 13 de junho de 1975. (StÄG, BGBl. I S. 1349, JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 105). Se o afastamento é justificado ou desculpável, tem o causador que se identificar às autoridades imediatamente após o ocorrido e fornecer informações sobre o fato, seu local de residência pessoal e a situação do veículo envolvido (§ 142, III); caso contrário, ainda assim incorre nas penas respectivas. No direito penal alemão, o bem jurídico protegido é o interesse no esclarecimento da causa do acidente, com o escopo se de apurar a responsabilidade civil ou pretensão às indenizações (*Ersatzansprüche*) cabíveis ao seu causador. (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 259).

Sob o influxo político-criminal da denominada *tolerância zero*, creditada ao aumento exacerbado de acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante, a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao artigo 306. Assim, não mais exige, para a configuração do crime, que a condução do veículo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa[11] que determine dependência exponha a incolumidade de outrem a dano potencial.

A expressão *dano potencial* constante da antiga redação era de difícil entendimento e podia ser interpretada de várias formas, ora no sentido de *dano concreto*[12] (o que nos parecia mais razoável), ora como *perigo abstrato*.[13] Se o condutor, dirigindo sob a influência de álcool ou qualquer substância psicoativa que determine a dependência, mata ou lesa alguém, deverá responder em concurso material de infrações pelos crimes dos arts. 306 e 302 ou 303 do CTB. Como observado no *item 6.1*, com a revogação do inciso V do art. 302, *parágrafo único*, do CTB pela Lei nº 11.705/2008, a direção sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos não funciona mais como causa de aumento de pena do homicídio ou lesões corporais na direção de veículo automotor, sendo sustentável a aplicação das penas pelo critério do *cúmulo material*.

Agora não mais se exige uma direção anormal (zigue-zague, direção "aos trancos", subida em calçada, ultrapassagem de semáforo etc.)

---

[11] Trata-se de qualquer substância capaz de alterar o comportamento, o humor e a cognição, como a maconha, por exemplo.

[12] "O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial o que, *in casu*, segundo a r. sentença e o v. acórdão ora recorrido, não aconteceu". (Recurso Especial nº 566867/RS (2003/0130635-9), 5ª Turma do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 28.04.2004, DJ 31.05.2004).

[13] "Para caracterizar o delito do artigo 306 do CTB, basta que o motorista dirija veículo sob efeito de álcool ou substâncias entorpecentes afins, porque a lei protege a incolumidade pública, e não a pessoa, de perigo em potencial, bastando, para tanto, a probabilidade de dano que os efeitos dessas circunstâncias causam nos motoristas". (Apelação Criminal nº 2005.007733-6, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Lauro Müller, Rel. Des. Solon d'Eça Neves, unânime, DJ 03.10.2005).

para restar configurado o delito. Porém, tanto na nova redação quanto na pretérita, não se pune a embriaguez, mas, sim, a condução após a ingestão de álcool, no limite referido, ou sob influência de substância psicoativa, estando configurado o crime ainda que ninguém esteja na via pública.

A questão da *prova da embriaguez* é problemática, sendo necessário saber que o autor do crime não está obrigado a realizar o *teste do bafômetro*.[14] Devido aos reiterados julgados de diversos tribunais considerando não criminosa a recusa do motorista à submissão ao nominado "teste", o legislador alterou (Lei nº 11.275/2006) a redação do art. 277, CTB, que autorizava, no caso de recusa aos testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou *outro exame* que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitissem certificar o estado do motorista. *Entretanto*, a Lei nº 11.705/2008, modificando a redação do § 2° do art. 277 do CTB, permite que a concentração de álcool ou a condução sob influência de substância psicoativa possa ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, cabendo a aplicação de *penalidade administrativa*[15], quando o condutor recusar submeter-se a qualquer dos procedimentos previstos no CTB. A nova redação é a seguinte:

> Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

[14] Nenhum exame que importe em intervenção corporal no sujeito deve ser feito sem a sua concordância: "DESOBEDIÊNCIA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. Não configura o crime do artigo 330 do Código Penal a recusa, pelo motorista, em acompanhar os policiais até um hospital, para fins de submissão ao teste de bafômetro. Ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, máxima que decorre do direito ao silêncio (CF/88, artigo 5º, inciso LXIII) e que abrange aquele direito de não se auto-incriminar. A negativa não pode levar a presunção de culpa, devendo a autoridade lançar mão de outros métodos para verificar a embriaguez". (STF *HC* 71.371 – RS. Rel. Min. Marco Aurélio)

[15] Multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses, além da medida administrativa de retenção do veículo, até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

> § 1º. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.
>
> § *2º.* A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.
>
> § 3°. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

De todo modo, a recusa do condutor a submeter-se ao *bafômetro* não configura delito, nem sequer desobediência, mas *infração administrativa*. A autoridade policial poderá submeter o condutor aos demais procedimentos referidos no *caput* do art. 277, bem como prendê-lo, havendo prova, pelo crime previsto no art. 306 do CTB. O princípio *nemo tenetur se detegere* impede a submissão coativa do condutor ao teste do *bafômetro*.

A doutrina alemã, com fundamento no § 81a do *StPO* (Código de Processo Penal), desenvolveu o *princípio de passividade* (*Grundsatz der Passivität*), pelo qual a intervenção corporal no suspeito somente é admitida se a sua participação for passiva, como, por exemplo, extração de sangue para análise por DNA. Assim, ninguém pode ser coagido a soprar o *bafômetro*; *igualmente*, não podem as autoridades subministrar medicamento que faça retornar droga engolida pelo suspeito;[16] mesmo havendo suspeita de embriaguez, ninguém está obrigado a contribuir para a apuração de um crime automobilístico, andando sobre a linha reta pintada no chão (*Fuβboden*).[17]

[16] Roxin (2006, p. 273): "§ 81a verpflichtet dabei den Beschuldigten nur zum passiven Dulden, nicht auch zum aktiven Mitwirken bei der körperlichen Untersuchung. Der Polizei kann also z.B. niemanden zwingen, in ein Prüfröhrchen zu blasen, um ihm auf diese Weise einem Alkoholtest zu unterziehen […]. Auch das zwangsweise Verabreichen von Brechmitteln, durch das verschlucktes Kokain entdeckt warden soll, verstöβ nach Frankfurt StvV 96, 651 gegen den Grundsatz der Passivität".

[17] Ver Putzke; Scheinfeld (2005, p. 43-44).

Com a nova redação do *parágrafo único* do art. 306 do CTB, duas são as condutas incriminadas: 1) conduzir veículo automotor, na via pública, *estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*; e 2) conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

No que tange à primeira conduta, apesar de não mais exigir a exposição a dano potencial a incolumidade de outrem, a nova lei incluiu no tipo a necessidade de estar o agente com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, sendo imprescindível para a configuração do crime a comprovação dessa concentração alcoólica no sangue do condutor. A materialidade do delito deverá, em regra, ser comprovada pelos *testes de alcoolemia* (exame sangüíneo e exame alveolar – *bafômetro*). Quando o exame for o de sangue, será necessária a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para configurar o delito; quando se tratar do *bafômetro*, diz o parágrafo único do art. 306 do CTB que "O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, para efeito da caracterização do crime tipificado neste artigo", tendo sido baixado o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, regulamentando a questão e determinando que os seis decigramas do exame de sangue equivalem a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões no exame alveolar (art. 2º).

Se o condutor se recusa à submissão ao exame sanguíneo ou ao alveolar, podem ser utilizados outros meios, como o exame clínico e a prova testemunhal, porém essas provas limitam-se a comprovar a *embriaguez patente*, uma vez que o *critério* legal é *matemático* (concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue) e não pode ser averiguado por outros meios senão pelo exame sanguíneo ou pelo alveolar. Por consequência, a *prisão em flagrante* por prática do delito previsto no art. 306 do CTB poderá ocorrer em duas hipóteses: a) quando pelo teste sanguíneo ou pelo alveolar ficar comprovada a concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue; b) em caso de recusa aos referidos testes, a embriaguez for patente e comprovada por outros meios (exame clínico e prova testemunhal, por exemplo).

Em relação à segunda conduta prevista no art. 306 do CTB, não se exige concentração mínima da substância psicoativa (distinta do álcool) no sangue do condutor, bastando para a caracterização do delito que o condutor dirija sob a influência daquela substância, não importando a quantidade desta. A prova desse fato pode ser feita por todos os meios, desde que levem à certeza de que o condutor dirigia sob a influência de substância psicoativa capaz de causar dependência.

6.6. Violação da proibição de dirigir

> Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código:
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.
>
> Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Esse artigo pune o sujeito que desobedece a uma ordem judicial, ou seja, a suspensão ou proibição da permissão ou da habilitação decretada em medida cautelar (art. 294) ou na sentença penal pelo juiz criminal. Há casos, porém, de estado de necessidade (art. 24 do CP) em que a proibição pode ser descumprida, evidentemente.

6.7. Participação em corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada

> Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:

> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Esse artigo protege a segurança viária e a incolumidade física individual ou pública e tipifica o crime como de *perigo concreto.* O modo mais comum da prática dessa infração é a participação em "racha". Se o sujeito dá um "cavalo de pau", por exemplo, o crime não se configura porque não se trata de competição automobilística, mas poderá incorrer no art. 34 da Lei das Contravenções Penais (LCP).[18] Para a configuração do delito (art. 308, CTB), exige-se que o "racha" ocorra em via pública e, se em razão dele houver morte ou lesão corporal, estes crimes de dano absorvem o de perigo.

6.8. Direção sem habilitação

> Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
>
> Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Esse crime gerou grande controvérsia quando o CTB entrou em vigor. Hoje, prevalece o entendimento de que, para a caracterização do delito, não basta a ausência de permissão ou habilitação, sendo necessário que a conduta ocasione um perigo de dano, ou seja, que a direção seja de tal modo irregular a ponto de rebaixar o nível da segurança viária, significando a existência de um perigo concreto à incolumidade pública. Se o veículo estiver parado, não se configura o crime. (GOMES, 1999, p. 56). Se o sujeito, sem habilitação ou permissão, dirige conforme as regras de trânsito, não há delito. Logo não há sequer Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO)

[18] "Dirigir veículos em via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses ou multa". Configura a contravenção, por exemplo, conversão à esquerda de forma perigosa (TACRIM-SP JUTACRIM nº 42/122); transitar na contramão (JUTACRIMSP nº 76/200); "cavalo de pau" (RT nº 694/335); veículo com freios em precárias condições (JUTACRIM 57/245); velocidade excessiva (RT 441/408).

ou qualquer procedimento de cunho penal. O Supremo Tribunal Federal (STF) sumulou a matéria: "O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.". (Súmula nº 720).

Se o condutor, dirigindo veículo automotor em via pública, sem permissão ou habilitação, mata ou lesa alguém, responde apenas pelo crime *majus* (art. 302 ou 303, CTB), restando absorvido o crime de perigo no crime de dano.[19]

6.9. Entrega da direção do veículo a quem não tem condições de dirigir

> Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Esse crime consiste na entrega, permissão ou no ato de confiar a direção de veículo a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso ou que se encontre, por embriaguez ou por seu estado de saúde, física ou mental, sem condições de conduzi-lo com segurança. Para que se configure o delito, é preciso que a pessoa que o recebe o ponha em movimento. Há decisão, porém, exigindo que quem recebe o veículo deve

[19] "O crime de lesão corporal culposa, cometido na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), por motorista desprovido de permissão ou de habilitação para dirigir, absorve o delito de falta de habilitação ou permissão tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro" (STF, HC 80.303-MG, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJU 10. 11. 2000, p. 81); resolvem-se pelo princípio da consunção os casos de crimes de perigo e de dano. Nos casos de direção sem habilitação e homicídio ou lesões corporais na direção de veículo automotor, não há concurso material, mas crime único, "uma vez que o delito do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro passou a exigir a ocorrência de perigo de dano, e, assim, se esse perigo se consubstanciar nas lesões corporais ou morte, a maior amplitude desses tipos incriminadores deverá consumir o fato antecedente". (VIDAL, 2007, p. 167).

conduzi-lo de forma anormal.[20] Esse posicionamento não é o melhor,[21] já que o crime é de *perigo abstrato*.[22]

6.10. Velocidade incompatível com a segurança

> Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Esse artigo protege a segurança viária e caracteriza o crime como típico de trânsito. Seria o caso de uma pessoa dirige com excesso de velocidade em via pública por onde caminha uma procissão. É preciso que a conduta gere *perigo de dano*, ou seja, perigo concreto. Se o sujeito dirige em frente a uma escola pública, de madrugada, sem que ali haja movimento, não há perigo de dano. Há entendimento de que não somente aquele que dirige mas também todos os que se encontram no interior do veículo possam praticar o crime. (MORAES; SMANIO, 2005, p. 255). Essa posição deve ser rejeitada: o sujeito ativo será o condutor de veículo automotor e não os ocupantes que com aquele trafegam, tendo em vista que, não conduzindo o veículo, não podem os ocupantes causar perigo de dano exigido pelo tipo.

---

[20] "CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – AGENTE QUE ENTREGA A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA – AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO – CONFIGURAÇÃO DE INFRAÇÃO DO ART. 310, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 9.503/97 – INOCORRÊNCIA. Inocorre a configuração do delito descrito no art. 310, primeira parte, da Lei nº 9.503/97, na conduta do agente que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor à pessoa inabilitada na hipótese em que esta dirige de forma normal, não colocando em risco a incolumidade pública, pois essa ação, não gerando perigo de dano, é atípica, e assim sendo também o é, por não ser considerado delito autônomo, a conduta de quem entrega o veículo." (Recurso em Sentido Estrito nº 1.172.087/6 (709/99), 10ª Câmara do TACrim/SP, São Paulo, Rel. Breno Guimarães. j. 10.11.1999, un.).

[21] "Não se faz necessário que o condutor venha a perturbar a segurança viária". (GOMES, 1999, p. 82).

[22] Ver Nucci (2008, p. 1099; 1122).

6.11. Inovação artificiosa de local de acidente

> Art. 312. Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:
>
> Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Na inovação artificiosa de local de acidente, o bem jurídico protegido é a Administração da Justiça, no sentido de que contra ela se pratica um atentado "prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo o prestígio e confiança que deve inspirar". (PRADO, 2008, p. 690). Esse delito é cometido quando o sujeito muda, altera, modifica enganosamente o estado em que ficou a coisa ou a pessoa após o acidente, com a finalidade específica de induzir a erro o agente policial, o perito ou juiz. O tipo penal não proíbe, porém, retirar o veículo acidentado do local. Se não houver vítima, não há o delito. No Código Penal, há crime similar (art. 347: *fraude processual*).

7. Referências bibliográficas

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes de Automóvel. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal,* Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-99, abr./jun. 1963.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des strafrechts*. Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 3.

PUTZKE, Holm; SCHEINFELD, Jörg. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

STRAFGESETZBUCH. 35. auflage. Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung von Hans-Heinrich Jescheck. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2000.

VIDAL, Hélvio Simões. *Convergência de normas e concurso de penas.* Mandamentos: Belo Horizonte, 2007.

Artigo recebido em: 03/12/2009
Artigo aprovado em: 28/04/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110006

OS EFEITOS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA IMPLEMENTADA NO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL NA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

ANA OLÍVIA FARIA ROSENBURG
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
anaolivia@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo a análise da recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 105.533/PR, que considerou autônomas as condutas previstas no art. 213 do Código Penal, alterado pela Lei nº 12.015/2009, para fins de aplicação da pena.

O paciente, condenado pelos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, cometidos contra a mesma vítima, levou à apreciação do Tribunal Superior, já na vigência da lei reformadora, a pretensão de aplicação da continuidade delitiva entre os delitos, em modificação à regra do cúmulo material imposta nas instâncias ordinárias.

A Lei nº 12.015/2009, dentre outras providências, unificou em um único tipo penal (art. 213 do Código Penal) os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor e revogou expressamente o art. 214 do Código Penal, que dispunha acerca desse último delito.

O novo tipo penal passou a prever, assim, o ato de constranger, mediante violência ou grave ameaça, a prática da conjunção carnal

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 198-209

(estupro) e a de outro ato libidinoso (atentado violento ao pudor), *in verbis*:

> Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> § 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

A alteração legislativa, ao proceder à unificação dos delitos originariamente autônomos em tipo único, inaugurou divergência no Superior Tribunal de Justiça, diante do posicionamento, propalado por alguns, de que a modificada tipificação encerraria um tipo penal misto alternativo. De acordo com esse entendimento, a prática de ambas as condutas previstas no art. 213 do Código Penal, em concurso, contra a mesma vítima, ensejaria apenação única. Para outros, a realização da conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, na mesma situação, implicaria incidência da regra da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), na esteira do que vinha sendo decidido antes da reforma.

Com efeito, anteriormente à vigência do novo art. 213 do Código Penal, aquele Tribunal, após um período de discussão quanto ao tema, firmou o entendimento de que os crimes de estupro e de

atentado violento ao pudor, quando cometidos em desfavor de um único sujeito passivo, em concurso, deveriam ser punidos isoladamente, incidindo, na fixação da reprimenda, a regra do cúmulo material (art. 69 do Código Penal).

E o fundamento utilizado para embasar essa compreensão advinha da diversidade entre os elementos objetivos dos delitos, ressalvadas as situações em que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, considerado como meramente preparatório (*praeludia coiti*), pudesse ser absorvido pelas condutas típicas relativas ao crime de estupro. Admitia-se, pois, excepcionalmente, a consunção do crime de atentado violento ao pudor pelo crime de estupro.

Com a revogação do art. 214 do Código Penal e a inclusão do seu conteúdo na norma penal que cuida do estupro, mantida, inclusive, a titulação anterior (estupro), reacendeu-se a discussão em relação à possibilidade de aplicação da continuidade delitiva nessas hipóteses, e foi iniciada uma outra, a partir da consideração de que a prática de ambos os crimes acarretaria apenação única, conforme demonstram os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.
>
> 2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio

da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei nº 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

(STJ, HC nº 167.517/SP, Sexta Turma, Relator: Haroldo Rodrigues, DJe 06/09/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INTEGRAM O TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRAÇÕES COMETIDAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/09. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificado que a pena-base no tocante ao crime de roubo agravado foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em circunstâncias que integram o tipo penal incriminador, de rigor a redução ao mínimo legal.

2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, unificaram-se as condutas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, do que resulta ser essa lei "plus douce", em relação ao Código Penal, a exigir retroatividade, para alcançar fatos passados, pondo fim ao dissídio doutrinário e jurisprudencial que se lavrava a respeito da possibilidade de continuação entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

3. Diante dessa nova situação jurídica, mais favorável ao paciente, e unificadas as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor, cabe redimensionar a pena privativa de liberdade imposta.

4. Ordem concedida para reduzir as penas ao total de catorze anos e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e vinte diárias, no unitário mínimo. (STJ, HC nº 129.398/RJ, Sexta Turma, Relator: Celso Limongi, DJe 14/06/2010).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, manifestou-se no sentido de admitir o cúmulo material das penas nesses casos, na trilha da compreensão adotada anteriormente à reforma legislativa, conforme se infere do voto proferido no julgamento do HC nº 105.533/PR, que é objeto do presente estudo.

2. Ementa

> HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DOS TIPOS PENAIS NA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPECTIVA CAUSA DE AUMENTO. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PROVA DOCUMENTAL. PRESCINDIBILIDADE. VÍNCULO DE PARENTESCO DEMONSTRADO POR MEIO DE OUTRAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez*, Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).
>
> 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.
>
> 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o

crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como *praeludia coiti* - e não o ato libidinoso autônomo.

4. A denúncia acostada aos autos descreve fato criminoso com todas as circunstâncias, satisfazendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, ela contém a exposição do fato normativamente descrito como criminoso (em tese, portanto), e a respectiva capitulação.

5. É cediço que eventual erro na capitulação dos fatos narrados na denúncia não tem o condão de eivar de inépcia a peça acusatória, porquanto o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia e não da qualificação jurídica atribuída pelo Ministério Público ao fato delituoso.

6. Na hipótese, a relação existente entre o ora Paciente e a mãe da pessoa vitimada, e consequentemente seu vínculo de parentesco com a vítima restou demonstrada por outros meios de prova: depoimento do vitimado, como é de praxe nos crimes desta natureza, e confissão do acusado. Não há que se exigir, portanto, prova documental.

7. Ordem denegada. (STJ, HC nº 105.533/PR, Quinta Turma, Relatora: Laurita Vaz, DJe 07/02/2011).

3. Comentários ao julgado

Segundo se extrai da ementa transcrita, são basicamente três os fundamentos adotados no julgado para determinar a incidência da regra do cúmulo material entre as condutas indicadas no art. 213 do Código Penal, quais sejam: a natureza jurídica da tipificação, a diversidade na maneira de execução e a diversidade na valoração qualitativa dos injustos. Vejamo-los de forma pormenorizada.

Inicialmente, tem-se que o novidadeiro dispositivo legal encerra um tipo penal misto cumulativo cujos atos ilícitos não são fungíveis entre si, ou seja, se o agente realiza o núcleo das condutas descritas no tipo penal, na aplicação da pena deverá ser realizada a soma das sanções, em cúmulo material (art. 69 do Código Penal). Assim, realizada a cópula vaginal e ato libidinoso diverso, diante da impossibilidade de se tomar uma conduta por outra, as penas fixadas isoladamente serão somadas ao final.

Elucidando o tema, para afastar a fungibilidade das condutas nessas hipóteses, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em outro *decisum*:

> CONTINUIDADE DELITIVA. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO. PUDOR. Trata-se, entre outras questões, de saber se, com o advento da Lei n. 12.015/2009, há continuidade delitiva entre os atos previstos antes separadamente nos tipos de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do mesmo *codex*), agora reunidos em uma única figura típica (arts. 213 e 217-A daquele código). Assim, entendeu o Min. Relator que primeiramente se deveria distinguir a natureza do novo tipo legal, se ele seria um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo. Asseverou que, na espécie, estaria caracterizado um tipo misto cumulativo quanto aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma única descrição típica. Logo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso de penetração (sexo oral ou anal, por exemplo). Seria inadmissível reconhecer a fungibilidade (característica dos tipos mistos alternativos) entre diversas formas de penetração. A fungibilidade poderá ocorrer entre os demais atos libidinosos que não a penetração, a depender do caso concreto. Afirmou ainda que, conforme a nova redação do tipo, o agente poderá praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Dessa forma, se praticar, por mais de uma vez, cópula vaginal, a depender do preenchimento dos requisitos do art. 71 ou do art. 71, parágrafo único, do CP, poderá, eventualmente, configurar-se continuidade. Ou então, se constranger vítima a mais de uma penetração (por exemplo, sexo anal duas vezes), de igual modo, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado. Contudo, se pratica uma penetração

> vaginal e outra anal, nesse caso, jamais será possível a caracterização de continuidade, assim como sucedia com o regramento anterior. É que a execução de uma forma nunca será similar à de outra, são condutas distintas. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, afastou a possibilidade de continuidade delitiva entre o delito de estupro em relação ao atentado violento ao pudor. (STJ, HC 104.724/MS, Quinta Turma, Relator: Felix Fischer, DJe 22/6/2010).

Situação diversa é a que ocorre nos tipos penais mistos alternativos, nos quais a realização de todas as condutas previstas no tipo penal é indiferente na fase de fixação da pena, não existindo o concurso de crimes nessas situações. A pena poderia ser agravada por conta das circunstâncias judiciais desfavoráveis, somente. Exemplo de um tipo misto alternativo seria o do crime previsto na Lei nº 11.343/2006, cujo art. 33 prevê as condutas de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O doutrinador Luiz Régis Prado (2002, p. 300) aponta a diferença entre os tipos penais citados, dando guarida ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Tipo simples/composto ou misto – O tipo simples compreende uma só ação e o tipo composto envolve uma pluralidade de ações. Exemplos: arts. 121, *caput*, (homicídio simples) e 122 (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio), CP, respectivamente.
>
> Esse último subdivide-se em:
>
> b.1) tipo misto alternativo – há uma fungibilidade (conteúdo variável) entre as condutas, sendo indiferente que se realizem uma ou mais, pois a unidade delitiva permanece inalterada. Exemplos: arts. 175 (fraude no comércio), 211 (destruição, subtração ou ocultação de cadáver), 233 (ato obsceno), CP.

> b.2) tipo misto cumulativo – não há fungibilidade entre as condutas, o que implica, em caso de se realizar mais de uma, a aplicação da regra cumulativa – concurso material. Exemplos: arts. 135 (omissão de socorro), 180 (receptação), 242 (parto suposto), 244 (abandono material) e 326 (violação de sigilo de proposta de concorrência), CP.

No mesmo sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 184):

> Tipo simples e tipo misto: o primeiro é composto de uma única conduta punível – via de regra, há um só verbo no tipo (ex.: art. 184, violar direito autoral); o segundo é constituído de mais de uma conduta punível – como regra, há mais de um verbo no tipo, dividindo-se em tipo misto alternativo, quando a prática de uma ou várias das condutas prevista no tipo levam à punição por um só delito (art. 271, corromper ou poluir água potável). Tanto faz que o agente corrompa (adultere) ou polua (suje) a água potável ou faça as duas condutas, pois haverá um só delito. A outra forma do tipo misto é o cumulativo, quando a prática de mais de uma conduta, prevista no tipo, indica a realização de mais de um crime, punidos em concurso material (ex.: art. 208, escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso). Nesse caso, se o agente escarnecer de alguém, impedir cerimônia religiosa e vilipendiar objeto de culto religioso, deve responder por três delitos.

Associada a esse fundamento está a questão do maior ou menor desvalor da conduta, como mencionado na ementa em estudo, na parte em que se refere ao aumento qualitativo do injusto. Não há como tomar uma conduta por outra, para implementar o tipo penal e a fixação de reprimenda única, diante da gravidade das condutas, que, por si só e isoladamente, já carregam a pecha da alta reprovabilidade.

Insta relevar, nesse ponto, que ambos os comportamentos descritos no art. 213 do Código Penal atentam contra a dignidade da pessoa humana,

> no particular aspecto da liberdade sexual, bem jurídico merecedor de tutela especial, ainda mais considerando-se a vulnerabilidade intrínseca das vítimas de crimes sexuais, independentemente de sua idade ou condição, indelevelmente estigmatizadas por conduta criminosa hedionda e merecedora de intensa reprovação social. (ANDREUCCI, 2010, p. 2).

Em relação ao caráter quantitativo e qualitativo do injusto, discorre Weinmann:

> A ilicitude é uma contradição que se estabelece entre conduta e a norma jurídica; o injusto é a valoração antijurídica que se agrega à conduta ilícita. Assim, o injusto, algo que a sociedade reconhece como aquilo que não se deva fazer, envolve, em seu espaço de existência, toda e qualquer ação típica e ilícita, inclusive aquela que venha a não ser culpável, dada a sua pouca significação para o direito penal. A distinção entre os dois conceitos tão próximos se justifica na medida em que o injusto possui qualidade e quantidade, mas a ilicitude é sempre a mesma. [...]O ato injusto condenado pelo corpo social traz em si uma carga de polaridade variável, quer dizer, alguns atos são mais injustos, outros são menos. (WEINMANN, 2004, p. 141).

No tocante à maneira de execução, antes mesmo da reforma legislativa, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado posicionamento no sentido de considerar que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, afastando a homogeneidade das condutas para fins de incidência da regra da continuidade delitiva. E é o que foi mantido, ressalvados, também como antes, os atos preparatórios à cópula vaginal, que podem ser absorvidos, dependendo da situação. Conforme consta do corpo do *decisum* em análise, "a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como *praeludia coiti* - e não o ato libidinoso autônomo".

4. Conclusão

O julgado em estudo pretende demonstrar que a fusão do ato de "ter conjunção carnal" e o de "praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" num tipo único penal (art. 213 do Código Penal) não alterou a autonomia dos delitos, anteriormente previstos, respectivamente, como estupro e atentado violento ao pudor, para fins de aplicação da pena.

Por isso, quando as condutas forem praticadas contra a mesma vítima, as penas deverão ser somadas, nos termos do art. 69 do Código Penal, vedada, ademais, a aplicação da continuidade delitiva, como já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao implemento da reforma legislativa, excetuados os atos meramente preparatórios à cópula, por ela subsumidos, em análise ao caso concreto.

Somente o tempo indicará se a compreensão exposta no *decisum* prevalecerá no Superior Tribunal de Justiça.

5. Referências bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Crime de estupro: tipo misto cumulativo. 2010. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2010/crime_estupro.doc>. Acesso em: 31 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 105.533/PR, Quinta Turma. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=nullprocesso=105533b=ACORDOC1>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 167.517/SP, Sexta Turma. Relator: Haroldo Rodrigues. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jspDOC1>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 129.398/RJ, Sexta Turma. Relator: Celso Limongi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 104.724/MS, Quinta Turma. Relator: Felix Fischer. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>. Acesso em: 4 abr. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria do Advogado, 2004.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110007

4

Direito Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 213-234

OS DIREITOS DOS "FILHOS DE CRIAÇÃO"

THE RIGHTS OF FOSTER CHILDREN

NIDIANE MORAES SILVANO ANDRADE
Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
nidiane@mp.mg.gov.br

RESUMO: A igualdade entre filhos biológicos e adotivos e o direito à convivência familiar e comunitária estão diretamente relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático brasileiro. Tais conceitos devem ser entendidos amplamente, garantindo-se assim aos "filhos de criação" o reconhecimento jurídico de sua identidade afetiva e todos os demais direitos, inclusive hereditários. Promotores de Justiça, Juízes da Infância e Juventude, Conselheiros Tutelares e toda a rede de atendimento precisam agir de forma articulada para detectar precocemente os acolhimentos voluntários ilegais e evitar a permanência de crianças na condição de "filhos de criação". Nos casos já consolidados, o objetivo deve ser regularizar juridicamente a condição de filho adotivo, ainda que tal providência se faça contra a vontade dos "pais de criação", promovendo a responsabilização civil e penal cabível se for constatado o descumprimento dos deveres legais inerentes ao poder familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação; socioafetividade; igualdade; adoção; criação.

ABSTRACT: Equality amongst biological and adoptive children and the right to have a healthy community and family life are directly related to the protection of human dignity, a core fundament of the Brazilian Democratic State. Such concepts must be widely understood in order to guarantee that adopted children have juridical acknowledgement of their affective identity and all further rights, including inheritance ones. Public Prosecutors, Judges specialized in Children and Adolescents, Guardianship Councils and the whole care net must act in an articulated way to detect early illegal voluntary off the record adoption and avoid the upbringing of children in families without adoption (known as "foster child"). In concrete cases in which this situation is already a reality, the objective is to legalize the condition of adopted child, even if this is against the will of the "parents" (known as "foster father"), promoting civil and criminal liability if it is verified that the legal duties of family power are not fulfilled.

KEY WORDS: Affiliation; socio affectivity; equality; adoption; Guardianship Council.

SUMÁRIO: 1. A família e a filiação na Constituição de 1988 e no ECA. 2. O direito à convivência familiar e comunitária. 3. Adoção formal e os "filhos de criação". 4. Os direitos dos "filhos de criação". 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. A família e a filiação na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A Constituição Federal confere especial proteção à família, tratando em seu capítulo VII "Da Família, da Criança e do Adolescente e Do Idoso". O artigo 226 classifica ainda a família como a "base da sociedade".

Discorrendo sobre o conceito de sociedade, Bonavides destaca que, para Bobbio, ela tanto pode aparecer em oposição ao Estado como debaixo de sua égide: "Conjunto de relações humanas

intersubjetivas, anteriores, exteriores e contrárias ao Estado ou sujeitas a este".[1]

As relações sociais como um todo, em especial as relações de poder, são regidas por princípios e normas constitucionais, o que também ocorre com a entidade familiar, como unidade social base no Estado brasileiro. Daí ser possível afirmar que a especial proteção do Estado é conferida à família enquanto espaço de cuidado e proteção entre seus próprios membros, visando a dignidade da pessoa humana, a promoção da cidadania, o respeito à diversidade sem preconceito e discriminação, o desenvolvimento de valores como justiça, solidariedade e liberdade (artigos 1º e 3º da CF e seus incisos).

Não por outro motivo o capítulo VII da CF incluiu expressamente a proteção à criança e ao adolescente e à pessoa idosa, destacando o direito à dignidade para todos os componentes da família: a) o casal no artigo 226, § 7º; b) a criança e o adolescente no artigo 227; c) o idoso no artigo 230.

Irreparável, portanto, o posicionamento de Tepedino a respeito da proteção constitucional conferida à família:

> À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. (TEPEDINO, 2004, p. 372-373).

Ao tratar da composição familiar, o texto constitucional enfatiza a relação parental filial, rompendo dessa maneira com o padrão tradicionalmente conhecido de grupo composto por pai, mãe

[1] BONAVIDES, 2000, p. 61.

(casados) e seus filhos.[2]

O mesmo ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu art. 25 define como família natural "a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes". Além disso, a Lei nº 12.010/2009, acrescentando parágrafo único ao artigo 25, inseriu na legislação brasileira o conceito já tão difundido socialmente de família ampliada ou extensa:

> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Em face dos dispositivos supramencionados, o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária aprovado por Resolução Conjunta do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) nº 1, de 13 de dezembro de 2006, aponta a necessidade de reconhecer a diversidade das organizações familiares no contexto atual, conferindo maior relevância à função de proteção e socialização dos filhos biológicos e/ou adotivos em condições de igualdade:

> A ênfase no vínculo de parentalidade/filiação, respeita a igualdade de direitos dos filhos, independentemente de sua condição de nascimento, imprimindo grande flexibilidade na compreensão do que é a instituição familiar, pelo menos no que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes. Torna-se necessário desmistificar a idealização de uma dada estrutura familiar como sendo a 'natural', abrindo-se caminho para o reconhecimento da diversidade das organizações familiares no contexto histórico, social e cultural. Ou seja, não se trata mais de conceber

[2] "§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

> um modelo ideal de família, devendo-se ultrapassar a ênfase na estrutura familiar para enfatizar a capacidade da família de, em uma diversidade de arranjos, exercer a função de proteção e socialização de suas crianças e adolescentes.

De fato, a Carta Magna veda a distinção entre os filhos biológicos e os adotivos, assegurando a todos os mesmos direitos:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...]
>
> § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Antes de tecer maiores considerações a respeito do dispositivo, vale lembrar que as normas constitucionais possuem diretrizes peculiares de hermenêutica e interpretação. Primeiramente não podem ser interpretadas com base na legislação ordinária, ou seja, de baixo para cima, pois a supremacia da Constituição é o principal fio condutor do processo. Conforme leciona Barroso: "A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional". (BARROSO, 2004, p. 107).

Sobre o risco da interpretação da Constituição de acordo com as leis infraconstitucionais, alerta J. J. Gomes Canotilho:

> [...] A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. [...] Em terceiro lugar, não

> deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional,* quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. [...] (CANOTILHO, 2000, p. 1196).

A linguagem constitucional é própria, ou seja, os termos empregados possuem um caráter amplo, que, como bem comentou Celso Bastos, "mui raramente se apresentam como enunciados particularizados".[3]

Finalmente, a interpretação de uma norma constitucional deve conferir-lhe a máxima efetividade, sob pena do indevido esvaziamento do seu conteúdo.

No contexto de especial proteção estatal fundada na dignidade da pessoa humana acima delineado, o dispositivo constitucional que assegura a igualdade de direitos entre os filhos não se limita aos casos de adoção formal, feita de acordo com o ECA e o Código Civil, mediante sentença transitada em julgado. É correto afirmar que a Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, protege também os "filhos de criação" e aqueles adotados "à brasileira".

2. O direito à convivência familiar e comunitária

O direito à convivência familiar e comunitária, além de possuir sede constitucional (art. 227), é reafirmado no artigo 4º e mereceu abordagem detalhada no capítulo III do Título II do ECA. Em virtude da importância da convivência familiar e comunitária para o saudável desenvolvimento da criança e do adolescente, o assunto é tratado em vários outros dispositivos do Estatuto, os quais foram reforçados com as modificações recentemente introduzidas pela Lei nº 12.010/2009.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/09/1989 e ratificada

[3] BASTOS, 1999, p. 59.

pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, assegura à criança e ao adolescente o direito à identidade, incluindo o nome e as relações familiares:

> *Artigo 8* 1. Os Estados Partes se comprometem *a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade,* inclusive a nacionalidade, *o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.* (grifo nosso).
>
> 2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

A Lei nº 2.010/2009, reforçando a importância de buscar-se prioritariamente a manutenção da criança e do adolescente em sua família de origem, acrescentou os parágrafos 1º a 3º ao artigo 19 do ECA, estabelecendo que a manutenção em programa de acolhimento institucional não deve se prolongar além de dois anos e que "A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio".

O artigo 19 do ECA não deixa dúvidas de que o direito à convivência familiar é verdadeiro direito a ter uma família, ou melhor, ser membro integrante de uma família natural ou substituta, não sendo suficiente estar inserido em um contexto familiar. Nesse mesmo sentido o inciso X do parágrafo único acrescentado pela Lei nº 12.010 no artigo 100 introduziu como princípio que rege a aplicação de medidas protetoras a prevalência da família:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
>
> [...]
>
> X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

A Declaração dos Direitos da Criança aprovada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 já destacava em seu princípio sexto a importância de a criança ser criada em um ambiente de afeto e segurança moral e material, naturalmente fazendo referência à família de origem ou à família substituta que passe a integrar:

> Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

É realmente a família o núcleo de afeto e segurança no qual o ser humano se desenvolve. Tendo como referência os demais membros daquele grupo ao qual pertence e no qual desempenha

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 213-234

um papel relevante, a criança pode formar sua própria identidade e gradativamente, na medida em que cresce e amadurece, assumir novos papéis sociais, na escola, no trabalho, em suas relações afetivo-sexuais, na política etc. Nessa trajetória, a retaguarda familiar será importante para estimular a autoconfiança e a capacidade de superação das possíveis frustrações e perdas. Em qualquer fase de sua vida adulta, as experiências vividas na infância e na adolescência no âmbito familiar exercerão significativa influência.

Para Winnicott a família é o melhor grupo para o desenvolvimento da criança e do adolescente, desde que a convivência seja saudável e garanta esta possibilidade:

> [...] o indivíduo encontre e estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade – um membro ativo e criativo, sem perder sua espontaneidade pessoal nem desfazer-se daquele sentido de liberdade que, na boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo. (WINNICOTT, 2005, p. 40).

O ordenamento jurídico delineia as obrigações e os cuidados atribuídos aos pais em relação aos seus filhos, bem como as hipóteses de perda do poder familiar (Código Civil):

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I – dirigir-lhes a criação e educação;
>
> II – tê-los em sua companhia e guarda;
>
> [...]
>
> V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> [...]

> VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I – castigar imoderadamente o filho;
>
> II – deixar o filho em abandono;
>
> III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prescreve:

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
>
> Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.
>
> Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Desrespeitados sistematicamente os parâmetros transcritos acima, quando a manutenção da criança ou do adolescente na família de origem (ou sua restituição a este núcleo) se tornar impossível, evidentemente será necessário assegurar-lhe um espaço de proteção provisório até a integração a uma família substituta, função essa desempenhada pelos programas de acolhimento institucional (casas-lares, abrigos, repúblicas) ou familiar (famílias acolhedoras). Nesses casos o papel do Estado e das políticas públicas desenvolvidas é

imprescindível, pois o rompimento dos vínculos de origem não pode ser feito sem um simultâneo trabalho profissional de qualidade para minimizar os efeitos negativos dessa situação, como bem destacado no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária:

> Assim, quando a separação é inevitável, cuidados alternativos de qualidade e condizentes com suas necessidades devem ser administrados, até que o objetivo de integração à família (de origem ou substituta) seja alcançado, garantindo-se a provisoriedade da medida de abrigo. (ECA, art. 101, parágrafo único).

Inadmissível, portanto, que a criança ou o adolescente privados da convivência com sua família de origem, nuclear ou extensa, sejam inseridos em unidades de abrigo, famílias acolhedoras, as quais não se confundem com famílias substitutas, sem que sejam feitas intervenções profissionais visando minimizar o sofrimento, resgatar a autoestima, desenvolver a autonomia e prepará-los para serem incluídos em um novo lar.

3. A adoção formal e os "filhos de criação"

As inúmeras normas que disciplinam a adoção formal e estabelecem requisitos específicos para autorizá-la possuem a clara função de proteger a criança e o adolescente, resguardando seus interesses. Embora o vínculo da adoção seja indissolúvel, o prejuízo que a rejeição ou um ambiente impróprio, instável, violento ou promíscuo podem causar ao indivíduo em desenvolvimento já afastado da família biológica é incalculável.

Com efeito, o princípio do melhor interesse da criança orienta toda a atuação administrativa, legislativa e judicial na área e encontra respaldo na Declaração dos Direitos da Criança e no artigo 3 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:

> PRINCÍPIO 2º
>
> A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de

> lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.
>
> ARTIGO 3
>
> 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
>
> 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

No ECA podemos encontrar o princípio do melhor interesse expressamente no artigo 43, que trata da adoção e no artigo 100, inciso IV, a respeito das medidas de proteção (acrescentado pela Lei nº 12.010/2009):

> Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.
>
> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> [...] IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Sobre a repercussão do princípio na atuação das autoridades envolvidas, transcrevemos os comentários de Andréa Rodrigues Amin:

> Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.
>
> Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. (AMIN; MACIEL, 2006, p. 31).

Tamanha é a importância de garantir a adequada avaliação da capacidade e do preparo dos candidatos a adotantes para exercerem a paternidade e a maternidade responsáveis que o artigo 197-C do ECA passou a exigir a intervenção obrigatória de equipe interprofissional do Poder Judiciário na fase de habilitação de pretendentes. Mantém-se ainda o estágio de convivência previsto no artigo 46, a ser acompanhado com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar.

A relação entre filhos e pais adotivos (de fato ou de direito) deve ser de amor, acolhimento, afeto e confiança, jamais de piedade ou compensação. Aos pais incumbe destinar-lhes tratamento estritamente igual ao de seus filhos biológicos, visto que a legislação lhes garante iguais direitos, inclusive sucessórios, como bem ensina Liberati:

> A adoção não se faz por obra de caridade, nem por compaixão da criança ou do adolescente. Adoção não é 'estepe' de família falida, tampouco panacéia para as feridas familiares. Não se presta para aliviar a solidão do casal nem para dar companhia ao filho único; não consola a família quando falece um filho; não transfere a afetividade daquele que faleceu para aquele que foi adotado, pois isso é prejudicial para ele que se vê em segundo lugar no coração da 'mãe'. (LIBERATI, 2003).

Todas as cautelas, planejamento e profissionalização do processo de adoção objetivam detectar e avaliar as motivações dos adotantes e prepará-los para receberem o adotando, evitando o insucesso

do acolhimento e a "revitimização" que pode ocorrer de inúmeras formas.

Nesse contexto constitucional e legal, não há mais espaço para a figura do "filho de criação", via de regra um recém-nascido que os pais afetivos acolhem, porém ocultam do Conselho Tutelar, do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito sob a falsa alegação de estarem agindo humanitariamente. Contentes com a chegada de um bebê ou de uma criança em tenra idade, a qual preenche um espaço vazio, seja ele qual for, os "pais de criação" assumem voluntariamente o papel de referência parental dos "filhos de criação", evitando propositalmente qualquer contato da criança com a família biológica.

Acreditando praticar um gesto de "caridade" em relação àquela criança, perseveram na decisão de acolhê-la enquanto ela se mostrar dócil e apta a proporcionar-lhes alegria e satisfação, mas muitos descartam a criança que se tornou adolescente e em determinado momento tornou-se motivo de tormentos e desgosto.

Inaceitável também que continuem existindo os "irmãos de criação", os quais muitas vezes dedicam boa parte de suas vidas aos cuidados com os pais idosos, incapacitados, acamados, sem nunca terem recebido destes tratamento igual ao dispensado aos filhos biológicos, atitude que se consuma no momento do inventário e da partilha, nos quais nem sequer são lembrados.

Trata-se de uma prática ainda muito comum na sociedade brasileira, que precisa ser combatida com seriedade, pois muitos são os "filhos de criação" sem chances de ser adotados ou reintegrados às suas famílias biológicas, rejeitados pelos "pais de criação", os quais chegam até mesmo a abandoná-los nas ruas à própria sorte.

Assim, faz-se necessário assegurar os direitos dos "filhos de criação", minimizando o quanto possível os danos causados à formação da identidade e à construção do projeto de vida de cada um deles.

Não cabe aqui discutir os efeitos que o acolhimento despreparado, feito por "pais de criação" inseguros e voltados para a satisfação

de suas próprias necessidades, pode causar à formação de uma criança. Não devemos olvidar, porém, que esse é também um "tabu" a ser superado com argumentos técnicos, subsidiando um trabalho urgente de conscientização social sobre o papel da Justiça da Infância e Juventude e de toda a rede de atendimento em proteção das crianças abandonadas, mesmo daquelas acolhidas voluntariamente por uma "boa alma".

4. Os direitos dos "filhos de criação"

Os Tribunais pátrios têm reconhecido o valor jurídico do afeto, embora sejam mais frequentes os casos de paternidade socioafetiva do que de maternidade:

> ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO AFETIVA. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. SEGREDO DE JUSTIÇA (TJ/RS, Apelação Cível n. 70012613139, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, julgado em 16/11/2005).

> APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. Não restou demonstrada a alegação de erro substancial no momento em que a paternidade foi registrada. Ademais, com o tempo, restou configurada a paternidade socioafetiva, que prevalece mesmo na ausência de vínculo biológico. Descabe alterar o valor dos alimentos quando não demonstrada a alegada impossibilidade do alimentante em suportá-los. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ/RS, Apelação Cível n. 70012504874, Oitava Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, julgado em 20/10/2005).

Em ação que versava sobre direitos sucessórios, o Desembargador Rui Portanova do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destacou

a importância da relação socioafetiva como geradora de efeitos jurídicos:

> [...] Logo, a paternidade socioafetiva é aquela relação entre pai e filho que ao longo do tempo vai criando raízes a ponto de – apesar da verdade biológica – fazer criar uma outra verdade social que o Poder Judiciário não pode ficar alheio, uma vez que diz respeito à própria dignidade da pessoa humana, princípio maior que norteia todo o sistema normativo.[...] TJ/RS, Embargos Infringentes n. 70011650108, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 12/08/2005.

Para o reconhecimento da posse do estado de filiação, não há regulamentação explícita infraconstitucional em nosso ordenamento, porém cabe aqui citar o artigo 311-2 do Código Civil francês, que apresenta as seguintes espécies de presunção de estado de filiação, dispensando a reunião delas:

> a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais;
>
> b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;
>
> c) quando os pais provêem sua educação e seu sustento;
>
> d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
>
> e) quando a autoridade pública o considere como tal.

Destaca Paulo Luiz Netto Lôbo que na experiência brasileira configuram posse de estado de filiação a adoção de fato, em que muitas vezes se converte a guarda, os filhos de criação e a chamada "adoção à brasileira".[4] E acrescenta:

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:* uma distinção necessária. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>. Acesso em: 21 fev. 2011.

> O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa [...].
>
> [...]
>
> O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Ainda que ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Assim, para abranger todo o universo de situações existenciais reconhecidas pelo direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

É notório que a adoção formal se processa perante o Juiz de Direito e que existem filas de espera para receber uma criança. Assim, uma pessoa por sua própria vontade não pode se eximir de observar tais formalidades e futuramente abandonar uma criança ou um adolescente que acolheu e criou como filho(a), esquivando-se das responsabilidades que assumiu.

Agindo dessa maneira, essas pessoas driblam toda a organização do Poder Judiciário e impedem que um casal determinado a adotar formalmente proporcione à criança um lar seguro e definitivo. Posteriormente, na adolescência, quando surgem muitas dificuldades e problemas e as chances de colocação em outra família substituta sob a forma de adoção assistida pelo Poder Judiciário são pequenas, muitos argumentam sem nenhum pudor que não são os pais daquele menor, que os verdadeiros genitores o abandonaram, razão pela qual apenas fizeram uma "caridade".

O artigo 243 do Código de Processo Civil prevê que a parte que deixou de observar determinada forma prescrita em lei, sob pena de nulidade, não pode alegá-la:

> Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Embora seja um dispositivo inserto na lei processual civil, não temos dúvida de que deve ser aplicado nos casos dos "filhos de criação".

Insta ressaltar que os "pais de criação" aos quais nos referimos são aqueles que não possuem nenhuma relação de parentesco com o menor e o acolhem agindo em seu próprio benefício, visando preencher um espaço no qual um bebê ou uma criança se encaixa.

Do mesmo modo como ocorre com os pais biológicos, certamente é impossível compelir os "pais de criação" a proverem aos filhos carinho, afeto e proteção, porém pode-se compeli-los a prover pelo menos a subsistência deles até a maioridade. Ademais, com o reconhecimento do Estado de Filiação os "pais" omissos passarão a responder pelos crimes contra a assistência familiar previstos no Código Penal, artigos 244 (abandono material), 245 (entrega de filho menor a pessoa inidônea), 246 e 247 (abandono intelectual).

Respaldar em definitivo os direitos dos "filhos de criação", responsabilizando os pais afetivos, também é uma forma de evitar que inúmeras crianças e adolescentes sejam mantidos por anos a fio em situação de risco, sem responsável legal juridicamente definido, sem o conhecimento da rede de atendimento e proteção à criança e ao adolescente, por pessoas que não estão dispostas a adotá-los formalmente.

Os "filhos de criação" têm o direito de ver sua situação jurídica regularizada, sob pena de continuarem sendo pessoas sem identidade e ascendência, abandonadas pelos pais biológicos, pelos pais afetivos e também pelo Estado em seu dever de proteção.

Não há nenhuma base legal em nosso ordenamento jurídico para impedir o reconhecimento da posse do estado de filiação e a inclusão do nome dos pais afetivos no registro de nascimento dos "filhos de criação". Negar esse direito equivaleria a afirmar que o ordenamento jurídico quer proteger adultos civilmente capazes de uma criança ou adolescente que no futuro possa apresentar problemas de comportamento graves ou assegurar o direito patrimonial de possíveis herdeiros consanguíneos em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Logicamente isso não impedirá que o Poder Judiciário conceda a guarda de determinadas crianças e adolescentes a pessoas da família extensa ou ligadas fortemente a esse grupo, sempre que considerar que a preservação dos laços com a família de origem bem como a manutenção do vínculo de filiação com os genitores biológicos melhor atendem aos interesses do menor em questão. Uma vez preservada a identidade biológica e afetiva, a história de vida e familiar original, orientados os guardiões a esse respeito, ainda que a criança ou o adolescente estejam inseridos em uma família substituta, não serão considerados "filhos de criação".

Pelas mesmas razões, é preciso atenção com os pedidos de guarda judicialmente formulados quando se percebe que o vínculo com a família de origem não pode ou não deve ser preservado ou restabelecido, detectando-se até mesmo a necessidade de um trabalho técnico para a superação dos traumas e memórias decorrentes da violência e do abandono infligidos pelos pais biológicos. Esses candidatos a guardiões se apresentam com o nítido intuito de proporcionar um novo lar às crianças que já acolheram, colocando-se de modo a ocupar o lugar dos pais biológicos, estimulando a criança ao tratamento materno ou paterno filial. Em tais casos, não se pode falar em simples guarda, mas sim em adoção.

Incumbe à equipe técnica do Poder Judiciário, ao Promotor de Justiça e ao Juiz de Direito verificarem se o pedido de guarda é apropriado porque formulado por membro da família extensa, ou alguém muito próximo que proporcionará àquela criança a manutenção dos vínculos familiares; caso contrário haverá uma típica circunstância de abandono em que a busca pela colocação em família substituta sob a forma de adoção é obrigatória. Nesse sentido o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária:

> Toda criança e adolescente cujos pais são falecidos, desconhecidos ou foram destituídos do poder familiar têm o direito a crescer e se desenvolver em uma família substituta e, para estes casos, deve ser priorizada a adoção que lhes atribui a condição de filho e a integração a uma família definitiva. (PNCFC).

5. Conclusão

As redes de atendimento enfrentam o grande desafio de promover a manutenção de crianças e adolescentes em suas famílias de origem, realizando intervenções técnicas para orientar e auxiliar pais e família extensa a exercerem o cuidado e a autoridade, bem como expressarem o afeto. Em um segundo momento, o desafio é conseguir encaminhar uma criança maior de três anos ou um adolescente para família substituta.

Nesse cenário os "filhos de criação" merecem atenção especial, razão pela qual se conclui pela necessidade de providências para coibir a prática da adoção informal na sociedade, bem como assegurar a crianças e adolescentes nessas condições o reconhecimento jurídico de sua identidade afetiva, promovendo-se concomitantemente a aplicação das medidas protetivas cabíveis. Se porventura identificar crianças e adolescentes rejeitados pelas mães e pais "de criação", incumbirá ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude promover a coleta das provas necessárias para demonstrar a posse do "estado de filiação" e ajuizar as ações próprias para incluir o nome dos "pais de criação" nos registros de nascimento, além de outras medidas de responsabilização cível e penal pelo abandono.

A abordagem técnica da família afetiva nos termos expostos possivelmente adquirirá maiores chances de sucesso, uma vez que os "pais de criação" não poderão mais se escusar de suas responsabilidades perante a lei, ficando sujeitos a responder a processos por abandono, além de serem compelidos ao pagamento de pensão alimentícia.

Simultaneamente, em defesa do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes mediante o combate à adoção apenas de fato, Promotores de Justiça e Juízes de Direito atuantes em Varas de Família precisam analisar com especial atenção os pedidos de guarda ajuizados por pessoas que não pertencem à família extensa das crianças, principalmente quando a inicial narrar o abandono e a desvinculação com os pais biológicos, promovendo a remessa do feito à Vara da Infância e Juventude em razão da situação de risco evidenciada.

Em seguida, com auxílio da equipe interdisciplinar do Poder Judiciário, deve ser feita a correta condução do processo com vistas a regularizar em definitivo a situação jurídica da criança, não permitindo a permanência dela em família despreparada para adotá-la, exceto nos casos extremos em que os relatórios interdisciplinares indicarem ser o deferimento apenas da guarda mais apropriado do que a colocação em família cadastrada para a adoção.

Fundamental também que sejam estabelecidas parcerias com o Conselho Tutelar, Unidades de Saúde da Família, Centros de Educação Infantil e outros visando identificar o mais precocemente possível a existência de crianças abandonadas pelos pais biológicos, acolhidas voluntariamente sem as providências formais para a adoção, sensibilizando a opinião pública sobre a necessidade de extirpar a prática dessa informalidade.

6. Referências bobliográficas

AMIN, Andréa Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 59.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 10 .ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Nacional de Assistência Social. Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária. Brasília/DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 13 dezembro de 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 2000. p. 1196.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção*: adoção internacional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>. Acesso em: 21 fev. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 272-273.

WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40.

Artigo recebido em: 29/05/2010
Artigo aprovado em: 11/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110008

UNIÃO HOMOAFETIVA: NOVO MODELO DE ENTIDADE FAMILIAR

BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
bpaiva@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar que a união homoafetiva deve ser considerada um novo modelo de entidade familiar.

A legislação de regência, os ensinamentos doutrinários, assim como os recentes entendimentos dos tribunais serão as ferramentas utilizadas para o desenvolvimento do assunto proposto.

O subtítulo inicial abordará as características relacionadas à concepção moderna de família.

O tópico seguinte irá cuidar dos núcleos familiares contemplados pelo direito brasileiro. Almeja-se confirmar a tese de que o rol estabelecido no art. 226 da Carta Magna é apenas exemplificativo.

Num terceiro momento, a união homoerótica será avaliada à luz da ordem constitucional vigente, cabendo ao Poder Estatal, nesse contexto, tutelar tal forma de convívio por força da consolidação da sociedade pluralista.

Destacam-se, no quarto capítulo, os efeitos jurídicos que decorrem da união afetiva homossexual. Denota-se que eles são adequados,

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 236-255

somente se a aludida união for reconhecida como unidade familiar. Por outra banda, se a relação entre pessoas do mesmo sexo constitui sociedade de fato, suas consequências são restritas.

Uma vez que não existe no Brasil legislação sobre o tema, o magistrado precisa estar atento aos instrumentos de que dispõe para dirimir as questões homoafetivas. Essa é a discussão central do quinto item.

No último tópico, o estudo será permeado por interpretações jurisprudenciais que conferem aplicabilidade à matéria.

2. Definição moderna de família

O conceito de família passou por algumas mudanças ao longo dos anos. A estrutura alicerçada no casamento, composta pelo pai, mãe e filhos, não é mais a única forma de convivência admitida na sociedade hodierna.

Outros modelos familiares saltam aos olhos e merecem ser respeitados, haja vista que os objetivos de qualquer família são idênticos, ou seja, a procura da felicidade, bem como a realização pessoal de cada um de seus integrantes.

De acordo com os ensinamentos da jurista Lidiane Duarte Horsth, a família moderna há de ser encarada como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal de sua manutenção a existência do amor e do afeto entre seus membros, devendo haver, ainda, comunhão de interesses e planos comuns (HORSTH, 2007, p. 232).

Noutro vértice, registra-se que a organização familiar precede ao Direito, sendo certo que, para ser reconhecida, não necessita estar atrelada às ideologias consagradas em determinado momento histórico.

A evolução da família independe de atualizações jurídicas. Não podem ser marginalizados certos tipos familiares simplesmente porque não há normas de proteção a eles direcionadas.

Destarte, levando-se em consideração os aspectos culturais e afetivos, assevera-se que todas as unidades familiares devem ser açambarcadas pela ciência jurídica, mormente pela preterição de alguns elementos tradicionais face à nova realidade social.

3. Entidades familiares no direito brasileiro

O texto constitucional pátrio instituiu três modelos de entidades familiares, *in verbis*:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 2008).

O Código Civil de 2002, no livro destinado ao Direito de Família, assim preconiza:

> Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
>
> Art. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
>
> Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Com base nos dispositivos supramencionados, insta salientar que foram positivadas certas categorias de entidades familiares, quais

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 236-255

sejam: o casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Embora somente tais famílias tenham sido eleitas pelo legislador brasileiro, não podem ficar afastados desse universo, por exemplo, os irmãos que vivem juntos sem a presença dos ascendentes e as uniões homoeróticas.

A lógica do sistema jurídico conduz à conclusão de que a enumeração exarada no art. 226 da Constituição da República é meramente exemplificativa. A diferença de sexo e a reprodução biológica não são requisitos indispensáveis para a constituição de família.

Nesse ambiente, aduz Maria Berenice Dias:

> A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal [...]. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. (DIAS, 2001, p. 102).

Paulo Luiz Netto Lobo entende que o rol estabelecido na norma constitucional não é taxativo, a saber:

> A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto. (LÔBO, 2002).

Desse modo, caso fossem tuteladas pelo poder público apenas as modalidades estabelecidas expressamente no ordenamento jurídico, seriam discriminadas, injustificadamente, outras relações familiares, o que não coaduna com o Estado de Direito.

4. A união homoafetiva como novo modelo de família à luz da ordem constitucional vigente

Alguns estudiosos da matéria, em vez de inserirem as uniões homossexuais no universo do Direito de Família, as situam no âmbito do Direito Obrigacional, o que não parece ser o entendimento mais acertado, em razão do espírito constitucional que rechaça distinções desarrazoadas.

Sabe-se que o preâmbulo da Constituição de 1988 há de ser visto como um elemento de integração e interpretação dos artigos que o seguem. Ademais, mesmo não sendo considerado norma constitucional, demonstra as vontades políticas e ideológicas do Estado. O texto preambular da Constituição Republicana tem por escopos, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Gize-se que os efeitos jurídicos decorrentes da união homoafetiva precisam estar em sintonia não só com o preâmbulo, mas também com as diretrizes constitucionais que sustentam as ações estatais.

O fundamento da dignidade da pessoa humana, bem definido por Alexandre de Moraes, imprescindível à manutenção da ordem social, carece ser invocado no intuito de conferir proteção ao relacionamento afetivo homossexual.

> [...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limi-

> tações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (MORAES, 2006, p. 16).

Além disso, se a República Federativa do Brasil preza pela isonomia, liberdade e promoção do bem comum, sem discriminações de qualquer natureza, não é admissível excluir as uniões homoeróticas do campo de ação do Direito Familiar.

Pactuar com a ideia de que pessoas do mesmo sexo não podem constituir família é o mesmo que negar efetividade aos postulados basilares da democracia.

Recentes julgados reforçam os argumentos acima delineados:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO FORMADA POR CASAIS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. CONSTITUIÇÃO PROÍBE QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO. CONFLITO PROCEDENTE. É competente o Juízo de Direito da 1.ª Vara de Família da Capital para julgar ação declaratória de união formada por casais do mesmo sexo, por ser incabível em nossa Carta Magna qualquer forma de discriminação. TJMS - Confl. Comp. 2007.030521-7/0000-00; 3.ª Turma Cív. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (MATO GROSSO DO SUL, 2007).

> APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - UNIÃO HOMOAFETIVA - RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA - PRECEDENTES - APELO E REEXAME NECESSÁRIO INACOLHIDOS. Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário oferecer proteção jurídica às situações oriundas de união homoafetiva, através de uma interpretação sistemática, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio à discriminação. 'Como direito e garantia fundamental, dispõe a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o *caput* do art. 5º Conforme o ensinamento mais básico de Direito Constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no art. 226 § 3º, que prevê o reconhecimento da união estável entre homem e a mulher...' TJSC – AC 2007.021488-2, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho (SANTA CATARINA, 2007).

> HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. TJRS – AC 598362655, 8.ª Câmara Cív. Rel. Des. José S. Trindade (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Portanto, como se nota, as uniões homoafetivas não podem ficar distantes do Direito de Família, sob pena de haver o cerceamento de direitos à determinada parcela social, mediante a violação de princípios fundamentais, sendo que essa limitação não foi desejada pela Constituição Cidadã.

5. Efeitos jurídicos decorrentes da união homoerótica

Muito se discute no mundo jurídico acerca da natureza da união homossexual.

Os jurisconsultos conservadores opinam no sentido de que ela está conectada ao direito das obrigações e configura sociedade de fato, acarretando, dessa maneira, a partilha de bens efetivada proporcionalmente ao esforço empregado por cada parceiro na aquisição do acervo patrimonial.

As decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de Santa Catarina ilustram esse pensamento, senão vejamos:

> Processo civil. Relação homoafetiva. Pedido de reconhecimento e dissolução. Natureza obrigacional. Juízo de Vara de Família. Falta de competência. O Juízo de Vara de Família não é competente para o processamento e julgamento de pedido de reconhe-

cimento e dissolução de relação homoafetiva. O art. 9º da Lei nº 9.278/96, ao fixar a competência do juízo de Vara de Família para as matérias relativas à união estável, restringiu-se aos casos da entidade familiar descrita no seu art. 1º, sem abranger as relações entre pessoas do mesmo sexo e seu reconhecimento para efeitos obrigacionais. De ofício, anularam a decisão. Processo nº 1.0145.08.501549-6/001, TJMG/Relator Almeida Melo, julgado em 01/10/09 (MINAS GERAIS, 2009).

Apelação Cível nº 2007.036284-6, de Balneário Camboriú.

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Data do julgamento: 29/08/2008.

DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. PRETENSÃO INESCONDÍVEL DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AVENTADA A DESERÇÃO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDA CONCOMITANTEMENTE AO RECEBIMENTO DO RECURSO. PRELIMINAR AFASTADA. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PRIMEIRO PLEITO ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVERSIDADE DE SEXOS COMO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DOS ARTIGOS 226, § 3º, DA CF/88 E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DA CARÊNCIA DE AÇÃO ANTE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO *EX OFFICIO* DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO A ESTE PEDIDO. EXEGESE DO ARTIGO 267, VI, DO CPC. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA A DIVISÃO DO BEM COMUM QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA ACERCA DAS MATÉRIAS. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROCESSAMENTO DO FEITO POR UMA DAS VARAS CÍVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

Uma das condições que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Dessa forma, a união homoafetiva juridi-

> camente não existe pelo casamento, nem pela união estável, podendo configurar, todavia, se do interesse das partes, sociedade de fato (SANTA CATARINA, 2008).

Para o professor Thiago Hauptmann Borelli Thomaz, tal união não é admitida como família.

> Não se nega a existência de tais uniões, o que se nega é a formação de entidade familiar. A relação entre homossexuais existe e surte efeitos no mundo jurídico, não efeitos de direito de família, mas de direito obrigacional [...]. Reconhece-se hoje a união homossexual como sociedade de fato, talvez amanhã seja reconhecida como entidade familiar. Tudo depende da adequação do pensamento à realidade, o que não ocorre da noite para o dia. (THOMAZ, 2003).

Em contrapartida, há operadores jurídicos entendendo que as relações homoafetivas precisam ser contempladas pelo Direito Familiar a fim de que inúmeros cidadãos não sejam injustiçados e impedidos de exercer direitos constitucionalmente assegurados.

Se pessoas do mesmo sexo formam no máximo sociedade de fato, não se aplicam a elas, por exemplo, os direitos sucessórios e o usufruto.

Maria Berenice Dias (2008), em um de seus artigos sobre o tema, afirma:

> Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade, ensejar a consagração de injustiças e autorizar enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo. (DIAS, 2008, p. 299).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 70003967676, concedeu a totalidade do acervo hereditário ao companheiro sobrevivente, em sede de união homoafetiva.

> UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.
>
> Embargos infringentes acolhidos, por maioria. TJRS – EI 70003967676, 4º grupo de C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. (DIAS, 2008, p. 310).

Diante do caso concreto, compete ao julgador, que também é intérprete, decidir pela observância restritiva do artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, ou pela obediência aos princípios pautados na liberdade de escolha sexual e na proteção da vida íntima da pessoa humana. O segundo caminho amolda-se ao Direito contemporâneo que não permite desigualdades imotivadas e interpretações desproporcionais.

A ciência jurídica é ampla e a lei constitui apenas uma de suas vertentes, não podendo esta ser examinada separadamente da hermenêutica principiológica e dos valores que estimulam o sistema.

Evidencia-se que as consequências da relação homoerótica dependem de sua localização no espaço jurídico.

Assim, considerando o raciocínio exposto aliado às múltiplas facetas sociais, é de bom alvitre que a união em tela seja estudada sob a perspectiva familiar.

6. Ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos que envolvem uniões homossexuais

É sabido que, no Brasil, não há legislação voltada para as parcerias homoafetivas.

Não obstante a falta de regulamentação da matéria, o Poder Judiciário é acionado, a todo instante, para julgar conflitos que abrangem uniões homoeróticas.

É inconcebível que o magistrado deixe de decidir em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador.

O problema é equacionado pelos meios de integração, utilizados quando o juiz não encontra embasamento legal para solucionar o caso apreciado.

Os arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) e 126 do Código de Processo Civil orientam a atuação jurisdicional, *in verbis*:

> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
>
> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Com efeito, em face da ausência de normatização, a união homoafetiva carece ser tratada à semelhança das relações que têm o afeto por causa, como o casamento e a união estável, pouco importando a identidade sexual dos parceiros.

No tocante aos costumes, é mister a aplicação daqueles que são apropriados aos dias atuais, não subsistindo os conceitos jurídicos ultrapassados e discriminatórios que negam visibilidade à homoafetividade.

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 236-255

Os Princípios Gerais de Direito também podem ser úteis ao pronunciamento judicial, sobretudo, os de caráter constitucional exarados no terceiro capítulo.

Nesse cenário, Luís Roberto Barroso ressalta:

> A forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. [...]. (BARROSO, 2007)

Insta destacar, outrossim, que o Estado-juiz, ao aplicar lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Inteligência do art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42).

Por fim, sustentada nas ferramentas jurídicas em testilha, a exegese do Judiciário, quando se trata de relacionamentos afetivos homólogos, necessita ser extensiva. Pretende-se alcançar com essa interpretação uma prestação jurisdicional eficiente, justa e adequada às pretensões sociais.

7. As uniões homoafetivas em face da jurisprudência atual

Neste capítulo, serão feitas considerações acerca de julgados brasileiros que revelam avanços no tratamento dispensado às uniões homoafetivas.

Frisa-se que foram proferidas por alguns tribunais, fundamentalmente após o advento da Carta Política de 1988, marcantes decisões tendentes a contribuir efetivamente para a inevitável e desejada legalização das uniões *sub examine*.

> UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CON-

TROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE/ DISTRITO FEDERAL (PROCESSO Nº 3.300), REL. MIN. CELSO DE MELLO (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 236-255

sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. RESP 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2008).

Plano de saúde – Prestação de serviços médicos – Obrigação de fazer consistente na pretensão de incluir companheiro que manteve relacionamento homossexual semelhante à união estável reconhecida entre homem e mulher. Admissibilidade sob pena de ferimento ao princípio da isonomia e da liberdade sexual prevista no art. 5º, *caput*, 3º, I, da Constituição Federal. Jurisprudência do STJ. Procedência bem determinada. Recurso improvido. TJSP - AC 4859264900, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha (SÃO PAULO, 2007).

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. TJRS, 7.ª C. Cív. AC 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre

> com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. TSE RESP. Eleitoral 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2004).

O Pretório Excelso admitiu que o enquadramento da união homossexual no âmbito das entidades familiares pode ser viabilizado mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ex vi* da importância social e jurídico-constitucional da questão.

No segundo caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união homoafetiva, ante a inexistência de vedação expressa no ordenamento jurídico. De acordo com a decisão, a lei estabelece a hipótese de união estável entre homem e mulher, desde que haja convivência pública, contínua e duradoura, sem, todavia, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres.

Pelo fato de produzir reflexos na órbita jurídica, a relação homoerótica permite a inclusão de companheiro dependente em plano de saúde, analogicamente à união estável. Esse foi o posicionamento da 4.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 4859264900, por considerar que o homossexual não é cidadão de segunda categoria.

A quarta jurisprudência citada é oriunda do tribunal gaúcho. Foi ratificada pela 7.ª Câmara Cível, em sede de apelação, a sentença de primeiro grau que concedeu a um casal homoafetivo o direito de adotar uma criança. Os estudos concernentes ao assunto não indicam inconveniência, sendo relevante a qualidade do afeto e do vínculo que permeia o meio familiar em que viverá o adotado.

A decisão emanada pelo Tribunal Superior Eleitoral demonstra que também são impostos ônus às uniões homossexuais. Seus integrantes são, acima de tudo, cidadãos e, como tais, devem não só adquirir direitos, bem como contrair deveres.

8. Considerações finais

Observa-se que a união ora avaliada enquadra-se perfeitamente na acepção de família dos tempos atuais, merecendo, com isso, o devido respeito dos Poderes constituídos e dos segmentos sociais.

A Carta de 1988, apesar de ter consagrado três tipos familiares em seu texto, não objetivou excluir outros relacionamentos do manto protetor estatal, uma vez que a essência axiológica constitucional repudia essa compreensão.

Ainda não existem, lamentavelmente, no nosso país, regras jurídicas disciplinadoras da união homossexual. Assim sendo, o intérprete do Direito, na maior parte das demandas, aplica as normas atinentes a outros grupos familiares, haja vista que é vedada a omissão jurisdicional em virtude da inexistência de previsão legal.

Dessa forma, sem prejuízo da utilização, em alguns casos, dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito, a analogia é invocada, habitualmente, pelos juízes brasileiros.

Anota-se também que a vinculação restritiva do instituto ao Direito Obrigacional constitui uma explícita subversão do arcabouço jurídico vigente.

Sob outro enfoque, será incontroversa a classificação das uniões homoeróticas como entidades familiares se nelas estiverem presentes a mútua assistência, publicidade, afetividade, ostensibilidade, comunhão de interesses e objetivo comum.

A família homoafetiva é uma realidade inescondível. Os tabus sexuais, embora existentes, não possuem a mesma força de outras épocas. Os primeiros passos em direção à legalização foram dados. Todavia, há ainda um penoso caminho a ser percorrido. Enquanto isso, os homossexuais sonham com a chancela estatal, para que possam exercer, com dignidade, a cidadania.

9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, nº 5, 2007. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/DOUTRINA/NACIONAL/BARROSO>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 nov. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 820475/RJ. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em: 02/09/2008. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_1.2.html>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade/DF (Processo nº 3.300). Min. Rel. Celso de Mello, julgado em: 03/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564. Min. Rel. Gilmar Mendes, julgado em: 01/10/2004. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_25.1.html>. Acesso em: 12 dez. 2009.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. *Revista Jurídica*: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 48, nº 281. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. nº 10 (jan./jun. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual:* o preconceito & a Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.* São Paulo: Método, 2004.

HORSTH, Lidiane Duarte. Uniões homoafetivas – uma nova modalidade de família? *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nº 9 (jul./dez. 2007). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, nº 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 7 out. 2009.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 2007.030521-7. Des. Rel. Alfeu Puccinelli. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0145.08.501549-6/001. Des. Rel. Almeida Melo, julgado em 01/10/2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroProcesso=complemento=&acordaoEmenta>. Acesso em: 25 nov. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 598362655. Des. Rel. José S. Trindade, julgado em: 01/03/2000. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70013801592. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_20.html>. Acesso em: 12 dez 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.021488-2. Des. Rel. Francisco Oliveira Filho, julgado em: 07/08/2007. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional.html>. Acesso em: 02 dez. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.036284-6. Des. Rel. Marcus Tulio Sartorato, julgado em: 29/08/2008. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>. Acesso em: 10 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 4859264/9. Rel. Des. Maia da Cunha, julgado em: 01/02/2007. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia_nacional_16.html>. Acesso em: 12 dez 2009.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual: reflexões jurídicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>. Acesso em: 10 dez. 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110009

5

Direito Processual Civil

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

BREVE ABORDAGEM SOBRE O TEMA DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM BUSCA DE ALTERNATIVAS AO DESCONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

BRIEF INTRODUCTION TO DESJUDICIALIZATION AS AN ALTERNATIVE MEANS TO RELIEVE THE BRAZILIAN JUDICIARY POWER

CÉSAR AUGUSTO DOS SANTOS
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
cesarsantos@mp.mg.gov.br

RESUMO: O direito de ação, da forma como está escrito na Constituição, permite a todo cidadão o direito de requerer do Judiciário uma solução para uma controvérsia. Porém, este acesso ilimitado, por qualquer pessoa, traz um aumento crescente no número dos processos. Contribuindo para este aumento, tem-se que muitos órgãos administrativos não são capazes de solucionar controvérsias judiciais, desta forma, todo litígio é apresentado ao Poder Judiciário, contribuindo para a morosidade da Justiça; em consequência, ocorre um aumento significativo no número de processos; a solução para amenizar essa circunstância seria a desjudicialização, a reforma processual e a busca de outros mecanismos úteis para aprimorar o sistema judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de ação; morosidade; desjudicialização; solução de controvérsias; órgão administrativo.

ABSTRACT: The action right, as written in the Brazilian Constitution, allows all citizens the right to plead in the Judiciary a solution for a controversy. However, this limitless access for any person brings an increasing number of suits. Contributing to this increase, many administrative agencies are not capable of solving potential judicial controversies, in such a way that all litigation is presented to the Judiciary Power. As a consequence, it causes the significant increase in the number of law suits. The solution would be to decide the litigations in a non-litigious way. Thus, it is necessary to provide a procedural reform and search for useful mechanisms to improve the judiciary system.

KEY WORDS: The action right; administrative agencies; conflict; resolution; mechanisms.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Morosidade e acesso à Justiça: o direito de ação e a desjudicialização. 2.1. Natureza jurídica da ação. 2.2. O direito abstrato de agir e o abuso do direito de ação. 2.3. Desjudicialização e reforma judiciária. 2.4. O instituto da desjudicialização do Direito Processual Civil. 2.5. A desjudicialização no direito comparado. 2.6. A importância das entidades reguladoras para o processo de desjudicialização. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito de ação evolui do conceito restrito, privado, para o coletivo, inclusive, para atingir o *standard* do "acesso à Justiça" e a eficácia do processo, prevalecendo a temática de que tal acesso deve ser garantido a todos. Por sua vez, prevalece o comando constitucional de que, mesmo os mais carentes têm a possibilidade de acionar o judiciário, valendo-se do direito à prestação jurisdicional, *v.g.,* temos a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis, que permitem à parte postular sem a figura do advogado e "sem" recolhimento de custas e demais encargos processuais. Todavia,

essa popularização, aliando-se com a indústria do dano moral, do dano coletivo do consumidor, aliando-se às ações tributárias, acaba por agravar a morosidade da prestação jurisdicional.

As inúmeras mazelas da própria administração também reforçam a *cifra negra da justiça,* contribuindo com a lentidão do sistema judiciário. Tem-se a passos módicos em nossa legislação alguns freios, como litigância de má-fé[1] e abuso de direito. Porém, não são medidas suficientes, fazendo-se necessária uma reforma, uma alternativa para enxugar o número de ações judiciárias. Várias reformas foram feitas; é necessário ainda desjudicializar, fortalecer medidas alternativas e até mesmo fortalecer órgãos administrativos, dando-lhes conotação de órgãos capazes de pacificar conflitos de interesses.

Tem-se o acesso, mas não se tem eficácia. A questão não é somente ampliar o direito de acesso ao Judiciário, mas o fim útil do processo, pacificar conflitos, dirimir lides e trazer a paz social. Por fim, citamos um modelo totalmente eficaz, no que tange à reparação de danos; trata-se da sistemática adotada na Nova Zelândia, assentada num esquema de compensação, consistente na supressão do direito de acionar judicialmente outrem por danos pessoais. Sem dúvida, esta supressão, aplicada na América do Sul, contribuiria para diminuir a lentidão da Justiça.

2. Morosidade e acesso à Justiça: o direito de ação e a desjudicialização

2.1. Natureza jurídica da ação

Dos romanos herdamos a concepção privatística da ação, também desenvolvida por Savigny no século passado. A ação é o próprio direito se realizando, em posição defensiva. Não se consegue a ação do direito. Ela é parte integrante dele. Esta concepção inaugural que foi adotada pelo Código Civil de 1916, em seu art. 75, estatuía "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura"[2].

[1] Art. 17 do CPC.

[2] SANTOS, 1996, p. 45.

A natureza jurídica do direito de ação evolui de um sistema privatístico, em que este direito se confundia com o direito material, para ganhar sua autonomia, prevalecendo a divisão entre direito material e direito processual (instrumental) concebendo a ação como um direito abstrato que tem em seu maior expoente Enrico Túllio Liebman.

Para Liebman a ação é o direito, o poder jurídico que a parte tem de pedir tutela jurisdicional, isto é, o julgamento do pedido formulado. Trata-se de Direito Abstrato, pois, ao decidir sobre o pedido, julgando o mérito, o juiz não se compromete a tê-lo por procedente. Cumpre o juiz sua função constitucional, simplesmente julgando o pedido sem importar o resultado. A ação não é direito a uma sentença favorável, mas à sentença de mérito. O pretenso credor, por exemplo, tem o direito de ação e o exerce integralmente, quando o juiz julga o pedido procedente ou improcedente, não importa[3].

2.2. O direito abstrato de agir e o abuso do direito de ação

O jurisdicionado em face do juízo dispõe não apenas de um simples exercício da faculdade, todavia, o Estado o ampara, com um *plus,* ou seja, um poder jurídico que consiste em demandar contra outrem, ou mesmo o próprio Estado, seus órgãos, ou quem o represente, a fim de resguardar a tutela de direitos ou interesses, de pacificar conflitos. Neste sentido o direito de ação tem natureza publicista por ser ato de soberania e atividade de Estado.

A ação também confere ao réu o direito de se opor à pretensão do primeiro e exigir do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito subjetivo invocado pelo autor.

Essa natureza bifrontal do direito de ação acha-se esquematizada na legislação francesa, ao estatuir no art. 30 do Código de Processo Civil francês:

[3] SANTOS, 1996, p. 45.

> *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être en tendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bienfondé de cette prétention.* [4]

A ação se afigura para as partes, querelante ou querelado, o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, pouco importando o resultado das pretensões deduzidas.

A doutrina processual encampada no Código Civil Brasileiro abandonou a chamada teoria civilista da ação, na qual se firmava a ideia de que todo direito corresponde a uma ação,[5] passando a adotar a *teoria do direito abstrato de agir*, definindo-se a ação processual como direito a uma sentença qualquer, ainda que meramente processual.

Liebman consagrou no nosso Código de Processo Civil a teoria abstrata, pois sempre estará presente o direito de ação, mesmo que a ação em tese seja improcedente.[6]

Nesse planto teórico, cabe indagar se o direito de ação seria ilimitado e qual seria sua extensão. O problema parecer ter uma resposta no plano constitucional, de forma genérica. Todavia, algum limite é delineado na legislação infraconstitucional.

Um destes freios ao direto de ação vem esboçado no Código de Processo Civil, arts. 14-18,[7] que circunda a hipótese de abuso do

---

[4] "A ação é o direito, do autor, de ter seu entendimento apreciado pelo juiz, para que este diga se sua pretensão está efetivamente fundamentada. Para o adversário, a ação é o direito de discutir a justificação desta pretensão." (tradução nossa).

[5] Art. 75 do CC/1916.

[6] SANTOS, 1996, p. 43.

[7] Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-fé; III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipató-

direito de demandar, definindo litigante de má-fé como aquele quem venha a ajuizar demanda contra texto legal ou fato que não caiba controvérsia, altere a veracidade de fatos ou utilize o processo para obter fins ilegais.

O abuso do direito de demandar pode ser investigado e observado na fenomenologia jurídica brasileira como espécie geral de ilicitude. O atual Código Civil,[8] de forma genérica e não precisa, tenta definir o que venha a ser ilicitude e também esboça a figura do abuso de direito no art. 187, ao prescrever que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Nesse sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

---

ria ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra. Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VL – provocar incidentes manifestamente infundados. VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

[8] O Código Civil Brasileiro datava de 1916, projetado pelo notável jurista Clóvis Beviláqua. Passou por ampla reforma em 2002, respondendo ao anseio da sociedade, principalmente, com o advento da constituição de 1988, a qual reformulou o conceito de família e outros institutos.

> Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com freqüência. [...] É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso de direito têm necessidade de desenhar um outro fator, que com qualquer nome que se apresente estará no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levado um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.[9]

Humberto Theodoro Júnior aprofunda as explicações a respeito:

> [...] modernamente, não se conhece ordenamento jurídico e opinião doutrinária que negue o abuso de direito como figura real e importante na seara da ilicitude. Além de ser uma realidade constante da experiência comum da vida jurídica, nem mesmo a expressão que a rotula é imprópria ou contraditória. É que não repugna ao senso jurídico a idéia de que um direito (faculdade jurídica) possa ser exercitado contra sua finalidade natural. A expressão direito não tem uma só acepção: corresponde tanto à noção de juridicidade de uma situação qualquer como à prerrogativa que se reconhece ao titular de uma situação juridicamente disciplinada. Não deixa de ser o titular do direito de propriedade aquele que usa seu bem de modo nocivo ao vizinho, nem deixa de ser anormal e injurídico o excesso cometido pelo proprietário no desempenho da faculdade de usar o que lhe pertence. É justamente pelo cotejo entre o uso inadequado e o fim sócio-econômico de seu direito que se detecta o vício do abuso de direito cometido pelo proprietário contra o vizinho. [...] O abuso de direito não se dá porque o titular não respeitou os limites internos de seu direito, porque aí, sim, estaria praticando ilegalidade simples, mas, sim, porque abusou do exercício de uma faculdade que realmente lhe cabia. Quando, pois, se cuida da figura do abuso de

[9] *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 672-673.

> direito o que se vê é a 'reação ao abuso de exercício do direito, ou melhor, o exercício lesivo'. O abuso se comete, portanto, contra os limites sociais e éticos impostos à atividade individual na vida em sociedade. Toda a teoria do abuso de direito, nessa ordem de idéias, apóia-se no princípio maior da convivência social, que impõe a necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito à esfera jurídica alheia. [...][10]

Sílvio de Salvo Venosa é enfático ao afirmar que a reprimenda do abuso de direito jamais careceu de expressa disciplina legal:

> A compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da eqüidade. É inafastável, por outro lado, que a noção do abuso de direito se insira no conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo.[11]

Todo aquele que propõe uma ação desprovida de fundamento fático e jurídico apenas com o objetivo de causar embaraço a uma terceira pessoa, ou ainda, com o objetivo de inserir indevidamente o nome de uma pessoa no cartório distribuidor de uma Comarca, ou de uma Seção na seara Federal, deve ser condenada ao pagamento de uma indenização por abuso no direito de ação.

O direito de ação deve ser reconhecido como um instrumento de resolução de conflitos e não um instrumento de vingança ou mesmo de qualquer outro sentimento incompatível com os preceitos que devem reger uma relação processual.

O Poder Judiciário foi instituído para a resolução de conflitos, mas não se pode e não se deve permitir que uma pessoa possa acionar

---

[10] *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, tomo II, p. 111-112.

[11] *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 602.

uma outra apenas por motivos de ordem pessoal utilizando-se do instrumento denominado de processo.

O direito processual civil vem passando por transformações. Foi por isso que o legislador instituiu a litigância de má-fé. Afinal, um processo por si só leva a um desgaste, ainda mais quando este surge apenas para a satisfação de uma parte sem que a pretensão tenha fundamento fático ou jurídico.

A condenação por abuso no direito de ação é uma realidade que ainda não foi privilegiada pelo Poder Judiciário.

Se o magistrado, no curso da ação, verificar que o pedido da parte não possuía por objeto um direito, mas apenas e tão somente um sentimento incompatível com o legítimo direito de ação, como, por exemplo, ajuizar litígio por vingança, perseguição (área de família, que envolve ação de alimentos e separação, consumidor, bancária etc.), nada mais justo e legítimo, para o equilíbrio processual, que o Judiciário rejeite estas situações com veemência (com aplicação de multa em caso de constatação desta incidência).

A consequência deste abuso de direto de ação é catastrófica. O desvirtuamento da temática do acesso à Justiça acarreta o estrangulamento (sobrecarga, tumulto) de demandas, fazendo com que o Sistema Judiciário brasileiro permaneça sempre sobrecarregado, repetitivo, com milhões de processos em atraso, ocasionando uma deficiência na estrutura tecnológica, humana e logística.

A solução não seria limitada a impedir o acesso à Justiça; a situação deve ser reestudada sob o aspecto dos limites relevantes para se ingressar com uma ação, analisando-se a viabilidade técnica e razoável das condições da ação.

É claro que este limite tem que estar em consonância com um melhor aperfeiçoamento do Sistema Judiciário, que deveria contar com órgãos administrativos autônomos, capazes de regular e fiscalizar os mais diversos tipos de serviços públicos.

No Brasil, foram criadas, a partir de 1998, diversas agências nacionais, como por exemplo, ANAC,[12] ANVISA,[13] ANATEL,[14] ANTT, DER,[15] INSS,[16] todas com autonomia para a fiscalização e a aplicação de penalidades administrativas (multa). Mas, sob o ponto de vista do cidadão, elas não são estruturadas para resolver as questões de cunho individual, o que significa dizer que qualquer ameaça ou lesão a direito, mais uma vez, leva o cidadão a recorrer às mãos sobrecarregadas do Poder Judiciário.

---

[12] A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) está prevista no art. 5º da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que determina que a ANAC atuará como autoridade da aviação civil, e no artigo 8º, que determina que a ANAC deverá "adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade". Disponível em: < http://www.anac.gov.br/anac/missaoAnac.asp >. Acesso em: 28 jun. 2009.

[13] A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil. É responsável pelo controle sanitário de todos os produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, tais como medicamentos – nacionais ou importados – e alimentos, além de ser responsável pela aprovação, para posterior comercialização e produção no país, desses produtos. Além disso, em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores, controla os portos, aeroportos e fronteiras nos assuntos relacionados à vigilância sanitária.A agência foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Sua missão é: "Proteger e promover a saúde da população garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços e participando da construção de seu acesso". Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/ANVISA>. Acesso em: 28 jun. 2009.

[14] A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) é uma agência reguladora brasileira, administrativamente independente, financeiramente autônoma, não subordinada hierarquicamente a nenhum órgão de governo brasileiro. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%AAncia_Nacional_de_Telecomunica%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 28 jun. 2009.

[15] O Departamento de Estradas de Rodagem (DER) é o orgão executivo rodoviário do estado e do Distrito Federal, com jurisdição sobre as rodovias e estradas estaduais de sua sede. São departamentos responsáveis pela administração de rodovias estaduais no Brasil. São subordinados aos governos estaduais de unidade da federação. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Departamento_de_Estradas_de_Rodagem>. Acesso em: 29 jun. 2009.

[16] O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma autarquia do Governo Federal do Brasil que recebe as contribuições para a manutenção do Regime Geral da Previdência Social, sendo responsável pelo pagamento da aposentadoria, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-acidente, entre outros benefícios previstos em lei. O INSS trabalha junto com a Dataprev, empresa de tecnologia que faz o processamento de todos os dados da Previdência. Está subordinado ao Ministério da Previdência Social. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/INSS>. Acesso em: 29 jun. 2009.

Na área do Direito do Consumidor, por exemplo, poderíamos ter a reestruturação de órgãos de proteção como o PROCON,[17] não apenas para fiscalização e aplicação de multas, mas também para a solução efetiva dos conflitos, o mesmo se aplicando ao direito de vizinhança, cujas demandas poderiam ser resolvidas administrativamente, em órgãos não jurisdicionais, *verbi gratia*, o Poder Executivo, nas questões de infração ao código de postura municipal e ao plano diretor municipal. No Brasil, estas questões envolvendo relações de consumo, direito de vizinhança, sempre acabam perante o Poder Judiciário, aumentando a cifra da morosidade.

Ainda se tem a cultura de que somente o Poder Judiciário pode resolver os conflitos de relação intersubjetiva, o que acaba por banalizar, menosprezar, enfraquecer os órgãos auxiliares administrativos paralelos, de competência político-social do Poder Executivo. Em suma, hoje, o Judiciário se vê obrigado a dirimir (decidir) todas as mazelas, ineficiências e deficiências de atribuição do Poder Executivo.

2.3. Desjudicialização e reforma judiciária

No decorrer do século XX, apresenta-se o fenômeno da judicialização consistente na canalização de todas as mazelas sociais que desaguaram no Poder Judiciário, fortalecendo o ativismo judicial.

Todavia, o acampamento de novos direitos, aliado aos novos moldes de procedimento judiciais, abriu as portas para novas formas de tutela decorrentes da vida política-social.

---

[17] O Procon – Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor é um órgão brasileiro de defesa do consumidor, que orienta os consumidores em suas reclamações, informa sobre seus direitos e fiscaliza as relações de consumo. Ele funciona como um órgão auxiliar do Poder Judiciário, tentando solucionar previamente os conflitos entre o consumidor e a empresa que vende ou oferece um produto ou serviço, e, quando não há acordo, encaminha o caso para o Juizado Especial Cível com jurisdição sobre o local. O Procon pode ser estadual ou municipal, e segundo o art. 105 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é parte integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Funda%C3%A7%C3%A3o_Procon> Acesso em: 10 maio 2009.

Se, de certo modo, a judicialização trouxe melhoria incalculável à cidadania, por outro, exacerbou milhares de demandas a serem dirimidas jurisdicionalmente, tendo por consequência a malfadada morosidade e a ineficiência do atual sistema.

Contextualizar a desjudicialização acaba por redescobrir o caminho para a busca da efetivação da justiça, realçando a temática do acesso à justiça, sob a ótica de novo século em harmonia com todas as novas modalidades de solução não jurisdicionais de conflito, tratados como meios alternativos de pacificação social.[18]

No estágio atual do direito, a era da informação obriga a busca rápida, eficaz e dinâmica da realização do direito, no qual a solução do conflito deve ser imediata às vezes à luz da internet (petição eletrônica etc.).

A efetividade e a celeridade da pacificação social são, atualmente, princípios fundamentais. Vejamos o que determina o art. 5º, LXXVIII, *ex vi* da Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A desjudicialização no atual estágio do direito é mecanismo que faculta às partes comporem seus litígios fora da esfera de jurisdição estatal. Constitui, outrossim, não apenas uma forma de conceder poderes ao Executivo, mas de fortalecer o Sistema até então vigente, conferindo-lhe autonomia administrativa para que atinja uma eficácia razoável na prestação dos serviços públicos e, de igual monta, ofereça tutela adequada, à disposição dos citadinos.

A definição do termo flexiona conforme o ramo do Direito. No Direito Penal é conhecido como despenalização/descriminalização, a exemplo da Lei nº 9.099/95, que trata de infrações e crimes de menor potencial ofensivo, em que a conduta delitiva é em parte suprimida do âmbito penal.

[18] GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 25.

Na esfera cível e processual cível, Francisco Carlos Duarte[19] aduz a necessidade de reestruturação e reforma do sistema de administração e gestão da justiça como forma de promover a efetividade dos direitos e deveres e tornar o sistema de justiça um fator de desenvolvimento econômico e social, que pode ser alcançado, entre outros fatores, pelo progresso na desjudicialização e resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal. Nesta linha, propugna o autor seja desencadeado um movimento de desjudicialização, retirando da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional.

A desjudicialização aponta para inúmeras possibilidades de desafogo do Poder Judiciário, de suas atribuições ante o crescimento exponencial das lides oriundas das relações sociais.

Desonerar o Poder Judiciário consiste em extirpar dele certas funções desempenhadas (arcaicas, tradicionais, meramente burocráticas), que fogem à função principal, como, por exemplo, a jurisdição voluntária ou administrativa.[20]

É evidente que um melhor fluxo do sistema judiciário exigirá que o Legislador crie limitações de acesso ao Judiciário, a exemplo do que já ocorre no Supremo Tribunal Federal ao adotar o filtro da Repercussão Geral.[21]

---

[19] DUARTE, 2005.

[20] Também chamada de jurisdição administrativa, regulada no CPC, nos arts. 1.103 a 1.220. Basicamente são os casos em que não se solucionam conflitos de interesses, por não haver litígio entre as partes.

[21] Instrumento criado para agilizar a tramitação de processos em todo o Judiciário brasileiro e também para tornar claro o entendimento da Corte Suprema sobre os mais variados temas que interessam ao conjunto da sociedade, a repercussão geral permitiu que fossem editadas as 13 Súmulas Vinculantes já em vigor – nove após julgamentos de REs com repercussão reconhecida, sem contar as três que aguardam apenas a aprovação do texto final – todas em julgamentos de REs. O casamento entre repercussão geral e Súmula Vinculante tem sido tão eficiente que apenas um dos recursos extraordinários analisados pela Corte, com repercussão reconhecida, não se transformou em um verbete normativo do STF. No julgamento da última quarta-feira (10), ao determinar a competên-

2.4. O instituto da desjudicialização do Direito Processual Civil

Devido à crescente necessidade de se alcançar uma maior celeridade no sistema jurídico processual, editou-se, como uma das medidas de desjudicialização, a Lei da Arbitragem,[22] assentando-se no consentimento dos contraentes, para escolher, livremente um árbitro capacitado a emitir Laudos, com força de sentença judicial.[23] A arbitragem é fundada na harmonia que se estabelece entre demandantes, por terem entabulado a vigência de cláusula compromissória, ou ainda como alternativa negociada quando do surgimento da controvérsia, durante o curso da contratação, por meio de um acordo para resolução por esta via.

Outro arquétipo de desjudicialização é o art. 890 do Código de Processo Civil,[24] que regula a figura do depósito extrajudicial,[25] prevendo tributos e contribuições federais. Por sua vez, a Lei nº 10.482, de 3 de julho de 2002, regula os depósitos de tributos e contribuições estaduais e municipais, possibilitando que a parte efetue o depósito imediato de valores que achar devidos, sem a necessidade de recorrer ao depósito judicial nas ações de consignação em pagamento.[26]

No campo dos registros imobiliários,[27] uma das inovações introduzidas pela Lei nº 10.931/2004 é a possibilidade de retificação

---

cia da Justiça do Trabalho para decidir sobre o acesso de funcionários e clientes a uma agência bancária durante períodos de greve, os ministros não avançaram para a edição de Súmula Vinculante. Em todos os outros casos analisados, a Súmula foi sempre o passo seguinte à decisão do Plenário em questões com repercussão geral reconhecida.

[22] Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que permite a composição de conflitos por árbitros privados com efeitos de trânsito em julgado, desde que se observem determinadas condições e que tais litígios sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[23] Tal arbitragem poderá ser de direito ou equidade, com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes ou, ainda, nas regras internacionais de comércio.

[24] Introduzido pela Lei nº. 8.951, de 13 de dezembro de 1994.

[25] Secundado pela Lei nº. 9.703, de 17 de novembro de 1998.

[26] O devedor ficará liberado da obrigação se, devidamente notificado o credor, este não se manifestar no prazo de dez dias (art. 890, § 2º, do CPC).

[27] Lei nº. 6.015/73 – procedimento que regula os registros públicos.

de registros de imóveis somente no âmbito administrativo para aqueles casos em que haja consenso entre as partes, desincumbindo o magistrado de inúmeras atividades nas quais não há controvérsia para ser dirimida.[28]

A novel previsão pátria da recuperação extrajudicial das empresas é mais uma medida que contribui para a desjudicialização; adveio com a entrada em vigor da lei de recuperação e falência dos empresários e sociedades empresárias,[29] substituiu o instituto da concordata por um mecanismo flexível que viabiliza a recuperação da empresa mediante processo de negociação direta entre os envolvidos, criando a recuperação extrajudicial de empresa, submetendo a matéria à apreciação do juiz somente para homologação.[30]

Assim, com tais inovações, ainda que timidamente, "aliviou-se" o Judiciário, delegando-se parte de sua tarefa administrativa, com a desjudicialização de procedimentos tipicamente administrativos.

2.5. A desjudicialização no direito comparado

Como exemplo de desjudicialização, no ordenamento português, que tem adotado caminho díspar na matéria atinente a relações familiares e/ou de menores, tais como alimentos, convolação da separação em divórcio e utilização de sobrenome do cônjuge divorciado, quando não houver lide, reconciliação de casais separados, entre tantas outras, estas serão redistribuídas para o âmbito de competência do Ministério Público ou, ainda, ao próprio Cartório de Registro Civil (Decretos-Leis nºs 272 e 273, de 13 de outubro de 2001).[31]

---

[28] Exemplo de desnecessidade de intervenção judicial é o que ocorre nos processos de habilitação de casamento (art. 1.526 do CPC).

[29] Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, veio a substituir o já ultrapassado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

[30] O ato de homologação é altamente criticável, uma vez que meramente administrativa, já que os acordos de natureza contratual fazem lei entre as partes, dispensando a bênção judicial.

[31] SIFUENTES, 2003.

A morosidade do judiciário se assenta em um sistema recursal sobrecarregado e, como já dito, em atividades judicantes atípicas. No âmbito do direito civil, digno de mencionar é o atraso da mentalidade no tocante ao assentamento do risco objetivo, no campo da responsabilidade civil. A cifra negra do judiciário decorrente do acúmulo de processos pode ser atribuída ao grande número de ações que são distribuídas diariamente, a fim de que o juiz venha a fixar uma indenização justa e razoável pelos incidentes advindos de infortúnios terrestres, aéreos e marítimos.

Outra a solução encontrada no direito comparado é o sistema de seguros da Nova Zelândia, que se funda em um sistema de Compensação (1974), o mais avançado do mundo, com supressão do direito de acionar judicialmente por danos pessoais, em que o advento de um infortúnio, *verbi gratia*, a morte no trânsito, vem amparado por indenização de natureza assecuratória, substituindo a função da intervenção judicial, que pode levar anos.[32]

De acordo com atual modelo de ressarcimento dos danos causados com envolvimento de automóveis, o prejuízo sempre é discutido no âmbito do Judiciário, no qual se busca o responsável civil pelo infortúnio causado, havendo uma incessante busca de quem seria o culpado (recorrendo-se à busca do dolo, ou da falha do autor do dano, na maioria dos casos, o condutor do veículo) ou apelando-se à imputação objetiva (à responsabilização do proprietário e/ou do guardião do automóvel pelo ocorrido).

Esse modelo seria mais bem aprimorado, como ocorre na Nova Zelândia, que permite a supressão do direito de acionar judicialmente por danos pessoais com compensações a serem pagas por autoridade administrativa, financiamento, atualmente, com Conta para Empregadores (para acidente de trabalho); Conta de Assalariados (para acidente laboral, exceto de trânsito); Conta

[32] A morosidade do Judiciário tornou-se motivo de piada quando a imprensa especializada noticiou que na Comarca de Diamantino/MT havia um processo que esperava julgamento há 93 anos. É, isso mesmo: descobriu-se, numa prateleira empoeirada, o processo nº 12, que foi distribuído em 10 de novembro de 1914 e somente no ano de 2007 recebeu uma sentença. Disponível em: <http://palavrassussurradas.net/?p=204>. Acesso em: 10 maio 2009.

de Veículo Automotor; Conta para problemas médicos; Contas para pessoas sem ingressos, sendo certo que a autoridade administrativa aplica o dinheiro para aumentar a quantia dos fundos. Trata-se de um sistema mais perfeito.[33]

O sistema brasileiro atual é ineficaz, porque as partes nunca saem satisfeitas; há situações diferentes em que as vítimas não encontram um reparo apropriado, formando a legislação uma lacuna de proteção à vítima. O sistema europeu também já busca uma alternativa de seguros, nos casos em que o sistema judiciário não teria mecanismos de prever todos os casos de infortúnios. A solução seria recorrer aos seguros e prêmios. A busca do judiciário não é a melhor alternativa, pois, em muitos casos, as partes não têm suficiência econômica para suportar os danos, as demandas acabam sendo ineficazes, o que só poderia ser reparado com a instituição de seguros obrigatórios, até mesmo para possibilitar um tratamento mínimo às pessoas lesionadas.

Para este mecanismo, não é necessário se recorrer à responsabilização civil e aos desdobramentos do acesso à justiça, mas sim acionar, de forma prática, rápida e segura, um órgão administrativo que seria incumbido de gerenciar estes fundos.

2.6. A importância das entidades reguladoras para o processo de desjudicialização

Toda sociedade se sedimenta numa estrutura organizada de serviços públicos para atender os anseios de sua população. A eficácia da prestação destes serviços é um indicador do grau de satisfação dos cidadãos.

Tal prestação, uma vez realizada de forma ineficiente (exemplo, mau funcionamento ou ausência de serviço de esgoto, luz, transporte, telefonia), leva o usuário/consumidor a recorrer ao Judiciário, contribuindo para o crescimento das demandas judiciais. Desta forma, no cenário constitucional, é importante que haja órgãos

[33] MOLINERO, 2009.

que funcionem, quer preventivamente, quer repressivamente, para garantir a prestação de serviços adequados, evitando que o cidadão necessite de acionar o Judiciário, consolidando o fenômeno da desjudicialização.

As agências reguladoras foram esboçadas para desempenharem a função de regular e fiscalizar a prestação de um serviço público para que ele seja posto à disposição da sociedade de forma eficiente. [34]

O avanço tecnológico e a economia levaram o Estado a deixar de ser o prestador de serviço para apenas fiscalizar, incumbindo à iniciativa privada a prestação de serviço público, fenômeno ocorrido na década de 90, com as chamadas privatizações.

É indubitável que os serviços, como os de telefonia, energia, rodovias, são melhor prestados por segmento econômico lucrativo. Essa transferência na realização de serviço do ente público para o privado leva à indagação sobre quem fiscaliza o particular que presta serviço público.

As agências reguladoras foram criadas para responder a esta indagação. São órgãos do governo criados para regular e fiscalizar os serviços públicos prestados por empresas privadas.

Como nota, ressalta-se que a sociedade brasileira está cada vez mais exigente com o mercado, e isso decorre de uma relação mais próxima com os seus direitos. Prova disso são os Juizados Especiais, que contam com elevados números de processos ajuizados contra estas concessionárias.

Noutro giro, a má estruturação dessas agências demonstra a necessidade de dotá-las de melhor poder executório, podendo até mesmo dirimir conflitos e deferir indenizações no âmbito de sua atuação. Seria transferida, assim, uma carga desnecessária à apreciação do judiciário para a avaliação destas agências. Um

[34] Na esfera federal brasileira, estes são exemplos de agências reguladoras: ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANAC, ANTAQ, ANTT, ANP, ANVISA, ANS e ANA. No Brasil, além das agências reguladoras federais, existem agências reguladoras estaduais.

exemplo de que tal transferência seria benéfica é o do PROCON, que, embora tenha seu valor, não conseguiu desonerar a Justiça dos milhões de ações consumeristas.

O acesso à justiça deve ser redirecionado para o acesso e a tutela de órgãos administrativos, pois a realização do bem-estar social não é tarefa exclusiva do judiciário, mas os Poderes Executivo e Legislativo devem atuar com eficiência e razoabilidade, buscando o bem comum.

Na temática do acesso à Justiça e da morosidade, a função principal das agências reguladoras é se tornarem mais eficazes, para aplicação de multas e outras atribuições que possam solucionar algumas formas de conflitos, contribuindo, assim, para a pacificação social.

3. Conclusão

É de suma importância a presença das agências reguladoras no atual sistema político adotado em nosso país, pois as agências reguladoras possuem como objetivos principais a maneira de regular as concessionárias, a fiscalização, a estipulação de multas, bem como a cassação da concessão, caso as metas não sejam cumpridas.

Vale salientar que, por se tratar de serviços de natureza pública, as agências têm o dever de zelar pelo bom funcionamento das concessionárias, resguardando dessa forma um serviço que pertence à sociedade.

A desjudicialização na resolução de certos conflitos pode contribuir para a reforma do Judiciário, ao retirar parte do volume de processos que o sobrecarrega, liberando o magistrado para se ocupar das questões que efetivamente justifiquem a atuação da autoridade judiciária prolatora de decisões em caráter definitivo.

Relações jurídicas referentes a direitos patrimoniais ou mesmo extrapatrimoniais, desde que disponíveis, não devem ser motivo da tutela jurisdicional obrigatória, mas sim facultativa. A alternativa para a solução extrajudicial de potenciais ou efetivos conflitos intersubjetivos não afasta o acesso à jurisdição.

Ao Poder Legislativo, sensível aos anseios de celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, incumbe alterar a legislação processual, permitindo a autocomposição dos interesses subjetivos disponíveis.

4. Referências bibliográficas

ALEMÃO, Ivan. Justiça sem mérito? Judicialização e desjudicialização da Justiça do Trabalho. *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, ano 20, n. 239, nov. 2003.

AMÉRICO FÜHRER, Maximilianus Cláudio. *Resumo de Processo Civil.* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo.* 3. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

BÉHIN, Jacques. Via extrajudicial de resolução de conflitos ganha espaço na Europa. Boletim ANOREG. fev. 2001, n. 2, 22. ed.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 1916.

BRASIL. Lei nº. 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos.

BRASIL. Lei nº. 8.951, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião.

BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Lei nº. 9.703, de 17 de novembro de 1998. Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Substituiu o já ultrapassado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

CHALHUB, Melhim Namem. Patrimônio de afetação – a reforma por caminhos alternativos. Boletim IRIB/ANOREG nº 1.228, 11 ago. 2004.

CHALHUB, Melhim Namem. A reforma por caminhos alternativos. Disponível em: <www.anoregbr.org.br/?action=doutrina&iddoutrina=121>. Acesso em: 29 jun. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo. Atlas, 2001.

DUARTE, Francisco Carlos. Direito e Justiça. In: XIX Conferência Nacional de Advogados aprova teses sobre Reforma da Justiça. Florianópolis, n. 3, 6 nov. 2005. Disponível em: < http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/147765/? >. Acesso em: 29 jun. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOLINERO, Ramiro Prieto. Cuestiones actuales de la responsabilidad civil. In: SEMINÁRIO DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO PRIVADO, 11., 2009, Buenos Aires, Argentina.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo. Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 672-673.

RIBEIRO, Mário Fernando Carvalho. Proposta de desjudicialização da separação por mútuo consentimento e da sua conversão em divórcio. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, n. 6, ago. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0013.htm>. Acesso em: 29 jun. 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 43.

SIFUENTES, Mônica. Judicialização dos conflitos familiares. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4242>. Acesso em: 29 jun. 2009.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, tomo II, p. 111-112.

_____. *Curso de Direito Processual Civil.* Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 27. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

THEOTONIO NEGRÃO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 602.

Artigo recebido em: 01/12/2010
Artigo aprovado em: 13/06/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110010

A VALIDADE DAS INFORMAÇÕES PROCESSUAIS VEICULADAS PELAS PÁGINAS ELETRÔNICAS DOS TRIBUNAIS

RICARDO NAVES SILVA MELO
Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
ricardonaves@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Processo: 960.280 / RS – Recurso Especial 2007/0134692-2
Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Órgão Julgador: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça
Recorrente: Poliedro Construções Ltda. e Outros
Recorrido: Geraldo Renato Scavoni Pilla
Data da publicação/Fonte: DJe 14/06/2011

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.419/06.

1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte.

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 282-292

2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual.

3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n. 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp nº 1.186.276/RS).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, DF, 7 de junho de 2011. (data do julgamento)

2. Apresentação do Caso

Em julgamento de recurso especial contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão reconhecendo a possibilidade de se permitir a reabertura de prazo para a prática de ato processual que não foi realizado em razão de omissão constante nas informações processuais veiculadas na página eletrônica do tribunal *a quo*.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, na qual se observa que a citação dos réus fora feita por correio, sendo que o prazo para resposta começaria a transcorrer apenas após a juntada do último aviso de recebimento, nos termos do artigo 241, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC).

Ocorre que não foi publicada na página eletrônica do tribunal informação sobre a juntada aos autos do aviso de recebimento da última carta de citação, de forma que os réus quedaram-se inertes,

porquanto, gozando de boa-fé objetiva, acreditavam não se ter dado o termo *a quo* do prazo para resposta. Observa-se, assim, que não se trata de uma hipótese de mera desídia da parte, mas sim de erro de fato em decorrência de omissão do cartório judicial.

Entrementes, não obstante o reconhecimento de a revelia ter-se dado em consequência da omissão de cartório do próprio órgão julgador, o Tribunal *a quo*, confirmando decisão de 1º grau, não reconheceu a existência da justa causa, mesmo após esclarecimento dos réus.

Nesse contexto, o recurso especial aviado pelos réus foi julgado procedente, tendo em vista que a Terceira Turma do STJ entendeu que, à luz da Lei nº 11.419/2006, ficou configurada a hipótese da justa causa prevista no § 2º do art. 183 do CPC, porquanto a parte ré, dotada de boa-fé, foi prejudicada pela omissão constante das informações processuais veiculadas eletronicamente pelo Tribunal.

E, embora se trate de posicionamento ainda isolado, demonstra uma mudança paradigmática em relação à validade jurídica das informações processuais expostas em sítios eletrônicos dos tribunais.

3. Comentário ao Acórdão do STJ

Acerca da temática, o entendimento jurisprudencial majoritário, inclusive do STJ, se dá no sentido de que, ainda que se revistam de credibilidade, as informações processuais prestadas pelos *sites* de qualquer órgão do Poder Judiciário não são dotadas de caráter oficial, motivo pelo qual não geram efeitos legais, tratando-se de mero mecanismo de consulta. Assim, tratar-se-ia apenas de uma comodidade aos jurisdicionados, não se constituindo, em nenhuma hipótese, marco oficial para a contagem de prazos processuais, notadamente os peremptórios, por se tratarem de um mecanismo de cunho meramente administrativo, desprovido de efeito processual.

Destarte, o posicionamento dominante é o de que as informações processuais veiculadas pela internet nos sítios eletrônicos oficiais

não têm natureza vinculativa, não servindo, em caso de erro, como justa causa para a reposição de prazo processual.

Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual os dados a respeito do andamento dos processos constantes da internet são meramente informativos, não ensejando a reabertura do prazo recursal em caso de incorreção ou omissão.[1]

Interessante observar que o próprio Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em decisão anterior ao acórdão objeto do presente estudo – Recurso Especial nº 883.764/RS –, acompanhava a decisão majoritária, conforme *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. PRAZO RECURSAL. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS PRESTADAS VIA INTERNET. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. As informações prestadas via 'internet' possuem natureza meramente informativa, razão pela qual eventual erro na sua atualização não enseja a justa causa prevista no art. 183 do CPC apta a ensejar a devolução de prazo recursal.
>
> 2. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33).
>
> 3. Recurso especial provido.

Todavia, destaca-se que o entendimento do ministro foi reconsiderado no acórdão em comento, justificando-se pela importância adquirida pelo processo eletrônico e, consequentemente, das informações eletrônicas no momento atual do Poder Judiciário brasileiro. Segundo ele, "no atual panorama jurídico e tecnológico, é imprescindível que se atribua confiabilidade às informações processuais que são prestadas pela página oficial dos tribunais".

[1] AgRg nos EREsp 514412/DF, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/08/2007.

A propósito, é inconcebível, no contexto atual, que não sejam prestigiados os meios de divulgação e utilização de recursos tecnológicos empregados em prol da própria prestação jurisdicional. Ainda, não há qualquer razoabilidade no fato de os tribunais não garantirem validade e não atribuírem real credibilidade a informação produzida e veiculada por eles próprios.

Outrossim, não é razoável que o conteúdo de acompanhamento processual disponibilizado pelos órgãos judiciais não seja digno de plena confiabilidade por quem o consulta diariamente, ainda que apresente um caráter informativo.

Percebe-se, assim, que o posicionamento dominante do STJ é, por si só, contraditório, na medida em que afere credibilidade a informações, mas não lhes garante qualquer força vinculante capaz de torná-las confiáveis aos jurisdicionados.

Ora, é notório que se trata de um entendimento paradoxal, na medida em que, se a informação não pode ser plenamente confiável, que credibilidade pode ser conferida a ela? Se não há qualquer vínculo formal, se não pode representar sequer um indício ou presunção de veracidade, a informação não goza de nenhum respaldo jurídico, o que a tornaria então totalmente dispensável.

Por conseguinte, entender-se pelo caráter apenas informativo de tais publicações retiraria toda a credibilidade do mecanismo, o que seria uma verdadeira afronta à busca de soluções modernas que visam a agilizar o cumprimento do dever jurisdicional do Estado.

Ademais, com o advento da Lei nº 11.419/2006, a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sítios oficiais somente possuem cunho informativo perdeu força, transformando-se em uma ficção jurídica inaceitável, porquanto fere frontalmente as disposições específicas quanto à validade de comunicação e à publicação de atos judiciais contidas no referido diploma, sobretudo no § 2º do artigo 4º, conforme *in verbis*:

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 282-292

> Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.
>
> [...]
>
> § 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Lado outro, a validade das informações processuais em sítios eletrônicos também encontra respaldo em alguns princípios que norteiam e regem a prestação do serviço público, como a publicidade e a eficiência. Não se pode admitir que um órgão jurisdicional disponibilize informações de seus atos de forma atabalhoada e sem compromisso com a veracidade. É imprescindível, assim, a garantia da eficiência do serviço também quanto aos meios adotados.

Nesse diapasão, a partir do momento em que a informação processual for disponibilizada pelo órgão público, por qualquer meio que seja, deve adquirir um caráter vinculativo, ainda que não se trate de um órgão oficial de publicação.

Evidentemente que a publicação do informador eletrônico não pode substituir alguns atos processuais, como a intimação da parte litigante, o que, no entanto, não significa que a informação prestada não esteja compromissada com a realidade dos fatos.

Dessa forma, deve-se levar em conta a boa-fé do jurisdicionado, o que deve prevalecer quando ele tenha sido induzido a erro pelo órgão judicial, sobretudo quando se tratar de uma informação falsa. Resta claro que a incorreção da informação no meio eletrônico não pode ser usada em defesa da parte que foi regularmente intimada para determinado ato, mas, do contrário, a incorreção ou omissão no informe pode e deve ser reconhecida como ensejadora da justa causa do § 2º do art. 183 do CPC.

Note-se que, no caso em tela, o simples fato de os advogados dos réus terem confiado no sistema de informação processual disponibilizado na internet pelo próprio Tribunal ensejou a drástica configuração da revelia, o que não pode ser admitido, em nenhuma hipótese. Destarte, é mister que se proteja e valorize a boa-fé das partes frente à omissão do Poder Judiciário na disponibilização de informações processuais.

Ademais, deve ser levado em consideração o fato de que, se o serviço de dados processuais eletrônicos for colocado à disposição dos jurisdicionados, deve ser ele prestado de forma eficiente e eficaz, uma vez que, se as partes não puderem confiar nas informações prestadas, não haveria nenhuma razão para consultá-las.

Portanto, *in casu*, em decorrência da insuficiência na alimentação do sistema de registros eletrônicos do processo disponibilizado às partes pelo próprio Tribunal *a quo*, o mais razoável é que se procedesse à reabertura de prazo por justa causa, com a aplicação do artigo 183 do CPC, conforme *in verbis*:

> Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.
>
> § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.
>
> § 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

Do ponto de vista prático forense, também seria um retrocesso e totalmente contrário aos princípios que norteiam o direito processual, desconsiderar a validade das informações do processo pela *internet,* especialmente quando são discutidos prazos que terão início independentemente de publicação.

A título exemplificativo, a própria situação do acórdão em comento traz uma grande ilustração: imagine-se o advogado da parte ré se tivesse que diligenciar, diariamente, junto ao respectivo cartório para ter a certeza de quando se iniciaria o prazo para resposta. Seria um verdadeiro contrassenso e um prejuízo à celeridade processual. Ora, se houvesse realmente credibilidade para tal meio de consulta, resta claro que haveria redução de diligências forenses pelos advogados, o que daria maior agilidade às partes e aos próprios cartórios judiciais.

A disponibilização eletrônica de informações acerca dos processos judiciais é uma facilidade que visa o aprimoramento do acesso à Justiça, na medida em que favorece o acesso dos próprios causídicos ao conteúdo do andamento processual. Assim, propicia-se aos advogados ou a qualquer interessado na demanda o acompanhamento do trâmite processual sem a necessidade de se dirigir ao cartório a cada movimentação.

Desse modo, louvável é o entendimento exarado no voto em comento, na medida em que, se não se pode confiar nas informações veiculadas, a finalidade de tal inovação acaba por ser desvirtuada. Afinal, "a informação prestada erroneamente é, a toda evidência, mais danosa do que a simples ausência de informação". (Proc. nº 960.280/RS – Resp. 2007/0134692-2, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma do STJ, Dje, 14/06/2011).

Nesse sentido, julgado da lavra do Ministro Massami Uyeda dispõe:

> A disponibilização, pelo Tribunal, do serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais, para consulta das partes e dos advogados, impõe que ele se realize de modo eficaz, uma vez que há presunção de confiabilidade das informações divulgadas. E, no caso de haver algum problema técnico do sistema, ou até mesmo algum erro ou omissão do serventuário da Justiça, responsável pelo registro dos andamentos que, porventura, prejudique uma das partes, poderá ser configurada a justa causa prevista no *caput* e no § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil, salvo impugnação fundamentada da parte contrária.[2]

[2] REsp nº 1.186.276/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 03/02/2011.

Com efeito, a confiança nas informações processuais fornecidas por meio eletrônico implica maior agilidade no trabalho desenvolvido pelo próprio Poder Judiciário, proporcionando uma maior observância ao princípio da eficiência e, por conseguinte, ao da celeridade processual.

Desse modo, eventual erro nas informações prestadas constitui evento imprevisto, alheio à vontade da parte, passível de configuração da justa causa para reposição de prazo processual. Aceitar que as informações prestadas pela rede de computadores da Justiça possam apresentar erros e omissões, em detrimento da boa-fé objetiva das partes, acarretaria um flagrante cerceamento à defesa da parte lesada.

A revelia é uma punição processual aplicada pelo comportamento desidioso da parte. No entanto, *in casu,* não há que se falar em desídia da parte ré, uma vez que ela foi levada a erro por omissão do próprio cartório.

Por fim, em outro plano, deve-se levar em conta na presente discussão, a relevante questão do acesso à Justiça, princípio que não pode ser analisado somente sob o ponto de vista das reais possibilidades de ajuizar-se uma demanda perante o Poder Judiciário, mas também sob a ótica da forma como o jurisdicionado pode acompanhar e fiscalizar a prestação jurisdicional.

4. Conclusão

Não obstante não corroborar com a corrente dominante, o acórdão em comento é um incipiente sinal de evolução no entendimento do STJ, na medida em que, à luz dos princípios da publicidade, da razoabilidade, da eficiência do serviço público, da celeridade processual e da proteção da confiança legítima, como também da Lei nº 11.419/2006, traduz uma visão mais voltada para o atual contexto jurídico e tecnológico.

É evidente que não se pode prejudicar a parte em razão de ela ter confiado em informação prestada pelo próprio Poder Judiciário,

o que deve ser presumida como correta. Importa mencionar o conceito de justa causa, caracterizando esta como o impedimento eficaz por si só para fazer com que não possa ser praticado ato processual. Este impedimento deve ser alheio à vontade da parte ou interessado e conseqüência de fato ou evento imprevisto. (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 578).

Tal entendimento baseia-se, sobretudo, no princípio da proteção da confiança legítima, o qual permite o reconhecimento da proteção da boa-fé no direito público, na medida em que se reconhece ser um direito de todos a presunção de que os órgãos públicos ajam de maneira regular, sendo que qualquer informação por eles prestadas devem ser revestidas de credibilidade suficiente para serem consideradas oficiais.

Tal circunstância empresta, em qualquer situação, verossimilhança suficiente para que os jurisdicionados confiem na aparência de direito, suscitada pelo Estado, conforme a teoria do direito privado da aparência. Nesse sentido, assevera Gustavo Binenbojm que a vinculação do Poder Público à juridicidade importa na rígida observância das leis, mas também na proteção da segurança jurídica, entendida como a tutela da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração. (BINENBOJM, 2006, p. 190).

Verifica-se, assim, pelas informações processuais prestadas de forma equivocada pelo Poder Judiciário indução da parte em erro, o que caracteriza a justa causa, de forma a autorizar a reabertura do prazo para prática do ato.

Assim, quando as informações processuais são prestadas por meio eletrônico, de forma omissa, incorreta e imprecisa, induzindo a parte a erro, ressalvadas as hipóteses de intimação em órgão oficial, configura-se a justa causa prevista no *caput* e no §1º do art. 183 do CPC, de modo a autorizar a reabertura do prazo para a prática do ato pela parte prejudicada.

Afinal, o Poder Judiciário tem a obrigação indeclinável de garantir, se não a validade da informação prestada, no mínimo a veracidade absoluta dos seus informes sobre o andamento processual que disponibiliza em qualquer meio de comunicação.

5. Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110011

6

Direito Coletivo

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

O DIREITO DAS CRIANÇAS À EDUCAÇÃO

CHILDREN RIGHT TO EDUCATION

HELI DE SOUZA MAIA
Secretário Municipal
Secretaria Municipal de Educação e Cultura de Itaúna, Brasil
helismaia@yahoo.com.br

RESUMO: Os direitos humanos de segunda dimensão são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, neles incluído o direito à educação. Tais direitos têm como sujeito passivo o Estado e como titular o homem na sua individualidade. Sendo o direito à educação um direito fundamental, inclusive e essencialmente da criança, foi ele positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os textos constitucionais do Brasil, desde o Império, abrigaram dispositivos que trataram da matéria, sendo mais apurado em algumas constituições e menos em outras. Os constituintes que escreveram o texto de 1988, em consonância com os anseios da sociedade civil, deram atenção especial ao tema, estabelecendo, através de inúmeros dispositivos, princípios, normas, formas de organização e competências dos entes federados. Decorrente da previsão constitucional, diversos diplomas legais passaram a normatizar o direito das crianças à educação, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. O ordenamento jurídico brasileiro, ao acolher a educação das crianças como um direito humano, e por isso fundamental e essencial, busca garanti-lo e protegê-lo. Na legislação pátria atual a educação

encontra-se disciplinada, vista como direito subjetivo da criança e sendo da responsabilidade do Estado, da família e da sociedade. Ao mesmo tempo, há previsão legal de inúmeras sanções que podem ser aplicadas ao ente estatal, aos pais e responsáveis, que praticarem alguma ofensa a qualquer dos dispositivos dispersos pelos vários diplomas legais.

PALAVRAS-CHAVE: educação; direitos fundamentais; criança; Constituição Federal.

ABSTRACT: In the Brazilian law system, second dimension human rights are credit rights of the individual in relation to the collectivity and among those is the right to education. Such rights have the State as debtor and the individual as creditor. Since the right to education is a fundamental right, especially when this right concerns children, it was dealt with in the Brazilian norms. The Brazilian Constitutions have dealt with this subject with more or less importance attached to it ever since the Imperial ages. The Constitutional convention of 1988 gave special emphasis to the topic by establishing principles, norms, organizational forms and powers of the federation. Based upon the Constitution, many specific norms were enacted such as the Law of Guidelines and Fundamentals of National Education and the Child and Adolescent Act. The Brazilian juridical system has the aim of protecting the right of the child to education since it is a human and fundamental right. According to the current legislation, education is seen as a subjective right of the child and is a responsibility of the State, families and society. Thus there are many penalties that may be applied to the State or to the parents and tutors in case any of these (rather dispersed) clauses are not fulfilled.

KEY WORDS: education; fundamental rights; child; Brazilian Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito à educação no Brasil. 3. A Constituição de 1988 e o direito à educação. 3.1. Direito e dever à educação. 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito à educação. 5. A lei de diretrizes e bases da educação nacional e

o direito à educação. 6. O Código Penal e o direito à educação. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Sem pretender dissecar pedagogicamente o vocábulo *educação*, verifica-se que sua origem está no latim, *educatio, educationis,* e sua tradução lato senso significa o ato de criar e assim educar é tirar de dentro. O ser humano nasce com uma série de capacidades, de possibilidades e é a educação o instrumento capaz de transformar suas potencialidades em realidade. Nesse sentido a educação deixa de ser mera possibilidade para ser uma necessidade e por isso essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e, mais ainda, fundamental para o pleno desenvolvimento da cidadania.

Analisando-se sob o prisma coletivo, a educação é pressuposto elementar para a consolidação do Estado Democrático de Direito, que exige cidadãos aptos, capazes, críticos e prontos para assumirem seus papéis sociais e exercerem na plenitude a cidadania. Corrobora este entendimento Ivan Furmann (2005, p. 1) ao salientar que um dos principais objetivos da educação é o preparo para a cidadania e que a proteção dos direitos humanos demanda um processo educacional sério capaz de despertar nas gerações presentes e futuras a consciência de participação na sociedade.

Deve a educação, como direito fundamental, destinar-se primeiramente às crianças, embora até recentemente elas e os adolescentes não tenham sido tratados como cidadãos nem como sujeitos de direitos como lembra Almeida (2008, p. 542-543). A defesa da educação para as crianças como prioridade não pode compactuar com a exclusão da universalização do ensino para as demais faixas etárias, inclusive para os adultos. Insiste-se na tese de que a formação intelectual, social e cidadã deve voltar-se, sem nenhuma forma de exclusão, para as crianças e que estas devem ser tratadas como tais e como cidadãs, ou seja, como asseverou Kramer e Basílio (2003, p. 80), "não podemos continuar a olhar para as crianças como aqueles que não são sujeitos de direitos".

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta vários diplomas legais que buscam garantir a dignidade da pessoa humana, incluindo, por decorrência e obviedade, a criança. O objetivo de tais diplomas é o de garantir uma vida digna a todos que são tutelados por eles. Neste contexto jurídico insere-se a educação das crianças, que passa a fazer parte do mínimo existencial.[1]

Considera-se também que a educação das crianças, tal qual os direitos fundamentais, é um direito inalienável, pois a matrícula é obrigatória e a disponibilidade de vagas é dever do Estado, que fica obrigado a garanti-las a todos quanto delas necessitarem, sendo certo que os entes federados devem se comprometer a investimentos mínimos no ensino público, constitucionalmente previstos.[2]

Imprescindível registrar, ainda, que, por ser um direito fundamental, o ordenamento jurídico pátrio confere à família e à sociedade a responsabilidade, ao lado do Estado, de garantir e proteger o direito das crianças à educação.

Nesse mesmo sentido está, também, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, que dispôs, em seu princípio 7, que a criança terá direito a receber educação, gratuita e compulsória, pelo menos no grau primário.[3]

---

[1] No entendimento de Simone de Sá Portella: "O mínimo existencial refere-se ao ensino fundamental. Assim se em um determinado Município não houver vagas nas escolas de ensino oficial, pode o munícipe ingressar com uma ação, obrigando o Poder Público Federal, estadual ou municipal, pois a competência é concorrente das três entidades, a efetuar a matrícula em uma escola particular. [...] No que tange ao ensino médio, não constitui mínimo existencial." (PORTELLA, 2007).

[2] "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." Constituição Federal do Brasil, art. 212.

[3] Nos dias atuais a educação já não adota a divisão em ensino primário, ginasial e secundário. A organização do ensino no Brasil divide o ensino em educação básica e ensino superior. A educação básica, por sua vez, está dividida em ensino fundamental e ensino médio, sendo certo que o primeiro se subdivide em educação infantil e ensino fundamental e este em fundamental um e fundamental dois, ou seja, os cinco primeiros anos e os quatro anos finais.

2. O direito à educação no Brasil

O direito das crianças à educação alcançou *status* constitucional, sobretudo na atual Carta Magna que, por sua vez, provocou a consubstanciação em legislações específicas, destacando-se as Leis nº 8.069/1990 e nº 9.394/1996, respectivamente, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Nesse diapasão Pinto Ferreira (2002, p. 171-173) explica que o direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais e que os títulos sobre a ordem econômica e social, educação e cultura são reveladores da tendência das constituições em favor de um Estado Social, que tem como valor-fim a justiça social numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas.

No plano nacional as diversas constituições enfrentaram a matéria com maior ou menor intensidade. A Constituição Imperial de 1824 expressava laconicamente, em seu artigo 179, XXXII: "A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos". Nota-se que não aponta o caráter obrigatório, nem faz previsão da faixa etária a que se destina. Não se deve, porém, negar que foi um dispositivo muito avançado para a conjuntura alicerçada na escravidão, no patriarcalismo, no ruralismo e na economia agrária. Foi fruto dos ideais liberais, iluministas e burgueses do século XVIII, emanados da tríade da Revolução Francesa: "Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

A primeira constituição republicana consegue ser mais genérica que a do Império, pois se resume a atribuir ao Congresso Nacional a função de "animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências [...]" conforme dicção do artigo 35, § 3º. Além disso, registra que o ensino será leigo nos estabelecimentos públicos, consoante o princípio da laicidade do Estado, adotado pelos republicanos de 1891 e expresso no art. 72, § 6º, da Constituição de 1891.

Já a Constituição de 1934 deu passos significativos ao elencar em capítulo próprio os temas pertinentes à educação, estabelecendo ser um direito de todos, ressaltando que deveria ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, consoante o artigo 149.

Este mesmo dispositivo constitucional estabelecia que a educação deveria possibilitar "eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação" e que deveria ser desenvolvida "num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana".

O Estado Novo outorga nova constituição em 1937, que em seu artigo 128 expressa ser dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo das artes, ciências e ensino, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino. No artigo seguinte ressalva ser dever da Nação, dos Estados e dos Municípios prover a educação daqueles que não conseguirem se manter nos estabelecimentos particulares.

A Constituição de 1946 inaugura um curto período de Estado de Direito, que em seu artigo 168 estabelece a obrigatoriedade do ensino primário oficial e gratuito para todos e o ulterior também terá assegurada a gratuidade para aqueles que comprovadamente não tiverem recursos suficientes.

O golpe militar não provoca alterações substantivas no que concerne à previsão constitucional relacionada à educação, pois no artigo 168 da Constituição de 1967 de forma expressa estabelece ser a educação um direito de todos podendo ocorrer no lar e na escola e devendo ser inspirada, paradoxalmente, nos ideais de liberdade e de solidariedade humana, porquanto o Estado era de exceção, com cerceamento da liberdade. Além da garantia constitucional da educação universal, o ensino torna-se obrigatório dos sete aos quatorze anos e ministrado nos diferentes graus pelo Poder Público.

Desse breve percurso histórico pelas constituições brasileiras pode se perceber que o direito a educação jamais foi olvidado, seja nas constituições promulgadas, seja nas outorgadas. Mesmo nos momentos de exceção, como em 1937 e nos anos que sucederam à deposição do Presidente João Goulart, este direito manteve-se presente nos textos constitucionais, demonstrando que ele é essencial, necessário e fundamental.

3. A Constituição de 1988 e o direito à educação

A Constituição de 1988 veio no bojo das reformas sociais, econômicas e políticas do que se convencionou denominar de redemocratização. A distensão política do Governo Geisel, no final dos anos 70, e aprofundada no Governo do General João Figueiredo culminou com a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney através do Colégio Eleitoral. Mesmo assim, revestiu-se de importância ímpar, pois se encerrava o ciclo dos generais-presidentes, para garantir a retomada do poder político e o comando do país pelos civis.

A morte de Tancredo Neves, mesmo antes de tomar posse, fez com que seu vice, José Sarney, assumisse o governo. O ponto alto de sua gestão foi a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte e a consequente elaboração da Constituição de 1988.

Messias Costa (2002, p. 19-20) destaca a importância da Constituição de 1988, pois ela ampliou e fortaleceu os direitos individuais e as liberdades públicas, estendendo o direito de voto facultativo para os analfabetos e jovens com idade entre 16 e 18 anos; além de tudo, vinculou recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino.

Indubitavelmente o atual texto constitucional foi o que mais deu atenção à educação, dedicando uma seção específica para acolher os temas a ela relacionados. Buscou-se especificar e esmiuçar de maneira ampla os tópicos relacionados ao ensino.

Como o presente trabalho pretende analisar o tratamento dispensado às crianças, ficará adstrito ao ensino fundamental, em suas séries iniciais, à pré-escola e à creche.

3.1. Direito e dever à educação

A educação é um direito subjetivo, o que significa dizer que foi conferida à criança a faculdade de agir, através de seus representantes legais, em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e de exigir de outrem, ou seja,

o Estado, a família ou a sociedade, o cumprimento de um dever jurídico, *facultas agendi*. Sendo assim, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade.

O direito à educação preconizado expressamente pela Carta de 1988 foi, e é, considerado parcela indissociável de uma existência digna de todos aqueles que vivem no território brasileiro, reiterando-se que o constituinte quis deixar de forma clara e indiscutível que a educação é parte inarredável do mínimo existencial.[4]

O direito das crianças à educação é direito fundamental, inalienável, indisponível e impostergável. Neste sentido está o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, através do relatório do Ministro Celso de Melo (2005), que diz ser a educação infantil prerrogativa constitucional indisponível.

Faz-se necessário lembrar que a sociedade brasileira deu mostras nas últimas décadas do empenho pela universalização do acesso à escola, mormente no que tange à educação infantil. A luta por essa reivindicação como prioridade garantiu que o constituinte eleito em 1986 fizesse constar do último texto constitucional a educação como um direito de todos, definindo a quem cabe a responsabilidade por sua promoção e incentivo, e estabelecesse seus fins. Assim, a educação ficou assegurada no artigo 205 da Constituição:

> A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[4] Nesse sentido é a lição de Barroso (2003, p. 38): "A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.".

A concepção da educação como direito subjetivo e dever do ente estatal e da família deve ser analisada sob o prisma da escola republicana, ou seja, "para todos". O Estado deve oferecer condições para que todos tenham acesso à escola, sobretudo em conformidade com sua faixa etária. Não basta, porém, a oferta de vagas na rede pública de ensino, pois o ente estatal deverá garantir os meios necessários para a permanência do educando nas salas de aula.[5] Fica implícito, embora não se encontre de maneira expressa nos textos legais, que além do acesso e da permanência é fundamental o sucesso. Sem este último quesito, o dispositivo constitucional citado perde sua efetividade.

Como garantir o "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" se aqueles que ingressam na escola são excluídos, seja através da reprovação, da retenção ou da evasão?

Cabe ao Estado, através das unidades de ensino, em colaboração com a família e a sociedade de modo geral, encontrar os mecanismos para que a escola possa garantir a aplicabilidade do artigo 205 de nosso texto constitucional. A reflexão sobre a concepção de educação dada pelo dispositivo citado é nitidamente uma definição política e jurídica, pois ela expressamente é considerada um direito de todos e dever do Estado e da família.

Esta conceituação dada pelo constituinte explicita bem a natureza do Estado brasileiro proposta pela Constituição Cidadã: trata-se de um Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.[6] Todas as pessoas têm direito à educação, sem distinção de natureza alguma. O dever primeiro, como já exposto, é de responsabilidade do Estado e da família, ou seja, existe uma co-responsabilidade social, sendo certo que objetivamente cabe ao Estado a execução de programas que visem à implementação do ensino, da educação.

[5] Cabe registrar os programas governamentais que buscam garantir o acesso e a permanência, como o transporte escolar, a alimentação escolar, a distribuição de livros didáticos, a distribuição de material escolar e outros.

[6] Decerto encontrar-se-ão nuances liberais, como a defesa da livre iniciativa e o direito de propriedade; nuances sociais, como os direitos preconizados no artigo 6º; mas, inegavelmente, destaca-se pelas premissas próprias de um Estado Democrático de Direito.

À família cabe o dever de educar os filhos sob sua tutela. Responsabiliza-se pela tarefa de matriculá-los em idade apropriada nas instituições de ensino, que o Estado deve oferecer. Além da matrícula, a família tem como obrigação zelar pela frequência, sendo responsabilizada pela negligência com as faltas injustificadas dos filhos. Pelo dispositivo em análise, o Estado é o primeiro responsável pela educação. Em seguida, topograficamente, aparece a família, diferentemente da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que será analisada posteriormente.

Embora o artigo 205 da Constituição seja autoaplicável houve seu acolhimento na legislação ordinária, sobretudo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Decerto o legislador ordinário quis deixar claro que a educação é uma instância de formação escolar que abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. A co-responsabilidade proposta no texto constitucional é, indubitavelmente, um regime de compartilhamento de responsabilidades de educação. Cria-se, legalmente, a proposta de um regime de colaboração entre o Estado, a família e a sociedade, uma vez que a determinação da Magna Carta é que a educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

Não cabe apenas ao Estado ofertar o ensino. Sendo um Estado capitalista e com nuances liberais o princípio da livre iniciativa também abarca o ensino, que pode ser oferecido pela iniciativa privada. Assim o direito à educação poderá ser garantido pelo Poder Público, pelo Segundo Setor e até mesmo pelo Terceiro Setor.[7]

O art. 206 de nossa Constituição expressa os princípios que servirão de base para o ensino no país. Entre eles vale destacar os seguintes, por alcançarem diretamente as crianças:

[7] A livre iniciativa no setor de ensino encontra limites na obrigatoriedade em seguir os parâmetros e ditames da legislação específica, bem como as diretrizes estabelecidas pelos conselhos de educação, sejam os municipais, estaduais ou federal.

a) Fica estabelecida a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola. Quis, com certeza, o constituinte, explicitar o direito social à educação. Em uma sociedade marcada por profundas e históricas desigualdades, até mesmo o acesso à escola era diferenciado e nem sempre os pais conseguiam matricular os filhos onde e quando deviam. O acesso e a permanência na escola é direito humano elementar da criança. Além disso, é pressuposto da escola republicana, ou seja, da escola pública, da escola mantida pelo poder público. Toda criança tem o direito constitucional de entrar na rede pública de ensino e não apenas isto, pois lhe resguarda o texto constitucional o direito de nela permanecer até completar seus estudos. Embora a previsão da Magna Carta seja o de acesso e de permanência, faz-se mister acrescentar o direito ao sucesso escolar. A tríade seria, então, acesso, permanência e sucesso. Não fosse o último pressuposto da escola pública o sucesso, decerto não teria ela como cumprir o que determina a legislação maior em relação ao direito à educação que as crianças têm.

b) Houve o cuidado, por parte do dispositivo legal em tela, de garantir a liberdade de aprender, de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Neste particular observa-se que não se cuida agora apenas dos direitos intrínsecos à educação escolar, mas sobretudo da formação do indivíduo-criança para a vida em sociedade e como baluarte do Estado de Direito. Trata-se da liberdade de aprender e de expressar o que aprendeu, liberdade de pensar e de divulgar. O contexto histórico do qual emerge a Magna Carta atual foi marcado profundamente pela censura, pela limitação da liberdade, pelas restrições na divulgação científica, pelo controle do ensino. A visão democrática foi neste pormenor de suma importância, pois, embora de um detalhismo gigantesco, incorporou um princípio elementar e basilar da educação: a liberdade. A liberdade de aprender que a criança tem pressupõe um aprendizado destituído de amarras e capaz de possibilitar a experimentação de novas descobertas. Por outro lado, o princípio da liberdade remete à própria essência da educação, que é o ato de tirar de dentro.

c) O inciso III do dispositivo em estudo, expressamente, garantiu o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Isto significa

dizer que os educandários e os educadores buscarão as propostas pedagógicas que melhor se adaptem à realidade em que vivem e com a qual trabalham. O Estado não ditará a proposta pedagógica para que os educadores possam executá-las. Com isso será assegurado o direito das crianças à educação a partir de uma perspectiva amplamente democrática, pois não haverá verticalização em termos de orientações ideológicas e pedagógicas. Tal decisão não significa que as crianças ficarão à mercê dos educadores sedentos de transformá-las em cobaias de propostas metodológicas e pedagógicas estapafúrdias. Outros princípios e propostas, tanto da lei maior como da legislação ordinária, garantem a criação de conselhos, órgãos de acompanhamento de pais para não incorrer no erro de adoções de metodologias de ensino e conteúdos programáticos que ofendam o princípio em questão, qual seja, o direito à educação numa perspectiva do pluralismo de ideias.

d) As crianças têm o direito a uma educação de qualidade. Educação de qualidade significa ensino compatível com os desafios da vida cotidiana, do mundo moderno. Impensável uma criança da rede pública, embora valha também para a rede privada, deixar a escola e não ter como enfrentar o mundo que a espera. Educação de qualidade significa que a criança terá direito a carga horária mínima estabelecida em lei ou resoluções dos órgãos competentes. Educação de qualidade significa que os conteúdos programáticos propostos no plano curricular do estabelecimento de ensino serão ensinados e que o estudante terá a aprendizagem garantida. Ressalte-se que este princípio está em consonância com o artigo 37 do mesmo texto legal que cuida dos princípios da Administração Pública, sendo relevante o princípio da eficiência.

e) O Estado tem o dever de garantir o acesso e a permanência das crianças na escola, pois o ensino fundamental, até a oitava série ou o nono ano, será obrigatório e gratuito. Embora existam organizações escolares diferenciadas, prevalece, grosso modo, na atualidade, a proposta de organização escolar nos moldes de ciclo e seriação, ainda que ambas tenham como limite para o ensino fundamental a oitava série ou o nono ano. É direito da criança e do adolescente o acesso à escola e para a sua efetivação compete ao Estado, através

dos entes federados, o dever de manter uma rede pública gratuita, impondo-se como obrigação, e não como liberalidade, a oferta do ensino fundamental.

f) Inovação significativa e das mais importantes foi a constante do inciso IV ao destacar que o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. A importância de inserir no texto constitucional este enunciado reside no fato de até então o atendimento em creches, e quase sempre em unidades de pré-escola, ser visto como uma atividade assistencial, ou seja, as crianças dessa faixa etária não participavam, necessariamente, do processo educacional. Com a redação dada por esse inciso, a educação alcançou os primeiros dias de vida da criança, pois até mesmo os profissionais atuantes em creches deverão ter formação pedagógica, conforme determinação de legislação ordinária. As creches deixam de ser meros "hoteizinhos" e ganham *status* de escola, de locais de acolhimento de crianças passam a ser centros de ensino. O direito à educação, garantido a partir dos sete anos,[8] retroage temporalmente para alcançar a mais tenra idade.

g) Sendo a educação um direito fundamental da criança, cabe ao Estado a obrigação, o dever legal de garanti-lo. Sua omissão ou descumprimento importa em sanções, em responsabilização da autoridade competente. É o que dispõe o § 2º do artigo 208 da Constituição Federal. Sempre que os pais não lograrem êxito na matrícula dos filhos ou que o direito à educação da criança estiver sujeito a ameaça, ou já ameaçado, buscam-se as medidas cabíveis. Nesse sentido contam-se como atores importantes o Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Ministério Público e o Juizado da Infância. São por eles requisitadas as vagas necessárias, impondo-se ao governante as penalidades previstas. Inaceitável é o descumprimento do direito à escola. A inexistência de vagas não se discute, pois o Estado não tem, neste caso, o poder discricionário para avaliar se deve ou não aumentar a oferta de

[8] Vale recordar que hoje o Ensino Fundamental retroage aos seis anos e a maioria dos municípios e estados já se adequaram a essa nova realidade.

vagas. Há que garantir a todas as crianças em fase escolar o acesso à escola.

Como exposto, cuidou o texto constitucional de 1988 de disciplinar, através de vários dispositivos, o direito à educação como um direito social, como um direito fundamental. Sem sombra de dúvida foi um avanço enorme para garantia e proteção dos direitos das crianças, que, embora sujeitos de direitos, ainda dependem de quem as represente. Neste sentido, previu-se a responsabilidade de todos os entes da Federação e dos pais que, também, não podem se omitir.

Tratar normativamente a educação das crianças como um direito fundamental é, via de regra, associá-lo a uma prestação positiva do Estado, da família e da sociedade, recaindo no primeiro a maior responsabilidade. Sendo assim, o tratamento dispensado gera uma série de consequências, entre as quais podem ser enumeradas as seguintes:

a) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal; b) a educação das crianças, como direito fundamental, é passível, portanto, de tutela jurisdicional, em face da proximidade do Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça a direito, conforme previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; c) as políticas públicas a serem executadas e desenvolvidas pelo Estado devem estabelecer uma ordem de prioridades, sendo a educação das crianças alçada à primeira condição, pois o Ensino Fundamental, destinado às crianças, é legalmente destacado como obrigatório e dever do poder público.

A Constituição atual, no que tange à educação das crianças, demonstrou o cuidado especial à sua normatização jurídica. Foi criado um verdadeiro regime jurídico da educação, uma vez que do texto constitucional constam diversas disposições que estabelecem regras e princípios.

A educação das crianças é assegurada como direito subjetivo, porém para o Estado é um dever objetivo, sendo certo que corresponde

a ele prestá-lo. Constitui crime de responsabilidade o seu não oferecimento ou a sua oferta irregular. A criança cujo direito for violado deverá, através de seus representantes legais, recorrer ao Poder Judiciário e buscar o seu efetivo cumprimento.

Em sua dimensão objetiva, a Constituição, ao tratar da educação, cuidou de estabelecer os princípios e objetivos do ensino, de especificar as obrigações do Estado, da família e da sociedade.

Considere-se que o direito das crianças à educação, previsto expressamente na ordem constitucional atual, está intimamente ligado ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O tratamento dispensado à educação, em particular das crianças, está intimamente ligado à busca do ideal de igualdade, que por seu turno é a base dos direitos de segunda dimensão. A sua efetiva proteção, seja pelo Estado, seja pela família ou pela sociedade, ensejará a garantia de acesso a bens econômicos, sociais e culturais e representa a possibilidade de a criança, como indivíduo, utilizar-se das liberdades que o sistema lhe outorga e construir um futuro digno.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito à educação

Imediatamente após a finalização dos trabalhos de redação da Constituição de 1988, o texto da Lei Complementar nº 8.069/90 é debatido, escrito e promulgado em um clima de campanha cívica.

Além do texto constitucional, alguns documentos internacionais também influenciaram o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cabendo ressaltar a Declaração dos Direitos da Criança, da ONU; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude; Regras de Beijing; Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil; Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; Diretrizes de Riad; e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das Crianças.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado um marco na afirmação integral dos direitos das crianças e dos adolescentes

brasileiros. Surgiu em um contexto de ampla discussão de diversos segmentos da sociedade brasileira sobre a necessidade de garantir a crianças e adolescentes as condições mínimas de gozarem seus direitos.

Antes da Lei nº 8.069/90, a criança e o adolescente não passavam de meio-cidadãos e ficavam sob o amparo do Código de Menores, que focava, sobretudo, a criança em situação de risco social, oscilando entre medidas assistencialistas e repressivas.

O novo diploma legal possibilitou um novo olhar sobre a situação jurídica das crianças e dos adolescentes. Com ele criou-se uma rede de atenção à infância e à adolescência fortalecendo ações de enfrentamento e prevenção ao trabalho infantil, a abuso e exploração sexual, à mortalidade infantil, a inserção escolar e à criação de unidades socioeducativas para atender adolescente em conflito com a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente pode, e deve, ser considerado um divisor de águas. Foi uma nova forma de ver, de pensar e de planejar ações voltadas para a infância e para a juventude. Antes dele a concepção que se tinha da criança era de objeto, que não era sujeito. Com ele, passa-se a vê-la com outros olhos, como pessoa em desenvolvimento. O texto da nova lei destaca esta nova concepção. De acordo com Sônia Kramer (KRAMER, 2003, p. 80): a) a criança e o adolescente como pessoas em condição particular de desenvolvimento; b) a garantia – por meio de responsabilidade e mecanismos amplamente descritos – da condição de sujeitos de direitos fundamentais e individuais; e c) direito assegurado pelo Estado e conjunto da sociedade como absoluta prioridade.

Os autores F. Pilloti e I. Rizzini (*apud* KRAMER, 1995, p. 95) detalham as mudanças ocorridas na legislação de menores após o Estatuto, entre as quais vale destacar: a) o objetivo do Estatuto difere do Código de menores, pois parte da concepção da criança como sujeito de direitos e não mais como objeto; b) mudança significativa refere-se ao pátrio poder, pois a falta de recursos não pode constituir motivo suficiente para a sua perda, aliás, o novo Código Civil já adotou o

poder familiar em substituição ao pátrio poder; c) a detenção de menores só será aceita em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; d) direito de defesa deixa de ser restrito ao curador e pode ser exercido por outros atores durante o processo legal; e e) a internação de menores não ocorre mais por prazo indeterminado.

A primeira mudança é das mais significativas e realça a proposta deste trabalho, pois corrobora a tese de que a criança é sujeito de direitos e, portanto, titular e destinatária dos direitos fundamentais.

O artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo da Constituição Federal, eleva a educação a direito positivado e enumera seus princípios basilares:

> Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:
>
> I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II – direito de ser respeitado por seus educadores;
>
> III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
>
> IV – direito de organização e participação em entidades estudantis;
>
> IV – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
>
> Parágrafo único: É direito dos pais ou responsáveis, ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Percebe-se nitidamente a hierarquização dos objetivos da ação educativa, e em primeiro lugar aparece o pleno desenvolvimento

do educando como pessoa. O foco central do processo educativo é a criança e o ensino e a aprendizagem devem garantir a sua plena realização, como pessoa, como sujeito de direito. Em segundo lugar, observa-se a preocupação do legislador com a cidadania e somente em terceiro momento surge a qualificação para o trabalho. A topografia da lei não é aleatória. O pedagogo Antônio Carlos Gomes (*apud* CURY, 2003, p. 193-194) assim explica que essa disposição topográfica estabelece o primado da pessoa sobre as exigências relativas à vida cívica e ao mundo do trabalho, reafirmando que a lei foi feita para o homem e não o contrário e assim o artigo 53 do ECA traz as conquistas básicas do estado democrático de direito em favor da infância para o interior da instituição escolar.

Em consonância com o texto constitucional, o artigo 53 do diploma legal em análise confere à educação das crianças um *status* de direito social e sinaliza os objetivos e princípios norteadores do ensino: formação da pessoa enquanto detentora de direitos, formação para a cidadania e preparação para o trabalho.

À criança serão asseguradas condições de igualdade para o acesso e a permanência na escola. Este princípio elementar deve ser desdobrado em dois: o acesso e a permanência. O primeiro praticamente está resolvido. Dificilmente será encontrada uma criança fora da escola por falta de vagas. O grande desafio está no segundo princípio. A permanência é uma dificuldade visível.

As crianças são matriculadas, mas não fica, com isto, garantida a permanência. Diversos são os fatores que contribuem para a evasão escolar, que macula o princípio da permanência nas instituições de ensino regular e este é, indubitavelmente, o grande desafio posto para governantes, educadores, família e sociedade de maneira geral. Nas regiões mais pobres o trabalho infantil é uma séria causa do desrespeito a este princípio. De outro lado, existem propostas pedagógicas que desconsideram o universo infantil, encontrando terreno fértil para o distanciamento dos alunos das salas de aula, fomentando o abandono escolar.

O respeito ao educando está presente no inciso II do artigo 53 do ECA. Da mesma forma será encontrado no artigo 227 do texto constitucional brasileiro atual, que o colocou ao lado dos direitos à liberdade e à dignidade. Sendo assim, cabe ressaltar que o respeito, tal qual a dignidade, são direitos à integridade física, psicológica, moral e cultural do educando, da criança. Os castigos físicos são inimagináveis nas escolas, embora casos isolados possam, ainda, existir. A previsão legal é de sua total e absoluta abolição.

A par da integridade física deve prevalecer a integridade psicológica. Inadmissíveis as admoestações que sejam eivadas de ofensas morais ou que afetem a estrutura emocional das crianças e lhes comprometam o equilíbrio psicológico. O trabalho realizado por professores, coordenadores pedagógicos, diretores e demais profissionais envolvidos na relação ensino-aprendizagem deve primar pelo respeito mútuo. O currículo escolar deve estar atento para a realidade e o cotidiano da criança, sem o que haverá flagrante desrespeito ao educando. Portanto, o legislador ordinário, ao prever de forma expressa o direito da criança de "ser respeitado por seus educadores", quis ver estabelecido um ensino que garanta o crescimento do educando enquanto pessoa, que ele tenha uma educação que liberta, que o torne um ser apto a viver em sociedade, sem amarras, com uma personalidade sã e apta para o mundo.

Previu também o Estatuto, no inciso III do artigo 53, a contestação dos critérios avaliativos. A avaliação não pode ser um fim em si mesma, nem pode servir de instrumento de castigo, ou de ferramenta de exclusão de uma proposta pedagógica segregacionista. Caso a avaliação esteja em desacordo com os procedimentos normais, a criança, através de seus representantes, pode e deve buscar em todas as instâncias os esclarecimentos e as medidas cabíveis. Importante contribuição para a elucidação desse ponto é a do pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa (*apud* CURY, 2003, p. 195), que salienta ser o ECA capaz de contribuir para uma efetiva democratização das práticas escolares, levando à condição de sujeitos os educandos, que podem contestar os métodos de avaliação.

Reza o inciso IV que as crianças têm direito à participação em associações estudantis. Trata-se de importante registro que introduz mecanismos que garantem a efetiva presença dos estudantes em organizações que representem seus interesses. O legislador não estabeleceu ressalvas, portanto, não se pode querer aplicar uma interpretação restritiva. Sendo assim, desde a mais tenra idade, deve ser estimulada a participação cívico-política, que resulta em importante valor pedagógico, em decorrência do pressuposto constitucional de que a educação terá como objetivo a cidadania ativa.

Já o inciso V cuidou de estabelecer que a criança terá direito à escola pública e gratuita. Nada impede a existência da rede privada de ensino, mas os governantes, ressalvadas as competências constitucionais, devem ofertar as vagas necessárias. As crianças terão direito, ainda, a escola que fique mais perto de sua residência. Com isso, cuidou o legislador da integridade física da criança. Não houvesse essa previsão legal, a criança poderia ser encaminhada para uma unidade de ensino distante de sua residência e com isto percorreria enormes distâncias para chegar à escola, sofrendo desgaste desnecessário para a idade.

Ao determinar a lei que a matrícula seja em escola que fique próximo à residência da criança, o legislador, decerto, inspirou-se no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

O artigo 54 do Estatuto em tela estabelece expressamente o dever do Estado no que concerne à educação e está em simetria e perfeita sintonia com a Constituição Federal.

Assegura o referido dispositivo legal que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito. Considera-se ensino fundamental aquele que vai do primeiro ao nono ano, podendo por vezes ser dividido em anos iniciais e anos finais ou Fundamental 1 e Fundamental 2. O ensino para este segmento não é facultativo, mas, como bem diz o texto legal, ele é obrigatório. Não cabe aos familiares ou representantes das crianças optar por matricular ou não a criança, pois é uma obrigação, um dever legal. O descumprimento do preceito legal importa em responsabilidade, na forma da lei.

O inciso IV, do referido artigo, foi taxativo ao determinar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Com isto garante-se, em primeiro lugar, a educação de crianças a partir dos primeiros meses de vida, nas creches; em segundo lugar, possibilita à mãe condições para que ela possa ingressar e permanecer no mercado de trabalho, com a tranquilidade de ter onde deixar o filho. Importante ressaltar que as creches não eram vistas como espaços de educação, ficando associadas à assistência social. Entretanto, nos últimos anos ganharam o *status* de núcleos de educação infantil, sendo certo que as monitoras e os monitores devem ter como formação mínima o magistério, reafirmando a proposta educativa das creches. Inegavelmente, pela sua recente obrigatoriedade, é o ponto em que os governantes têm encontrado as maiores dificuldades. A universalização do direito à creche e à pré-escola não foi acompanhada pelo pleno atendimento da demanda.

Os parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo em análise seguem a Constituição Federal. O primeiro realça que o acesso ao ensino é obrigatório e gratuito, como já analisado. E complementa explicitando que se trata de um direito público subjetivo. A educação é um direito fundamental, inerente à própria existência humana. Como tal, recebe, quando necessário, a proteção jurisdicional. Nesse sentido, pode a autoridade competente ser responsabilizada quando não garantir a oferta regular do ensino. Já o parágrafo terceiro atribui ao Poder Público mais duas responsabilidades extremamente importantes para garantir o acesso e a permanência na escola: fazer a chamada e zelar pela frequência. Sendo assim, o Estado, através de seus agentes, deve criar mecanismos que permitam fazer a chamada, verificando a presença ou a ausência da criança e, além disso, deve zelar junto com os pais para que a criança frequente regularmente a escola. Busca com isso evitar a evasão escolar em idade na qual o ensino é obrigatório. Nas camadas mais populares, sobretudo nos rincões do país e nas áreas de grande vulnerabilidade social, a evasão é um fenômeno rotineiro. Inúmeros são os fatores que contribuem para o abandono escolar, cabendo destacar a dificuldade dos pais em adquirir o material didático, a ausência de recursos financeiros para custear o transporte e a alimentação. Não raro encontra-se entre as causas da evasão o trabalho infantil, motivado pela carência da

família ou pela exploração do trabalho do menor. Por tais motivos o legislador criou a obrigatoriedade do ensino, determinando que o Estado cumpra sua obrigação, mas previu também no inciso VII que sejam criados programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Percebe-se a visão progressista do legislador, pois o artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente acena para a criação de uma escola cidadã.

Munir Cury (2003, p. 195) explica que a escola cidadã deveria ter algumas diretrizes básicas, entre as quais sobressaem a autonomia, a gestão democrática, a valorização da dedicação exclusiva dos professores, o tempo integral, o cultivo da curiosidade, a paixão pelo estudo, o gosto pela leitura e pela produção de textos, e não a aprendizagem mecânica, e ligação com o mundo.

Procurando reiterar o dever dos pais ou responsáveis com a educação dos filhos ou tutelados, o Estatuto cuidou de deixar de forma expressa que a matrícula no ensino regular é de obrigação deles. Sendo um dever dos genitores ou responsáveis, a obrigatoriedade da matrícula deve ser vista também como uma conquista histórica, pois se trata do direito que todo cidadão tem a uma educação pública, independente da idade.

Quem se aventura pela história da educação sabe que nem sempre ela foi um direito, pois somente quem tinha condições financeiras razoáveis podia prover a prole com ela. A Revolução Francesa deve ser vista como um marco desse direito, na medida em que passa a considerar a pessoa humana como o princípio e o fim de todo o Estado de Direito. A partir dela se generaliza, inicialmente pela Europa, o direito à instrução primária e posteriormente alcança várias partes do mundo. O Brasil, influenciado que foi pelos ideais liberais franceses, também incorpora em suas leis, já no século XIX, a instrução primária gratuita a todos os brasileiros.

Sobre a matéria, Munir Cury (2003, p. 228) leciona que a responsabilidade isolada e retórica das constituições anteriores

ganha um sentido mais amplo com a constituição atual, porquanto o pai negligente, e até mesmo o Poder Público desidioso, pode ser chamado a responder pela não matrícula da criança na escola.

O legislador ordinário, ao estabelecer a educação como um direito fundamental da criança que deve ser observado e respeitado, redigiu dispositivos diversos determinando quem deveria ser competente para zelar por cada um deles. Aos dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental o Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou apenas uma tarefa: a de comunicar ao Conselho Tutelar as infrações cometidas na escola pelo corpo docente e discente ou decorrentes do processo de aprendizagem.

Os estabelecimentos de ensino devem, em primeiro lugar, comunicar os maus-tratos, envolvendo alunos, sejam eles provocados por educadores, funcionários ou colegas. Em segundo lugar, o diretor da unidade de ensino deve acompanhar a frequência dos alunos e, no caso de faltas reiteradas injustificadas, comunicar-se com o Conselho Tutelar. Prevê, ainda, que a comunicação seja feita, também, nos casos de evasão. Antes do comunicado, espera-se que a escola tenha tomado a iniciativa de solucionar o problema que resultou nas faltas ou na evasão, pois o texto é claro: "esgotados os recursos escolares". Em terceiro lugar, o dirigente de ensino deve comunicar ao Conselho Tutelar os níveis de repetência, se forem elevados. Decerto quis o legislador demonstrar que a escola não pode nem deve fechar-se em si mesma, pois quando os níveis de reprovação forem altos, o Conselho Tutelar deverá ser informado, para que, representando o interesse das crianças, possa, juntamente com a escola, encontrar mecanismos de reversão da situação. Não se trata de controle externo, mas de participação democrática dos órgãos representativos dos direitos das crianças.

O dispositivo analisado não dispensa a rede privada de ensino da obrigatoriedade em cumpri-lo. Implicitamente está o princípio do sucesso escolar, visto que a criança, ao se matricular em um estabelecimento de ensino, almeja aprender, ter sucesso e vencer todas as etapas propostas e esperadas.

Existem crianças que entram para o ensino formal e por vários motivos acabam tendo que abandonar o curso em que se matricularam. Nas regiões agrícolas, o calendário pode não estar em consonância com as expectativas e necessidades dos pais, que acabam por retirar as crianças da escola; nem sempre a série e o que nela é ministrado e ensinado estão compatíveis com o nível de escolaridade; o currículo pode estar destoando da realidade da criança; a metodologia e a didática podem estar distantes da realidade do aluno, etc.

O legislador fez constar do texto legal que o Poder Público deverá estimular novas propostas e novas metodologias que sejam capazes de dar respostas aos desafios da educação. Assim o direito das crianças não será apenas relacionado com o acesso, mas sobretudo com a inserção daquelas que não estão incluídas na escola, principalmente no casos em que existem distorção série/idade.

O Poder Público deverá estimular a pesquisa, a experiência e novas propostas relacionadas a calendário, currículo, metodologia, didática e avaliação, de tal sorte que novas possibilidades alcancem o objetivo que é o de manter todas as crianças na escola. O Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora a tese defendida até o presente momento, qual seja, a de que a educação é um direito fundamental e existem, assim, normas cogentes pertinentes. O Estado, pais e responsáveis, dirigentes de estabelecimentos de ensino e outros atores que atuam na educação devem atentar para tais normas, zelando e efetivamente garantindo às crianças o direito à educação.

5. A lei de diretrizes e bases da educação nacional e o direito à educação

A década de 1980 foi marcada pela grave crise econômica da América Latina, a década perdida,[9] com efeitos substanciais no Brasil. Mas do ponto de vista político foi também o momento da abertura política e democrática. A Campanha pelas Diretas Já, se não foi vitoriosa, muito contribuiu para que o Presidente da República, mesmo

[9] A década perdida foi marcada em vários países da América Latina, inclusive no Brasil, por altas inflacionárias e recessão, ocasionando uma estagnação econômica, agudizando a crise que vinha se arrastando em vários países.

eleito indiretamente, fosse um civil. Os ventos liberalizantes na política foram sentidos na convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

A década de 1990, por outro lado, foi marcada por uma profunda contradição. A "Constituição Cidadã" proporcionou a vários segmentos da sociedade brasileira apresentar suas demandas por direitos sociais, uma vez que se faziam presentes no texto constitucional e, em decorrência, passaram a exigir melhorias das condições de vida, inclusive na área de educação. Em contrapartida, havia a necessidade de adotar políticas de ajuste econômico em virtude da escalada inflacionária, do déficit público e da crise que se generalizava.

Para se debelar a crise, seguiu-se o receituário neoliberal, muito em voga. Ao apostar-se no neoliberalismo para resolver os graves problemas econômicos, afetaram-se profundamente as políticas sociais, repercutindo nas políticas públicas de educação. A educação acabou tendo que se adequar às necessidades de ajustes da economia propostos pela equipe econômica.

É neste contexto que acontece a aprovação da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1.996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, após longos oito anos de tramitação no Congresso Nacional.

A nova LDB estabelece em seu primeiro artigo que "A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais".

Moaci Alves Carneiro (CARNEIRO, 1998, p. 31-32), ao discorrer sobre o referido artigo, diz que ele representa uma ruptura de dimensão axiológica na medida em que elastece a carga semântica de educação, pois imputa a ela um atributo de ação do indivíduo sobre o indivíduo para constituir seu destino nas mais diferentes ambiências humanas, tanto na família, quanto no trabalho, na escola e nas organizações sociais.

A educação não é apenas uma mera transmissão de saber, mas de formação de cidadania. O direito à educação é um direito fundamental e deve perseguir o objetivo de formar, de preparar as crianças para serem sujeitos críticos e aptos para exercer em toda a plenitude a cidadania. A criança, tendo garantido seu essencial direito à educação, estará preparada para construir seu destino, em qualquer momento de sua vida, em qualquer espaço, seja no âmbito da família, seja nos grupos sociais mais abrangentes e formais, como a escola ou qualquer outro segmento da sociedade. A educação revela-se como instrumento capaz de proporcionar às crianças a possibilidade de alçar voos com autonomia e capacidade de aterrissarem em qualquer pista de pouso, dentre aquelas que escolherem. É a educação para a liberdade em contraponto ao determinismo.

Por outro lado, o diploma legal em análise, ao traçar os princípios e fins da educação nacional, evoca a Constituição Federal, especialmente seu artigo 205, ao estabelecer em seu Título II, artigo 2º e seguintes, que "A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

A educação tem natureza tríplice: o pleno desenvolvimento do educando, preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Não muito distante do texto constitucional, o dispositivo estabelece o cuidado que a educação deve ter em garantir o pleno desenvolvimento do educando, desde a mais tenra idade.

Quanto ao preparo para o exercício da cidadania, vale recordar que historicamente a sua conquista está intimamente ligada às lutas pela efetivação dos direitos humanos ligados à liberdade, à igualdade e à fraternidade, permeando as dimensões de direitos. A criança através da educação deve estar preparada para exercitar sua condição básica de cidadão, ou seja, de titular de direitos e deveres, tanto por uma condição universal, uma vez que se encontra assegurada na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas, quanto por uma condição particular, amparada no princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei.

A formação para o trabalho pressupõe uma educação que dê condições para que a criança venha a ter, em sua fase adulta, os conhecimentos técnicos suficientes para entrar no mercado de trabalho e enfrentá-lo em condições adequadas. Não se imagina a possibilidade de a criança dividir seu tempo entre a escola e o trabalho. A escola é o caminho para o mundo do trabalho, não se pretendendo que as duas instituições convivam no espaço da criança. Aliás, o trabalho infantil deve ser combatido insistentemente, inclusive no próprio ambiente escolar. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu terceiro artigo, recorre ao artigo 206 do texto constitucional, para propor o rol dos princípios que nortearão o ensino no Brasil.

Um desses princípios expressa que deve haver igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola. Reitere-se o que já foi afirmado: a educação é direito de todos e dever do Estado. Todas as crianças e adolescentes têm suas vagas e matrículas garantidas na rede pública de ensino, pois o Estado deve prover a educação de qualidade. O pleno acesso efetiva-se com a oferta suficiente de vagas e a permanência concretiza-se através de educação de qualidade, de programas suplementares de alimentação escolar, de transporte público gratuito, de programas de distribuição gratuita de material didático.

Outro princípio reza que a educação deve primar pela liberdade de aprender e de ensinar. Se a educação visa o pleno desenvolvimento, não pode ocorrer por intermédio de uma escola autoritária, pois a educação que visa à cidadania deve preparar a criança para a autonomia.

Os outros princípios são: pluralismo de ideias; respeito à liberdade e apreço à tolerância; coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade de ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização do profissional da educação escolar; gestão democrática do ensino público, na forma da lei e da legislação dos sistemas de ensino; garantia de padrão de qualidade; valorização da experiência extraescolar e vinculação entre educação escolar, trabalho e práticas sociais.

Houve por bem o legislador insistir expressamente que o direito à educação é um direito subjetivo, mas que ao mesmo tempo é dever do Estado e que este dever será efetivado mediante algumas iniciativas, entre as quais destacam-se:

a) A oferta do ensino fundamental, obrigatório e gratuito, entendendo este segmento como o que vai do primeiro ao nono ano, ou seja, o que atende dos seis anos quatorze anos.

b) Atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade. Importante garantia do direito à educação com a introdução do inciso IV do artigo 4º da lei em análise. A educação infantil é indubitavelmente de suma relevância para o desenvolvimento do educando. Conforme Moaci Alves Carneiro (2003, p. 230), os objetivos da educação pré-escolar, propostos na política nacional, são: I) proporcionar condições adequadas de desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e social da criança; II) promover a aplicação de suas experiências e conhecimentos, estimulando seu interesse pelo processo de transformação da natureza e pela dinâmica da vida social; III) contribuir para que sua interação e convivência na sociedade sejam marcadas pelos valores de solidariedade, liberdade, cooperação e respeito.

c) Acesso ao Poder Público para exigir o efetivo curpimento do direito à educação; por ser este um direito público e subjetivo, qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe e/ou Ministério Público pode demandar o Poder Público, assegurando assim a inviolabilidade desse direito elementar.

d) Frequência escolar garantida pelo Estado, responsável pela oferta de vagas e pela chamada pública.

Por tudo o que foi exposto, é visível que a nova LDB buscou reforçar, realçar e normatizar o que estava previsto no texto constitucional. Inegavelmente a Lei nº 9.394 traz em seu bojo avanços consideráveis. Com certeza sua contribuição para consolidar as conquistas de direitos é inequívoca. Ao esmiuçar os dispositivos constitucionais

que garantem às crianças o direito à educação, esta Lei fortaleceu as bases da educação nacional e assim consolidou a proposição de que a educação é um direito fundamental.

6. O Código Penal e o direito à educação

O Código Penal em seu artigo 246 estabelece que os pais ou responsáveis que deixarem de prover a "instrução primária" dos filhos em idade escolar terão a pena de detenção pelo prazo de 15 dias a um mês, ou multa. O tipo penal é o abandono intelectual.

Abandono é a falta de amparo. Pratica abandono intelectual os pais que deixam, sem justa causa, de prover a educação dos filhos menores. O dispositivo do Código Penal em análise busca proteger um bem jurídico determinado que o direito ao ensino fundamental dos filhos menores e desta forma almeja-se assegurar-lhes a educação necessária capaz de facilitar-lhes o convívio social.

Os sujeitos ativos são os pais, podendo ser tanto os legítimos quanto os naturais ou adotivos, uma vez que não se faz mais distinção de filhos. Do outro lado está o sujeito passivo, que é o filho em idade escolar, compreendido, aqui, aquele que tem até quatorze anos. A ação descrita na norma penal consiste em deixar de prover, de providenciar a instrução primária do filho. O tipo apresenta um elemento normativo, contido na expressão "sem justa causa", isto é, omitir as medidas necessárias para que seja ministrada a instrução ao filho em idade escolar.

Para Heleno Cláudio Fragoso (2002, p. 135), as causas que justificam a omissão do agente podem ser entendidas como "as dificuldades de acesso às escolas e a falta de escolas, tão comum em alguns Estados, além do grau de instrução rudimentar ou nula dos próprios pais". O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo, representado pela vontade consciente de deixar de matricular o filho na "educação primária". Não havendo dolo, a vontade de agir, de não providenciar a instrução aos filhos menores, não haverá crime de abandono intelectual.

Da mesma forma, se os pais não encontrarem vaga na rede pública de ensino ou não conseguirem que o Poder Público oferte a vaga, não incorrerão na pena cominada.

Quis o legislador com o dispositivo em tela garantir a crianças e adolescentes o direito à educação, impondo aos pais o dever, a obrigação de prover a instrução. Ao prever que os genitores devem providenciar a educação primária, entendida como a oferecida no ensino fundamental, a norma legal cuidou de estabelecer que as crianças terão que receber dos pais o cuidado devido com a matrícula e o acompanhamento escolar. Não basta a matrícula, o "prover" pressupõe o acompanhamento para que permaneçam nas salas de aula.

O Código Penal não imputou ao Estado a missão de prover e acompanhar os alunos em sua vida escolar, ficando tal desiderato para outros diplomas legais. Nesse sentido, a Constituição atual, mais recente que aquele código, já disciplinou a matéria impondo ao Estado o dever de ofertar ensino fundamental gratuito a todas as crianças e adolescentes.

Sendo assim, o crime de abandono intelectual ganha nova proporção, pois os pais não podem alegar falta de vagas, uma vez que, constitucionalmente, o Estado deve oferecer na rede pública de ensino a educação em nível fundamental.

A criança tem o direito fundamental à educação e seus responsáveis não podem deixar de dar a devida atenção a ele. Aos que se esquivarem dessa garantia de forma dolosa aplicar-se-á a pena prevista no artigo 246 do Código Penal.

7. Conclusão

A educação está inserida, muito corretamente, no rol dos direitos sociais e por isso deve ser tratada como um direito fundamental. A literatura jurídica não esgotou o debate sobre a matéria, atendo-se particularmente à defesa da necessidade da educação em direitos

humanos e não à da defesa da educação como um direito humano, como um direito fundamental.

A educação é um direito fundamental e, portanto, elementar para a realização de todos os demais direitos sociais. Como direito social o texto constitucional albergou-o e forçosamente outras legislações não tiveram remédio senão cuidar com esmero do assunto, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A atual Constituição Republicana foi gestada no redemoinho das grandes discussões que marcaram a década de 80, que por sua vez foi a culminância dos movimentos políticos e sociais que exigiam a volta do Estado de Direito. A Carta Magna de 1988 refletiu sobremaneira o momento das reformas sociais exigidas pela sociedade brasileira através dos deputados e senadores alçados à posição de constituintes. Assim, o texto constitucional abrigou vários dispositivos que trataram de dar à ordem social a magnitude necessária. Com o direito à educação não foi diferente. O legislador constituinte elevou-o ao patamar de normas constitucionais, disciplinando, prevendo princípios e responsabilizando os vários atores, estatais e da sociedade civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ecoando as normas constitucionais, redobrou a vigilância e, como deveria ser, detalhou aquilo que a Constituição previu como regras gerais. Assim, o direito à educação foi consolidado como um direito da criança e do adolescente e seu descumprimento ou cumprimento insatisfatório resulta em responsabilização dos agentes que tinham o dever de agir para sua efetiva realização.

No mesmo diapasão está a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, ao cuidar especificamente da educação brasileira, demonstrou a importância que a matéria tem e precisa ter. A legislação corrobora que a educação é um direito fundamental e que sua garantia é instrumento para a construção da cidadania e, via de regra, da garantia do Estado Democrático de Direito.

A sociedade brasileira, incluindo com destaque os operadores do direito, deve atentar para os diplomas legais que com denodo abrigaram em seus textos a educação, tratando-a como direito fundamental, parte integrante e importante do mínimo existencial. As crianças são sujeitos de direitos, mas é necessário que seus representantes estejam vigilantes para a efetiva garantia daquilo que a legislação propõe. A interpretação e a aplicação da lei podem até ficar restritas a acadêmicos, doutrinadores, juízes e membros do Ministério Público, mas a busca da efetiva aplicação desse direito é tarefa de todos que acreditam na possibilidade da construção da cidadania através da educação.

Considerar o direito das crianças à educação como direito fundamental não é mero exercício filosófico, mas, como demonstrado neste trabalho, é exercer a cidadania e atentar para o cumprimento dos dispositivos legais que visam proteger e garantir esse direito.

Ao analisar-se o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, percebe-se, em primeiro lugar, que a educação é indissociável dos direitos fundamentais e, em segundo lugar, que é através dela que tais direitos serão consolidados. A educação é o caminho e o destino. Ela é o barco e é o porto.

Garantir o direito das crianças à educação, em toda a sua plenitude, em todas as nuances abordadas neste trabalho, é a garantia de uma sociedade espelhada na tríade da revolução francesa, cujos ideais ainda são perseguidos: viver em uma sociedade com liberdade, com igualdade e, acima de tudo, com fraternidade.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo:* superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey: 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação Constitucional*: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.* In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum universitário de direito*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

COSTA, Messias. *A educação nas Constituições do Brasil:* dados e direções. Rio de Janeiro: D P & A, Coleção Biblioteca Anpae, 2002.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Pinto. Educação e Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*. v. 92, p. 171-173. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181734>. Acesso em: 26 jul. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2002.

FURMANN, Ivan. Educação panaceia e crítica foucaultiana: tocando o intocável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 627, 27 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6480>. Acesso em: 26 jul. 2010.

KRAMER, Sônia; BASÍLIO, Luiz Cavalieri. *Infância, educação e direitos humanos.* São Paulo: Cortez, 2003.

MELO, Celso de. RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO. AG. REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(410715.NUME.%20OU%20410715.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 jul. 2010.

PILOTTI, F.; RIZZINI, I. *A arte de governar crianças:* a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, 1995.

PORTELLA, Simone de Sá. *Considerações sobre o conceito de mínimo existencial.* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 46, 31 out. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em: 25 jul. 2010.

Artigo recebido em: 01/11/2010
Artigo aprovado em: 11/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110012

O POETA E A FLORESTA: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E LITERATURA PARA A CONSERVAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA
Professor do Centro de Atualização em Direito e Universidade Gama Filho, Brasil
ljalvarenga@gmail.com

1. Acórdão

Agravo de Instrumento nº 1.0016.10.009466-9/001
Comarca: Alfenas
Relator: Desembargador Peixoto Henriques
Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Agravados: Mário de Oliveira Terra e outros

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AVERBAÇÃO DE RESERVA LEGAL. TUTELA ANTECIPADA. RECURSO PROVIDO. I) A "reserva legal" se destina à harmoniosa integração e efetiva concreção das determinações constitucionais consagradas nos arts. 5º - XXIII, 170 - II e III, 182 - §2º, 185 - p. único, 186 - I e II e 225. II) Diante da desordenada devastação de nossas matas e da deplorável extinção de nossos bichos, intolerável coonestar iniciativas que, sob concepção exclusivamente individualista, ignoram o dever constitucional de cada um e, concomitantemente, de todos nós para com a manutenção do equilíbrio ecológico, respeitando manancial de elementos essenciais à vida humana. III) Independente de haver ou não área de floresta em propriedade rural, é obrigação do proprietário ou possuidor de imóvel rural

adotar providências necessárias à restauração ou recuperação das formas de vegetação nativa, se adequando aos limites previstos no art. 16 do Código Florestal. (AI nº 1.0016.09.100358-8/001, 8ª CCív/ TJMG, rel. Des. Vieira de Brito, DJ 01-07-2010).

ACÓRDÃO:
Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Wander Marotta, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento.

Data do Julgamento: 15 de fevereiro de 2011.

2. Comentário

Conta-se que Direito e Retórica "se imbricam desde a nascença, tendo esta surgido da necessidade de persuasão dos juízes num caso judicial sobre propriedade de terras, no mundo clássico". (BARTHES *apud* CUNHA, 2007, p. 1). Na contemporaneidade, o reconhecimento da proximidade epistemológica entre Direito e Literatura tem vindo a entusiasmar, no campo acadêmico, uma fecunda linha de pesquisa interdisciplinar e, na prática, análises e decisões que contribuem para resgatar a dimensão cultural do Direito, esquecida ou recalcada em tempos de predomínio do paradigma positivista. (OST, 2004, p. 58).

Um exemplo de diálogo entre esses dois campos do saber ocorreu no julgamento do Agravo de Instrumento 0537249-42.2010.8.13.0000, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Depois de referir os argumentos jurídicos de seu voto, atinente à questão de averbação e conservação da reserva legal florestal, o relator, Desembargador Peixoto Henriques, evocou a poesia de Carlos Drummond de Andrade para, nas palavras do magistrado, "dela extrair soberba lição e, notadamente, vital exortação". (MINAS GERAIS, 2011). No pronunciamento jurisdicional, fez-se transcrição parcial de um conjunto de poemas (ou um vasto poema único) que o escritor mineiro dedicou à *Mata*

Atlântica (ANDRADE; MAGNANINI; MARIGO, 1984; ANDRADE, 1997), região que outrora se estendia do Rio Grande do Norte ao Rio Grande do Sul, mas que sofreu um intenso processo de devastação desde o início da ocupação colonial, conforme representam as Figuras 1 e 2.

Figura 1: *Defrichement d'une Foret* - Desmatamento de uma floresta (Mata Atlântica). Pintura de Johann Moritz Rugendas (Fonte: *Wikipedia*).

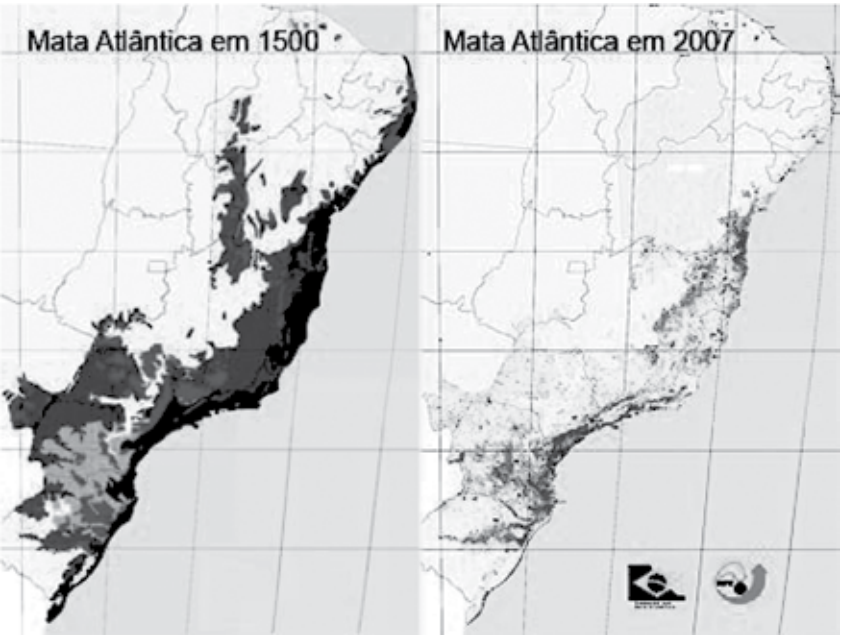

Figura 2: Representação do desflorestamento no bioma Mata Atlântica no intervalo 1500-2007 (Fonte: Fundação SOS Mata Atlântica e Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais).

Transcrevem-se a seguir passagens do texto de Drummond (1984; 1997), que se colocam como uma crítica em relação ao modo de ocupação e aproveitamento dos sistemas naturais do Brasil e como uma exortação em defesa da vida:

> Sem o lirismo das orquídeas,
> Sem o charme decorativo das samambaias,
> Nua de líquens e bromélias do litoral,
> A mata de Caratinga, protegida dos ventos,
> Espera de nós
> A proteção maior contra o machado,
> A serra mecânica, o fogo.
>
> De cada cem árvores antigas
> Restam cinco testemunhas acusando
> O inflexível carrasco secular.

Restam cinco, não mais. Resta o fantasma
Da orgulhosa floresta primitiva.

[...]

Jacupemba, perseguida jacupemba,
De tua sorte quem se lembra, quem se lembra?

O cantor-risada
Do japuguaçu
No alto da embaúba
Me deixa intrigado.
Ele ri de Quê?
Da mão que derruba
Seu ninho cuidado?
Vou adivinhar:
Se a ave ri, coitada,
É que, por destino,
Não sabe chorar.

Penúltima jacutinga do Brasil?
Ou última, talvez?
Sem coco de palmito-juçara para comer,
Sem galho forte para o pouso,
Sem ambiente para viver,
A jacutinga espera o fim de toda a fauna.

Sou pintor ou pintura?
As cores arcoirisam no meu manto.
Objeto luxuoso, esvoaçante
Gravura colorida,
Não me neguem, por Deus, direito à vida.

Um som de flauta se derrama
No que restou da terra comburida.
O sanhaço é nostálgica lembrança
De outro tempo, outra mata, noutra vida.

Meu verdoengo tucano
De bico leve e guloso,
Escuta este teu amigo:
Te arriscas, se não me engano,

A ter um fim doloroso
Se não te pões ao abrigo
Do destruidor ser humano.

Olha o barbado, olha o bando do barbado!
Olha o coro de Barbados na floresta!
À sua maneira,
Está berrando, aos deuses implorando
Que detenham a fúria arrasadora
Da sacrificada mata brasileira.

[...]

Riacho Campo Belo,
Crivado de pedras lisas,
Como rápido deslizas
Modulando um ritornelo:
'Mais amar sabe quem ama
Sua terra e sua dama.'
Vem, Esperança, e pousa leve,
Como um traço de verde giz
(É meu anseio que te escreve)
Sobre a sorte do meu país.

A água serpeia entre musgos seculares.
Leva um recado de existência a homens surdos
E vai passando, vai dizendo
Que esta mata em redor é nossa companheira,
É pedaço de nós florescendo no chão.

[...]

Que rumor é esse na mata?
Por que se alarma a natureza?
Ai... É a moto-serra que mata,
Cortante, oxigênio e beleza.

[...]

Samambaias, palmeiras... São alfaias
Da casa vegetal de Itatiaia.
São tesouros, bem mais que barras de ouro,

A guardar com amor para os vindouros.

[...]

Não, não haverá para os ecossistemas aniquilados
Dia seguinte.
O ranúnculo da esperança não brota
No dia seguinte.
O vazio da noite, o vazio de tudo
Será o dia seguinte.

As palavras do poeta, expressão literária da riqueza do bioma Mata Atlântica – uma das áreas prioritárias (*hotspots*) para a conservação da biodiversidade (CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL, 2005), – inspiraram o Desembargador Relator a concluir:

> Diante da desordenada devastação de nossas matas e da deplorável extinção de nossos bichos, intolerável coonestar iniciativas que, sob concepção exclusivamente individualista, ignoram o dever constitucional de cada um e, concomitantemente, de todos nós para com a manutenção do equilíbrio ecológico, respeitando manancial de elementos essenciais à vida humana (MINAS GERAIS, 2011).

A obra de arte, em especial a literária, pode cumprir uma função de *subversão crítica* em relação ao Direito, uma vez que:

> [...] ela suspende nossas evidências cotidianas, coloca o dado à distância, desfaz nossas certezas, rompe com os modos de expressão convencionados. Entregando-se a toda espécie de variações imaginativas, ela cria um efeito de deslocamento que tem a virtude de descerrar o olhar. Tudo se passa como se, por ela, o real desse à luz novos possíveis que ele mantinha até então enterrados em suas profundezas. Com ela, uma forma é carregada de significação e esse surgimento é um evento único. É o gesto mesmo da *poiesis*: um sentido que adquire forma. [...] a obra de arte é sempre, de algum modo, uma contra-criação: um desafio ao mundo herdado, à natureza circundante, à herança cultural, e a aposta de que ainda está por ser dito algo de essencial que

> irá remodelar toda essa massa para fazer sair dela, enfim, um mundo novo [...] Compreende-se melhor, então, esta frase de Adorno: "O que seria preciso afinal inverter é a teoria da imitação. Num sentido sublimado, a realidade deve imitar as obras de arte". (OST, 2004, p. 32-34).

Não terá sido sem razão, portanto, a assertiva de Peter Häberle, citado por Cunha (2007, p. 4), de que os poetas são "fornecedores de uma utopia 'que orienta o sentido da realidade constitucional'". Com o que concordará o jurista-poeta catalão Héctor López Boffill (*apud* CUNHA, 2007, p. 4), para quem: "Si la poesia está em el origem del orden constitucional, también podría afirmarse que la poesia es un médio de interpretación de los conceptos constitucionales".

Nos campos teórico e prático do Direito Ambiental, a Literatura contribui para demonstrar que a expressão "meio ambiente", inclusive em sua acepção jurídica, designa, para além de determinados objetos ou conjunto de objetos (sistemas naturais e seus componentes, áreas urbanas, monumentos históricos, etc.), uma *relação de significado* (de afetividade)[1] entre eles e a coletividade. (VIEIRA, 2005; LEITE, 2003). Do mesmo modo, promove-se uma releitura da ideia, presente no texto constitucional brasileiro (art. 225, *caput*), da qualidade de vida, que passa a ser compreendida

> [...] como passível de abarcar todos os valores culturais de uma sociedade, percebendo-se a emergência de uma nova sensibilidade em relação ao mundo natural, que se abre ao belo, à arte, ao valor da espiritualidade humana. (STEIGLEDER, 2004, p. 165)

Pela mesma razão, Leite e Ayala (2002, p. 88) afirmam:

> O fato mais importante, que orienta a formação de uma posição ontológica autônoma, parece residir no reconhecimento

[1] A existência dessa relação serve, ao lado de outros argumentos, como justificativa teórica para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. A propósito desse tema, ver Leite (2003) e Steigleder (2004)

> do valor da proteção do meio ambiente, na identificação de sua dimensão cultural. Dessa forma, *justifica-se a proteção do ambiente porque ele também encerraria e simbolizaria certos valores da própria cultura*.

Ao escrever o conjunto de poemas *Mata Atlântica*, Carlos Drummond de Andrade uniu-se às vozes que denunciaram "o sopro de destruição" (NABUCO, 1883) que tem vindo a assolar os sistemas naturais do Brasil desde o início da sua colonização. Ao mesmo tempo, o poeta exprimiu em letras seu arrebatamento ante as muitas e belas formas de vida do bioma. Oxalá esse sentimento, bem como a sensibilidade de espírito que está em sua origem, não seja um dom dos poetas apenas, mas de todos os herdeiros da *Terra Brasilis*, especialmente daqueles que têm a difícil missão de se pronunciar sobre o destino dos sistemas naturais do País.

3. Referências

ANDRADE, C. D.; MAGNANINI, A.; MARIGO, L. C. *Mata Atlântica*. Rio de Janeiro: AC&M Ed., 1984.

ANDRADE, C. D. *Mata Atlântica*. Rio de Janeiro: AC&M Ed.; Sette Letras, 1997.

CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL. *Hotspots revisitados*: as regiões biologicamente mais ricas e ameaçadas do planeta. Disponível em: <http://www.conservation.org.br>. Acesso em: 18 jul. 2007. Original: 2005.

CUNHA, P. F. Direito e Literatura: introdução a um diálogo. *Notandum*, São Paulo, ano X, n. 14, 2007.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, J. R. M. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NABUCO, J. O abolicionismo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ bv000127.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2009. Original: 1883.

OST, F. *Contar a lei*: as fontes do imaginário jurídico. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

STEIGLEDER, A. M. *Responsabilidade civil ambiental*: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 1.0016.10.009466-9/001. Relator: Desembargador Peixoto Henriques. Acórdão: 15 fev. 2001. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 25 ago. 2011.

VIEIRA, P. F. Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania. In: VIOLA, E. *et al.* (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania*: desafios para as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2005.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110013

7

Direito Processual Coletivo

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

A PROVA NO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DE VELHOS PARADIGMAS PARA A EFETIVA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

PROOF IN PROCEDURAL ENVIRONMENTAL LAW: NEED TO OVERCOME OLD PARADIGMS TO ENFORCE ENVIRONMENTAL PROTECTION

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
souza.miranda@terra.com.br

O que não é possível é continuarmos assistindo a um Estado e a uma Sociedade que delinquem à moda do século XX, pressagiando a do século XXI, enquanto que o Judiciário reage à moda do século XIX, como Montesquieu, que, com dificuldades, alcançava a especificidade da função jurisdicional, no qual não via senão uma modalidade da Administração, a Administração da Justiça.[1]

[1] NALINI (1996).

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as particularidades do regime jurídico de distribuição do ônus e o regramento da produção da prova no âmbito do processo coletivo ambiental. Enumera alguns dos mais relevantes princípios do processo coletivo e aborda a necessidade da adequação das regras processuais com o fito de se alcançarem decisões consentâneas com a essencialidade do direito material ao meio ambiente. Trata da distribuição e da inversão do ônus da prova em matéria ambiental, bem como da valoração dos elementos de prova coligidos pelo Ministério Público em procedimentos investigatórios. Por último, aborda o ativismo judicial e a busca da verdade real nos processos coletivos que versam sobre a proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual ambiental; particularidades; prova; distribuição e inversão do ônus; valoração; ativismo judicial; verdade real.

ABSTRACT: The present article aims at thoroughly analyzing the juridical system of distribution of the burden of proof and the regulation of proof production within the environmental collective suit area. It lists some of the main principles of the collective procedure and approaches the need for adequacy of the procedural rules with the aim of reaching decisions that are convenient for the essence of material laws concerning the environment. Besides, it tackles the distribution and the inversion of the burden of proof in environmental matter, as well as the weight of the elements of the evidence gathered by the Public Prosecution Service in investigative procedures. Finally, it approaches judicial activism and the search for the real truth in collective suits regarding environmental protection.

KEY WORDS: Procedural environment law; particularities; proof, distribution and reversal of the burden; valuation; judicial activism; truth.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Particularidades e princípios específicos do processo coletivo. 2.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo. 2.2. Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva. 2.3. Princípio da

máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva. 2.4. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo. 3. Particularidades da prova no processo coletivo ambiental. 4. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 5. Inversão do ônus da prova em decorrência dos princípios da prevenção e da precaução (*in dubio pro ambiente*). 6. Inversão do ônus da prova em decorrência da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC. 7. Valor da prova colhida em procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público. 8. Ativismo judicial e a verdade real. 9. Conclusões. 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Como sabido, a teoria clássica existente sobre a distribuição do ônus probatório na esfera processual posiciona-se no sentido de que as partes litigantes têm o dever de provar suas afirmações lançadas nos autos da demanda, de maneira que ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do direito que invoca e ao réu os fatos extintivos ou modificativos que opõe àqueles. Assim, o preço de não se produzir determinada prova (meio lícito para demonstrar a verdade ou não do fato, com o escopo de convencer o órgão julgador) seria o de se perder o litígio.

O Código Civil Brasileiro, encampando essa teoria estática, dispõe, no seu art. 333: "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Dessa forma, o êxito da causa depende do interesse, da diligência e da capacidade da parte no tocante à comprovação dos fatos alegados no processo, sob pena de insucesso.

Mas seria justa a aplicação dessa regra geral, concebida para a normatização de processos individuais, na maioria das vezes versando sobre direitos disponíveis, aos complexos processos coletivos que tratam de interesses massificados, como o direito ao meio ambiente, de caráter sabidamente difuso, de uso comum, indisponível e intergeracional?

A resposta é obviamente negativa e a doutrina moderna tem procurado delinear regras mais condizentes com a necessidade de tutelar adequadamente os direitos pertencentes à coletividade, dentre os quais se sobreleva o direito a fruir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do provo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, consoante dispõe expressamente o art. 225 da CF/88.

Não basta, em síntese, resguardar o direito ao meio ambiente somente com regras substantivas. Sem a facilitação do exercício da proteção ambiental, o arcabouço protetório material acaba por se transformar em letra morta, pois a conjugação de *direitos efetivos com a implementação eficiente* é o verdadeiro objetivo do Direito. (BENJAMIN, 2007).

Em última análise, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que torne impossível ao interessado a sua produção, em última análise estará sendo-lhe negado o próprio acesso à tutela jurisdicional, princípio sabidamente de estatura constitucional. Como assinalou Couture, "A lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa". (apud GODINHO, 2007, p. 297).

No presente trabalho procuraremos sintetizar qual tem sido o posicionamento da doutrina (em âmbito nacional e internacional) e da jurisprudência mais modernas no que concerne ao desafio de alcançar um regime jurídico de distribuição do ônus e regramento da produção probatória consentâneo com as exigências próprias dos processos coletivos ambientais.

Consoante a lição de Sérgio Salomão Shecaira, se o conceito de modernidade há de ser associado a um novo paradigma, então há que se criarem condições para a efetivação de um processo de mudança jurídica que contemple a nova realidade social. Os instrumentos da nova conquista exigem travessias oceânicas no plano do Direito, não se admitindo uma mera navegação de cabotagem no âmbito das respostas jurídicas. As embarcações antigas não mais podem ser utilizadas para condução em tão larga travessia. O astrolábio

há de ser substituído pelo radar de longo alcance, que permite ágeis comunicações interoceânicas. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, a modificação da responsabilidade, a preponderância de valores públicos sobre o pensamento privatístico são algumas das muitas modificações resultantes desse processo. (SHECAIRA, 1999, p. 18).

2. Particularidades e princípios específicos do processo coletivo

Tratando dos tradicionais princípios orientadores do Direito processual clássico, ou ortodoxo, e da sua ineficiência para normatizar as modernas demandas massificadas, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin esclarece:

> Em sua formulação original, nenhum desses princípios se ajusta à realidade econômica e social do final do século XX, à sociedade pós-industrial, caracterizada pela tecnologia, produção, comercialização, crédito, comunicação e conflituosidade massificados. São princípios que trazem uma marcante concepção individualista, própria da sociedade interpessoal do século XIX, o que os leva, em sobrevivendo, a sacrificar os próprios fins do processo, que são a realização de uma tutela jurisdicional eficaz e justa. (BENJAMIN, 2007).

Por isso, para compreender e manejar com a necessária eficiência e efetividade os chamados processos coletivos, torna-se indispensável a ruptura com a visão de institutos processuais clássicos – norteados por uma visão individualista – que se mostram obsoletos e impróprios para regrar processos versando sobre direitos massificados, sendo inafastável a necessidade de buscar novos paradigmas para nortear esse novo ramo do Direito processual. Como bem ressaltado por Marcelo Abelha Rodrigues:

> Quando se confrontam com as técnicas processuais existentes no CPC certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um úni-

> co objeto, indivisível, que interessa a titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os uma, senão, apenas, a fruição do mesmo e único bem, certamente o CPC, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes são voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, legitimidade *ad causam* e até a regra da coisa julgada *inter partes*. Por isso, é muito importante que, ao estudarmos as técnicas processuais coletivas, estejamos desarmados do pensamento individual, ou, pelo menos, reconhecendo que deve haver certa dose de esforço científico para encontrar soluções teóricas para determinadas situações coletivas, tendo em vista, aprioristicamente, as regras principiológicas do direito processual coletivo. (RODRIGUES, 2008, p. 54).

Abaixo ressaltamos alguns dos princípios orientadores do processo coletivo.

2.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Segundo este princípio, o

> [...] Poder Judiciário, em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem o enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado socialmente. (ALMEIDA, 2003, p. 572)

No processo coletivo o Poder Judiciário é visto como um órgão de transformação da realidade social e, em âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de reconhecer a teleologia desse princípio, decidindo que:

> O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige,

a repetição de processos idênticos (STJ – RESP 265.358 – Processo: 200000648124 – SP, Rel. Humberto Gomes de Barros, j. 04/09/2001).

2.2. Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva

O Direito processual coletivo – mormente no aspecto ambiental – objetiva a tutela de direitos difusos e indisponíveis da sociedade, essenciais a uma sadia qualidade de vida. Logo, deve ser tratado com máxima prioridade, haja vista que, no julgamento de conflitos coletivos, é possível dirimir, num único feito, inúmeras demandas, promovendo a entrega da prestação jurisdicional a um grande número de pessoas em apenas um processo.

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro regra processual expressa encampando o princípio, já se registra, por exemplo, a iniciativa da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por meio Provimento 50/2008, cujo objetivo é garantir o acesso à ordem jurídica com uma prestação jurisdicional célere.

O documento considera o fato de que nos processos coletivos, ao contrário do ocorrido nos individuais, a demanda não se instaura apenas entre autor e réu, e sim entre grupos de titulares de direitos metaindividuais, sendo possível extinguir, em um único feito, diversas demandas. Conforme determina o provimento, todos os procedimentos judiciais, inclusive cartas precatórias, rogatórias ou de ordem, de interesse ou direitos coletivos, serão identificados com uma tarja verde e uma amarela em seu dorso, de modo a evidenciar sua tramitação prioritária, agilizando a realização de atos processuais bem como a prolação de despachos, decisões ou sentenças. O provimento também estabelece que os gestores judiciais das varas e os oficiais de justiça deverão observar o prazo limite de 24 horas para encaminhamento dos autos à apreciação do juiz competente, quando necessária a conclusão dos autos, bem como para remessa dos autos ao Ministério Público ou à Defensoria Pública, quando for o caso. Os documentos necessários para o cumprimento da ordem judicial, tais como mandados, cartas precatórias, intimações, entre outros, deverão ser expedidos no prazo máximo de 48 horas, quando

outro prazo menor não for fixado pelo magistrado. Os oficiais de justiça também deverão cumprir os mandados provenientes de tais processos em regime de urgência, no prazo máximo de cinco dias.

A jurisprudência pátria, acatando tal princípio, já decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO À CELERIDADE DO FEITO. ART. 70, III, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE LEI OU CONTRATO A IMPOR O REGRESSO NOS MESMOS AUTOS. DECISÃO MANTIDA. A jurisprudência majoritária das eg. Cortes Regionais e do eg. STJ entende que, em linha de princípio, é descabida tal modalidade de intervenção em sede de ação civil pública concernente a dano ao meio ambiente, sob pena de prejuízo à celeridade do feito e, ainda, pelo fato de que a responsabilidade do Estado é *ex lege* e objetiva, não podendo ser repassada, *in casu*, ao responsável pelo expediente cartorário. Daí o descabimento da denunciação da lide, porquanto não há como se aplicar o disposto no art. 70, inciso III, do CPC, haja vista inexistir Lei ou contrato a impor o regresso nos mesmos autos, senão disposição civil genérica que poderá ser acionada pelas vias próprias. – Agravo improvido. (TRF 2ª R., AG 2002.02.01.043295-8, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Federal Benedito Gonçalves, j. 05/09/2007, DJU 24/09/2007, p. 190).[2]

2.3. Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

Nos termos desse princípio:

> Admite-se para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos etc. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Cabe ação de execução em todas as espécies, ações de conhecimento com todos os tipos de provimentos – declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental. (ALMEIDA, 2003, p. 578).

[2] Publicado no DVD Magister nº 18 – Repositório autorizado do TST nº 31/2007.

Esse princípio foi consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que dispõe: "Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela." É aplicável à tutela de todas as espécies de direitos difusos, por força do disposto no art. 21 da Lei nº 7.347/85.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de reconhecer a incidência desse princípio nos processos coletivos, consoante se vê do seguinte julgado:

> A exegese do art. 3º da Lei nº 7.347/85 ('A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer'), a conjunção 'ou' deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor ('Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.') bem como o art. 25 da Lei nº 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público 'IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente [...]' . A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito. (STJ, RESP 625249 – Processo: 200400011479, Primeira Turma, Rel. Luiz Fux, j. 15/08/2006).

2.4. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

Esse princípio decorre da necessidade de efetividade real do processo coletivo e não meramente formal. (ALMEIDA, 2003, p. 576). O juiz deve determinar a produção de todas as provas pertinentes a fim de que a tutela jurisdicional final seja efetiva. O julgador pode, até mesmo, afastar-se, quando necessário, do princípio da congruência a fim de que sua decisão seja a mais efetiva e adequada à tutela do Direito ambiental.

Como bem ressalta Bibiloni (2005, p. 324) acerca da função do juiz no processo ambiental:

> *Cuando en la controvérsia quedan involucradas cuestiones de orden público o derechos de goce comunitário, no solo ya no está compelido a respetar el viejo principio de congruência, sino que está facultado (y hasta obligado) a incorporar de oficio temas no introducidos por las partes en el pleito*. [3]

Luiz Guilherme Marinoni, tratando da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, ressalta que as proibições do Direito processual clássico não podem mais prevalecer de modo absoluto diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um "inimigo", mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Ou seja, o aumento de poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou a eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da idéia de que a "[...] lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial", e da necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto. (MARINONI, 2004, p. 136-137).

[3] Quando no litígio restam envolvidas questões de ordem pública ou de direitos coletivos, não só não é mais obrigado a respeitar os velhos princípios de coerência, mas tem o direito (e até mesmo a obrigação) para incorporar temas não inseridos automaticamente pelas partes no litígio. (Tradução nossa)

A jurisprudência pátria tem açambarcado tal entendimento e, a propósito, já decidiu:

> De ver-se, ainda, que, em se tratando de questão ambiental, dominada por interesse difuso e planetário, como no caso em exame, há de mitigar-se o princípio da congruência, privilegiando-se o do ativismo judicial, de forma que o órgão julgador possa adequar a sua decisão, na melhor forma possível, com a visão intertemporal, sempre voltada para a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no interesse das presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*). (TRF1, EDcl-AC 2000.39.02.000141-0, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, j. 14/04/2008, DJF1 29/04/2008, p. 713).

3. Particularidades da prova no processo coletivo ambiental

O Direito ambiental, em decorrência das intrincadas e diversificadas questões que lhe incumbem solucionar, não pode ficar adstrito aos institutos clássicos do Direito processual individual comum[4] e, quanto à produção de provas, mais se destaca a necessidade de buscar novos critérios normatizadores de sua produção e valoração, a fim de alcançar decisões consentâneas com indiscutível essencialidade do direito ao meio ambiente, cuja violação implica reflexos às presentes e futuras gerações. A aplicação de velhas regras ortodoxas em sede de direitos transindividuais leva a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de amplo acesso à justiça. (GODINHO, 2007, p. 299).

Destarte, é preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de alcançar a necessária e adequada tutela do meio ambiente, deixando de lado a ritualística, o formalismo e as regras clássicas e obsoletas do conhecido direito probatório, em nada condizente com a natureza especialíssima do Direito material ambiental, o qual deve ser efetivado, obviamente, mediante regras também especiais.

[4] A propósito, já decidiu o STJ: "Tratando-se de processo coletivo, devem-se empregar as técnicas e institutos que lhe são adequados, de modo a propiciar a efetiva solução dos conflitos metaindividuais."(STJ, REsp 987.788, Proc. 2007/0217712-8, RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 30/10/2008, DJE 24/11/2008).

Como assinalam Morello e Cafferatta (2004, p. 241, tradução nossa):

> Nesta área espinhosa, cinzenta, dura, árdua e complicada, não cabe levantar obstáculos, óbices processuais ou critérios de hermenêutica rígidos ou matizados com critérios demasiado rígidos e, finalmente, encerrar meios que eventualmente são úteis para realizar a finalidade de acesso à verdade jurídica objetiva... O intérprete deve agir com amplitude e flexibilidade, através de um pensamento integrado das ciências da cultura e das ciências naturais.[5]

O professor Freitas (2009) destacou que:

> O fato é que as provas tradicionais não atendem às necessidades do mundo atual. O tempo da palavra de honra (contratos eram substituídos por um fio de bigode) acabou. E não volta mais. Testemunhas são cada vez mais raras. Ninguém quer se indispor com ninguém e, muito menos, assumir qualquer tipo de risco. As perícias continuam importantes. Mas são caras e demoradas. Disto tudo se segue que o Direito deve estar aberto aos novos meios de provas, à tecnologia e ao mundo em que vivemos. Para o bem ou para o mal, esta é uma época distinta de todas que a humanidade viveu. E quem a ela ficar alheio perderá a conexão com o mundo real. Como se tivesse sido desconectado do sistema. Quase um morto civil.
>
> Assim sendo, o profissional do Direito pode e deve valer-se de novos meios de provas postos à sua disposição. E dos magistrados espera-se que tenham consciência do novo papel que devem desempenhar. Ou que, se ainda estiverem vivendo os tempos de antanho (para usar uma expressão do passado remoto), que se aposentem. Não há mais lugar para profissionais que não sa-

[5] En esta área ríspida, grisácea, dura, ardua, complicada, no cabe levantar obstáculos, óbices procesales ni criterios de hermenéutica rígidos o matizados de exceso ritual, ni clausurar medios que eventualmente resulten útiles para cumplir el propósito de acceso a la verdad jurídicamente objetiva... Deberá el intérprete actuar con amplitud e flexibilidad, a través de un pensamiento integrado de las ciencias de la cultura y de las ciencias de la naturaleza.

> bem manejar a internet, repudiam a assinatura digital ou que, mantendo-se olimpicamente isolados, repelem as novas técnicas de administração judiciária.

Essas particularidades sobre as provas no processo coletivo repercutem de maneira especial na análise da produção e do valor probatório por parte dos magistrados, o que deve ocorrer sem ritualismos inúteis ou que possam impedir o alcance da efetiva tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nas palavras do mestre italiano Taruffo (2002, p. 406):

> Debe entonces considerarse que la razón principal por la que uma prueba debe ser admitida em juicio no es em absoluto la existência de uma norma que se preocupe de ello (que a menudo no la hay) sino la utilidade de la prueba para la determinación de los hechos. Desde esta perspectiva, es 'prueba' todo aquello que sirve logicamente para probar el hecho, no aquello que la ley denomina 'prueba'.[6]

4. Distribuição dinâmica do ônus da prova

Como acima exposto, a teoria estática da distribuição do ônus da prova, consagrada pelo art. 333 do Código de Processo Civil, por assentar-se em regras fixas, imutáveis, inflexíveis e ser fundada em um individualismo privatístico, não é suficiente para auxiliar o juiz na formação de sua convicção a fim de lavrar uma decisão fundada na verdade real, de forma que, em situações concretas, a regra clássica será capaz de induzir o julgador a proferir sentenças injustas.

Por isso, vigora em sede do Direito processual coletivo, fundado em regras publicistas de um Estado social, o princípio da *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, segundo o qual o encargo probatório deve ser suportado por

[6] Deve-se então considerar que a principal razão de a prova ser admitida em juízo não é a existência de uma norma que se preocupa com isso (muitas vezes não existe), mas sim a utilidade da prova para a determinação dos fatos. A partir desta perspectiva, é "prova " tudo o que serve para provar logicamente o fato de, não o que a lei denomina prova.

> [...] quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova, o que há de ser estabelecido atento ao caso concreto e não de maneira vaga e abstrata, antecipadamente fixada, o que, não raras vezes, acaba por ignorar a realidade, a palpitação e as incontáveis variações que a complexidade da vida hodierna provoca, refletindo, como é palmar, de maneira negativa no processo e na distribuição da Justiça, com o que, por óbvio, não se pode concordar.[7]

Segundo a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ficam afastadas as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi*, que passam a ser mais flexíveis, adaptáveis a cada caso concreto. Pouco importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo de direitos, pois o importante é que o juiz valore, caso a caso, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. (AZEVEDO, 2007).

Dessa forma, em sede de Direito processual coletivo, deixamos de lado o sistema probatório pétreo e acolhemos a necessária dinamicidade. A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, devendo suportar o encargo a parte que estiver em melhores condições de produzi-la. (GODINHO, 2007, p. 309).

O Superior Tribunal de Justiça vem acatando esse novo princípio e já decidiu:

> É que, em alguns casos, a produção de determinada prova, por demasiadamente árdua, não pode ser óbice intransponível ao reconhecimento do direito postulado. Em síntese, 'a teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa'. (STJ, REsp 316316, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/11/2001).

[7] TRT 15ª R, RO 1486-2006-046-15-00-2, (36530/07), 5ª C, Rel. Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, DOE 10.08.2007, p. 74.

5. Inversão do ônus da prova em decorrência dos princípios da prevenção e da precaução (*in dubio pro ambiente*)

Os princípios da Prevenção e Precaução exercem inegável influência na aplicação do Direito ambiental material, com repercussões de relevo também na avaliação da prova de danos ou ameaças ao meio ambiente, uma vez que o enfoque do sistema jurídico ambiental passou a ser o da *prudência* e da *vigilância* no trato das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, em detrimento do enfoque da *tolerância* com essas atividades (MIRRA, 2004, p. 265), de forma que, "[...] onde há risco de dano irreversível ou sério ao meio ambiente, deve ser tomada uma ação de precaução para prevenir prejuízos."[8]

Em razão da aplicação desses dois princípios, passa a caber ao imputado degradador o encargo de provar, cabalmente, que sua atividade não causa danos ou ameaças aos bens ambientais, invertendo-se o ônus da prova em seu desfavor (*in dubio pro ambiente*).

Realmente, a igualdade substancial implica proporcionar que as partes que venham a juízo em paridade de armas, pois que "O processo não deve ser um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito". (BEDAQUE, 1999, p. 175).

Trata-se de entendimento pacífico na jurisprudência:

> Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. (STJ, REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25/08/2009).

[8] Ver: Mancuso (2007, p. 197) e TJMS, AG 2007.021287-1/0000-00, Camapuã, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, DJEMS 20/11/2007, p. 16.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO – POSSIBILIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CABIMENTO – I – A facilitação da defesa do meio ambiente, no processo civil, quando manifestamente verossímil a alegação do *Parquet* Federal, e pela própria afetação do meio ambiente, bem constitucionalmente protegido (art. 225, da Constituição Federal), impõe ao Poder Judiciário um proceder cauteloso, quando em análise tal relevante bem público. Portanto, a inversão do ônus da prova bem como a atribuição dos custos da perícia ao réu são mecanismos que podem ser utilizados pelo juiz, tanto em homenagem ao princípio do poluidor-pagador, da precaução e da prevenção, e à responsabilidade civil objetiva, como se considerada simplesmente a natureza do direito protegido e potencialmente violado, e, com mais propriedade, diante das conseqüências da possível comprovação dos danos, mormente quando se tem, por experiência jurídica, patentes as desvantagens do Ministério Público, e dos demais legitimados, no ajuizamento de ações civis públicas, perante o possível degradador do meio ambiente. II – Agravo desprovido. (TRF1, AG 2006.01.00.035967-0, 6ª T, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, DJ 04.06.2007).

> Na ação civil pública por dano ambiental, incumbe ao requerido o ônus de provar que não ocorreu o ato ou fato, ou que não é ele o responsável pelo ato, ou que não existiu dano ao meio ambiente e que sua conduta estava autorizada por lei, mediante a respectiva autorização do órgão fiscalizador. (TJMS, Rel. Des. Josué de Oliveira, Campo Grande, 03/10/2006).

6. Inversão do ônus da prova em decorrência da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC

A aplicação do instituto da inversão do ônus da prova ao processo coletivo ambiental encontra sustentação na integração dos diplomas consumerista (Lei nº 8.078/90) e da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), que, em conjunto, formam um microssistema processual coletivo, consoante se depreende do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Conquanto o art. 21 da LACP não permita, *prima facie*, a utilização da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º do CDC, que trata dos direitos do consumidor, pois a integração das duas normas acima referidas restringir-se-ia ao tratado no Título III do CDC, que versa sobre a defesa do consumidor em juízo, dúvida não resta de que a inversão do ônus da prova é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Título III. Ademais, o CDC é diploma essencialmente principiológico, o que reforça a possibilidade da admissão do mecanismo da inversão do ônus da prova em todas as demandas difusas, aí incluídas as ambientais.[9]

Assim, considerando a inversão do ônus da prova decorrência natural da difusidade do bem ambiental (pertencente a toda a coletividade), conclui-se pela desnecessidade de inclusão expressa de dispositivo na Lei da Ação Civil Pública. Trata-se de mecanismo de criação doutrinária e utilização jurisprudencial, que privilegia o diálogo das fontes processuais coletivas mediante a utilização subsidiária do art. 6º, VIII, CDC.

Godinho (2007, p. 306) assinala com propriedade que "É necessário perceber que a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar a jurisdição".

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, decidiu:

> 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.- 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.

[9] Nesse sentido posicionam-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery na obra *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5.ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1565.

> 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. (STJ, RECURSO ESPECIAL 1.049.822, RS (2008/0084061-9), Rel. Min. Francisco Falcão, j. 23/04/2009).

No mesmo sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE PELOS CUSTOS DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. Afigura-se aplicável o art. 6º, VIII, da Lei nº. 8.078/1990 às ações civis públicas relativas à proteção ao meio ambiente, a teor do art. 21 da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública). Por tal razão, o demandado deve ser responsabilizado pelo custo da produção da prova pericial requerida nos autos. Precedentes da 4ª Câmara Cível. (TJRS, AI 70024348211, São Jerônimo, Quarta Câmara Cível, Rela. Desa. Agathe Elsa Schmidt da Silva, j. 06/08/2008, DOERS 03/09/2008, p. 29).

7. Valor da prova colhida em procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público

A prova colhida no bojo de inquérito civil público e em demais procedimentos investigatórios presididos pelo Ministério Público, seja ela documental, testemunhal ou pericial, guarda a natureza de documento público e, portanto, goza dos atributos de presunção de veracidade e legalidade próprios dos atos administrativos (arts. 334, IV, e 364 do CPC), de forma que somente prova cabal em sentido contrário, a cargo do investigado, poderá retirar-lhe o valor.[10]

Milaré (2007, p. 974), ao citar Galeno Lacerda, assevera que:

[10] A presunção de veracidade e legitimidade, um dos atributos dos atos administrativos, tem como consequência a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem o invoca. (TJDFT, AGI 20050020036932, 1ª T.Cív., Rel. Des. Flavio Rostirola, DJU 06.12.2005, p. 120).

> Na ação civil pública, o Ministério Público não pode ser identificado como parte comum, revestido de parcialidade inerente a essa condição. Como órgão público eminente, com independência de fiscal da lei, árbitro e intérprete dos direitos da comunidade, claro está que o inquérito por ele instaurado se apresenta com forte presunção de credibilidade. Se o Ministério Público instrui o inquérito com laudos de institutos científicos ou, mesmo, da Polícia Técnica, em regra, tão bem dotada em alguns Estados de recursos humanos e aparelhagem adequada, difícil ou impossível será na ação civil invalidar essa prova. Como quer que seja, ao juiz caberá decidir sobre a conveniência da repetição judicial da perícia.

Assim, em sede de tutela de direitos transindividuais, com toda razão as provas – típicas ou atípicas – regularmente colhidas pelo Ministério Público no bojo de seus procedimentos administrativos devem ser largamente aceitas, mormente para a formação da convicção preliminar do magistrado, servindo de norte para a apreciação de medidas de emergência em defesa do meio ambiente. A presunção *iuris tantum* de tais elementos consagra uma forma de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público, pois caberá à parte contrária produzir no curso do processo judicial prova cabal a fim de afastar a existência ou a veracidade dos fatos apurados no procedimento ministerial.

A jurisprudência pátria tem acatado esse posicionamento e decidido:

> PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova. (STJ – Resp. 849841/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 28.08.2007, DJ 11.09.2007).

> Se constam do acervo probatório indiciário produzido em inquérito civil público, além de fotografias digitais – cujos negativos não se exigem por se tratar de documento público, presumida sua fé pública –, Boletim de Ocorrência Policial e Auto de Infração firmado pelo infrator, encontram-se presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal. (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL 1.0433.06.191131-2/001, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO, j. 15/05/2008).

> A prova colhida no inquérito civil público deve ser afastada somente se houver contraprova produzida no processo, em contraditório, cabendo ao juiz da causa sopesar o seu valor. (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL 1.0637.06.035965-9/001, REL. DES. MAURÍCIO BARROS, j. 21/10/2008).

8. Ativismo judicial e a verdade real

A respeito da posição que se espera hodiernamente dos juízes enquanto condutores da marcha processual, leciona Dinamarco (2005, p. 234) que "Não há lugar na moderna cultura do processo civil de resultados para o juiz-Pilatos, que só observa e não interfere, nem para o juiz mudo, obstinadamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejulgamentos. O juiz moderno tem o dever de participar da formação do material sobre o qual apoiará sua livre convicção."

Para Héctor Jorge Bibiloni (2005, p. 319):

> El rol del juez há cambiado, rotando hacia uma posición más inquisitiva, com mayor protagonismo y uma participación más activa en el proceso. En el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa com miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse 'prevenir más que curar'. [11]

[11] O papel do juiz mudou, alterando-se para a posição mais inquisitiva, com maior protagonismo e uma participação mais ativa no processo. No novo marco processual é papel irrenunciável do juiz a participação ativa com intuito de prevenção de danos ambientais, em que se deve buscar "prevenir a curar ".

Essa posição doutrinária tem encontrado guarida na jurisprudência pátria, sendo que o ativismo judicial foi reconhecido pelo STJ como algo desejável.[12]

Com efeito, em sede da tutela de direitos massificados, o julgador deve deixar a postura de um simples espectador da "batalha judicial" para tornar-se verdadeiro condutor e diretor da marcha processual, determinando, sempre que necessário, a produção de provas que contribuam para o alcance da verdade real, consoante lhe possibilita do art. 130 do CPC.[13] A iniciativa probatória do juiz nas ações que versam sobre direitos indisponíveis é possível inclusive no segundo grau de jurisdição, podendo ser determinada independentemente de requerimento da parte ou do interessado, e até mesmo contra a vontade da parte. (CABRAL, 2008, p. 130).

É este o entendimento mais moderno e que vem sendo reiteradamente acolhido pela jurisprudência, como se pode dessumir do seguinte julgado:

> A busca da verdade real por parte do juiz, pelos meios mais amplos e variados, a fim de diminuir os casos de discordância entre a incidência da regra jurídica, sempre de caráter abstrato, e a aplicação ao caso submetido a exame, não conflita com o princípio do dispositivo, justificando-se na medida em que o sistema de provas no processo pressupõe a possibilidade de se atingir judicialmente a verdade sobre os fatos controvertidos. Sentença cassada, de ofício, para remessa dos autos à origem, com realização de prova pericial e novo julgamento. (TRF4, AC 2003.71.07.001797-3, 4ª T., Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, DJU 29.11.2006, p. 929).

[12] STJ, RESP 200400719608, (666419), SC, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJU 27.06.2005, p. 247.

[13] "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

9. Conclusões

A teoria geral da prova incorporada pelo CPC, concebida para a normatização de processos individuais, não pode ser aplicada sem reservas aos complexos processos coletivos que tratam de interesses massificados, de caráter difuso, de uso comum, indisponível e intergeracional, como o Direito ambiental.

a) Para compreender e manejar com a necessária eficiência e efetividade os chamados processos coletivos, torna-se indispensável a ruptura com a visão de institutos processuais clássicos – norteados por uma visão individualista – que se mostram obsoletos e impróprios para regrar processos versando sobre direitos massificados –, sendo inafastável a necessidade de buscar novos paradigmas para nortear esse novo ramo do Direito processual.

b) É preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de alcançar a necessária e adequada tutela do meio ambiente, deixando de lado a ritualística, o formalismo e as regras clássicas e obsoletas do conhecido direito probatório, em nada condizente com a natureza especialíssima do Direito material ambiental, o qual deve ser efetivado, obviamente, mediante regras também especiais.

c) Vigora em sede do Direito processual coletivo o princípio da Distribuição Dinâmica do ônus da prova, segundo o qual o encargo probatório deve ser suportado por *quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova.*

d) Em razão da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, cabe ao imputado degradador o encargo de provar, cabalmente, que sua atividade não causa danos ou ameaças aos bens ambientais, invertendo-se o ônus da prova em seu desfavor (*in dubio pro ambiente).*

e) É possível, nas lides ambientais, a inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC, que trata de disposição processual e, portanto, compõe ontológica e teleologicamente o Título III da mesma norma e, portanto, integra o microssistema

processual coletivo, consoante se depreende do art. 21 da Lei da ação civil pública.

f) A prova colhida nos procedimentos investigatórios presididos pelo Ministério Público, seja ela documental, testemunhal ou pericial, guarda a natureza de documento público e, portanto, goza da presunção de veracidade e legalidade próprias dos atos administrativos, de forma que somente prova cabal em sentido contrário, a cargo do investigado, poderá retirar-lhe o valor.

g) Em sede da tutela de direitos massificados, o julgador deve deixar a postura de um simples espectador da "batalha judicial" para tornar-se verdadeiro condutor e diretor da marcha processual, determinando, sempre que necessário, a produção de provas que contribuam para o alcance da verdade real, consoante lhe possibilita o art. 130 do CPC.

10. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.500, ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>. Acesso em: 12 maio 2009.

BEDAQUE, José dos Santos. Garantias da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. *A insurreição da aldeia global contra o Processo Civil Clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>. Acesso em: 13 fev. 2007.

BIBILONI, Héctor Jorge. *El processo ambiental. Objeto. Competência. Legitimación. Prueba. Recursos.* 1.ed. Buenos Aires: Lexix Nexis, 2005.

CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2.

FREITAS, Vladimir Passos de. Produção de provas tradicionais já não atende necessidades do mundo atual. *Revista Consultor Jurídico*. 5 abr. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-05/producao-provas-tradicionais-nao-atende-necessidades-mundo-atual#autores>. Acesso em: 5 maio 2009.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente.* 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORELLO, Augusto M.; CAFFERATTA, Néstor A. *Visión procesual de cuestiones ambientales*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

NALINI, José Renato. Magistratura e meio ambiente. *Lex:* jurisprudência do STJ, São Paulo, n. 83, jul. 1996.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (Coord.). *Las responsabilidades profesionales*. La Plata: LEP – Librería Editora Platense, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba.* 2. ed. Editorial B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Anderson Furlan Freire da. Ativismo judicial em matéria ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org). *Direito ambiental em evolução.* Curitiba: Juruá, 2006. p. 53-72. v. 3.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Bologna: Editorial Trotta: SEPS, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Artigo recebido em: 07/09/2010

(Autor convidado)

DOI: 10.5935/1809-8487.20110014

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

HELENA CARVALHO MOYSÉS
Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
helenamoyses@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Recurso Especial nº 1.225.010 - PE (2010/0214037-7)
Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: União e Outro
Interessado: Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Interessado: Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFR/PE
Data do julgamento: 01/03/2011
Data da publicação: DJe de 15/03/2011

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VESTIBULAR. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE CONCESSÕES DE ISENÇÃO DE TAXAS PARA EXAME EM UNIVERSIDADES FEDERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
1. A jurisprudência desta Corte vem se sedimentando em favor da legitimidade ministerial para promover ação civil pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde e a educação, apenas para citar alguns

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 372-381

exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes.
2. Oportuno notar que é evidente que a Constituição da República não poderia aludir, no art. 129, inc. III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só foi criada pela Lei Consumerista. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e, adotando a dicção constitucional em sentido mais amplo, posicionou-se a favor da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para proteção dos mencionados direitos.
3. No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é a pretensão de tutela de um bem divisível de um grupo; a suposta invalidade da limitação do número de concessões de isenção de taxas para exame vestibular de universidades federais em Pernambuco. Assim, atua o Ministério Público em defesa de típico direito individual homogêneo, por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, a qual se justifica não só por dizer respeito à educação, interesse social relevante, mas, sobretudo para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.
4. Nesse sentido, é patente a legitimidade ministerial, seja em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse social relevante de um grupo de consumidores ou da massificação do conflito.
5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes indicadas acima, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 1º de março de 2011.

2. Apresentação do caso

O acórdão ora comentado refere-se ao julgamento do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal, em face da decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em sede de Apelação, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa do Ministério Público, para discutir a limitação do número de concessões de isenção de taxas para exame vestibular de Universidades Públicas de Pernambuco. A decisão da Apelação extinguiu o processo sob o entendimento de que a questão versa direito individual disponível e que, portanto, não estaria inserido no rol daqueles direitos tutelados pelo Ministério Público.

A Apelação foi proposta pelo Ministério Público Federal, contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado em Ação Civil Pública visando a obter a condenação da União, da Universidade Federal de Pernambuco, da Universidade Federal Rural de Pernambuco e da Comissão de Processo Seletivo e Treinamento a não estabelecerem um limite máximo de isenções das taxas de inscrição para candidatos hipossuficientes, para o vestibular 2007 da UFPE e da UFRPE, e para vestibulares futuros.

O Ministério Público requereu a reforma da sentença sob a alegação de que a limitação de isenções de taxas afronta os princípios constitucionais de igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e amplo acesso aos serviços públicos, constituindo obstáculo à busca do conhecimento e resultando em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda pleiteou que nos vestibulares futuros, as requeridas se abstenham de estipular um número máximo de isenções das taxas de inscrição para os hipossuficientes.

3. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma grande inovação ao campo das ações coletivas, pois, pela primeira vez, além de subdividir os direitos coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, conceituou cada uma destas categorias. Segue transcrito:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo, individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Cumpre aqui esclarecer que a doutrina majoritária considera os direitos coletivos (*lato sensu*) como gênero, cujas espécies são os direitos difusos, direitos coletivos (*stricto sensu*) e direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos têm como titular não uma pessoa, mas sim, uma coletividade de pessoas que não podem ser identificadas ou determinadas. Medeiros Garcia (2010, p. 386) ensina que os direitos difusos dizem respeito

> [...] à coletividade de um número tão significativo de componentes que não podem ser identificados ou determinados. Os titulares dos direitos difusos não são somente pessoas indeterminadas, mas também indetermináveis.

Outra característica dessa espécie de direitos é a indivisibilidade, o que significa que só podem ser considerados no todo. Os direitos difusos pertencem a todos os titulares simultaneamente. Sendo assim, a satisfação do direito de um titular traz consigo

automaticamente a satisfação dos direitos de todos. Como última característica, verifica-se a ligação dos titulares por uma mesma circunstância fática. Os indivíduos da coletividade não se relacionam entre si, porém estão unidos uns aos outros em razão de um mesmo fato atingir a todos.

Os direitos coletivos *stricto sensu* têm como titulares indivíduos ligados entre si, por serem membros de um mesmo grupo, categoria ou classe, ou por estarem ligados à parte contrária por uma relação jurídica instituída anteriormente. Por essa razão, seus titulares, assim como nos direitos difusos, são indeterminados. No entanto, esses titulares podem ser considerados determináveis. Segundo lição de Rizzatto Nunes (2010, p. 787),

> [...] para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado a partir da verificação do direito em jogo.

Quanto à natureza, os direitos coletivos são indivisíveis, ou seja, da mesma maneira como ocorre com os direitos difusos, a satisfação do direito de um indivíduo simultaneamente satisfaz o interesse de todos os titulares.

Os direitos individuais homogêneos têm como titulares mais de um sujeito e estes são sempre determinados. Salienta-se que não se trata de litisconsórcio ativo, mas sim de direito coletivo. No litisconsórcio, há uma reunião de indivíduos para se ajuizar determinada ação, contudo, cada um tem direito próprio e individual. Quanto à divisibilidade, os direitos são divisíveis. O ponto de ligação entre os titulares dos direitos individuais homogêneos é justamente a origem comum. Conforme entendimento de Assagra de Almeida (2000, p. 371):

> Essa homogeneidade deve ser colhida pelo prisma da real possibilidade de identidade ou pelo menos de semelhança entre as causas de pedir de cada direito individual, não vinculadas estritamente à existência das mesmas questões de fato. A mesma questão de direito, igualmente, pode fazer decorrer a origem comum,

> e, portanto, a homogeneidade caracterizadora da categoria dos direitos individuais homogêneos.

Feitas essas considerações, passamos a analisar a legitimidade do Ministério Público para discutir e defender os direitos individuais homogêneos em tela, entre os quais, a limitação do número de concessões de isenção de taxas para exame vestibular de Universidades Públicas.

4. Legitimidade ativa do Ministério Público

A Constituição da República de 1988, em seu art. 129, inciso III, dispõe que entre as funções institucionais do Ministério Público, está a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos;*" (grifo nosso).

O principal ponto de discussão acerca da legitimidade ativa ou não do Ministério Público para tutelar os direitos individuais homogêneos está no fato de a Constituição não fazer menção a tal instituto, referindo apenas, que o Ministério Público está legitimado para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Além disso, no art. 127, *caput*, quando a Constituição trata da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais, acrescenta a estes o adjetivo *indisponíveis*. Outro ponto que gera decisões judiciais contrárias é o argumento de que a extensão da legitimação do MP retira do sujeito individual a liberdade de decidir se quer ou não ter seu direito reconhecido.

Primeiramente, quanto ao fato de a Constituição Federal não aludir à categoria dos direitos individuais homogêneos, cabe ressalvar que referida Carta Magna data de 1988. Já o Código de Defesa do Consumidor, em que tal categoria de direitos apareceu pela primeira vez, é de 1990. Obviamente, sendo o texto constitucional anterior, vê-se que é claramente impossível ter feito menção a essa espécie de direitos. A extensão da legitimação dada ao Ministério Público pela lei consumerista não é, de modo algum,

inconstitucional. Prova disso está no inciso IX do mesmo art. 129 que autoriza o MP a "[...] exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]". Outro argumento favorável à legitimidade do Ministério Público aparece na esfera da hermenêutica jurídica. Utilizando-se as modalidades de interpretação extensiva (aquela em que há ampliação do sentido da norma), e de interpretação sistemática (a norma não é considerada isoladamente, mas sim inserida no ordenamento jurídico), torna-se evidente que os direitos individuais homogêneos encaixam-se na categoria dos direitos difusos e coletivos presentes na Constituição.

Segundo observação de Ada Pellegrini (2007, p. 891), uma das autoras do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

> A doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.
>
> Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções do MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.

Cabe salientar que, ao atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, o Ministério Público estará legitimado sempre que estiver presente o relevante interesse social. No caso em estudo, a relevância existe não apenas por causa dos bens jurídicos tutelados, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o direito à educação, mas também por facilitar aos

interessados o acesso à justiça. Ademais, a ação coletiva proporciona economia ao Estado, uma vez que une em uma única ação conflitos de origem comum, eliminando, assim, um grande número de ações judiciais que sobrecarregam o Judiciário. Isso sem falar que evita decisões divergentes sobre questões jurídicas idênticas.

Medeiros Garcia (2010, p. 406) confere grande importância ao interesse social para caracterizar a legitimação ou não do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos:

> [...] não é a disponibilidade ou divisibilidade que impossibilita a propositura da ação coletiva, de modo a descaracterizar os direitos individuais homogêneos. Pela leitura do art. 81, III, do CDC (definição de direito individual homogêneo), não há referência à indisponibilidade do direito, e nem poderia, pois são raros os casos em que é possível vislumbrar direitos ou interesses indisponíveis oriundos da relação de consumo.
>
> Assim, é o interesse social que passa a ser o "divisor de águas" entre o direito individual considerado em sua dimensão particular e aquele observado sob a ótica coletiva, legitimando a defesa pelo Ministério Público.

Por fim, o argumento de que a ação coletiva retira do indivíduo a liberdade de decidir se quer ou não exercer seu direito também não pode prosperar, como será demonstrado a seguir. A ação civil pública proposta pelo MP, quando vitoriosa, culmina em uma sentença que reconhece a existência do dano e, se for o caso, determina uma obrigação de fazer ao sujeito passivo. No entanto, caberá a cada indivíduo interessado em ser beneficiado pela sentença exercer ou não seu direito. Caso não queira ser beneficiado pelo direito que lhe foi reconhecido, basta simplesmente não o exercer. No mais, nada impede que cada titular de direito individual homogêneo ajuíze uma ação individual, porém, essa possibilidade não exclui do Ministério Público a legitimidade para também tutelar esses direitos.

5. Conclusão

No caso em tela, verifica-se que a limitação ao número de concessões de isenções de pagamento da taxa de inscrição para o exame vestibular é caso de típico direito individual homogêneo, passível de ser tutelado pelo Ministério Público. Referida limitação fere o direito fundamental à igualdade, o direito à educação e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, entre outros. Desse modo, é dever do Ministério Público atuar na defesa desses direitos e princípios.

Observa-se também que tal atuação cabe à defesa exercida pelo Ministério Público, por ser a matéria tratada de relevante interesse social, sobretudo por permitir aos indivíduos o acesso à justiça com suporte institucional, além de beneficiar as vítimas que veem suas demandas decididas de maneira uniforme. Ainda, a atuação do Ministério Público favorece o próprio Poder Judiciário ao trazer economia processual evitando o ingresso de inúmeras ações iguais com possibilidade de decisões divergentes.

Desse modo, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo com grande acerto ao sedimentar o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que tais direitos sejam disponíveis e divisíveis.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro* :Um Novo Ramo do Direito Processual (Princípios, Regras Interpretativas, e a Problemática da sua Interpretação e Aplicação). 2000. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor* : Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* : Comentado pelo Autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110015

8

Direito Público Constitucional

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

A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

PUBLIC HEARINGS AS A MEANS TO LEGITIMATE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN BRAZIL

JANAÍNA DE CARVALHO PENA SOUZA
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
janainacarvalhopena@yahoo.com.br

RESUMO: Neste trabalho realizamos um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca do papel desempenhado pelas audiências públicas no contexto da jurisdição constitucional brasileira. Foi apresentado um breve estudo acerca da jurisdição constitucional e do instituto das audiências públicas no Brasil. Adotou-se como marco teórico a teoria procedimental e discursiva apresentada por Jürgen Habermas (1997) que defende que o Direito legítimo será aquele com ampla participação de todos os cidadãos. Para garantir que todos os projetos de vida sejam incluídos, a jurisdição constitucional deve atuar em defesa das minorias contra abusos da maioria. Como forma de garantir a inclusão dos cidadãos nesse processo e evitar o risco de o Tribunal Constitucional converter a falta de controle democrático em um risco para o próprio sistema, defendeu-se a realização de audiências públicas, que constituem uma das formas de abertura procedimental mais valiosas da atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência pública; jurisdição constitucional; democracia.

ABSTRACT: The present work aimed at analyzing the roles played by the public hearings from a doctrinal and jurisprudential point of view within the Brazilian constitutional jurisdiction. A short study was completed in relation to the constitutional jurisdiction and the Brazilian public hearing institute. It was implemented as a theoretical point, a procedural and discursive theory presented by Jürgen Habermas (1997) and which defends that legitimate Right is that with the abundant participation of all citizens. In order to guarantee that all life projects are included, the constitutional jurisdiction should act in defense of minorities against the abuse of the majorities. As a way of guaranteeing the inclusion of the citizens in this process and avoiding that the Constitutional Tribunal converts the lack of democratic control into a risk to its own system, the system of public hearings was designed and it presents itself as one of the most valuable procedural opening of the present days.

KEY WORDS: Public Hearings; constitutional jurisdiction; democracy.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. A jurisdição constitucional. 3. Audiências públicas. 3.1. Audiências públicas no âmbito da Administração. 3.2. Audiências públicas no âmbito do Legislativo. 3.3. Audiências públicas no processo judicial 4. O controle de constitucionalidade da lei enquanto instrumento democrático. 5. Tensões entre legitimidade democrática e jurisdição constitucional. 6. A realização das audiências públicas como fator de legitimação da jurisdição constitucional. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal tende a ser visto como uma força contramajoritária devido, principalmente, ao fato de seus representantes não serem eleitos democraticamente pelo povo e, por isso, estarem imunes ao controle democrático exercido pela população.

O presente trabalho, indo em direção contrária ao posicionamento acima referido, pretende demonstrar de que forma a jurisdição constitucional atua como árbitro no jogo democrático assegurando o exercício dos direitos das minorias políticas contra eventuais abusos da maioria e intervindo a favor da democracia.

Como forma de garantir a realização plena do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião dos valores de nossa sociedade e dos princípios estampados na Constituição Federal, sem que essa falta de controle democrático possa representar um risco para a democracia, as audiências públicas constituem um importante instrumento de legitimação das decisões tomadas por nossa Corte Suprema.

A Lei 9.868/99, que dispõe acerca do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, previu em seu art.9º, §1º, que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informação existentes nos autos, poderá o relator designar a realização de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

No mesmo sentido, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, no seu art.6º, § 1º, também, estabeleceu a realização de audiência pública.

A partir da teoria procedimental e discursiva de Jüngen Habermas, que propõe um modelo de democracia não apenas como expressão da vontade da maioria, apresentaremos uma visão de democracia em que todos façam parte do projeto político, por meio de uma efetiva inclusão no processo comunicativo e a universalização das possibilidades de participação.

2. A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional surgiu como um instrumento de defesa da Constituição enquanto expressão de valores sociais e políticos. A noção de jurisdição constitucional apareceu, primeiramente, no direito norte-americano, no início do século XIX, com uma pluralidade de órgãos defensores da Constituição, gerando, assim, um sistema de controle difuso de constitucionalidade. No modelo norte-americano, juízes e tribunais detêm competência para, no curso de qualquer demanda, declarar nulos atos e leis contrários à Lei Fundamental. Contudo, a Suprema Corte, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário desempenha o papel principal no campo da interpretação constitucional, por meio da eficácia vinculante de suas decisões judiciais (princípio do *stare decisis*).

O sistema europeu teve como marco a Constituição da Áustria de 1920. Esse sistema foi delineado por Hans Kelsen e se disseminou pela Europa, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial. Como resposta aos ataques políticos e ideológicos à Constituição, a partir de 1920, as Cortes Constitucionais se institucionalizaram como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundando o controle concentrado de constitucionalidade.

Enquanto no sistema "americano" a decisão que proclama a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, com efeitos retroativos (*ex tunc*), mas restritos às partes na demanda (*inter partes*), o sistema "austríaco" o conteúdo da decisão tem efeitos para o futuro (*ex nunc*) e extensíveis a todos os casos a que a lei se refira (*erga omnes*).

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1891, sob influência do direito norte-americano, passou a ser adotado no Brasil o controle difuso de constitucionalidade, no qual qualquer juiz ou tribunal, desde que observadas as regras de competência e de organização judiciária, podem argüir a inconstitucionalidade de uma lei pela via da exceção ou defesa.

A Constituição de 1934 introduziu a "ação direta interventiva", modalidade de controle de constitucionalidade que se aproximou do modelo concentrado europeu, uma vez que o único órgão competente para julgamento era o Supremo Tribunal Federal (art.76, III). E mais, estabeleceu a Constituição de 1934 que a decisão de inconstitucionalidade seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal e atribuiu ao Senado a competência para suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Carta de 1937, por ser fruto de um regime ditatorial, significou um retrocesso no controle de constitucionalidade no Brasil. Foi inserida na Constituição uma norma que dispunha que o Presidente da República poderia solicitar ao Poder Legislativo que validasse a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio da decisão de 2/3 dos membros de cada Casa do Legislativo a norma era validada e, com isso, mantida no ordenamento, destituindo, assim, a decisão do STF.

A Constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade já existente. E a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, criou a ação direta genérica, ao instituir que a representação de inconstitucionalidade seria proposta pelo Procurador-Geral da República. Prescreveu, também, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. Têm-se aí o surgimento de dois tipos de controle no Brasil: o difuso e o concentrado, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1967 retomou o controle difuso, seguindo a tradição da Constituição de 1934 e 1946 e o controle concentrado via Ação Direta de Inconstitucionalidade "interventiva", surgido em 1934.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações em matéria de jurisdição constitucional. Primeiramente, desmonopolizou a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade ampliando

de forma marcante o número de legitimados para a propositura da ação. Criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e instituiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, a Emenda Constitucional nº 03, de 1993, criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ampliando e fortalecendo o controle abstrato.

A convivência de dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil permite minimizar as desvantagens de um de outro.

Acerca do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nesse sistema misto registrou Oscar Vilhena Vieira:

> Duplo papel do atual sistema constitucional brasileiro. É o órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois detém a competência recursal máxima, podendo rever decisões dos demais tribunais, em face da sua incompatibilidade com a Constituição. Exerce, também, a função de tribunal constitucional, ao apreciar, de forma concentrada, as ações diretas de inconstitucionalidade. O sistema constitucional brasileiro conjuga, dessa maneira, os modelos americanos e europeu de controle de constitucionalidade das leis, competindo ao Supremo Tribunal Federal atribuições de órgão de cúpula do sistema difuso e especial no sistema concentrado. (VIEIRA, 1994)

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, regulamentou o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Insta ressaltar que a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e a ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) não visam resguardar direitos subjetivos individualizados, mas a guarda da Constituição. Essa vertente é facilmente percebida pelos dispositivos que proíbem a desistência da ação (art. 5º e 16), a irrecorribilidade da decisão final, a impossibilidade da intervenção de terceiro (art.7ª e 18), com exceção da figura do *amicus curiae* e possibilidade de convocação de audiência pública (art.9º).

A Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009, acrescentou à Lei 9.868/99 um capítulo que estabelece a disciplina da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essa espécie de controle concentrado exercido pelo STF visa declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos poderes públicos em não tornar efetiva a norma constitucional, inviabilizando, assim, o exercício de direitos previstos na Constituição.

A Emenda Constitucional nº 45 ampliou a legitimação ativa para ajuizamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) igualando aos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

Facultou-se, também, no ordenamento jurídico constitucional a criação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que foi regulamentada pela Lei 9.882, de 13 de dezembro de 1999.

Uma das mais importantes características da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto de uma abertura semântica, dada pela expressão "ato do Poder Público", contida no art.1º da lei que a disciplina.

Principalmente, em razão dos efeitos abstratos de sua decisão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental muito se assemelha aos institutos processuais do controle concentrado de constitucionalidade.

Para que a argüição seja admitida, se torna necessário ato do Poder Público, considerado ilegítimo, que tenha violado preceito fundamental da Constituição Federal e que não haja outro meio eficaz de sanar a lesividade. A petição inicial precisa, se for o caso, comprovar a existência de controvérsia judicial, sobre a apreciação do preceito violado.

O § 1º, do art. 6º da Lei 9.882/99, previu também a possibilidade de realização de audiência pública para colher declaração de pessoas com experiência e autoridade na matéria tratada.

Tal abertura decorre dos profundos efeitos (bons ou ruins) que a argüição e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade podem gerar no sistema, proporcionado a abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de construir uma cidadania e proporcionar uma democracia efetiva.

3. Audiências públicas

A democracia participativa prevê várias formas de atuação do cidadão na condução política e administrativa do Estado. Dentre elas destaca-se as audiências públicas previstas constitucionalmente no âmbito legislativo e em diversas normas infraconstitucionais.

As audiências públicas constituem um importante instrumento de abertura participativa que proporciona legitimidade e transparência para as decisões tomadas pelas diferentes esferas de poder.

Tal instituto têm suas raízes no direito anglo-saxão, fundamentando-se no princípio da justiça natural. Esse princípio atualmente se traduz em que, antes da edição de normas administrativas ou legislativas de caráter geral, ou decisões de grande impacto para a comunidade, o público deve ser escutado.

As audiências públicas integram o perfil dos Estados Democráticos de Direito modelados pelo constitucionalismo do pós-guerra europeu, pelo qual o poder político não apenas emana do povo e em nome dele é exercido, mas comporta a participação direta do povo.

É através dela que o responsável pela decisão tem acesso às diversas opiniões acerca da matéria debatida, abrindo oportunidade para as pessoas que irão sofrer os reflexos da deliberação possam se manifestar antes do seu desfecho.

Para a realização de uma audiência pública propriamente dita é indispensável à efetiva participação dos cidadãos. Não se caracterizará como tal a sessão que, embora aberta ao público, o comportamento dos presentes seja passivo, silencioso e meramente contemplativo.

A audiência pública, como espécie do gênero participação popular, constitui-se em importante vertente de prática democrática, tomada em sua plena concepção doutrinária, que é a possibilidade de acesso e exercício do poder. Ela se constitui em enorme meio de obtenção de informações, que capacitam o cidadão para uma participação de resultados, seja através da legitimação dos atos compartilhados com a Administração, seja através de uma constante negociação democrática.

3.1. Audiências públicas no âmbito da Administração

No âmbito da Administração Pública as audiências são um importante instrumento de conscientização comunitária, na medida em que funcionam como um veículo de participação dos particulares em temas de interesse público.

Em um Estado Democrático de Direito a realização de audiências públicas possibilita ao cidadão a obtenção de informações e conhecimento das ações da Administração Pública, bem como a possibilidade de avaliar a conveniência, a oportunidade e a intensidade de suas ações, na medida em que estará administrando de forma compartilhada.

Além de efetivar a garantia de receber informações da Administração e de ser ouvido por ela, as audiências públicas, também, possibilitam o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório pelo cidadão, individualmente ou através de associações.

Uma vez que a Administração Pública, de acordo com o art.37, caput, da Constituição Federal, deve se pautar, dentre outros, pelos princípios da moralidade e publicidade, a realização de audiências constitui uma forma de efetivar tais preceitos constitucionais.

Tal instituto serve, inclusive, no controle e regulação dos serviços de utilidade pública privatizados e deve se realizar de forma semelhante ao processo judicial oral, seguindo os princípios jurídicos do processo legal, quais sejam, a publicidade, oralidade, simplicidade da forma, contraditório e participação do público.

3.2. Audiências públicas no âmbito legislativo

As audiências públicas no Brasil se prestam, também, para subsidiar o desempenho da função legislativa, conforme previsão no art. 58, §2º, II, da Constituição da República de 1988 que dispõe:

> Art.58- O Congresso Nacional e suas Casa terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou ato de que resultar a sua criação.
>
> [...]
>
> §2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
>
> [...]
>
> II- realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

A realização de audiências públicas visa integrar representantes e representados, na medida em que permite a participação de integrantes da sociedade civil, quando questões de interesse social ou mesmo de segmentos específicos da sociedade forem suscitados.

3.3. Audiências públicas no processo judicial

A Lei 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, no seu art.9º, §1º, estabelece que:

> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
>
> §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita

> parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

De forma semelhante, a Lei 9.882/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, no seu art.6º, § 1º dispõe:

> Art. 6º Apreciado o pedido liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
>
> §1º-Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função jurisdicional pode se valer das audiências públicas para instruir o feito a dar um suporte a decisão judicial a ser proferida, mediante a abertura de oportunidade de participação de diversos segmentos da sociedade.

Nesse caso, a audiência pública não visa dar publicidade ao processo, uma vez que ele já é público e, nem se presta a subsidiar uma decisão administrativa.

As opiniões emitidas quando da realização da audiência não vinculam a decisão, visto que têm caráter apenas consultivo.

As audiências públicas funcionam como um ampliado instrumento de informação aos Ministros responsáveis pela dicção da constitucionalidade, objetivando viabilizar elementos probatórios adequados para o racional, técnico e consciente exame da matéria.

4. O controle de constitucionalidade da lei enquanto instrumento democrático

O princípio da separação dos poderes é uma criação do Direito moderno que dividiu as funções entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Poder Legislativo foi atribuído como principal função a criação das leis que têm como objetivo regular situações abstratamente consideradas.

Klaus Günter, jurista e filósofo alemão, desenvolveu uma teoria jurídica mostrando a estrutura interna do Direito e o que significa argumentar principiologicamente. Seguindo o princípio democrático (princípio da universalização das normas válidas para o Direito) de Habermas, Klaus Günter afirma:

> Uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal. Ela pode ser identificada por meio de uma consideração recíproca do interesse de cada um (HABERMAS, 1997, p. 75-ss.). Uma norma seria então justificada, se todos pudessem aceitá-la devido às razões apresentadas. (KLAUS, 2000, p. 86)

Contudo, uma vez que não é possível prever o futuro, as normas criadas não são capazes de prever, incluir e regular todas as situações a serem vividas. Assim, uma norma só poderá ser aplicada quando a sua descrição hipotética se subsumir ao caso concreto. De acordo com Günter, as normas jurídicas são normas *prima facie* aplicáveis. Mais uma vez faz-se necessário recorrer às suas palavras:

> A cláusula *prima facie* apenas significa que será insuficiente argüir que uma norma válida é aplicável a este caso. A cláusula *prima facie* contém um ônus recíproco de argumentação. Devido a este ônus de argumentação, os participantes são obrigados a dar boas razões para a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo. (KLAUS, 2000, p. 91)

Assim, torna-se necessário a argumentação que Günter denomina de discurso de aplicação. Os princípios existentes no ordenamento devem ser tratados como valores e todas as situações de aplicação de uma determinada norma devem ser problematizadas. Dessa forma, o discurso de aplicação deve considerar tanto a legitimidade quanto a adequação de uma norma.

Por sua vez, o discurso de justificação é aquele constituído democraticamente, onde o povo diretamente, ou através de seus representantes eleitos, irá resolver quais princípios se transformarão em regras.

Nessa medida cabe ao Judiciário aplicar essas normas, que nada mais são do que os reflexos dos valores de uma determinada sociedade apresentados de forma racional.

Contudo, não há um método pré-estabelecido capaz de afastar a necessidade de argumentação jurídica frente à complexidade enfrentada pelo aplicador do direito em um caso concreto.

Recorrendo aos trabalhos de Klaus Günter, Habermas adota uma concepção paradigmática do Direito, estabelecendo uma íntima ligação entre a hermenêutica constitucional e o processo histórico, na medida em que o paradigma constitucional vigente deve se conformar sempre com a doutrina jurídica.

Nessa medida, a realização de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário permite a aproximação entre a realidade histórica vivenciada pela comunidade e a hermenêutica constitucional, construindo um modelo de constitucionalismo no qual o poder político é exercido diretamente pelo cidadão que se sente incluído no projeto político de sua comunidade.

Para garantir que os mais diversos valores construídos historicamente sejam implementados, de acordo com a teoria defendida por Günter, o princípio democrático deve ser observado, seja na confecção, seja na aplicação do Direito. Entretanto, a democracia não deve ser entendida como regra da maioria.

Para Dworkin, democracia não é simplesmente o governo da maioria. De acordo com o autor, o governo do povo significa que todos os cidadãos se vêem num projeto político como parceiros e co-responsáveis.

Assim diz Dworkin:

> Se pensarmos a democracia nesses termos, diremos que ela é uma forma de governo na qual os cidadãos agem como parceiros de um co-empreendimento governamental- mesmo quando protestam ou votam contra os representantes ganham ou a política estabelecida. Muitas pessoas encaram dessa forma seus deveres e ações como cidadãos: acreditam tomar parte de uma espécie de responsabilidade coletiva nas ações da comunidade, mesmo quando não deram a sua contribuição. A culpabilidade coletiva é uma forma conhecida, embora dramática, desse fenômeno: milhões de alemães nascidos depois de 1945 sentem apesar disso uma forma de responsabilidade no holocausto, e que devem contribuir nas reparações. Em menor medida, muitos de nós sentimonos responsáveis pelos atos dos outros, membros de uma família, mesmo quando não participamos positiva ou negativamente. Só adotando a perspectiva do conceito podemos restabelecer a democracia em sua definição de governo do povo. Nós nos governamos como parceiros de uma *joint venture*, cada cidadão podendo considerar as ações da sociedade inteira como sendo também, indiretamente, suas próprias ações. Entretanto, se esta é a nossa pretensão , temos que nos esforçar para ser dignos dela. Temos que tentar organizar a nossa política de maneira que todos os cidadãos tenham motivos para se sentirem parceiros. Teria sido absurdo que os judeus da Alemanha nazista ou que os negros da África do Sul do apartheid tivessem motivos para se considerem parceiros de regimes que tentavam aniquilá-los ou submetê-los. E aí intervém o constitucionalismo.Os cidadãos só podem sentir-se parceiros num empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Quais são esses direitos? Os direitos antidiscriminatórios, com certeza. A parceria é uma questão de respeito mútuo: não posso ser parceiro de uma sociedade cujas leis me declaram cidadão de segunda classe. A liberdade de expressão é outro direito indispensável. Não sou um parceiro se a maioria considera as minhas opiniões ou meus gostos perigosos, chocantes ou indignos que ninguém seja autorizado a ouvi-los. (DWORKIN, 2001, p. 160-161)

Seguindo as ideias de Dworkin, para que todos se sintam como partícipes do jogo político, todos os cidadãos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Habermas comunga das ideias de Dworkin e apresenta as condições de procedimentalidade para que isso ocorra. Nesse sentido dispõe Habermas:

> Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham a tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisar reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto o seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito- claramente determinada na lógica da argumentação- quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito com um estado de exceção. (HABERMAS, 1997, p. 345)

Nessa medida, o juiz não pode anular uma norma no momento de sua aplicação de forma completamente irresponsável. O aplicador do Direito somente poderá declarar uma norma inconstitucional se esta ferir o próprio debate democrático.

A democracia depende de um contexto de liberdade e igualdade cuja institucionalização é promovida pelo Estado de Direito. Sem liberdade e sem igualdade não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador.

Ao declarar uma norma inconstitucional os juízes estão, dessa forma, afirmando o igual respeito e consideração por todos os cidadãos, que nada mais é do que a confirmação do princípio democrático da parceria.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituída na forma de um Estado Democrático de Direito, visa assegurar os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e fundamenta-se no pluralismo político (art. 1º, inciso V).

A chamada "Constituição Cidadã" buscou assegurar instrumentos que possibilitem a convivência harmônica dos mais variados projetos de vida, ampliando a gama de direitos fundamentais e inaugurando amplas perspectivas pluralistas em nossa sociedade, com respeito à pessoa humana e à sua liberdade.

A participação política é uma marca da presença democrática do cidadão no Estado. A cidadania foi garantida constitucionalmente na medida em que assegurou ao indivíduo ser titular do direito à participação ativa na formação da vontade nacional, tanto na limitação das liberdades públicas, tanto no controle das ações do poder.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, não pode afastar a cidadania, seja no momento de criação, seja no processo de interpretação. Afastar a participação ativa dos cidadãos contraria a postura de uma "sociedade aberta".

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional, de forma constitucionalmente adequada, deve garantir ao cidadão a participação no controle judicial de constitucionalidade, como garantia de participação plena de todos os possíveis afetados por aquela decisão.

5. Tensões entre a legitimidade democrática e a jurisdição constitucional

De acordo com Gustavo Binenbojm, a jurisdição constitucional atua como árbitro no jogo democrático tendo como objetivo assegurar o exercício dos direitos das minorias políticas contra eventuais abusos da maioria, intervindo a favor da democracia (BINENBOJM, 2010).

O controle judicial de constitucionalidade das leis atribuído a juízes, que não são representantes eleitos pelo povo, traz a tona

uma das principais discussões da atualidade acerca da jurisdição constitucional: o chamado problema contramajoritário. Esse é um tema que apresenta grande complexidade e não há uma resposta pronta para tal questão.

O correto funcionamento do sistema constitucional provoca uma inevitável tensão entre as ideias de que numa democracia o poder de decisão pertence aos eleitos e a necessidade de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando as maiorias, refletidas no Executivo e no Legislativo, oponham-se a ela.

Como já discorrido no tópico anterior, Dworkin e Habermas, pretendem compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia.

Na democracia deliberativa, a justificação das decisões estatais não se restringe ao âmbito governamental, mas se estrutura na forma de um diálogo entre governantes e governados, que deve extrapolar o período eleitoral e se fazer presente no cotidiano dos cidadãos. A participação popular também ocorre nos âmbitos social e cultural, através de debates permanentes acerca das questões de interesse público.

O controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Supremas não é contrário à democracia, mas um instrumento democrático de defesa do próprio sistema.

A Corte Suprema ao tomar as decisões no lugar do povo ou de seus representantes eleitos deve resguardar as autonomias públicas e privadas dos cidadãos, como forma de proteger a própria democracia.

De acordo com Habermas, a Corte Constitucional deve adotar uma concepção procedimental da Constituição e:

> [...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrático do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva dos valores substanciais. A função da

> Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política do tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (HABERMAS, 1997, p. 239)

Retomando as ideias de Dworkin, de que o princípio da igualdade só irá se efetivar concretamente quando todos forem tratados com igual respeito e consideração, a jurisdição constitucional é um importante parceiro no jogo democrático que impõe limites aos ímpetos da maioria atuando como força de estabilização do próprio sistema democrático.

O modelo procedimental de Habermas prevê princípios que garantem a inclusão no processo comunicativo, universalizando a possibilidade de participação.

Dessa forma, a autonomia do espaço público deve ser considerada também um elemento central do processo de democratização, sem, contudo, esquecer que essa valorização da esfera pública não significa a perda da importância das instituições legais, especialmente a Constituição e a jurisdição constitucional. A Constituição exerce, no modelo procedimental de Habermas, a função de positivar o direito; e a jurisdição constitucional, a de garanti-lo.

Uma sociedade justa é aquela que consegue incluir os mais variados projetos de vida, sem que esses projetos sejam massacrados por questões políticas, morais ou econômicas.

O problema que surge é que as decisões das Cortes Constitucionais estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Assim, suas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.

É importante ressaltar que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática em um eventual risco para a democracia.

6. A realização das audiências públicas como fator de legitimação da jurisdição constitucional

Um dos caminhos de abertura hermenêutica para se evitar o risco de o Tribunal Constitucional converter uma vantagem democrática em um eventual risco para a democracia é a realização de audiências públicas, que constituem uma forma de abertura da nossa Corte Suprema à participação popular.

A realização de audiência pública no processo concentrado de controle da constitucionalidade das normas, em determinados casos, permitirá a aferição judicial dos efeitos práticos do ato inquinado.

Em cinco oportunidades o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, fez uso do instituto supramencionado.

A primeira convocação de audiência ocorreu no bojo da ADIN nº 3.510, de relatoria do Ministro Carlos Britto. Tal ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, questionando os dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que autorizavam a utilização de material embrionário, em via de descarte, para fins de pesquisa e terapia.

Nessa oportunidade não havia previsão legal para a designação de audiência pública no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e, por isso, o Ministro Carlos Brito determinou que se aplicasse como parâmetro o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Somente em 18 de fevereiro de 2009, emenda regimental nº 29, acrescentou o parágrafo único ao art.154 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e passou a prever o procedimento para a realização de audiências públicas perante a mais alta Corte do Judiciário brasileiro.

No caso em questão estava em jogo o sentido e a extensão do direito à vida, matéria que desperta controvérsia entre diversos setores da sociedade brasileira, o que levou o Supremo Tribunal Federal a

realizar a audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Nas três ocasiões seguintes, a realização de audiências públicas ocorreram em ações de descumprimento de preceito fundamental.

A ADPF nº 101, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, foi proposta pelo Presidente da República para discutir a legitimidade de decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados contrariando as Portarias do Departamento de Operações do Comércio Exterior, da Secretaria de Comércio Exterior, do Conselho Nacional de Meio Ambiente e de Decretos Federais.

De acordo com a Ministra relatora o ponto crucial da ADPF seria determinar se as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados de países externos ao Mercosul representavam um descumprimento a preceito fundamental, sendo imprescindível, assim, a pacificação da matéria, principalmente em razão do contencioso ocorrido no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 2005, quando apontou afronta aos princípios do livre comércio e da isonomia entre países membros da OMC o fato da proibição de pneus remoldados, no Brasil, não ser aplicáveis aos países do Mercosul.

Frente ao elevado grau de conhecimento técnico demandado para o deslinde do caso, a Ministra relatora entendeu que se fazia necessário a realização de uma audiência pública, nos termos do §1º do art.6º, da Lei 9.882/99, para que especialistas na matéria pudessem se manifestar acerca do assunto.

A ADPF nº 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, discutia a possibilidade de interrupção da gravidez quando constatada a gestação de feto anencéfalo. A ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde buscava demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciava aborto.

O pedido principal da ADPF 54 é que fosse realizada a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II

do Código Penal, declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez anencefálica, diagnosticados por médico habilitado. Buscava-se reconhecer o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A realização de audiência pública não só pretendia ouvir entidades e técnicos acerca do pano de fundo, mas também suscitar conhecimentos específicos que extravasam o limite do próprio Direito.

Nesse caso, além do elevado conhecimento técnico para a solução do caso, questões religiosas e sociais dividiam a opinião acerca da matéria, sendo indispensável a abertura para a participação dos cidadãos e entidades da sociedade.

Tal ação não visava discutir o próprio aborto, e sim, saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação de um filho que não vai ter e, portanto, saber se o Estado pode causar um sofrimento involuntário.

A ADPF nº 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowiski, foi levado ao Supremo Tribunal Federal pelo Partido Político Democratas (DEM) questionando o sistema de cotas raciais adotados pela Universidade Federal de Brasília, desde 2004, que reservou 20% das suas vagas no vestibular.

O principal argumento utilizado pelo partido na inicial é de que o critério raça é inválido para as ações afirmativas, declarando que ninguém pode ser excluído socialmente por ser negro, mas sim por ser pobre e que a única forma legítima para a definição de quem seria negro no Brasil seria por meio da análise genômica dos ancestrais de cada candidato.

Assim, foi determinada a realização de audiência pública, para que autoridades com experiência no assunto tivessem a oportunidade

de manifestarem a sua opinião e dessa forma, auxiliarem no deslinde da questão.

Por fim, foi convocado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes uma audiência pública que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, técnicos de saúde e usuários do Sistema Único de Saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para prestarem esclarecimentos para o auxílio no julgamento de processos que versam sobre o direito à saúde e tramitam no Supremo Tribunal Federal.

A realização da audiência pública visava discutir questões como a responsabilidade dos entes da federação em matérias relacionadas à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescritas por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamentos não licitado e não previsto nas listas do SUS e fraudes no Sistema Único de Saúde.

O Direito corre o risco de perder o contato com a realidade social, condição que deve ser resolvida pela assunção da democracia. O risco de perder o contato com a realidade é ainda maior quando as decisões são tomadas num espaço tão distante, tanto geográfica, quanto metaforicamente da população atingida. A abertura democrática criada pelas audiências públicas no âmbito do STF é o reconhecimento dessa tensão entre Direito e Democracia, que busca a partir da vontade política dos cidadãos, seus especialistas, suas experiências e expectativas, elementos para responder questões sociais relevantes.

Considerando a teoria procedimental e discursiva da democracia (HABERMAS, 1997), que pressupõe que o Direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como

destinatários, mas também como autolegisladores, entende-se que a realização de audiências públicas legitima a força antimajoritária da jurisdição constitucional, na medida em que estabelece uma abertura para que pessoas com experiência e autoridade na matéria possam dar esclarecimentos ou fornecer informações acerca de um fato a ser decidido.

De acordo com Habermas, o processo deliberativo deve eleger sempre os melhores argumentos e nessa medida, o Tribunal Constitucional não deve ser visto como um intérprete qualificado com acesso privilegiado à verdade.

É justamente neste ponto que o modelo procedimental de interpretação constitucional de Habermas se afasta da leitura moral de Constituição estabelecida por Dworkin.

Diz Giselle Cittadino:

> Com estes argumentos, Habermas justifica porque compatilha com Dworkin a idéia de que as normas jurídicas possuem um sentido deontológico de validade e desta maneira devem ser interpretadas e aplicadas. No entanto, as semelhanças entre as formulações de Habermas e Dworkin não vão muito além dessa concordância em torno da idéia de que as normas jurídicas expressam a natureza de uma obrigação. O modelo procedimental de interpretação constitucional proposto por Habermas, ao contrário da leitura moral de Constituição, tal como elaborada por Dworkin, recusa tanto o processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade. (CITTADINO, 2004, p. 205)

O paradigma procedimental proposto por Habermas, na medida em que propõe a participação efetiva do cidadão no processo de interpretação constitucional como forma de tornar o Direito legítimo, fortalece a importância do papel desempenhado pelas audiências públicas.

Mais uma vez torna-se necessário recorrer a Cittadino:

> Em outras palavras como o cidadão já não é um simples participante de um jogo mercantil, nem meros clientes de burocracia de bem-estar, mas ao contrário, atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e das esferas pública e política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político. É precisamente por isso que o entendimento acerca da correta relação entre igualdade jurídica e igualdade fática pertencem exclusivamente, segundo Habermas, a cidadãos plenamente autônomos.(CITTADINO, 2004, p. 210)

Assim, a realização de audiências públicas afasta o risco que a falta de controle democrático possa representar e, sem dúvida alguma, fortalece a democracia na medida em que permite a participação direta dos cidadãos que influencia diretamente nas decisões que, porventura, possam afetá-los.

Nessa medida, as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, ainda que pouco utilizadas, tornam as decisões mais legítimas, democráticas e acertadas, pois exercitam a soberania direta do povo e a negociação democrática.

7. Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar a relevância do papel desempenhado pelas audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, enquanto forma de legitimação da jurisdição constitucional.

Partiu-se de uma ideia de democracia, não como governo da maioria, mas sim como um governo do povo, no qual todos os cidadãos se vêm incluídos no projeto político e são tratados com igual respeito e consideração.

De acordo com a teoria procedimental e discursiva de Jüngen Habermas, o Direito legítimo é aquele que proporciona uma ampla

inclusão no processo comunicativo com a participação dos cidadãos, não somente no momento de escolha de seus representantes por meio do processo eleitoral, mas cotidianamente.

Como forma de implementar essa democracia participativa, a realização de audiências públicas comporta uma modelo de constitucionalismo pelo qual o poder político é exercido com a participação direta e efetiva dos cidadãos, objetivando que os mais diversos projetos de vida sejam incluídos.

A abertura procedimental e a negociação democrática são fundamentais para que a jurisdição constitucional brasileira se efetive, sem correr o risco de se tornar uma força antidemocrática.

A realização de audiências públicas constituem um importante aliado do sistema constitucional vigente garantindo que os cidadãos deixem de ser meros clientes da burocracia e atuem decisivamente no seio da sociedade.

A jurisdição constitucional exerce um papel fundamental, viabilizando o respeito aos procedimentos democráticos para a formação de uma opinião e de uma vontade política inclusiva, com a efetiva aplicação dos princípios constitucionais, mesmo quando as maiorias representadas pelo Executivo e o Legislativo se oponham a ela.

Essa forma de legitimar o Direito, sem que haja uma imposição irresponsável da vontade da maioria, em última instância, fortalece o próprio regime democrático.

8. Referências bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM , Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: Legitimidade Democrática e Instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. LEI 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 31/08/2010.

BRASIL, LEI 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 31/08/2010.

CATTONI, Marcelo Andrade. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.) *O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.5.

CATTONI, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora, 1994, n. 191.

DWORKIN, Robert. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 34/27, 1990.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e concreção dos direitos sociais. *De Jure* - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, vol. 10, p. 50-88, jan/jun,2008.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade. *De Jure* - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, vol. 14, p. 96-121, jan/jun,2010.

GUNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro,1997.

KERCHE, Fábio. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.) *Democracia e Liberalismo: um encontro não tão bem resolvido no Brasil pós-constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.15.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Poder e Democracia: o pluralismo político da Constituição de 1988. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SOUZA NETO. Cláudio pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OMMATI. José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145&p=1>. Acesso em 31/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública* - Ação Afirmativa. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública ADPF 54*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública ADPF 101*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101>. Acessado em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública Saúde*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_agosto_2010.pdf>. Acesso em 03/09/2010.

VELLOSO, Caio Mário. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.). *O Supremo Tribunal Federal após 1988*: em direção a uma Corte Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.9.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal* - Jurisprudência Política. São Paulo: RT, 1994.

Artigo recebido em: 13/01/2011
Artigo aprovado em: 04/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110016

O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR NÃO FERE OS §§ 4º E 5º DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS
Major
Polícia Militar de Minas Gerais, Brasil
adirsonramos@msn.com

SEBASTIÃO PEREIRA DE SIQUEIRA
Coronel
Polícia Militar de Minas Gerais, Brasil
adirsonramos@msn.com

1. Acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 404.593-1 ESPÍRITO SANTO
RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO
RECORRENTE(S): R. B. C.
ADVOGADO (A/S): AMARILDO DE LACERDA BARBOSA
RECORRIDO (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. Se, para provar contrariedade à Constituição da República, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 414-434

AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela Polícia Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Data do julgamento: 18 de agosto de 2009.

MINISTRO CEZAR PELUSO
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator): 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e assim ementado:

> APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NULIDADE: PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E DESCUMPRIMENTO DO ART. 68 DO CPP – REJEITADAS – MÉRITO: TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – NÃO SE EXIGE ATOS DE MERCANCIA – CONDUTA 'TER EM DEPÓSITO' – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES – PROVA VÁLIDA – RECURSO IMPROVIDO – UNANIMIDADE.

I – Preliminar de nulidade: provas obtidas por meio ilícito, rejeitada, unanimidade, pois o mandado de busca e apreensão, devidamente cumprido pela Polícia Militar, não ofendeu o art. 144, §§ 4º e 5° da Constituição Federal, mesmo não estando presentes o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia.

Ademais, sob o enfoque de menor rigor forma, é inegável que ocorreu a lavratura do auto circunstanciado das ações policiais realizadas na residência do Apelante, quando da sua prisão em flagrante.

II – Preliminar de nulidade: descumprimento do art. 68 do CPP, rejeitada, unanimidade, uma vez que no caso em tela o magistrado ao proceder a dosimetria a pena não vislumbrou a incidência da circunstância atenuante do 'desconhecimento da lei', assim, não poderia atenuar a pena do ora apelante.

III – Mérito: para a concretização do delito previsto no art. 12 da lei de tóxico não se exige somente atos de mercancia por parte do agente, já que a citada norma descreve 18 formas de conduta punível e que são núcleos do tipo. '*In casu*' a conduta do Apelante se amolda na modalidade 'ter em depósito', que significa reter a coisa à sua disposição. Quem tem em depósito a droga pode vir as oferecê-la a outrem, e é este risco social que a lei pune. Por isso esse delito é considerado de perigo abstrato.

Os depoimentos dos policiais militares que procederam a diligência e apreenderam a droga na residência do ora Apelante, devem ser admitidos como meio eficaz e válido de prova, conforme jurisprudência já consolidada. O fato de constar registros desabonadores nas condutas funcionais dos policiais militares, não macula o procedimento de busca e apreensão, nem coloca sob suspeita seus depoimentos em juízo.

IV – Recurso improvido, à unanimidade.

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo apresentou contrarrazões a fls. 282-286, pugnando pelo não conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento e, no mérito, por seu improvimento, tendo em vista que o "doc. de fls. 46/47 dos autos comprova que o Comando de Policiamento Ostensivo objetivava

realizar uma diligência repressiva e preventiva, razão pela qual foi autorizada pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Barra de São Francisco, neste Estado. Não há menção à investigação que, constitucionalmente, incumbe à Policia Civil. A realização de diligência de cunho preventivo não fere a previsão do art. 144, § 5º, da CF/88." (fl.284)

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento. (fls. 312-317)

É o relatório.

VOTO: O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. Não conheço da arguição de descumprimento dos requisitos do art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal.

É que suposta violação das garantias constitucionais mencionadas configuraria, aqui, o que se chama mera ofensa reflexa, também dita indireta, à Constituição da República, porque eventual juízo sobre sua caracterização, dependeria de reexame prévio do caso à luz das normas infraconstitucionais, em cuja incidência e interpretação, para o decidir, se apoiou o acórdão impugnado, designadamente regras do Código de Processo Penal.

É, ao propósito, velhíssima a postura desta Corte no sentido de que, se, para provar contrariedade à Constituição, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (cf., por todos, RE nº 92.264-SP, Rel. Min. DECIO MIRANDA, in RTJ 94/462-464). E este enunciado sintetiza raciocínio de certa simplicidade, que está no seguinte.

É natural que, propondo-se a Constituição como fundamento jurídico último, formal e material, do ordenamento, toda questão jurídico-normativa apresente ângulos ou aspectos de algum modo constitucionais, em coerência com os predicados da unidade e da lógica que permeiam toda a ordem jurídica.

Mas tal fenômeno não autoriza que, para efeitos de admissibilidade de recurso extraordinário, sempre se dê relevo ou prevalência à dimensão constitucional da *quaestio iuris*, sob pretexto de a aplicação da norma ordinária encobrir ofensa à Constituição, porque esse corte epistemológico de natureza absoluta equivaleria à adoção de um atalho que, de um lado, degradaria o valor referencial da Carta, barateando-lhe a eficácia, e, de outro, aniquilaria todo o alcance teórico das normas infraconstitucionais, enquanto materialização e desdobramento necessário do ordenamento, destinadas, que são, a dar atualidade, consequência e sentido prático ao conteúdo normativo inscrito nas disposições constitucionais.

Tal preponderância só quadra à hipótese de o recurso alegar e demonstrar que o significado normativo atribuído pela decisão ao texto da lei subalterna, no ato de aplicá-la ao caso, guarde possibilidade teórica de afronta a princípio ou regra constitucional objeto de discussão na causa. E, ainda assim, sem descurar-se da falácia de conhecido estratagema retórico que, no recurso, invoca, desnecessariamente, norma constitucional para justificar pretensão de releitura da norma infraconstitucional aplicada, quando, na instância ordinária, não se discutiu ou, o que é mais, nem se delineie eventual incompatibilidade entre ambas. É coisa que não escapou a velho precedente da Corte, do qual consta o seguinte:

> [...] observo, com relação [à questão constitucional], que é incomum que, para se interpretar um texto infraconstitucional, haja necessidade de, para reforçar a exegese, se invocarem textos constitucionais, exceto quando seja preciso conciliar a lei ordinária com a Constituição por meio da técnica da interpretação conforme a Carta Magna. (voto do Min. MOREIRA ALVES, ao RE nº 147.684, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *in* RTJ 148/2.

Neste caso, não há questão constitucional capaz de tornar admissível o recurso extraordinário, porque o que, no fundo, sustenta o recorrente é que, aplicando normas subalternas, revestidas de incontroversa constitucionalidade formal e material, a fatos insuscetíveis de rediscussão nesta via, quando não poderia tê-lo feito, porque tais fatos não corresponderiam às suas *fatispecie*

abstratas, teria o tribunal *a quo* proferido decisão errônea (*error in indicando*), cujo resultado prático implicaria violação de normas constitucionais. É hipótese típica do que se costuma definir como ofensa reflexa ou indireta, que, a bem ver, não tipifica ofensa alguma à Constituição.

Desse modo, nem se excogita existência de repercussão geral que só convém a questões constitucionais.

Não conheço, pois, do recurso no tocante a tal alegação.

2. Mas examino a de uso de prova ilícita.

O cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar não fere os §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal. Eis o que esta prescreve:

> § 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
>
> § 5º às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competência, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados à função de polícia judiciária.

O mandado de busca e apreensão foi expedido em resposta à solicitação feita por comandante da polícia militar, em virtude da verificação de tráfico de drogas, na localidade, pelo Serviço Reservado da Companhia da polícia militar (fl. 46).

Sobre este aspecto, foi esta a decisão do juízo de primeiro grau, integralmente subscrita pelo acórdão recorrido:

A Defesa alega a invalidade da prova trazida aos autos, posto que entende obtida por meio ilícito. Como primeira preliminar, diz que o mandado de busca e apreensão não poderia ser deferido por esse juízo à Polícia Militar, por falta de competência constitucional para a apuração de infrações penais.

Tal alegação improcede posto que a busca e apreensão determinada por esse juízo, para ser cumprida pela Polícia Militar não ofende a Carta Magna, eis que a medida é meramente cautelar e não enseja, por si só, em ato de apuração de apreensão do próprio corpo de delito, que no caso se constituía na substância causadora de dependência física e psíquica apreendida.

Tratou-se a providência deferida, de medida cautelar de caráter emergencial, e neste particular, não contrariou o texto constitucional, eis que não esgotante das apurações a serem evadas a termo pela Polícia Judiciária Estadual.

Importante ressaltar, como, aliás, exposto antes nas informações prestadas às fls. 92, *que o mandado teve seu cumprimento direcionado à autoridade policial militar porque as sindicâncias preliminares relativas aos locais suspeitos foram realizadas pelo Serviço de Informações da Unidade Policial Militar local, sendo de bom senso que os mandados fossem cumpridos pelos funcionários públicos estaduais que realizaram as diligências anteriores.*

A competência constitucional da Polícia Civil foi respeitada, eis que o auto de prisão em flagrante delito lavrado pela Autoridade Policial Civil, na Delegacia de Polícia desta Cidade, assim, como todo o inquérito foi presidido por dita Autoridade, sendo também certo que os laudos periciais, tanto preliminar quanto o toxicológico definitivo, foram confeccionados por servidores policiais civis.

A busca e apreensão realizadas nestas circunstâncias por Policiais Militares não violam o texto constitucional, posto que tratou-se, como já dito, de mera medida cautelar emergencial que objetivou a obtenção da provas do crime em apuração, consubstanciada na apreensão do corpo de delito, que, no caso, é a própria *Cannabis sativa lineu*, conhecida como MACONHA. (fls. 166-167).

A ação, como se vê, cabia no âmbito de atribuições conferidas à polícia militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

A Corte, aliás, já se manifestou a respeito, em caso idêntico, no julgamento do HC nº 91.481, (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 23.10.2008):

> BUSCA E APREEENSÃO – TRÁFICO DE DROGAS – ORDEM JUDICIAL – CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no art. 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado, a polícia militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizadas. AUTO CIRCUNSTANCIADO - § 7º DO ARTIGO 245 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Atende ao disposto no § 7º do artigo 245 do Código de Processo Penal procedimento a revelar auto de prisão em flagrante assinado pela autoridade competente, do qual constam o condutor, o conduzido e as testemunhas; despacho ratificando a prisão em flagrante; nota de culpa e consciência das garantias constitucionais; comunicação do recolhimento do envolvido à autoridade policial; lavratura do boletim de ocorrência; auto de apreensão e solicitação de perícia ao Instituto de Criminalística.

Por fim, a prisão em flagrante poderia ser efetivada por qualquer pessoa (art. 301 do Código de Processo Penal), até porque se considera existente tal situação, nos crimes permanentes, enquanto não cesse a permanência (art. 308 do CPP). Não havia óbice, portanto, a que os policiais militares a tivessem realizado.

Também com relação a estoutro aspecto, a Corte já decidiu:

> EMENTA: *Habeas corpus*. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, à pena de 6 anos de reclusão e 100 dias-multa. 2. Sustentação de que a condenação fora embasada em prova ilícita, obtida no domicílio do paciente. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento do *writ*. 4. não há falar-se em ilicitude de prova, com a busca domiciliar ocorrida, eis que à vista de flagrante delito. 5. *Habeas corpus* indeferido. (HC nº 73.921, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 18.08.2000).

3. Isto posto, conheço em parte, do recurso extraordinário, e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

MINISTRO CEZAR PELUSO
Relator

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 404.593.1
PRODEC.: ESPÍRITO SANTO
RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO
RECTE. (S): R. B. C.
ADV. (A/S): AMARILDO DE LACERDA BARBOSA.
RECDO. (A/S): MINISTÉRO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO: A Turma, à unanimidade, conheceu, em parte, do recurso e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Melo e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 18.08.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Castanhede
Coordenador

2. Razões

As mudanças, em face da natureza, e a forma com que ocorrem, trazem consigo elevado grau de hesitação e angústia, ocasionando entraves e, via de regra, força indivíduos, organizações e instituições, desafiados, a se adaptarem às novas regras, fazendo com que

procedimentos antigos e tradicionais cedam à busca de novas soluções, abrindo alas à modernidade, num ambiente em que a simplicidade, a celeridade e economia tem sido o norte para o desempenho da atividade humana em todos os setores do convívio social.

Assim, tem-se que os trabalhos e estudos realizados pelos operadores do Direito e, pelos que, de alguma forma tem o dever legal de intervir nas situações de conflito, devem ter como metas a consolidação de ideais, pensamentos e ações, buscando-se a análise dos fatores motivacionais no desempenho da função pública e a eliminação dos fatores distorcidos, sempre com a finalidade de melhor atender aos anseios da sociedade.

O acórdão em estudo consolida a competência e afirma a licitude da prova quando o meio empregado para a sua obtenção for o mandado de busca e apreensão requerido junto ao Poder Judiciário pela polícia preventiva ou administrativa no desempenho da atividade policial de natureza repressiva e preventiva.

A sociedade está cada vez mais objetiva na procura de algumas soluções e, atender o clamor público por meio do correto entendimento do espírito da norma garantirá o funcionamento e evolução do sistema de defesa social. Pois, tornar a prestação jurisdicional mais eficiente, com vista a dar uma resposta imediata à sociedade no que diz respeito aos ilícitos penais, ceifando a burocracia reinante e gerando mais crédito para o próprio sistema de defesa social deve ser uma das metas de todo operador do Direito.

Assim, o tema será discutido na ambiência dos conceitos de autoridade policial, competência e exclusividade para a prática de determinados atos que direta ou indiretamente irão servir para a decisão jurisdicional, enfim, a licitude e competência dos órgãos incumbidos de prestar o serviço de segurança pública à sociedade para requerer mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário.

Entretanto, inexiste a intenção de esgotar o assunto, o qual ainda será alvo de discussões na seara do Judiciário, principalmente quando um outro órgão encarregado da execução da atividade

policial busca exclusividade para o exercício de práticas comuns a todos. Sempre deve ser considerado que o "direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana", abrangente, de relevância indiscutível, de consequências sociais segundo as diferentes perspectivas, constituindo permanente desafio à reflexão do jurista e, compreendê-lo não é tarefa fácil. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 1-5).

3. Justificativa

O tema adquire relevância a partir do momento em que se questiona a competência dos órgãos encarregados da segurança pública para exercer atividades inerentes ao policiamento, cujos princípios norteadores encontram-se delineados na Constituição Federal de 1988, a qual atribui a preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal, à Polícia Civil, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar.

Todos os órgãos policiais exercem a atividade de segurança pública, a qual tem por escopo a integridade física e patrimonial do cidadão, sendo esses órgãos responsáveis pela manutenção e preservação da ordem pública, estando seus integrantes, sem exceção, investidos de função policial. Em sentido amplo, autoridade policial é todo aquele que se acha investido em função policial. Em sentido estrito, a lógica leva ao entendimento de que o conceito abarca autoridades específicas, como exemplos, a direção do inquérito policial somente por Delegado de Polícia estadual ou federal e o inquérito policial militar sempre dirigido e instruído pela autoridade de polícia judiciária militar.

A polícia é uma necessidade social básica. É uma instituição antiga. Nasceu no seio do grupo para garantir a existência do próprio grupo. Conforme afirma Klinger Sobreira de Almeida:

> É a polícia que vela pela ordem pública, visualizada esta como um sentimento de respeito às leis, um consenso de comportamento social harmônico, um clima de paz. É a polícia que enfren-

> ta bandidos, facínoras ou perigosos delinqüentes, prendendo-os ou abatendo-os nas refregas, ou mesmo tombando em defesa da sociedade. É a polícia que acorre convocada ou de iniciativa, quando o louco furioso e/ou exterminador investe contra inocentes e pacatas pessoas, ou mesmo contra familiares. É a polícia que é chamada para socorrer o indefeso de um ataque do animal bravio. É a polícia que dá assistência quando todos falham, carregando doentes, fazendo partos, oferecendo os primeiros e essenciais socorros. É a polícia que morre em defesa da sociedade. É a polícia que não fecha as portas, que exercita expediente integral, que, sempre, nos longínquos e inóspitos rincões, constitui quase que à única manifestação de governo. É a polícia que, chegando pioneiramente, implantando a ordem, participa da edificação das grandes e portentosas comunidades. Sua Função é, pois, civilizadora, progressista e construtiva. (ALMEIDA, 1987).

Portanto, é tão ampla a atividade da segurança pública que não há como definir de forma precisa e objetiva a atribuição específica de cada órgão. Todos buscam o mesmo fim. Cabe ressaltar que a sociedade anseia por proteção pública, não lhe interessando que o organismo de prestação do serviço seja militar ou civil, estadual, federal ou municipal, Polícia Militar, Polícia Civil, Guarda Civil ou Guarda Municipal, força pública ou guarda noturno. A comunidade exige órgãos fortes e sadios, dinâmicos e eficazes, capazes de assegurar-lhe proteção contra os riscos que rondam as populações das modernas e das antigas, das grandes e das pequenas cidades.

Muito se tem discutido, principalmente entre os órgãos responsáveis pela segurança pública justamente o conceito de autoridade policial. Vê-se que a discussão afasta-se do cunho jurídico e passa a ganhar natureza individual ou coletiva, geralmente centrada na necessidade ou vontade pela fatia do poder, sempre efêmero e fugaz.

A doutrina conceitua autoridade policial como sendo aquela exercida pelos órgãos administrativos dotados de poder de polícia, compreendendo o desempenho da polícia judiciária, de caráter repressivo, investigando e colhendo provas da existência do fato e de sua autoria, para ajuizamento da ação penal, tendo como responsáveis a Polícia Federal e a Polícia Civil; e o desempenho da

polícia administrativa, de caráter preventivo, que se destina à ordem pública e ao impedimento da prática ou da eclosão do delito, tendo como responsáveis a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar. Em todos os casos, o exercício da atividade policial pressupõe poder de polícia. (JESUS, 1997, p. 53-54).

Autoridade, para o direito, é o poder pelo qual uma pessoa ou entidade se impõe às outras, em razão de seu estado ou situação. Funcionalmente, qualquer agente público dotado de poder legal para submeter outrem a uma determinada situação, ainda que contra a sua vontade, é autoridade policial. No caso dos agentes públicos policiais, todos os integrantes dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal "são considerados autoridades, de maior ou menor poder, uma vez que este é pressuposto necessário para o desempenho da função de policiamento" (JESUS, 1997, p. 54-55), não importando se a natureza é preventiva ou repressiva. A abrangência ou limitação do conceito dependerá da atividade a ser desenvolvida.

No âmbito do direito administrativo, extrai-se do acórdão RE n. 80839/STF que o soldado de polícia, fardado e armado é a encarnação mais presente e respeitada da autoridade do Estado, estando investido de uma parcela do poder público. Assim, pois, todo aquele que integrar um dos órgãos do Estado federado ou da União exercendo poder público, agindo independentemente de provocação, possuindo discricionariedade e buscando o interesse público é uma autoridade policial. (JESUS, 1997. p. 55).

Na seara do processo penal comum o entendimento é dotado de características próprias. Extrai-se do art. 144 da CF/88 e do art. 4º do Código de Processo Penal, segundo a lógica e a doutrina que o delegado de polícia estadual ou federal é a única autoridade policial quando o assunto constitui o exercício das funções de polícia investigativa e a apuração das infrações penais, exceto as militares, ocasião em que a autoridade de polícia judiciária é inerente aos Oficiais das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Assim, restringe-se o conceito para considerar autoridade policial apenas o servidor público competente para

conceder fiança, presidir o inquérito policial e requisitar diligências investigatórias, o que pode ser considerado muito pouco ou quase nada quando o assunto é o exercício da atividade policial.

Comumente, a doutrina classifica a polícia em administrativa e judiciária. A primeira é preventiva e a segunda é repressiva, mas o mesmo órgão pode ser eclético, agindo preventiva e repressivamente em razão da tênue linha de diferenciação. Conclui-se que, estando um órgão no exercício da atividade policial preventiva (administrativa) e houver a eclosão do delito penal, nada impede que ela passe imediatamente a desenvolver a atividade policial repressiva (judiciária). É o que se vê na prática. Segue a mesma linha de raciocínio a autuação sumária ou termo circunstanciado de ocorrência preconizado no art. 69 da Lei n. 9.099/95, o qual tem sido interpretado no sentido de que é autoridade policial para a lavratura do termo "qualquer servidor público que tenha atribuições de exercer o policiamento, preventivo ou repressivo". (JESUS, 1997, p. 50-61). Cabe espaço para mencionar o conceito de autoridade extraído do art. 5º da Lei n. 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade: "Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração".

4. Finalidade

Ao discutir o tema busca-se demonstrar que a atuação dos órgãos policiais tem por escopo a defesa da sociedade. O cidadão, na maioria das vezes, tem na polícia o primeiro escudo protetor dos direitos e garantias consagrados na Constituição, bastando para o seu acionamento o "simples aceno de mão", tornando a instituição "polícia" como o verdadeiro bastião na proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Independente do órgão que estiver atuando, cabe relevar que o objetivo a ser perseguido deverá ser sempre a segurança pública e todos os instrumentos constitucionais e legais disponíveis devem ser aplicados nessa busca incessante que envolve todo o sistema

de defesa social, com o envolvimento do Ministério Público, órgão incansável na luta pelos direitos individuais e coletivos, destacando-se como um dos esteios de todo o sistema.

A ementa da Reclamação n. 2008.030687-2 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que teve como relator o Desembargador Substituto Victor Ferreira, afirma que não há exclusividade das funções de polícia judiciária no âmbito dos Estados da Federação, entretanto, essa exclusividade vai existir na atuação da Polícia Federal:

> RECLAMAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE BUSCA E APREENSÃO A SER CUMPRIDA PELA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE EXIGEM ATUAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

A Constituição Federal em seu art. 114, § 4º, ao preconizar que "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares", define as funções da Polícia Civil. Porém, em nenhum momento estabelece qualquer cláusula de exclusividade, o que impede a feudalização de determinadas atividades quando o assunto é a solicitação de mandados de busca e apreensão por parte da Polícia Militar para a realização de diligências de natureza administrativa, entendidas como sendo aquelas que antecedem a atuação da polícia judiciária e a instauração do inquérito, pois são totalmente desprovidas do caráter investigatório exigido para a natureza informativa do inquérito policial.

Logicamente que o pedido deverá, obrigatoriamente, ser analisado pelo Ministério Público, órgão incumbido da fiscalização externa da atividade policial. Procuram entravar o sistema aqueles que argumentam no sentido de que os integrantes desta ou daquela

organização policial não detêm competência e conhecimento para solicitar e cumprir mandados de busca e apreensão.

Contudo, o contra-argumento solidifica-se com a participação do Ministério Público no processo e o conhecimento público e notório de que todos os integrantes dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição Federal recebem formação nas áreas do direito que lhes competem, relevando-se que os Oficiais das Polícias Militares, quando participam dos Conselhos de Justiça Militar no processo e julgamento de crimes militares, atuam *stricto sensu*, como juízes desempenhando a mesma atribuição dos juízes de direito (togados) do juízo militar.

É lógico, em razão da atividade, que os mandados de busca e apreensão necessários para a atividade investigativa são sempre solicitados e cumpridos pela Polícia Civil ou Federal. Mas, legal e juridicamente, nada impede que, nas diligências administrativas que antecedem a investigação criminal, os órgãos encarregados da segurança pública solicitem a expedição de mandados de busca e apreensão. Assim, amplia-se o conceito de autoridade policial e permite-se que toda e qualquer polícia, elencada no art. 144 da CF/88, cujos integrantes são autoridades policiais para esse fim específico, possam legal e licitamente solicitar a expedição de mandados de busca a apreensão junto ao Judiciário, obviamente com a legítima participação do Ministério Público.

Conforme destacado por José Fernando Marreiros Sarabando:

> Somente se e quando as polícias, o MP e o Judiciário atuarem com energia e com sinergia, é que a altamente lucrativa atividade do comércio ilegal das drogas começará a sofrer reveses, duros e irreversíveis, os quais, a partir do momento em que se tornarem constantes, submeterá o tráfico e os traficantes à autoridade efetiva do Estado, até a sua tão sonhada extinção definitiva. (SARABANDO, 2009, p. 226).

5. Comentário

A dicotomia polícia administrativa e polícia judiciária tem gerado confusões para o legislador e para os operadores do direito, haja vista que ambas são exteriorização de atividade tipicamente administrativa. Conforme afirma Álvaro Lazzarini:

> A polícia *administrativa* é *preventiva*, regida pelas normas e princípios jurídicos do Direito Administrativo, enquanto que a polícia *judiciária* é *repressiva,* exercendo uma *atividade tipicamente administrativa* de simples auxiliar da repressão criminal, que é exercida pela Justiça Criminal, pelo órgão competente, inclusive de outro Poder da Soberania do Estado que é o Poder Judiciário. (LAZZARINI, 1992, p. 280).

Nesse ponto, há que se relevar que ambas atuam e são regidas pelas normas e princípios do Direito, em seus diversos e variados ramos e, não apenas do Direito Penal e Processual Penal numa visão inicial e minimalista. O órgão policial pode ser eclético, porque age preventiva e repressivamente, pois, passa necessária e automaticamente da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, exercendo uma espécie de repressão imediata, uma vez que não conseguiu evitar o delito. (LAZZARINI, 1992a, p. 280).

A questão adquire extrema relevância a partir do momento em que tem levado os órgãos encarregados da segurança pública a um incansável labor na busca permanente de melhorias na atividade de segurança pública. O interesse da coletividade é a justificativa maior para que todos os atores envolvidos utilizem todas as ferramentas constitucionais possíveis para que a sociedade – a grande destinatária dos serviços de defesa social – sinta-se minimamente protegida pelo Estado.

O pedido e o cumprimento de mandados de busca e apreensão por qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da CF/88 não significa "usurpação de competência, por que tal procedimento não constitui atos de investigação nem de instrução, reservados à função de polícia judiciária", conforme acentuou o Ministro Cezar Peluso, relator.

De passagem, há que se mencionar as inúmeras diligências de busca e apreensão realizadas pelas Receitas Federal e Estadual no âmbito de sua competência, bem como os mandados de busca e apreensão solicitados e cumpridos pela Polícia de Meio Ambiente. Nesse contexto, a atuação desta merece relevo. É de pleno conhecimento que essa atividade de policiamento, exercida pelas Polícias Militares dos Estados requerem, no desempenho da sua atividade, mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário com o escopo de reprimir o desmate com armazenamento de madeiras, locais de produção ilegal de carvão vegetal, armazenamento de caça abatida, aprisionamento ilegal de pássaros, rinhas de canários e galos e outras tantas irregularidades e crimes previstos na legislação ambiental.

Nesse aspecto, até mesmo por uma questão de lógica, a coletividade há de questionar a razão do permissivo para requerer mandados de busca e apreensão direcionados à reprimenda do engaiolamento de pássaros, e o impeditivo, para requerer mandados de busca e apreensão para a reprimenda do crime.

A coletividade, em face do mínimo existencial, poderia apresentar o argumento de que sendo o inquérito policial peça informativa, prescindível para o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público caso este entenda que a autoria e a materialidade da infração penal estejam comprovadas por outros meios, não seria necessária a investigação criminal. Assim, não há como ceifar a atuação de todos os órgãos encarregados pela segurança pública no cumprimento de mandados de busca e apreensão, fase que antecede a investigação criminal, consubstanciando-se na repressão imediata ao delito que não conseguiu impedir, coletando e fornecendo à própria polícia judiciária e à Justiça Criminal um primeiro material de averiguação e exame.

Conclui-se que, após a vigência da Constituição de 1988, em face da dicotomia estabelecida, a polícia judiciária exerce a sua atividade após a prática do ilícito penal, e, mesmo assim, após a repressão imediata por parte da polícia ostensiva, seja Militar Estadual, Rodoviária ou Ferroviária Federal, diante da infração penal que

não pode evitar, "tomando todas as providências elencadas no ordenamento processual para o tipo penal que, pelo menos em tese, tenha ocorrido". (LAZZARINI, 1992b, p. 286).

5.1. Legitimidade, licitude e possibilidade dos órgãos de polícia ostensiva solicitar mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário

O ordenamento jurídico pátrio, em nenhum momento, concede exclusividade para o cumprimento de mandados de busca e apreensão. Extrai-se do recurso em *Habeas Corpus* n. 141236 – Rio de Janeiro (91.0010556-2):

> alertada por *notitia criminis* oriunda de órgão policial militar, não macula a busca e apreensão o cumprimento do respectivo mandado judicial pelo mesmo órgão, tanto mais que se seguiu a regular instauração do inquérito pela Polícia Civil, à qual foram entregues os bens apreendidos.

Há de se concluir que a diligência está compreendida na atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, um dos vários motivos e objetivos de existência dos órgãos policiais.

Realmente o legislador constituinte reservou para determinados órgãos policiais algumas atividades específicas, mas em nenhum momento retirou dos órgãos encarregados do exercício da polícia preventiva ou administrativa a competência ou capacidade para requerer ou cumprir mandados de busca e apreensão.

Em análise do art. 144 da Constituição, extrai-se que, em matéria de polícia judiciária, só há exclusividade expressa para a Polícia Federal, ao passo que a Polícia Civil possui ampla competência de polícia judiciária, contudo não exclusiva nem privativa (LAZZARINI, 1992b, p. 159). O que se reserva à função de polícia judiciária, repressiva ou cartorária são os atos de investigação e de instrução nos casos de apuração de crimes por meio do inquérito policial, pressupondo-se que o instrumento utilizado pela polícia judiciária é o inquérito. Assim, qualquer medida adotada ou praticada antes

da instauração do inquérito policial tem natureza administrativa podendo ser executada por qualquer órgão policial.

Seguindo a lógica, qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição da República, seja Civil ou Militar, poderá solicitar junto ao Poder Judiciário, sempre com vista ao representante do Ministério Público, o mandado de busca e apreensão, quando no exercício rotineiro do policiamento ostensivo ou da atividade administrativa de verificar possíveis crimes que estejam sendo praticados, ou a praticar, com destaque para o tráfico de entorpecentes.

5.2. Comentário conclusivo do acórdão

Nesse sentido, o acórdão comentado define com clareza que "não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar" ou qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição da República, quando, atuando no policiamento ostensivo com o objetivo de evitar o delito são obrigados a agirem na repressão imediata do delito que não se conseguiu evitar.

Em acórdão unânime, na Apelação Criminal n. 58.497-3, de Itanhaém, citado por Lazzarini (1992a, p. 287). ficou evidenciado o entendimento de que essa atuação com vista à coleta e fornecimento à própria polícia judiciária e à Justiça Criminal de um primeiro material de averiguação e exame é denominada investigação policial preventiva, e não invade a competência da polícia judiciária por não se tratar de inquérito policial, mas intervenção policial em face de um delito que está acontecendo ou está prestes a acontecer.

Numa síntese do pensamento expressado releva-se que não basta interpretar, estudar e decompor o texto legal, atendo-se às palavras e ao sentido respectivo; é preciso ir além. Deve-se examinar as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência deduzindo, assim, uma obra sistemática, um todo orgânico, com o objetivo principal de descobrir e revelar o Direito, construindo, recompondo e reconstruindo, compreendendo-a, "achando o direito positivo,

lógico, aplicável à vida real" (MAXIMILIANO,1981, p. 45), haja vista que não há verdade absoluta, objetiva e indubitável, mas verdade relativa, reconstruída segundo o sujeito que recompõe e aplica o Direito, sempre objetivando a ampla e efetiva proteção dos direitos individuais e coletivos.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Klinger Sobreira de. *Mensagens profissionais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-5.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53-54.

LAZZARINI, Álvaro. A constitucional de 1988 e a ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 115, jul./set. 1992a, p. 275-294.

LAZZARINI, Álvaro. A proteção do meio ambiente pela Polícia Militar. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 29, n. 116, out./dez. 1992b, p. 153-162.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 45.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. Breves anotações sobre a atuação do Judiciário e do Ministério Público na repressão ao tráfico de drogas. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 13, jul./dez. 2009, p. 216-226.

TJSP. Acórdão unânime, em 21.12.1987, na Apelação Criminal nº 58.497-3, de Itanhém, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex, 2º bimestre, mar./abr. 1988.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110017

9

Direito Público Institucional

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

VOTO UNIVERSAL E REPRESENTATIVIDADE: CAUSA OU EFEITO DO *DÉFICIT* DEMOCRÁTICO NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO?

UNIVERSAL VOTE AND REPRESENTATIVENESS: CAUSE OR EFFECT OF THE DEMOCRATIC *DÉFICIT IN THE BRAZILIAN* DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE?

MARIANO HENRIQUE MAURÍCIO DE CAMPOS
Oficial de Justiça
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil
marianohenrique@yahoo.com.br

RESUMO: Este artigo foi produzido a partir de uma questão tratada em dissertação de mestrado de minha autoria, confrontada com o resultado das eleições realizadas em 03/10/2010, e analisa como o voto universal e a representatividade, mesmo num sistema político reconhecidamente democrático como o brasileiro, podem se tornar mecanismos insuficientes para a real participação social e de efetivação do princípio da soberania popular. Num momento de pouca credibilidade do Poder Legislativo como vivenciamos hoje, sobretudo na esfera federal, mas tendo em contrapartida duas mulheres conquistando maioria dos votos válidos no pleito relativo à Presidência da República, o trabalho busca a reflexão sobre a necessidade de reinterpretar o voto universal de acordo com teorias que consagram a participação popular. O trabalho retrata teorias sobre participação popular e questiona a legitimidade das

instituições públicas no momento em que tentam se sobrepor à vontade manifestada diretamente pelo povo.

PALAVRAS-CHAVE: Participação popular; voto universal; representatividade; soberania popular.

ABSTRACT: This article was produced from a question addressed in my dissertation, faced with the outcome of the elections held on 03/10/10, and examines how the universal suffrage and representation may become an insufficient mechanism for social participation and actual realization of the principle of popular sovereignty, even in a democratic political system as Brazil's. In a time of low credibility of the Legislature as we experience today, especially at the federal level, the paper seeks to reflect on the need to reinterpret the universal suffrage according to theories that provide for popular participation. The work depicts theories on popular participation and questions the legitimacy of public institutions when they try to override the wishes expressed by the people directly.

KEY WORDS: Popular participation; universal suffrage; representation; popular sovereignty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos culturais. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Analisando o quadro político que se desenhou nas eleições realizadas no primeiro turno no último dia 03 de outubro de 2010, surgiu a idéia de rediscutir um excerto da minha dissertação de mestrado (CAMPOS, 2010). Isso porque o cenário político que se desenhou nas eleições do dia 3 de outubro de 2010 mostrou tendências que não poderíamos imaginar no início do século passado considerando as grandes dificuldades do país em termos de tradição político-cultural, sendo este o momento propício para

grandes transformações, daí a incessante pergunta a respeito da efetividade de nosso Estado Democrático no que tange à relação entre o voto universal obrigatório e a representatividade.

Esta crítica à tradição político-cultural brasileira é possível a partir dos trabalhos de Faoro (1976) e Holanda (2003), que descrevem as formas de patrimonialismo, personalismo, clientelismo e coronelismo presentes na cultura e na política brasileiras[1], somados às recentes denúncias de corrupção no âmbito do Legislativo Federal, especialmente após o esquema que ficou conhecido por "mensalão", em julgamento através da Ação Penal 470 (BRASIL, 2007) no Supremo Tribunal Federal e as seguidas denúncias de corrupção noticiadas na imprensa, seja o chamado "mensalão mineiro"[2] ou até mesmo o recente episódio do "mensalão do Democratas (DEM) de Brasília".

Apenas para exemplificar o fenômeno ocorrido no último pleito, de maneira surpreendente, duas mulheres somaram, como candidatas à presidência da República, inéditos 67.287.793 milhões de votos, o que é equivalente a, aproximadamente, 49% do eleitorado nacional que possui 135.804.433 milhões de inscritos e 66,23% do total de votos válidos, e o comparecimento foi equivalente a 81,88%, sendo 111.193.747 milhões de eleitores, conforme dados divulgados pelo sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral.

Em que pese a participação maciça do eleitorado nacional no último pleito, continuo questionando se o voto e a representatividade, como obrigatórios que são em nosso sistema político, são causa ou efeito do déficit democrático no Brasil.

Para explicar melhor o que chamo de "déficit democrático", é bom relembrar algumas questões afins. A proximidade entre o titular do voto, o poder político e a representatividade nem sempre foi um fator a ser elogiado no Brasil.

---

[1] Sobre essas características, recomendo o artigo de SOARES; Araújo (2008). Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_762.pdf>.

[2] Investigado perante o Supremo Tribunal Federal no Inquérito (INQ) 2.280 (BRASIL, 2006).

2. Aspectos culturais

As eleições e o voto como fontes do Poder Político são criações do Estado Moderno, em contraposição ao Estado Absolutista da Idade Média, em que os soberanos detinham todo o poder, com a justificativa baseada na vontade divina, não havendo distinção entre direito, religião, tradição, costume e moral (BARACHO JUNIOR, 2000, p. 53).

O Constitucionalismo Moderno tem origem nas Revoluções da Inglaterra em 1688, dos Estados Unidos em 1776 e da França em 1789. A formação do Poder Político passou a se dar na forma de representação, com eleições periódicas, e o espaço público foi redesenhado nos séculos XIX e XX com o surgimento dos partidos de massa e a garantia do direito de associação. Mas os liberais tinham restrições à participação política, o que motivou a limitação do sufrágio até o século XIX. (VILANI; MARQUES, 1992, p. 7).

O desafio para este novo modelo que se instaurava era a questão da legitimidade, ou seja, como efetivar a devida correspondência entre o exercício do poder estatal e a vontade do povo. Em outras palavras, como criar o sentimento de pertença? Nas palavras de MOREIRA (2009, p. 22-23), nesse novo sistema,

> a soberania popular será institucionalizada por meio do direito codificado [...] o sistema jurídico terá o código como forma lógica [...] o código tornará obrigatória e exigível a vinculação de todos às mesmas prescrições.

No Brasil, ainda durante a colonização, com a Corte distante dos problemas locais e a forte presença da aristocracia rural, o poder privado foi mais forte do que o Poder do Estado. Segundo Faoro (1976, p. 365), a sociedade luso-brasileira contraiu o achaque liberal a partir da Revolução Portuguesa de 1820 e as fazendas que detinham forte expressão política perdem espaço para os detentores do crédito e das exportações. As eleições passam às mãos dos letrados, legistas – especialmente juízes – e, dos Deputados eleitos às Cortes Portuguesas, grande parte era de magistrados, clérigos e funcionários públicos.

O artigo 90 da Constituição de 1824 determinava eleições indiretas para Deputados e Senadores mediante eleição de cidadãos ativos. As assembleias paroquiais elegiam os eleitores de província, que escolhiam os representantes da nação e da província. Segundo o art. 92, não podiam votar os menores de 25 anos, salvo se casados, oficiais militares, que fossem maiores de 21 anos, os bacharéis formados e clérigos de Ordens Sacras; os filhos de famílias, que estivessem na companhia de seus pais, salvo se servissem ofícios públicos; os criados de servir, em cuja classe não entravam os guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio; os criados da Casa Imperial, que não fossem de galão branco, e os administradores das fazendas rurais e fábricas; os religiosos e quaisquer que vivessem em comunidade claustral; os que não tivessem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou empregos.

A formação das mesas eleitorais e o processo eleitoral tinham vinculação com a Igreja, pois o presidente da assembleia paroquial e o juiz deveriam estar em combinação com o pároco para os fins de escolher dois secretários e escrutinadores para a mesa. O processo de eleição de deputados inaugura outra *via crucis* e não raras vezes as atas eram remetidas em branco para o Presidente de Província preencher ao seu talante (FAORO, 1976, p. 367-368).

Estes fatos permitem concluir que, durante a colonização e na fase imperial, o Brasil, o voto e a representatividade possuíam sérios vícios de legitimidade. O poder econômico passou a se sobrepor ao poder político e à vontade do eleitor, detentor da legitimidade para formação das Casas Legislativas que, em tese, controlariam o poder do Imperador.

A Constituição de 1891 consagrou o princípio da igualdade no art. 72, § 2º, e extinguiu privilégios de nascimento, foro de nobreza, ordens honoríficas e títulos nobiliárquicos e de conselho. Considerava eleitores os cidadãos maiores de 21 anos de idade. Mas de 1837 a 1889 o sistema representativo é uma cadeia de "cabrestos" em que prevalece o comando sobre a vontade do eleitor. A primeira eleição direta em 1881 só alistou 150 mil eleitores e houve comparecimento de 96.411, numa população de 12 milhões de habitantes. O povo

não comparecia às eleições para defesa de interesses e aspirações, mas era movido pelos proprietários sob comando do presidente de Província. (FAORO, 1976, p. 375-377).

A composição da sociedade rural, já no início do século XX, justifica o déficit de consciência política e os votos de cabresto, uma vez que, segundo o censo agrícola de 1940, a população ativa ocupada com agricultura, pecuária e silvicultura somada aos pequenos proprietários com até 50 hectares chegava a 90,12% da população. Além disso, as despesas eleitorais eram suportadas pelos fazendeiros e chefes locais, propiciando que o eleitor seguisse a orientação de quem arcava com os gastos, praticando um ato que, apesar de político, era-lhe indiferente.

Os municípios do interior detinham a maioria do eleitorado, cerca de 70% e no interior o fator rural se sobrepunha ao urbano. Isto demonstra o coronelismo e a ausência de participação do eleitorado na formação do Legislativo, gerando o déficit de representação e da democracia nas primeiras décadas da República (LEAL, 1997, p. 55-57). Em termos de voto, a Constituição de 1934 recuou a idade de alistamento eleitoral para 18 anos, sendo obrigatório para homens e mulheres que exerciam função pública remunerada, de acordo com o artigo 109 desta Constituição. Eram proibidos de alistar: os que não sabiam ler e escrever; os praças, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; os mendigos; os que estivessem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos (art. 108, parágrafo único).

Holanda (2003, p. 178) diz que, se as mudanças no poder político não forem precedidas de mudança estrutural da sociedade, nada resolverão e a medida se tornará enganadora e superficial. Além disso, outro remédio que apenas parece mais plausível é o fato de se acreditar que a letra morta pode influir sobre o destino de um povo.

A Constituição de 1937 consagrou a eleição indireta para a Câmara dos Deputados, mas de qualquer forma prevaleceu o Estado Novo e a força ditatorial de Getúlio Vargas. Já em 1946, a Constituição

dispôs no art. 134 que o sufrágio era universal e direto; o voto era secreto e ficava assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma como a lei estabelecesse. Aquela Constituição manteve a idade de alistamento em 18 anos, incondicionalmente, para ambos os sexos.

O governo ditatorial iniciado em 1964, na realidade, privou o exercício dos direitos políticos, entre muitos outros. O Congresso Nacional passou a obedecer ao Presidente da República até a redemocratização em 1988. O art. 143 previa o voto direto e secreto, respeitadas as exceções que a própria Constituição criasse. No entanto, isto não se viu. O Presidente da República era eleito indiretamente entre nomes indicados pelos Militares e houve muita perseguição política.

Assim, diante desse quadro histórico, é possível perceber como a tradição brasileira foi de pouca eficiência eleitoral no que tange ao ideal de representatividade e autonomia política. Prevaleceu o "coronelismo" como contaminação do domínio político pelo poder privado, significando isolamento do poder público em municípios predominantemente rurais (LEAL, 1997, p. 275).

Mesmo o regime representativo não trouxe soluções para o problema, mas só fez agravar o quadro em face da estrutura econômica e social já formada. Isto porque incorporou à cidadania ativa eleitores incapacitados para o desenvolvimento de autoconsciência política. O poder público passa a se relacionar com os detentores do poder regional e assim se forma uma estrutura viciada, na qual os candidatos governistas levam os votos em eleições estaduais e federais; em contrapartida, os "coronéis" permanecem livres do controle e da fiscalização do Poder do Estado para consolidar a dominação no interior (LEAL, 1997, p. 279).

As lutas travadas para conquista do Estado de Direito e também para a representatividade política durante a Revolução Francesa, bem como para a liberdade dos Estados Unidos na Revolução Americana, passam longe da trajetória política do Brasil. No entanto, são formas intensamente copiadas pelos liberais e republicanos que travaram

lutas políticas no país durante o Império e a Primeira República. O preço de se copiar um sistema político ao invés de se conquistar um é ver sempre um grupo mais forte tomar as rédeas do poder político e através dele produzir um golpe institucionalizado.

É possível perceber como o Brasil passou por golpes de Estado constitucionalizados. Da Constituição do Império à Constituição Militar revogada em 1988, os golpes políticos sempre foram objeto de consagração escamoteada nos textos normativos, fomentando lutas de grupos adversários que sempre queriam ascender ao poder em detrimento de seus inimigos, mas sem vislumbrar a soberania e o fortalecimento do país. Desse modo, a Constituição é tratada como plano de Governo, alterada por interesses que nem sempre são os interesses da sociedade e não é tratada da forma como deveria ser, ou seja, como o documento que traduz a identidade (ROSENFELD, 2003) do povo que a concebeu.

O modelo norte-americano de Estado consagrou a autonomia das 13 colônias e outorgou à União a soberania para fortalecimento do país, conforme se percebe dos escritos federalistas em Madison, Hamilton e Jay (1993). O modelo francês, inspirado na soberania popular, lutou contra o absolutismo e a concentração de poder, gerando o debate entre os republicanos e liberais, que na atualidade pode ser apreciado em Habermas (2007) e Oliveira (2006b). Nas ciências sociais Vilani (2000) e Anastasia (2002) resgatam estes debates e a formação da democracia moderna.

Importante frisar aqui que o voto universal e a representatividade, historicamente, não surgiram no Brasil como anseio da população, que sai às ruas e combate o poder político absoluto, despótico. Luta assim se viu apenas em 1985 por força da mobilização nacional em torno das eleições diretas para Presidente da República, levando à redemocratização do país com a Constituição de 1988, o que foi muito bem delineado por Oliveira (2009). O voto foi tomado pelo "coronelismo", como já visto, e a representatividade estava falida antes mesmo de instituir-se como instrumento democrático, já que não existe relação de interesse da população no controle dos atos dos seus representantes no cumprimento do mandato.

Aliás, em relação ao mandato, é bom frisar que não existe relação de dependência entre a vontade do eleitor e a do representante eleito e num sistema multipartidário, como o brasileiro, reduz-se a possibilidade de governo do povo porque os Deputados tornam-se delegados das bancadas parlamentares, ao invés de delegados do povo (MÜLLER, 2003, p. 128).

Dados de uma pesquisa realizada pela organização não governamental denominada *Transparência Brasil*[3] revelam que cada parlamentar brasileiro custa em torno de R$ 10,2 milhões por ano, desconsiderando-se o sistema bicameral. O valor só não supera os parlamentares dos Estados Unidos, que custam aos cofres públicos cerca de R$ 15, 3 milhões cada membro, por ano. A mesma pesquisa revela que, se mantido o orçamento do Congresso Nacional, mas distribuído de acordo com o custo do mandato do parlamentar europeu, o Brasil teria 2.556 integrantes, número bem superior aos 594 atuais.

Diante desses dados, é inevitável pensar que o problema da representatividade no país é uma questão cultural, de formação política. O predomínio das relações de "coronelismo", como enfatizado por Leal (1997), indica que o país tem um sistema político formal e baseado em sistemas de outros países, mas há pouca legitimidade na representação. Os cofres públicos gastam quantias exorbitantes com os mandatários e, em contrapartida, o que a população recebe são denúncias de corrupção, tráfico de influência e os "mensalões".

Os Constituintes de 1988 lidaram com esta questão e a democracia participativa encontrou nos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular uma forma de erigir-se. Portanto, além do voto universal e a representatividade política, existem meios de tornar o cidadão mais partícipe da construção do Estado e das atividades da Administração Pública, mas como já defendi em outra situação (CAMPOS, 2009), é preciso repensar em que medida o plebiscito e o referendo nos servem como instrumento real de participação popular.

[3] Disponível em: www.transparência.org.br. Acesso em: 23 mar. 2009.

Após essas considerações, afirmo que o déficit democrático no Brasil pode ser atribuído ao sistema de voto e de representatividade ainda do tempo colonial. A evolução dos problemas econômicos e sociais em meio à propriedade rural de outrora e o crescimento dos centros industriais e urbanos, mas sem extirpação da praga do "coronelismo", contribuíram para que o país acordasse para a democracia participativa e o combate à corrupção política apenas no final do século XX, culminando em 2010 com um processo político que levou duas mulheres a uma votação nunca antes vista, conforme dados colacionados nas primeiras linhas deste trabalho.

Políticos eticamente educados e a educação dos cidadãos são necessidades de um modelo democrático, porque o abandono ético dos políticos pode arruinar o Estado de Direito (KERSTING, 2003, p. 112). Aos poucos, muito timidamente, a população vai avançando e a mobilização social cresce com tal perspectiva. Mas ainda é preciso muito trabalho e discussão. Nada melhor que o debate sobre as nossas convicções políticas para que haja um crescimento ético. É a busca pelo processo de aprendizagem social com o Direito, sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir-se (OLIVEIRA, 2009, p. 297).

A perspectiva é de que um modelo dialógico seja levado a efeito no Estado de direito brasileiro. Levando em consideração o problema do voto e da representatividade é que trabalhei na dissertação de mestrado, de onde extraí este trabalho, no qual se investigam mudanças no processo legislativo, através de outras possibilidades em relação ao plebiscito e ao referendo, para se chegar a um modelo de participação popular que realmente consagre a soberania e a vontade do povo, que hoje é plural, é multicultural.

A redução da democracia ao processo eleitoral, segundo Santos (2002, p. 6), leva aos questionamentos: as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos? Procedimentos de representação esgotam a representação da diferença de uma sociedade pluralista? Respondendo, de acordo com o próprio Boaventura de Sousa Santos, os processos de libertação e democratização possuem um elemento comum: a participação ampliada de atores sociais de diversos tipos em processos de tomada

de decisão. Isto significa a inclusão de temas ignorados pelo sistema político, a redefinição de identidades, vínculos e o aumento da participação, especialmente no âmbito local (SANTOS, 2002, p. 59).

Ainda, de acordo com Santos (2002, p. 69), as mudanças mais significativas na forma da democracia se originaram dos movimentos sociais. Conclui o citado autor questionando a pretensão de universalidade e exclusividade da democracia liberal, abrindo espaço para concepções contra-hegêmonicas, sugerindo que a democracia participativa e a democracia representativa coexistam e se complementem. Portanto, abre-se o espaço para o questionamento de intervenções pontuais no processo de constitucionalização de normas, uma vez que o debate político-eleitoral deve sopesar propostas de reconhecimento cultural e inclusão social (SANTOS, 2002, p. 76).

No entanto, devido à tradição pouco efetiva em termos de representação e ao voto como instrumento de pertença do cidadão perante o Estado, é bom relembrar as palavras de Neves (2007, p.100), segundo o qual a constitucionalização simbólica ocorre quando as instituições básicas (direitos civis, políticos e sociais, a separação de poderes e a eleição democrática) não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e nas expectativas da população. Contrapõe-se ao texto constitucional includente, uma realidade constitucional excludente.

Também é característica da constitucionalização simbólica a práxis dos órgãos estatais voltada para a violação contínua e casuística da Constituição. Conclui ainda o autor em comento que a não inclusão de uma esfera pública pluralista no processo de concretização normativa é o problema da constitucionalização simbólica (NEVES, 2007, p. 94).

É inevitável concluir que a ausência deste sentimento de pertença e a ausência da práxis includente por parte dos órgãos estatais encontram ressonância do conceito de constitucionalização simbólica e, consequentemente, fulminam os objetivos centrais do exercício do direito de voto e a questão da representatividade, protegidos pelas cláusulas pétreas, conforme artigo 60, § 4º, incisos I a IV, da Constituição Federal, consectários que são do princípio

basilar da carta republicana de 1988 – o princípio da soberania popular – estampado no artigo 1º, parágrafo único.

Em virtude de uma tendência eminentemente liberal por parte do pensamento jurídico brasileiro no que tange à interpretação das normas constitucionais, dá-se azo à pouca efetividade do direito ao voto universal, que passa a ser um ato indiferente, tal como fazia a população rurícola no início do século XX, conforme tratado alhures. A representatividade também fica prejudicada, pois, conforme pesquisas recentes amplamente divulgadas nos telejornais e na imprensa, de modo geral, são poucos os eleitores que se lembram do candidato em que votaram, sobretudo quando se trata da escolha de deputados, nos dois níveis, e senadores.

Portanto, percebo que não houve nenhuma alteração na forma de se interpretar a Constituição e de concretizá-la em praticamente 185 anos de Constitucionalismo Brasileiro, permanecendo a visão liberal, embora não se olvide o fato de que tivemos constituições sociais (1934) e democráticas (de 1946 e 1988), ou seja, produz-se apenas uma blindagem em favor da sociedade burguesa e capitalista perante o arbítrio estatal enquanto os serviços e políticas públicas em áreas essenciais como saúde, educação, segurança, saneamento e habitação são negligenciados a ponto de surgir o fenômeno da "judicialização das políticas públicas" em detrimento de uma população maciçamente menos abastada.

É fácil notar tal questão a partir dos resultados dos partidos políticos com ideais mais radicais[4] do que os que encabeçam e centralizam as disputadas eleitorais em todo o país, muito em razão do sistema político-eleitoral que se apresenta, desprivilegiando uma minoria dissidente, evidenciando que o voto e a representatividade ficam adstritos à manutenção do *status quo*, ou seja, não se altera o quadro político, a maioria é sempre a mesma; não se altera o foco das questões a serem discutidas com a população e o Congresso Nacional se transforma, por essência, no lugar de realização

[4] Segundo dados do TSE (BRASIL, 2010), os partidos PSOL, PSDC, PSTU, PRTB, PCB e PCO obtiveram, juntos, 1.170.077 de votos, o que representa apenas 1,15% dos votos válidos.

de *lobbies* que visam, essencialmente, a mudança casuística e interesseira da legislação.

Enfatizando a tendência liberal a que me referi há pouco, são importantes as palavras de Gisele Cittadino:

> O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos de nosso publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. (CITTADINO, 2000, p.14).

É com base nesta prevalência patente do modelo liberal que proponho na dissertação de mestrado a releitura do processo legislativo de reforma da Constituição e neste trabalho, em especial, a releitura do processo eleitoral a fim de minimizarmos os aspectos nefastos da tradição político-cultural com a finalidade de dar cumprimento ao papel efetivo que é devido ao voto universal e à representatividade.

A falta de força normativa do texto da Constituição leva à sua insuficiência, no sentido de que falta conexão entre as construções dogmáticas e as relativas à teoria do direito em relação ao texto constitucional. A construção doutrinária vai divergir da realidade constitucional (NEVES, 2007, p. 154) e é justamente essa distorção que precisa ser corrigida para possibilitar a efetivação do princípio da soberania popular de que são consectários o voto e a representatividade.

A prática política clientelista, o patrimonialismo e outras formas de particularização dos interesses na esfera pública de formação da opinião e da vontade representativa do pacto constitucional demonstram como é preciso avançar em relação à cultura política. Para tanto, não basta a aproximação das construções dogmáticas e da teoria do direito à realidade constitucional, é preciso implementar mecanismos alternativos de participação popular no processo de formação discursivo-racional da vontade popular em sede de processo eleitoral a fim de institucionalizar mecanismos de participação e oitiva dos movimentos sociais neste processo, além da criação de instrumentos de contestação das decisões legislativas tomadas no âmbito da "reforma política" tão pretendida e prometida em períodos eleitorais.

A condição do Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião da Constituição, é importante nesse processo a partir do momento em que não se omitir quanto às decisões sobre os aspectos políticos na concretização das normas constitucionais, como no recente julgamento do caso do candidato Joaquim Roriz, do Distrito Federal, que culminou no emblemático empate de cinco votos a cinco quanto à aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida popularmente como "Lei da Ficha Limpa". Se a participação popular é considerada um direito fundamental, é claro que o STF, nas questões de cunho político, como no caso da L C nº 135/2010, tem que levar em consideração o fato de que a não aplicação da Lei já no pleito de 2010 representa agressão à liberdade pública de opinião popular no processo de reforma política, ou seja, descumprimento de preceito fundamental estabelecido na Constituição Federal – o princípio da soberania popular – em face da origem eminentemente popular da referida Lei, pois, como é de sabença geral, adveio do único instrumento direto de participação do povo que é a iniciativa popular, não havendo que se colocarem óbices ao interesse coletivo da "Ficha Limpa" em face de meros interesses individuais daqueles que não preenchem as condições de elegibilidade exigidas na espécie e, simplesmente por estarem em tal condição, já não gozam em seu favor da presunção do princípio da moralidade. É uma situação limite. O STF, em julgando

contrariamente a aplicação da LC nº 135/2010, estará outorgando para si o papel da população neste processo deliberativo que ganhou força sobre a questão.

As instituições não podem substituir os processos político-deliberativos e excluir o movimento dos cidadãos mobilizados pela causa. É preciso ter em mente que representação e cidadania não são termos ambivalentes (OLIVEIRA, 2009, p. 298) e a Constituição, como projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de anseios democráticos que é, não pode servir de justificativa para afastar a incidência da vontade popular manifestada diretamente.

Como salienta NEVES (2007, p. 186), o modelo constitucional baseado na falta de concretização normativo-jurídica do texto se torna álibi para justificar a realidade social discrepante, cuja culpa é transferida para a sociedade, retirando-se a responsabilidade do Estado e do Governo Constitucional, transferindo-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. E é no mesmo sentido que vejo a questão do voto e da representatividade no caso brasileiro, pois se tornam álibis de um modelo que é governista e não político, de princípios liberais, individualista e patrimonialista, que, a pretexto de preservar direitos individuais (colocados à disposição pelos próprios titulares ao não observarem regras, no mínimo, de moralidade pública), esvazia, desconsidera e fulmina o princípio da soberania popular.

A sociedade brasileira vem se mostrando cada vez mais participativa e interessada nas questões políticas, engendrando instrumentos que visam acabar com a corrupção eleitoral, o coronelismo e a ausência de moralidade no âmbito da Administração Pública, desde o advento da Constituição de 1988, conforme relembrado por Carvalho Netto (apud OLIVEIRA, 2009. p. 295:

> [...] as gramáticas de práticas sociais instituintes dos horizontes de sentido em que levantamos pretensões a novos direitos e propostas organizacionais de nosso viver comum é que fornecem o substrato de legitimidade necessário à emergência do poder constituinte originário, tornando visível a caducidade das insti-

tuições vigentes e apontando para a necessidade de ruptura institucional. O desgaste do regime ditatorial e o movimento pelas eleições diretas para Presidente, de início, catalisaram as forças instituintes. A proposta de uma constituinte ganhava sentido no bojo desse movimento que, no entanto, terminou sendo subsumido no acordo das elites com a candidatura Tancredo Neves/ José Sarney no colégio eleitoral.

A legitimidade dessa Constituição não decorreu, é claro, de sua problemática convocatória, a Emenda Constitucional nº 26, de 27/11/1985 à Carta autoritária de 1969, nem tampouco do processo eleitoral marcado pelo clima de continuísmo decorrente da não-exclusividade da Assembléia Constituinte e da adoção de um plano econômico que nos possibilitou viver no melhor dos mundos até o dia da eleição (...) Na verdade, a grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1988 decorreu de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembléia Constituinte, bastante implausível. Com a morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice Presidente eleito, José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das "Diretas já" voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva para os trabalhos constituintes, então em fase inicial, pois a de organização ou definição do processo havia acabado de se encerrar. Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra todas as previsões, subitamente não mais pode ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis – a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial –e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte; o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão. Foi desse processo, profundamente democrático, que a Constituição hauriu sua legitimidade original, resultando numa autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado.

3. Conclusão

A garantia do voto como cláusula pétrea não faz da representatividade uma obrigatoriedade no sistema político e por si só não garante cidadania, tanto que são inexoráveis o art. 1º, parágrafo único, cumulado com o art. 14 da Constituição Federal de 1988. O voto é instrumento de participação do seu titular, logo, é preciso focar na participação política de cada um dos cidadãos, fazendo valer o princípio democrático participativo. O voto não está restrito às eleições periódicas e o povo pode ser conclamado a manifestar, seja por via das eleições ou outro mecanismo disponível, a sua vontade, exercitando o verdadeiro Poder Constituinte em permanente construção por sua sociedade que se pretende justa, livre, igualitária e especialmente democrática.

As emendas e revisões não são suficientes para resolver os problemas sociais e políticos que são atribuídos à Constituição. Os Programas de Governo são reduzidos a programas de reforma da Constituição (NEVES, 2007, p. 187). É através da participação ativa da população com movimentos sociais, fóruns permanentes de debate e pelo controle dos atos políticos dos representantes eleitos por meio de instrumentos que ainda precisam ser debatidos que busco mitigar essa retórica do voto e da representatividade como garantia de legitimidade política. Não se trata aqui de um simples problema que possa ser atribuído ao texto da norma, como é comum hoje em dia; trata-se sim de trazer ao debate, criticar e questionar o discurso político vazio, ineficaz, que pretende apenas a manutenção da tradição cultural brasileira do clientelismo a fim de que governantes e políticos permaneçam à frente deste sistema de dominação e das relações de poder, fugindo da responsabilidade pelas mazelas sociais e atribuindo à Constituição e às Leis infraconstitucionais total culpa pela ineficiência de seus instrumentos, como se tal discurso fosse suficiente para justificar a omissão dos Governos.

Mesmo com a incidência da maioria de votos do eleitorado nacional em favor de duas mulheres, concluo que isso ainda não é suficiente se, por detrás desse discurso ainda persistem os mesmos grupos de poder (econômico, cultural, comunicativo entre outros), mas o

cenário indica que o Brasil caminha para um horizonte que denota decência, moralidade no trato da coisa pública e probidade por parte dos agentes políticos. A vontade da mudança por parte do povo brasileiro se mostra. Cabe a cada um buscar formas de exercer maior participação neste processo e também de controlar aqueles que são eleitos para agirem como nossos representantes.

De tudo, resta apenas buscar amparo social para a pretensão escamoteada de controlar a participação popular, como, por exemplo, acontece com a Lei da Ficha Limpa, para que em breve não sejamos, novamente, vítimas do reformismo e, por que não, de uma nova constituinte que apenas vai buscar a manutenção do *status quo*, imprimindo um texto que possa até ser inovador, mas reiterando práticas políticas já conhecidas sem que haja solução para as demandas sociais que pautam a realidade brasileira.

4. Referências bibliográficas

ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. *Cadernos de Ciências Sociais*: [Belo Horizonte], Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 31-46, dez. 2002.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros: São Paulo, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.280/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DJ, 6 fev. 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2344091. Acesso em: 20 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DJ, 20 nov. 2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541. Acesso em: 20 dez. 2009

BRASIL, 2010. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em http://divulgacao.tse.gov.br/. Acesso em: 16 out. 2010.

CAMPOS, M. H. M.; SOARES, G. M. 20 anos da constituição cidadã: em que avançamos na construção da soberania popular? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília/DF. *Anais...* Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_843.pdf. Acesso em: 10 out. 2010.

CAMPOS, Mariano Henrique Mauricio de. *Processo legislativo participativo*: controle popular da reforma constitucional. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos*: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora da PUC Minas, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Porto Alegre: Globo Comunicações e Participações, 1976.

FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos*: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos:* reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. 17. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e Educação Política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e ideologia. In: GONÇALVES, Moisés Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de (Org.). *Outros olhares*: debates contemporâneos. Belo Horizonte: Leiditathi, 2008a. Vol. I.

MOREIRA, Luiz. Dominação das consciências e teologização do Estado. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos:* direito e democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.* Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Poder constituinte e patriotismo constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia:* contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo Cairológico da Constituição e democracia sem espera: o processo constituinte de 1987-88 e a legitimidade da constituição brasileira vinte anos depois. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia.* Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. De acordo com a Emenda Constitucional nº 52. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, L. L.; ARAUJO, M. M. A força normativa da Constituição de 1988 e a cultura política brasileira: como enfrentar o problema da força simbólica dos Direitos Fundamentais? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília/DF. *Anais*... Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_762.pdf. Acesso em: 30 out. 2009.

VILANI, Maria Cristina Seixas; MARQUES, Maria Elizabeth. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. *Corporativismo e centrais sindicais:* um desafio da construção da ordem democrática no Brasil. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 1992.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110018

Artigo recebido em: 26/10/2010
Artigo aprovado em: 17/05/2011

QUE TRATAMENTO TEM SIDO DADO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO PELOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS FISCAIS?

RAPHAEL SILVA RODRIGUES
Advogado - Especialista em Direito Tributário
Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil
raphaelsilva.bh@gmail.com

1. Considerações iniciais

O estudo e a compreensão dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório apresentam-se como um grande desafio para aqueles que procuram se aprofundar no estudo das garantias constitucionais perquiridas pelo constituinte originário de 1988.

No entanto, os Tribunais pátrios deparam-se dia após dia com discussões que contornam o tema em destaque. Isso porque o devido processo legal, em ambos os aspectos (substantivo e processual), tal como definido no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, reveste-se em medida primária de um Estado Democrático de Direito.

Visando atender a proposta do presente trabalho, faremos uma breve análise do acórdão (cadastrado sob o nº 303-33.668) proferido nos autos do Processo Tributário Administrativo (PTA) nº 10580.004684/2004-21, pela Terceira Câmara do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), em sessão realizada em 19 de outubro de 2006, sob a relatoria do Conselheiro Zenaldo Loibman. O documento recebeu a seguinte ementa:

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 460-472

PRELIMINARES AFASTADAS. A ampla defesa e o contraditório foram garantidos pela lei de regência ao determinar o procedimento que vem sendo exercitado pelo contribuinte, que apresentou inicialmente a SRS, interpôs sua impugnação dirigida à DRJ, e agora há o exame do seu caso em uma terceira instância administrativa. Certamente se tem garantido o direito de contraditório e de ampla defesa ao interessado, e ao contrário do que afirma, demonstra ter entendido plenamente a razão de exclusão. A

Lei 9.317/96 estabelece requisitos para ingresso e permanência no sistema simplificado. Não há direito adquirido de permanência no regime simplificado. A construção legal até impõe ao optante uma co-responsabilidade em informar situações excludentes.

SÓCIO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.[1]

Ficou comprovada a participação de sócio da empresa optante do SIMPLES em mais de 10% do capital de outra empresa e simultaneamente, no ano-calendário 2001, o faturamento global das empresas superou o limite máximo estabelecido na lei para a permanência da empresa de pequeno porte no regime simplificado. A ocorrência dessa hipótese enseja a exclusão do SIMPLES a partir do mês seguinte à ocorrência do fato motivador da exclusão, no caso, a partir de 01/01/2002.

RESTABELECIMENTO DA OPÇÃO.

Entretanto, cessada a causa impeditiva, e presentes todas as demais condições para fruição do SIMPLES a partir do período seguinte e, considerando, ainda, que os atos da empresa, declarações, recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta que se considere a sua reentrada no sistema a partir de 01/01/2004.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Nesse contexto, o escopo deste estudo gira em torno da percepção do tratamento que tem sido dado ao princípio do contraditório pelo

[1] **SIMPLES** – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

sistema processual brasileiro, notadamente pela jurisprudência dos nossos Tribunais Administrativos.

2. O dever fundamental de recolher tributos

Para iniciarmos o presente trabalho, é essencial analisarmos a conceituação principiológica face ao paradigma do dever fundamental de recolher tributos no atual Estado Democrático de Direito.

A respeito do princípio da legalidade, Alexandre de Moraes (2001, p. 67) acentua que

> O art. 5º, II, da Constituição Federal preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão de vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.

Em se tratando de matéria fiscal, é importante mencionar que é fundamental a presença da garantia jurisdicional atrelada à cláusula constitucional do devido processo legal, esta desdobrada em seus dois pilares democráticos, consubstanciados nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Veja-se o comentário feito por Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas (2000, p. 33) a respeito:

> A cláusula do devido processo legal é destinada a tutelar direitos, ou seja, é o meio pelo qual devem ser reconhecidos, preservados ou cumpridos os direitos substantivos, que no processo administrativo tributário confirmam se a participação do interessado se der no mesmo plano de posições jurídicas que a Administração quanto às faculdades, ônus e direitos. Assim, o devido processo legal visa a garantir o direito a ação, a igualdade das partes e o respeito ao direito de defesa do contraditório.

Há muito se discute acerca da importância do pagamento de tributos para uma melhor consecução das atividades públicas.

Nesse contexto, torna-se indispensável o angariamento de recursos para execução de tarefas hábeis a efetivar o cumprimento da função social do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o nosso pacto federativo (art. 1º da CF/88), e através de uma interpretação teleológica desse pacto, verifica-se que os particulares devem contribuir, na medida de suas capacidades econômicas, para o financiamento e o desempenho das atividades públicas. Tal financiamento é realizado por meio do recolhimento de tributos que, neste contexto, são a principal fonte de recursos do Poder Público.

Ocorre que, devido às dificuldades de interpretação da nossa vultosa legislação tributária, ao descrédito da população quanto à efetiva alocação de recursos de forma a atingir os ditames da administração pública, à falta de confiança do meio empresarial no que concernem as altas cargas tributárias e a diversos outros motivos, as potestades tributárias costumam não ser cumpridas, ocasionando vastos riscos à manutenção dos serviços estatais que tenham o fito de absorver as necessidades socioeconômicas dos cidadãos.

Ao longo do percurso da história da doutrina e da academia político-econômica acerca da importância do recolhimento de tributos, percebemos que diversos financistas e tributaristas defendiam a ideia de que aqueles, enquanto dever fundamental dos contribuintes, consubstanciavam-se em repudiável interferência do Poder Público na ingerência da coisa privada.

No passado, o dever de recolher tributos objetivava simplesmente sustentar os anseios do poder absolutista. Tempos depois, tal dever centrou-se na necessidade de financiar o Estado, uma vez que este, por meio de sua própria natureza, prestava serviços públicos aos contribuintes. Não havia, pois, nesta época, a conscientização de que a tributação realizada pelo Estado deveria ser vista como um meio viabilizador dos interesses coletivos, intervindo, assim, no

estado social daquele. (NABAIS, 1998). Somente com o surgimento do Estado Social, os estudiosos da área tributária e econômica começaram a perceber que o dever de recolher tributos é mais do que um dever fundamental do Estado Democrático de Direito, revestindo-se, portanto, no primado de cidadania e de solidariedade por parte de todos os contribuintes. (CARDOSO, 2004, p. 137).

O jurista Ricardo Lobo Torres (1998, p. 301) concorda com esse mesmo entendimento, senão veja-se:

> A idéia de solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal por um motivo de extraordinária importância: tributo é um dever fundamental. Sim, o tributo se define como o dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais. Transcende o conceito de violação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional. O dever não é pré-constitucional como a liberdade, mas se apresenta como obra eminentemente constitucional. Ora, se a solidariedade exibe primordialmente a dimensão do dever segue-se que não encontra melhor campo de aplicação do que o tributário, que regula o dever fundamental de pagar tributo, um dos pouquíssimos deveres do cidadão do Estado Liberal, ao lado dos de prestar o serviço militar, compor o júri e servir à justiça eleitoral.

Obtempera Alessandro Mendes Cardoso (2004, p. 146-147) que

> A norma tributária, como qualquer outra norma jurídica, requer um componente de adesão popular para se tornar eficaz e mesmo legítima, sendo que uma visão negativa do sistema tributário contribui para uma atitude evasiva dos contribuintes.
>
> Vinculada a tributação a fins de justiça social e fundamentada no sentimento de solidariedade, inegavelmente ela terá um componente ético e mesmo de necessidade prática, que permite maior grau de aceitação por parte dos contribuintes.
>
> [...]

ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 460-472

> Contudo, tanto o grau de aceitação do dever de recolher tributos com sua configuração como dever fundamental como dever de cidadania estão intimamente ligados à forma como está estruturada a tributação. Somente um sistema fiscal que esteja vinculado a parâmetros de justiça na repartição do ônus de solidariedade (configurado no efetivo desenvolvimento do princípio da capacidade contributiva) e que se desenvolva com respeito aos limites do poder de tributar e aos direitos tributários dos contribuintes pode ser baseado na solidariedade e na condição de cidadania.
>
> A repulsa à tributação pelos contribuintes pode se dar por motivos exclusivamente egoístas, baseados no desejo de acumular o maior montante de riqueza possível, desprovido de qualquer senso de dever e responsabilidade social.

A atividade tributária estatal deve sopesar os meios de exação ante os princípios preconizados no "Estatuto do Contribuinte",[2] pois, caso contrário, o dever de recolher tributos inevitavelmente perderá o seu enfoque constitucional.

3. Teoria do "*due process of law*"

Guardadas as origens anglo-saxônicas do "*substantive due process*", cumpre destacar inicialmente que o devido processo legal deve ser interpretado como sendo uma garantia conferida pela Carta Magna de 1988 aos seus jurisdicionados, objetivando o amplo amparo dos direitos tidos por ela como sendo fundamentais.

As vertentes do devido processo legal, tais como definidas na Constituição Federal de 1988, podem ser exemplificadas por meio do trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, quando da sua relatoria nos autos da ADI nº 1.511 – MC, *in verbis*:

---

[2] Sobre o Estatuto do Contribuinte leciona a professora Betina Treiger Grupenmacher que "Tanto os princípios como as imunidades compõem o chamado Estatuto do Contribuinte e estão dispostos no art. 150 da Constituição Federal. [...] Na Constituição brasileira, o Estatuto do Contribuinte consta, como dito, dos preceitos contidos no art. 150, e tem como fundamento garantir ao cidadão a observância de seus direitos fundamentais, quando do exercício da competência tributária pelo Poder Público". (GRUPENMACHER, 2003, p. 42).

> Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. [...] *Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa. (ADI 1.511-MC, trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, DJ 06.06.2003).

Segundo o magistério de San Tiago Dantas (1948, p. 359),

> Essa compreensão do '*due process of law*', como restrição ao arbítrio do Legislativo, atinge a maturação doutrinária na mesma época em que o princípio se incorpora às restrições feitas ao Poder dos Estados, [...] nesse mesmo ano Cooley publica o seu Tratado sobre as limitações constitucionais do Poder Legislativo, e daí por diante a doutrina e a jurisprudência se conciliam numa afirmação que, fixando o sentido do instituto, não lhe impedirá, entretanto, a constante transformação e adaptação às condições históricas.

No entendimento de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1989, p. 15-16), as concepções da garantia do devido processo legal podem ser exemplificadas da seguinte forma:

> Sendo, como visto, o processo a *garantia* outorgada pela Constituição Federal à efetivação do *direito* (subjetivo material e público), à *jurisdição* impõe-se, já agora, sua consideração como encartado no *due process of law*.
>
> Trata-se esta – em vernáculo, *devido processo legal* – de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo (*judicial process*); e

c) assecuração, neste, da *paridade de armas* entre as partes, visando à igualdade substancial.

Em apertada síntese, ressalta-se que a legitimidade do Direito se encontra vinculada à criação de instrumentos democráticos que viabilizem o desenvolvimento de um contínuo debate sobre a constituição do ordenamento jurídico, sendo necessário, portanto, que os interessados atuem com iguais condições de participação em Juízo.

4. A ponderação dos princípios constitucionais à luz da jurisprudência dos tribunais administrativos

Com efeito, tema bastante recorrente na seara jurídica é o controle e aplicação que tem sido dado ao princípio do devido processo legal, especialmente na sua concepção de "paridade das armas", pelos Tribunais de um modo em geral.

Para que possamos delimitar esse breve estudo, restringiremos a análise do tema em cotejo quanto ao tratamento que tem sido dado pelos Tribunais Administrativos acerca do controle da aplicação do princípio do contraditório em seu âmbito de atuação.

Levando em consideração o contexto fático relativo ao PTA nº 10580.004684/2004-21 (Vento em Popa Comes e Bebes Ltda x DRJ/Salvador/BA), temos basicamente a seguinte situação: a) trata-se de Manifestação de Inconformidade protocolizada pelo contribuinte, nos moldes do art. 74 da Lei nº 9.430/96, visando afastar o entendimento da Fiscalização que o excluiu do SIMPLES, em virtude de supostamente haver sócio com mais de 10% do capital social de outra empresa e a receita bruta global em determinado

período (ano-calendário de 2001) ter ultrapassado o limite legal; b) tendo em vista o fato de a Secretaria da Receita Federal não ter comunicado ao contribuinte motivadamente a existência de fatos impeditivos a sua manutenção no SIMPLES, foi por ela requerido à declaração da nulidade do Ato Declaratório Executivo (DAE) por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Em que pese os membros da Terceira Turma do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes terem dado parcial provimento ao recurso interposto pelo contribuinte, a fim de reincluí-lo no SIMPLES a partir de um dado período, tal decisão não explorou (e muito menos aplicou) corretamente o direito aplicável à espécie, pois simplesmente afastou a alegação de nulidade em destaque sob o fundamento de que

> a ampla defesa e o contraditório foram garantidos pela lei de regência ao determinar o procedimento [...] que vem sendo exercitado pelo contribuinte, haja vista que interpôs sua impugnação dirigida à DRJ e agora desenvolve o exame em uma terceira instância administrativa, com o que certamente se tem garantido o direito do contraditório e ampla defesa ao interessado, que, ao contrário do que afirma, demonstra ter entendido a razão de exclusão.

Ora, será que o direito ao contraditório e a ampla defesa se concretizam no simples exercício da faculdade de o contribuinte apresentar uma defesa no prazo legal? Pelo mero fato de o contribuinte ter conhecimento das razões que embasam o entendimento da Fiscalização, firma-se o íntegro cumprimento do direito ao contraditório?

Há muito a doutrina e a jurisprudência especializadas reconhecem que o direito de defesa não se resume na simples manifestação no processo pelo contribuinte, pelo contrário, se estende a real possibilidade de ver seus argumentos considerados e/ou ponderados de forma a privilegiar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

Dispõe o art. 5º, LV, da CF/88 que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes". Tal dispositivo constitucional retrata o fato de poder o cidadão propor suas razões em juízo ou perante a administração, sem nenhuma restrição, por não existir composição justa dos conflitos sem serem ouvidas uma e outra parte em litígio. A defesa ampla é a essência do contraditório e ela deve ser assegurada aos litigantes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

Lecionando sobre a necessidade da presença dos princípios do contraditório e ampla defesa em matéria processual no Estado Democrático de Direito, cite-se trecho do magistério de José Afonso da Silva (2005, p. 154):

> São dois princípios fundamentais do processo penal. O primeiro, de certo modo, já contém o segundo, porque não há *contraditório* sem *ampla defesa*, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo. [...] A contrariedade, no processo judicial e administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sem o quê a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito se torna vazia de sentido valorativo. A essência processual do contraditório se identifica com a regra *audiat altera pars*, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para sem contrariados e refutados.

Fortalecendo esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário que possui a competência de julgar matérias constitucionais, já se manifestou conforme aresto abaixo ementado:

> DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento

> de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. (RE n.º 158.215/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 07.06.1996)

Dissertando acerca da obrigatoriedade da observância do devido processo legal, não é diferente o entendimento do professor Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2005, p. 30):

> Essencial à plena observância do principio é a maneira como se efetiva o acesso a Justiça. Este não há que se consistir, apenas, na previsão, em lei, de meios de tutela para as lesões ou ameaças a direitos, nem deve adstringir-se ao ingresso em Juízo, propriamente. Quando se fala em acesso à justiça têm-se em vista as condições oferecidas às pessoas para postular suas pretensões, sem entraves burocráticos ou financeiros. Os ônus impostos as partes não podem ser de molde a tolher-lhes o exercício do direito de ação.

Demonstrou-se, portanto, que, apesar das diversas manifestações políticas e jurídicas quanto à necessidade de preservação dos princípios do contraditório e ampla defesa em matéria processual, faz-se necessária a melhora de tais princípios no campo de aplicação prática, pois, mesmo após vinte anos da promulgação da Constituição cidadã, continuamos a ter pronunciamentos do Poder Judiciário e da Administração Pública refutando o alcance legal das citadas garantias constitucionais.

5. A síntese conclusiva

Consoante as razões expostas, percebe-se que, ao depararmonos com questões relacionadas ao "manuseio" do princípio do

contraditório, a jurisprudência administrativa (bem como também a do próprio Poder Judiciário) muitas vezes destoa da real mensagem constitucional destinada aos aplicadores do direito quanto a sua verdadeira extensão em matéria de garantia constitucional, haja vista que:

a) a atenção ao devido processo legal interessa não só ao indivíduo, mas também à sociedade, que, em vista à síntese contida na Constituição Federal de 1988, possui o direito público subjetivo de vê-la cumprida, e com transparência;

b) as garantias do devido processo legal (contraditório e ampla defesa), na figura de comandos explícitos que são, não admitem interpretação restritiva, pois, caso contrário, estar-se-ia ofendendo o princípio do Pacto Federativo;

c) o direito de defesa não pode ser resumido a simples possibilidade de manifestação no processo pela parte interessada, sob pena de não se permitir defesa a contento, nos moldes a privilegiar o devido processo legal.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.511. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 158.215. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2004.

DANTAS, San Tiago Dantas. Igualdade perante a lei e *due process of Law*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abr. 1948.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. A reforma tributária e a afronta aos direitos fundamentais. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, p. 41-53, set./out. 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e justiça social. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Estudos de Direito Tributário*: homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110019

10

Direito Público Administrativo

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

DO NECESSÁRIO CONHECIMENTO MULTIDISCIPLINAR DO GESTOR PÚBLICO AO ENFRENTAR A GREVE DO SERVIDOR

PUBLIC MANAGERS' NECESSARY MULTIDISCIPLINARY KNOWLEDGE TO FACE STRIKES OF CIVIL SERVANTS

LUCIANA MACHADO TEIXEIRA FABEL
Mestre em Administração – Faculdade de Administração de Empresas (FEAD), Brasil
lucianamt@bol.com.br

RESUMO: Este trabalho enfoca o direito de greve, uma das maiores conquistas do indivíduo na seara trabalhista, que alcançou patamar de direito fundamental. A problemática se refere ao fato de que o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito de greve do servidor público estatutário, subordina o exercício desse direito à edição de lei específica sobre o assunto, providência essa que até hoje não foi implementada pelas autoridades competentes. Essas paralisações possuem uma particularidade, na medida em que, no caso de sua ocorrência, deve ser ponderado, conciliado e equilibrado, no caso concreto, o direito fundamental de greve, inerente a todo cidadão, e o princípio da continuidade do serviço público, que norteia a administração pública. O Supremo Tribunal Federal (STF), desde o Mandado de Injunção (MI) 20/DF, de 1º de maio de 1994, pacificou o entendimento de que o referido dispositivo constitucional é provido de eficácia limitada apenas dando ciência ao Poder competente para editar a norma faltante. Esse entendimento modificou-se em 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção

nº 670, nº 708 e nº 712, ao permitir a aplicação, no setor público, da Lei n° 7.783/89, que regula a greve no setor privado, suprindo, destarte, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo. Não existindo a lei específica que regulamenta o direito de greve do servidor público, caberá ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta. O estudo, portanto, pretende analisar a eficácia do direito de greve, à luz da teoria dos direitos fundamentais e da jurisprudência do STF, cuja solução possa ser justificada perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do princípio do Estado Democrático de Direito. O objetivo deste trabalho é, pois, analisar o direito de greve na atualidade, com a finalidade de oferecer o suporte necessário ao desempenho profissional do administrador público no Brasil, no que tange ao corte de ponto do servidor grevista. Para realizar esta análise, a metodologia adotada se vale da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, procedendo-se à análise crítica dos dados com base na legislação sobre o assunto e nos princípios da administração pública. Inicia-se pela abordagem da evolução do direito de greve no Brasil, revisão das teorias sobre o mandado de injunção, exposição sobre os fundamentos da natureza jurídica do direito de greve, e culmina com a análise do caráter inovador da decisão do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção nº 670, nº 708 e nº 712, que darão subsídio para o corte de ponto do servidor grevista. São abordados alguns conceitos básicos do direito do trabalho, do direito constitucional, do direito administrativo e da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: administração pública; direito de greve do servidor público; mandado de injunção; Direito Constitucional; corte de ponto do servidor grevista.

ABSTRACT: The present work analyses the right to strike, one of the greatest conquests of the worker and a fundamental right in Brazil. According to the article 37, section VII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988, that regulates the right to strike of the statutary civil servant, this right can be performed provided there is the enactment of a specific law about the subject. However, such a law has not been enacted by the competent authorities. These strikes have a specific character since for every occurrence

one must consider, arrange and balance, in the concrete case, the fundamental right to strike, intrinsic to every citizen, and the principle of continuity of the public service, that guides the public administration. The Brazilian Federal Supreme Court, since the Writ of Injunction 20/DF of May 1st 1994, decided that the mentioned constitutional dispositive has limited efficiency only to be applied to inform the competent power to enact the lacking norm. The following view was modified in 2007, after the judgement of the Writ of Injunction nº 670, 708 e 712, that allowed the application in the public sector of the Law n° 7.783/89, which regulates strikes in the private sector, thus filling the gap left by the Legislative Power. Since there is not a specific law that regulates the right to strike of the civil servant, it is a duty of the Judiciary Power to examine the concrete situation. The study thus aims at analizing the efficiency of the right to strike in the light of the theory of the fundamental rights and the jurisprudence of the Supreme Court, whose solution must be justified to the society, according to what is demanded in the postulates of the principle of the Democratic Lawful State. The main aim of this work was to currently analyse the right to strike, to offer the necessary support to the professional development of the public manager in Brazil, concerning the non-payment of unworked day wages of the strikers. In order to make this analysis, the methodology adopted included bibliographical research and documental research, and the critical analysis of the data was carried out in the light of the legislation about the subject and the principles of public administration. One begins approaching the evolution of the right to strike in a review of the theories about the Writ of Injunction, followed by the description of the grounds of the juridical nature of the right to strike, and ends with the analysis of the innovative character of the decision of the Supreme Court in the Writs of Injuncton nº 670, 708 and 712, which will support the non-payment of unworked day wages of the strikers. Some basic concepts of Labor Law, Constitutional Law, Management Law and Public Administration are dealt with.

KEY WORDS: Public Management; right of the civil servant to strike; Writ of Injunction; Constitutional Law; non-payment of unworked day wages of the strikers.

SUMÁRIO: 1. O tema e sua relevância. 2. A gestão pública. 3. A regulamentação do direito de greve no serviço público. 4. Da possibilidade do corte de ponto do servidor estatutário. 5. Da impossibilidade do desconto dos dias não trabalhados. 6. Das implicações do desconto dos dias parados. 7. A inovação do STF – Decisão nos mandados de injunção (MIs) 670, 708 E 712. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. O tema e sua relevância

A gestão pública no Brasil exige que o administrador detenha não só conhecimentos técnicos afetos à sua área de atuação mas também um conhecimento multidisciplinar, principalmente no que se refere à legislação vigente no país, para um correto desempenho de suas funções.

A lei é o substrato que permeia toda a atuação do gestor público, uma vez que o seu desempenho está pautado em permissivos legais que, caso descumpridos ou inexistentes, ensejarão a responsabilização pessoal do administrador por seus atos. Essa responsabilização poderá ser administrativa, civil e até mesmo penal, dependendo do ato praticado e sua gravidade.

Para o administrador público, não há como dissociar as ciências da Administração e do Direito que devem caminhar juntas se o objetivo a alcançar for uma gestão efetiva, eficiente, ética, em conformidade com a lei e, sobretudo, visando a uma solução justa para os problemas que surgirem.

Um dos grandes problemas que a administração pública no Brasil enfrenta advém, geralmente, da coexistência de orientações diferentes para o tratamento dos direitos de trabalhadores que atuam nas repartições públicas e nas organizações da iniciativa privada, principalmente no tocante ao direito de greve dos servidores públicos.

A greve é uma das manifestações coletivas mais antigas e complexas produzidas na sociedade. No sistema capitalista, as greves constituem um instrumento de pressão dos grupos sociais quando a legislação ou as condições de trabalho vigentes não produzem o resultado desejado.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 classifica a greve como direito fundamental tanto para os trabalhadores em geral (art. 9º) quanto para os servidores públicos civis (art. 37, VI e VII), deixando a cargo de lei complementar a regulamentação deste direito.

> Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
>
> § 1º - A lei definirá os serviços e atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
>
> § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
>
> Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> VI - é garantido ao servidor público o direito à livre associação sindical;
>
> VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;
>
> [...]

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o inciso VII do art. 37 da Constituição Federal sofreu modificação, passando a exigir lei específica e não mais lei

complementar para a fixação dos termos e limites para o exercício do direito de greve pelos servidores. Eis a antiga redação do citado inciso: "VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar;".

Todavia, a edição de referida lei não ocorreu até a presente data, o que gera grande instabilidade e divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto. Nesse contexto, duas correntes antagônicas se destacam. Uma baseia-se na teoria da eficácia, contida no dispositivo constitucional, afirmando ser possível o exercício do direito de greve pelo servidor público antes da edição da lei, seja ela específica ou complementar. A outra sustenta que o preceito constitucional não é auto-executável, somente autorizando o exercício do direito de greve quando houver norma que o regulamente.

O presente artigo busca explicitar, através de uma pesquisa bibliográfica e documental que analisou artigos doutrinários e julgados, a solução encontrada pela jurisprudência brasileira que apresentou uma solução para o direito de greve do servidor público que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, carece de regulamentação.

O tema é bastante controvertido, mas necessário, uma vez que até agora foi regulamentado apenas para trabalhadores celetistas, o que gera flagrante quebra de direitos e inconstitucionalidade ao discriminar a classe dos servidores estatutários.

No Brasil existem dois tipos de trabalhadores: os que se enquadram no regime celetista e os que pertencem ao regime estatutário. Os celetistas, protegidos e regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho, possuem preservados todos os seus direitos, inclusive o direito à greve. Os servidores estatutários, por sua vez, são regidos pela Lei nº 8.112/90, que também preserva e institui direitos, mas é silente no tocante ao exercício do direito de greve.

Ao administrador público, surge um dilema: o que fazer diante de tamanha disparidade, sendo que cabe a ele lidar com duas classes

de trabalhadores, cada uma regida por uma legislação, exercendo o trabalho no mesmo país, pagando os mesmos impostos, tendo os mesmos deveres, mas com direitos completamente distintos?

A Constituição de 1988 estabelece que os direitos são iguais para todos, entretanto a realidade aponta que uma classe de servidores pode exercer regularmente o direito à greve e não sofrer corte de ponto e a outra classe não tem permissão para fazê-lo.

Os estudiosos do assunto, diante de tamanha instabilidade, têm analisado o tema *greve do servidor público federal*:

Mello (2007), ao tratar do direito de greve do servidor público civil, aponta como aspectos negativos do mandado de injunção o fato de esse dispositivo legal produzir efeitos apenas *inter partes*, estando restrito ao caso concreto.

Bonavides (2006), ao escrever sobre o direito de greve dos servidores públicos, aborda os aspectos da decisão do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712, salientando que o direito de greve dos servidores públicos foi tratado de forma tímida.

Santos (2005) enfatiza que, na administração pública, qualquer restrição aos administrados só poderá ser imposta por meio de lei.

Leite (2005) aborda a temática *greve do servidor público civil* com conotações extraídas dos direitos humanos e da administração pública.

Velloso (1998) ressalta que o compromisso do governo em tratar o tema será essencial para que a regulamentação da greve no setor público saia a contento.

Também no âmbito do Poder Legislativo o tema vem suscitando debates. Assim, o deputado Nelson Marquezelli, relator do projeto da lei de greve dos servidores celetistas, é contra o direito de greve e a favor da livre negociação coletiva antes da greve.

Martins (2003) trata do tema *greve no serviço público* ressaltando a importância de uma regulamentação abrangente para possibilitar a correta atuação do administrador público.

Genro (2006) classifica o direito de greve do servidor público como direito público subjetivo coletivo.

Autores como Koteski (2006) e Silva (2002) também discutem a questão da greve no serviço público e a necessidade de satisfação do interesse público e da continuidade do serviço público, enquanto Martins (2007) analisa o tema na iniciativa privada, ressaltando que, nesse caso, o único a suportar o prejuízo é o empreendedor.

A quantidade de estudos disponíveis evidencia o incômodo que a questão vem suscitando tanto no âmbito do trabalho do servidor público quanto na iniciativa privada, o que justifica a importância deste artigo que, pela primeira vez, abordará a questão sob a ótica do gestor público.

2. A gestão pública

Hoje, a sociedade está desejosa de transformação, novas formas de pensar e agir. O desafio da gestão pública assume outras necessidades e demandas por eficiência. Porém, a ação humana na administração pública é, muitas vezes, desprovida de credibilidade por parte do cidadão comum e, em termos práticos no cenário brasileiro, do próprio agente público.

Segundo Bastos (1997), a realidade econômica está começando a levar o conhecimento tácito – advindo da realização do trabalho como agente agregador de valor que alavanca a capacidade de resposta às solicitações do mercado – a assumir posição estratégica no planejamento organizacional, já que o principal fator de produção – o trabalho – resulta da capacidade dos indivíduos de aprender e descobrir novas soluções para satisfazer as suas necessidades, causa original de todo processo produtivo das sociedades humanas (ORTEGA; GASSET, 1991).

A complexidade potencial do papel do Estado, sua máquina burocrática e seus agentes (funcionários e administradores) é imensa. Estudiosos da administração pública, como Bresser Pereira (1997) e Santos (1995), defendem a mudança de estratégias, prioridades, atitudes e comportamentos dos modelos organizacionais vigentes, objetivando a sua maior eficiência e humanização. Vale destacar que a capacidade de mobilizar pessoas é fundamental para o êxito dos processos de mudança (RUAS, 2004).

Diante da rigidez burocrática, característica das organizações públicas, o estudo das causas e conseqüências da tomada de decisão no setor público adquire importância singular como um elemento de transformação interna capaz de produzir fatores de agregação ou desagregação de um modelo existente.

Saraiva (2002) afirma que as relações de mando e subordinação, a impessoalidade das normas e a necessidade de valorização do servidor são referências na acomodação de interesses característicos da maior parte das organizações públicas. Como conseqüência, observa-se desestímulo, sentimento de estabilidade e resistência a mudanças, aliados à isonomia salarial e à falta de preocupação com resultados (CARBONE, 1995; MÉDICI e SILVA, 1993).

Tal abordagem remete a fenômenos sociais, políticos, culturais (MOTTA, 2000), ideológicos (ALTHUSSER, 1992) e simbólicos (ENRIQUEZ, 1997) que regem as relações sociais internas e externas à organização (PAGÈS et al, 1987). O entendimento de tais fenômenos é fundamental na análise e adaptação das organizações públicas – considerando o ambiente particular e as demandas peculiares do setor – em um contexto dinâmico, em prol da satisfação das necessidades do cidadão e da eficiência administrativa.

No setor público, as ações são direcionadas de acordo com o que é *determinado ou permitido por lei*. Já no setor privado, tais ações são direcionadas de acordo com o que *não é proibido por lei*. Daí extrai-se que o poder público busca resultados sociais e o privado o lucro, concluindo-se, dessa forma, que o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente determina, não lhe cabendo qualquer aspecto discricionário nesta abordagem.

3. A regulamentação do direito de greve no serviço público

A Constituição Federal, antes da edição da Emenda Constitucional nº 20, estabelecia que o direito de greve do servidor público deveria ser regido por lei complementar. Com o advento da referida emenda, passou-se a requerer tão-somente lei específica. Talvez pela importância da matéria, ou pela mora do Legislativo em elaborar tal regulamentação, resolveram simplificar o processo de edição da norma reduzindo-se o *quorum* de aprovação.

Entretanto, ao inserir o termo "lei específica", a Constituição deixou margem à dúvida quanto à abrangência dessa lei, já que, no art. 59 da Constituição, não existe previsão para essa espécie normativa. Seria específica no sentido de que cada ente deveria perceber as peculiaridades do seu funcionalismo e elaborar sua própria norma; ou específica no sentido de ser lei ordinária, uma vez que a lei complementar foi afastada com a Emenda Constitucional nº 20?

Parece claro que, no caso, cabe o caráter de lei ordinária, tendo em vista as peculiaridades do serviço público e o interesse predominantemente público. Assim, quer a norma específica tratar do direito de greve para o servidor público, em exercício nos órgãos públicos. A norma seria específica em função da matéria, ou seja, tratar da greve do servidor estatutário e não da greve dos trabalhadores em sentido amplo abordando questão materialmente delimitada.

Escapa à esfera de domínio da lei, nesse caso, tratar de quaisquer outras questões, tais como assuntos ou temas tributários, financeiros, organizacionais, operacionais, regime jurídico do seu funcionalismo, etc. O ato legislativo deve ater-se ao conjunto de regras que digam respeito direta e materialmente à greve do servidor estatutário.

Seguindo essa linha de raciocínio, a lei que vier a disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos não poderá tratar de outros temas, ainda que conexos, cujo conteúdo material não se refira essencialmente à regulamentação do exercício do direito de greve.

Lei específica é expressão alusiva, na verdade, à lei de espécie ordinária. A palavra *específica* que compõe o segundo vocábulo da expressão indica a finalidade, o propósito. Essa lei deverá ditar as diretrizes, a forma de exercício do direito, os limites, etc., servindo de ponto de partida para uma posterior especialização por parte dos Estados e Municípios.

Mesmo entendimento possui Carvalho Filho (2007, p. 638), defendendo que compete à União a elaboração da lei específica de que trata o inciso VII do art. 37 da Constituição Federal. Em suas palavras:

> A despeito do entendimento de alguns estudiosos de que a lei específica deve emanar de cada ente federativo responsável pela regulamentação do dispositivo constitucional, sob o argumento de que a matéria seria de direito administrativo, parece-nos, ao contrário, que a lei deve ser federal, aplicável a todas as pessoas políticas. Trata-se de dispositivo situado no capítulo da Administração Pública, cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, tem incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração.

Consolidando essa posição, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, nº 708 e nº 712, decidiu que, enquanto não for elaborada a lei específica para regulamentar a greve do servidor, aplicar-se-á, no que for possível, a Lei nº 7.783/89, que nada mais é que uma Lei Ordinária Federal, observada por todos os entes da República e que contém as regras para a greve dos trabalhadores celetistas.

Diante de todas as considerações expostas neste artigo, passaremos a fornecer subsídios para a adoção de posturas pelo gestor público no que tange ao corte de ponto do servidor público federal estável que aderir ao movimento grevista.

Para tanto, consideram-se duas correntes doutrinárias dominantes, que, sinteticamente e baseando-se em princípios constitucionais, assim se posicionam: uma defende a possibilidade do desconto dos dias parados em virtude do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito e da continuidade do serviço público; a outra, a não-possibilidade do desconto dos dias parados, em virtude do princípio da estrita legalidade, uma vez que o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente determina.

4. Da possibilidade do corte de ponto do servidor estatutário

O exercício do direito de greve pelos servidores públicos depende da regulamentação do art. 37, VII, da Constituição da República, sem o que o movimento paredista reveste-se de flagrante ilicitude, equivalendo à falta não justificada, cuja conseqüência imediata é a perda da remuneração dos dias não trabalhados, nos termos do art. 44, I, e arts. 116, X, e 117, I, todos da Lei nº 8.112/90, que prevêem:

> Art. 44. O servidor perderá:
>
> I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;
>
> [...]
>
> Art. 116. São deveres do servidor:
>
> I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
>
> II - ser leal às instituições a que servir;
>
> III - observar as normas legais e regulamentares;
>
> IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
>
> V - atender com presteza:
>
> a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato.

Nesse sentido, a doutrina majoritária, como Moraes (2005, p. 316 e 317), diz que:

> No tocante ao exercício do direito de greve, a jurisprudência firmou-se no sentido de não ser auto-aplicável, principalmente nos chamados serviços essenciais, inscritos no art. 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, de regulamentação disciplinada em Lei. Dessa forma, entende-se a legitimidade do ato da administração pública que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos-grevistas.

Também nesse sentido, Di Pietro (2005, p. 473-474) explica:

> O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, asseguram ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve, que 'será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica'. O primeiro é auto-aplicável; o segundo depende de lei. [...]. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o preceito constitucional que prevê o direito de greve do servidor é norma de eficácia limitada, não podendo ser aplicada enquanto não disciplinada por lei (STF – Pleno – Mandado de Injunção nº 20 – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 22-11-96, Seção I, p. 45.690; STF – 2ª T. – Rextr. Nº 208.278-3/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, 13-10-97, Seção I, p. 51.487; STF – Pleno – MI nº 586-5/RJ – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 27-8-98, p. 13).

Carvalho Filho (2001, p. 571-572) diz:

> A grande polêmica surgida em face do dispositivo – não resolvida, aliás, com a alteração introduzida pela EC nº 19/98 – reside no exame de sua natureza. De fato, alguns autores e decisões judiciais sufragam o entendimento de que a norma é de eficácia contida, aquela que, na visão de José Afonso da Silva, tem eficácia imediata, conquanto possa o futuro legislador reduzir o âmbito de incidência normativa. Os que partem dessa premissa chegam ao resultado de que o direito de greve do servidor público pode ser exercido a partir da vigência da Constituição. A lei complementar referida no dispositivo fixaria os *termos* e os *limites*, mas dela não dependeria a eficácia da norma constitucional.

Uma segunda corrente de entendimento sustenta que a norma é de eficácia limitada, vale dizer, o direito subjetivo de greve somente surgirá no mundo jurídico quando for editada a lei complementar (agora lei ordinária específica), e isso porque somente essa lei é que fixará o contorno do direito e os meios através dos quais ele poderá ser regularmente exercido pelos servidores.

O segundo entendimento parece ser o mais apropriado, pois o direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Destarte parece que é a lei ordinária específica que vai fixar o real conteúdo do direito, e, se ainda não tem conteúdo, o direito nem sequer existe, não podendo ser exercido, como naturalmente se extrai dessa hipótese.

A distinção entre interrupção e suspensão do contrato de trabalho funda-se no dever ou não do empregador de remunerar o empregado pelo tempo que esteve ausente. Segundo a Lei nº 7.783/89, a greve é um caso de suspensão do contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais do interstício de tempo sem trabalho ser regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão judicial, sendo, *a priori*, não suscetíveis de remuneração.

Com base tanto nas inovações do Supremo Tribunal Federal quanto no tratamento da greve do empregado particular, pode-se afirmar que a greve no serviço público enseja primariamente a suspensão do "contrato de trabalho". Em palavras mais específicas para os servidores, estes não fazem jus à remuneração pelo período que estiveram em greve, a não ser nas exceções descritas no próprio texto da Lei nº 7.783/89.

O exercício da greve enseja a remuneração somente quando é baseada em requisitos válidos e legais, sendo que o uso abusivo desse direito pode muito bem provocar o corte de ponto do servidor.

Quanto a usufruir o direito de greve, cabe levantar um ponto de discussão: não seria o corte de ponto uma limitação do direito do trabalhador?

A resposta apresentada é "não". O Direito é uma invenção humana que busca proteger os direitos individuais de abusos de terceiros, ponderando a utilização desses direitos em face do direito do próximo.

O caso do corte de ponto de uma greve, se considerada ilegítima pelo Judiciário, não é uma limitação de um direito, porque esse não foi utilizado da maneira mais adequada e correta. Se tal movimento grevista fosse considerado legal, abusivo seria o corte de ponto. Mas, não sendo legal, o corte de ponto não se caracteriza como uma limitação do direito do trabalhador.

Por fim, cabe esclarecer o seguinte questionamento: uma greve julgada lícita pode ser convertida em uma interrupção do contrato de trabalho?

A greve pode ser tanto um caso de suspensão como de interrupção do contrato de trabalho. Em uma interrupção, o trabalhador terá o privilégio da remuneração sem sua prestação obrigacional, mas na suspensão não. No caso de ser julgada lícita a greve, há uma certa possibilidade de o acordo, o laudo arbitral, a convenção ou a decisão judicial conceder aos grevistas a remuneração pelo período. Nesse caso, a greve geraria efeitos semelhantes aos da interrupção do contrato de trabalho, configurando, então, a possibilidade de caracterizá-la como uma suspensão ou uma interrupção das relações trabalhistas.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia, abonando esta última posição. De forma absolutamente clara, decidiu o Pretório Excelso, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello:

> O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política.

Se a própria Administração, entretanto, ajustar com servidores a paralisação das atividades, estará reconhecendo a legitimidade das faltas e não poderá suspender o pagamento dos vencimentos nem efetuar descontos relativos aos dias não trabalhados.

Em decorrência dessa controvérsia, algumas discussões foram travadas em ocasiões nas quais servidores públicos se aglutinaram em movimento de greve e, para dirimi-las, tem predominado a posição de que esse movimento é ilegal e que os dias de ausência devem ser contados como faltas ao trabalho, propiciando, como efeito, o desconto de vencimentos correspondente ao período de ausência.

Portanto, a não regulamentação do art. 37, VII, da Constituição da República torna ilícito o movimento paredista, equivalendo a paralisação à falta não justificada, cuja conseqüência imediata é a perda da remuneração dos dias não trabalhados, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 8.112/90.

Por oportuno, vale ressaltar a existência da greve política ou atípica, entendendo-se como tal aquela em que as reivindicações não têm natureza profissional, buscando, ao revés, indevida interferência na atividade política do Estado, em ato tipicamente de governo, concernente à sua estruturação e divisão de competências.

A atipicidade do movimento o desnatura como greve que, ainda que constituísse direito fundamental auto-aplicável, nesse caso se tornaria ilícita, ensejando a conseqüente perda da remuneração, porque constituiria também falta não justificada.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a decisão que impede o desconto dos dias parados em razão de greve do servidor público causa grave lesão à economia pública, pois determina que o erário efetue pagamento de vultosas quantias que dificilmente serão reavidas, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS FEDERAIS. DIREITO DE GREVE. DESCONTOS NOS VENCIMENTOS DOS DIAS PARADOS. *GRAVE LESÃO À*

ECONOMIA PÚBLICA CONFIGURADA.

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 4.348/64, art. 4º.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte de que o direito de greve, constitucionalmente assegurado aos servidores públicos, não importa, via de regra, na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao serviço.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg na SS 1.363/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 17.11.2004, DJ 09.02.2005, p. 165)

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. DESCONTOS NOS VENCIMENTOS DOS DIAS PARADOS. *GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA CONFIGURADA.*

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 8.437/92, art. 4º.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte de que o direito de greve, constitucionalmente assegurado aos servidores públicos, não importa, via de regra, na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao serviço.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg na Pet 1347/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 17.11.2004, DJ 09.02.2005, p. 165)

Do voto do ilustre Ministro extrai-se que o administrador tem o dever de proceder ao desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao serviço, ao passo que a ordem judicial em sentido contrário causa grave lesão à economia pública:

Senhores Ministros, no exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº

> 8.437/92, art. 4º. Somente caberá a medida pleiteada quando a decisão atacada importar em grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. Assim, consoante expresso na decisão agravada, sem incursionar no mérito da ação originária da qual se originou a controvérsia, entendo bem demonstrada a ameaça de dano alegada, uma vez que as liminares questionadas caracterizam, em princípio, agressão à *economia pública*. Isso porque pacífico, nesta Corte, o entendimento de que o direito de greve, constitucionalmente assegurado aos servidores públicos, não importa, via de regra, na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao serviço. Nesse sentido cito o Resp 402.674/SC, de relatoria do e. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ em 24/02/03:
>
> 'RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA. ESGOTAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR. GREVE. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. POSSIBILIDADE.
>
> Não houve o necessário prequestionamento, nem a oposição de embargos declaratórios, quanto à alegação sobre a impossibilidade de se deferir medida judicial contra a Fazenda Pública que esgote o objeto da ação.
>
> Nos moldes de entendimento jurisprudencial desta Corte, é assegurado ao servidor público o direito de greve, mas não há impedimento, nem constitui ilegalidade, o desconto dos dias parados.
>
> Recurso provido.'

Ad argumentandum, é preciso consignar com absoluta segurança que a discussão até aqui travada seria inócua, tomando-se como premissa válida a suspensão dos efeitos da relação jurídico-funcional em razão da greve, o que tornaria indevidas a prestação de serviço e a contraprestação salarial.

É que, mesmo que se tratasse de direito auto-aplicável, e que lícito *in concreto* fosse o movimento grevista, ainda assim seria devida a perda da remuneração dos dias não trabalhados, conseqüência

própria e natural da suspensão da relação jurídico-funcional, ônus inerente à greve e imputável ao servidor que a esta adere.

Essa conclusão decorre da natureza jurídica da greve e dos respectivos efeitos sobre a relação de trabalho afetada.

Sobre o tema, o ensinamento doutrinário: "Os ordenamentos jurídicos, em geral, proibiam a greve no serviço público, temerosos de que o interesse público pudesse ser afetado." (BARROS, 2007, p. 1288).

Atualmente, existe entendimento contrário, e a Constituição vigente aderiu a esse avanço. A manutenção de serviços essenciais e a concessão de aviso anterior à paralisação contornaram os obstáculos à greve no serviço público, a qual tinha como principal fundamento utilizado para a sua proibição a continuidade dos serviços considerados, em geral, vitais. Ocorre que o Texto Constitucional transferiu para a legislação específica os termos e limites desse direito.

Outros autores sustentam que a ausência de lei não poderia eliminar esse direito consagrado em preceito constitucional. Logo, às manifestações grevistas ocorridas com freqüência no serviço público atribuem-se, por analogia, os preceitos contidos na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, aplicável à greve no setor privado.

Sustentamos que, apesar de a greve, nessas circunstâncias, não ter respaldo legal, a simples manifestação pacífica do movimento não autoriza a dispensa por justa causa, mas permite o corte dos salários dos dias de paralisação, pois a ausência por motivo de greve, a teor da Lei nº 7.783/89, é hipótese de suspensão do contrato.

Barros (2007, p. 845-847), quanto à conceituação de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, informa:

> Tanto na interrupção quanto na suspensão do contrato há uma paralisação transitória da prestação de serviço e não a cessação contratual.

> [...]
>
> A interrupção, também denominada por alguns setores de suspensão parcial do contrato de trabalho, é conceituada como a paralisação temporária do trabalho pelo empregado, em que a ausência do empregado não afeta o seu tempo de serviço na empresa, sendo computado o período de afastamento para todos os efeitos legais. Em conseqüência, permanece a obrigação de pagar salário e outras vantagens que decorrem do pacto laboral.
>
> [...]
>
> Já na suspensão, embora também ocorra a cessação temporária da prestação de serviço, não há pagamento de salário e tampouco o período de afastamento é considerado para todos os efeitos legais.Diante do que foi exposto, pode-se concluir que, durante a interrupção contratual, não há trabalho, mas há salário, e o tempo de afastamento do trabalhador é considerado como de serviço para os efeitos legais. Já na suspensão do contrato não há trabalho nem salário, tampouco o afastamento é considerado como tempo de serviço [...]

Essa doutrinadora arrola a greve como hipótese de suspensão contratual, citando a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: "Em face da nova Lei de Greve (art. 7º da Lei nº 7.783, de 1989), o afastamento nessas condições traduz suspensão contratual, independentemente de ser ou não abusiva [...]".

Carrion (2003, p. 333; 537), também classificando a greve como hipótese de suspensão contratual, assim como o fazem a integralidade da doutrina e jurisprudência, discorre:

> Suspensão e interrupção. Em ambas o contrato de trabalho continua vigente, mas as obrigações principais das partes não são exigíveis (suspensão) ou o são apenas parcialmente (interrupção). Na primeira não há trabalho nem remuneração; na segunda não há trabalho, mas o empregado continua a receber os salários.
>
> [...]

> Os efeitos normais da greve consistem na perda do salário, por ser este a contraprestação de contrato sinalagmático.

A relação jurídico-funcional-estatutária encerra típica relação contratual de trabalho, de natureza sinalagmática, caracterizada pela interdependência recíproca das prestações, razão pela qual a conseqüência lógica e imediata da ausência da prestação de serviços é o não pagamento da contraprestação, não podendo a parte inadimplente exigir da outra parte o cumprimento da sua obrigação (exceção de contrato não cumprido). Vejamos o art. 476 do Código Civil: "Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

A exceção de contrato não cumprido adquire normatividade mais rígida no âmbito do Direito Público, além daquela expressamente consignada na norma supracitada, uma vez que, na relação entre os particulares, a parte pode dispor do seu direito e cumprir a sua obrigação ainda diante do inadimplemento da parte adversa, hipótese inadmissível na relação jurídica entre o particular e o Poder Público, em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos bens e dos interesses públicos.

Caso contrário, estar-se-ia albergando hipótese de abjeto enriquecimento sem causa, o que é expressamente vedado pelo Código Civil em seus arts. 884 a 886.

Ensina Leite (2007), um dos maiores processualistas do trabalho da atualidade:

> Um dos temas que tem causado grandes celeumas é, seguramente, o que diz respeito ao pagamento da remuneração dos servidores durante a greve.
>
> São inúmeros os equívocos que, segundo nos parece, vêm sendo perpetrados, tanto pelos servidores quanto pelas autoridades governamentais.

No que concerne aos servidores, o equívoco, para não dizer contradição, consiste no fato de que, quando deflagram a paralisação, invocam a aplicação da atual Lei de Greve (Lei 7.783/89) que, como é sabido, é destinada, em linha de princípio, aos trabalhadores que estão submetidos ao regime contratual da CLT.

Ocorre que o art. 7º da Lei 7783/89 dispõe textualmente que a greve implica suspensão das relações jurídicas individuais de trabalho, nos seguintes termos:

Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Mas o que significa suspensão do contrato de trabalho?

Para responder, pedimos vênia para transcrever pequeno trecho de obra de nossa autoria:

Alguns autores preferem utilizar as expressões suspensão parcial ou suspensão total do contrato no sentido de interrupção ou suspensão do contrato, respectivamente.

A lei brasileira (CLT, Título IV, Capítulo IV), utiliza, literalmente, as expressões suspensão e interrupção, embora não defina nem uma nem outra.

Em rigor científico, contudo, não há suspensão ou interrupção do contrato, mas sim dos seus efeitos, isto é, das obrigações atribuídas a cada uma das partes figurantes da relação de emprego. É por esta razão que melhor seria falar em suspensão ou interrupção do trabalho, e não do contrato, uma vez que este, em ambos os casos, continua vigendo e até produzindo efeitos.

Dá-se a suspensão (ou suspensão total) quando inexistir obrigatoriedade da prestação de serviço e pagamento de salário, sendo certo que o tempo de serviço, em regra, não é computado para os efeitos legais.

Na suspensão, portanto, empregado e empregador ficam dispensados, transitoriamente, do cumprimento das obrigações ínsitas ao contrato de trabalho.

> Em relação à greve, pode-se, assim, dizer que, em princípio, ela implica suspensão da relação jurídica de trabalho, isto é: a) não é obrigatório o pagamento de salários; b) não é obrigatória a prestação do trabalho; c) o tempo de serviço não é computado.
>
> E é exatamente em razão do não pagamento da remuneração durante o movimento de paralisação coletiva que as greves têm geralmente curta duração. E isso acontece em todos os países nos quais a greve é considerada um direito dos trabalhadores. Na França, por exemplo, a greve dos servidores não dura mais de dois dias, mas os seus efeitos são sentidos em todos os setores econômicos, políticos e sociais, na medida em que a adesão ao movimento importa ações diretas que sensibilizam a sociedade como um todo.
>
> É preciso que os trabalhadores públicos brasileiros se conscientizem acerca da própria natureza instrumental da greve e assumam os riscos que a deflagração do movimento lhes impõe. A greve no serviço público exige, necessariamente, a conscientização e a participação não apenas dos servidores, mas, também, dos destinatários dos serviços por eles prestados. Assim, por exemplo, no âmbito das universidades públicas, a greve deve contar com o apoio e participação direta do corpo docente e discente, dos demais servidores, dos pais dos alunos, dos especialistas, políticos, juristas etc. Para tanto, é factível organizar passeatas, seminários, mesas redondas e outros eventos e manifestações que tenham por fim divulgar, debater e esclarecer todos os objetivos do movimento.

Tal concepção foi tratada no âmbito do direito público pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro:

> Enfrento, agora, o desconto dos dias da paralisação. O vencimento é a contraprestação do serviço. No serviço público, o direito ao pagamento está submetido a termo e condição. No final do mês e caso o servidor haja comparecido ao trabalho. Em conseqüência, a cada falta, corresponde ao desconto do respectivo dia. Esse raciocínio não se altera no período de greve. A paralisação é lícita, todavia, tem suas conseqüências, ônus. A greve, como instrumento reivindicatório, pode não ser bem sucedida. Os grevistas, por isso, assumem os riscos da empreitada. Os dias parados não são remunerados. É característica da própria greve.

> Na Inglaterra, como em outros países, os sindicatos remuneram os grevistas a fim de garantir a manutenção destes. Aliás, o pagamento dos dias parados resulta sempre de negociação. A greve, por isso, não implica na remuneração dos dias inativos. Em conseqüência, não obstante a legalidade do movimento, o desconto dos dias de paralisação também assenta na lei. Note-se, o demérito não é sanção disciplinar. Afasta-se, por isso, a necessidade do contencioso administrativo.

A última consideração aduzida pelo Ministro deve ser detidamente apreciada: a perda da remuneração não é sanção disciplinar, nem sequer meio de obstar ou dificultar o exercício do direito de greve, mas mero corolário da ausência da prestação dos serviços. Primeiro, por se cuidar de relação sinalagmática; segundo, porque suspensos os efeitos da relação jurídico-funcional-estatutária.

É de se destacar a existência de uma posição jurídica quanto à aplicabilidade da Lei Geral de Greve nº 7.783/89 no âmbito do funcionalismo público, enquanto não advier a regulamentação específica, tese que parece ser majoritária na atual composição do Supremo Tribunal Federal, consoante o julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670 e 712.

Nesse caso, com maior rigor seria devida a perda da remuneração dos dias não trabalhados, comando inserto nos arts. 2º e 7º da referida norma:

> Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.
>
> Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

O pagamento da remuneração dos servidores grevistas viola o princípio da isonomia sob dois aspectos: um em relação ao

empregador, que assumiria sozinho os ônus do movimento; outro quanto aos servidores que optam por não aderir à greve, que percebem os seus vencimentos em razão do serviço prestado, e convivem com a situação daqueles que são da mesma forma remunerados, todavia sem prestar os seus serviços.

A satisfação da contraprestação salarial opera, ainda, outros efeitos, diretos e indiretos, extremamente danosos aos interesses e patrimônio públicos: o incentivo à continuação do movimento e a deflagração de outras greves em toda a administração pública, perpetuando a paralisação dos serviços públicos.

Por fim, torna-se mister propugnar a legalidade do Decreto nº 1.480/95, cujo comando quanto à perda da remuneração em caso de paralisação dos serviços públicos não contém nenhuma inovação, essa, sim, vedada, porque ausente o amparo legal, não se concebendo a existência de decretos autônomos impositivos de obrigações ou restritivos de direitos.

Mas no caso há a mera regulamentação pelo Decreto nº 1.480/95 de preceitos normativos: art. 37, VII, da Constituição da República; arts. 44, I, 116, X, e 117, I, da Lei nº 8.112/90; arts. 2º e 7º da Lei nº 7.783/89; arts. 476 e 884 a 886 do Código Civil.

Tecidas algumas considerações que embasam a possibilidade do desconto dos dias parados, vamos agora abordar a posição que veda o desconto dos dias não trabalhados.

5. Da impossibilidade do desconto dos dias não trabalhados

Pelo postulado de que a Administração só pode fazer o que a lei determina, nem mais nem menos, em respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade, quando ocorrerem movimentos de paralisação das atividades funcionais de uma repartição pública, estando o Poder Público em mora com a edição da lei de greve específica para o setor público, como já declarado pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode falar em corte ou suspensão do pagamento de salários dos servidores que,

efetivamente, participarem dos movimentos, pela cristalina falta de amparo no ordenamento jurídico.

Essa é a posição adotada pelos doutrinadores que defendem a observância do princípio da estrita legalidade para proceder ao desconto dos dias não trabalhados. Isso quer dizer que só pode haver o corte de ponto se existir lei expressamente determinando o desconto dos dias não trabalhados em virtude de movimentos grevistas.

A Lei nº 8.112/90 disciplina o regime jurídico do servidor público federal. Em seu art. 44, trata da questão do corte de ponto do servidor com a conseqüente suspensão de pagamento, estabelecendo que o servidor perderá a remuneração dos dias em que faltar ao serviço ou nos casos de atrasos na chegada, ausências ou saídas antecipadas iguais ou superiores a 60 minutos:

> Art. 44. O servidor perderá:
>
> I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;
>
> II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subseqüente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata.
>
> Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício.
>
> Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.
>
> Parágrafo único. Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

Na interpretação literal dos termos *faltar ao serviço, atrasos, saídas antecipadas*, os doutrinadores defendem a posição de que o legislador quis dizer que se trata da ausência física do servidor no local de trabalho, entendendo-se por local de trabalho o ambiente da repartição onde o servidor presta serviços.

Para a falta de assiduidade, que pode ser conceituada como o não comparecimento do servidor à repartição ou local de trabalho para o desempenho de suas funções, é que a lei permite a punição com a suspensão da remuneração relativa aos dias faltosos.

Não se pode falar em greve ou paralisação do serviço público quando da ausência do servidor no seu local de trabalho, pois, nesse caso, não seria greve, mas *falta ao trabalho*, punindo-se o servidor com o desconto dos dias não trabalhados.

Quando ocorre a paralisação em virtude de greve, o servidor comparece, é assíduo, e permanece, durante todo o tempo destinado ao labor, no recinto da repartição, deixando, no entanto, de praticar qualquer ato de execução de suas tarefas rotineiras.

A inexecução das tarefas rotineiras, nos termos da Lei nº 8.112/90, art. 117, inciso XV, pode ser conceituada como "proceder de forma desidiosa", sendo esta uma proibição legal, mas para cuja punição se faz necessária a apuração pelo processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal.

A Lei nº 8.112/90, em seu art. 116, quando trata dos deveres do servidor público, e no art. 117, quando trata das proibições, não impõe nenhuma sanção, de forma direta, que puna o servidor que participar de movimentos de paralisação de atividades funcionais em busca de direitos legítimos e melhores condições de trabalho.

O inciso I do art. 45 da Lei nº 8.112/90 é claro na sua concepção de que a remuneração será suspensa quando o servidor faltar ao trabalho sem motivo justificado. Havendo justificativa para a falta, esta deverá ser relevada ou compensada, conforme disciplinado em lei.

Caso o servidor em greve, por ordem de sua entidade sindical ou comando de greve, tenha que se ausentar do seu local de trabalho, deslocando-se para um outro ponto, objetivando uma melhor pressão política com o intuito de obter uma solução mais rápida para os motivos que ensejaram a deflagração do movimento paredista, estará justificada sua ausência, não podendo haver nenhuma punição pecuniária, podendo ser aplicado o dispositivo do parágrafo único do art. 45 da Lei nº 8.112/90 após o término do movimento.

Além disso, a relação de trabalho do servidor com o Estado é institucional, não operando a quebra de contrato de trabalho ou sua rescisão (demissão ou exoneração no serviço público) sem o devido processo administrativo. O ato de afastamento é formal, necessitando de diploma legal para sua efetivação, seja decreto, seja portaria de demissão ou exoneração. O servidor, ao ingressar no serviço público, presta concurso público e só pode ser exonerado após processo administrativo disciplinar, sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Essa é a fundamentação abordada por aqueles que defendem a impossibilidade do corte de ponto, a qual, conforme o caso concreto, poderá ser adotada pelos administradores públicos que assim desejarem.

6. Das implicações do desconto dos dias parados

O desconto na remuneração dos servidores grevistas não tem o efeito disciplinar punitivo, nem sequer o objetivo de obstar ou dificultar o exercício da greve, mas apenas visa ao cumprimento do ordenamento jurídico, especificamente o art. 44, I, da Lei nº 8.112/90 e o art. 7º da Lei nº 7.783/89.

Tecidas as considerações acerca da possibilidade ou não do desconto dos dias não trabalhados e suas respectivas justificativas, cabe ao administrador público verificar se o movimento grevista é ou não legítimo, para então decidir, sempre levando em conta o bom senso e o caso concreto além da razoabilidade, qual a melhor medida a adotar.

Tanto em um quanto em outro sentido, o administrador público encontra amparo legal para a sua tomada de decisão, mas sempre lembrando que, quando se trata de remuneração, parte sensível afeta ao servidor público, ele deverá sempre motivar a sua decisão para evitar maior prejuízo ao Estado.

7. A inovação do STF – Decisão nos MIs nºs 670, 708 e 712

Durante anos, o Supremo Tribunal Federal adotou uma teoria não concretista no julgamento dos mandados de injunção, desvalorizando o *writ*, restringindo seu papel a um sistema de notificação do órgão omisso de sua própria inércia funcional.

O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) nºs 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), determinou a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.

O Plenário decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor público, no que couber, a lei de greve vigente para o setor privado (Lei nº 7.783/89).

Nos mandados de injunção supracitados, os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que estender o alcance da lei geral de greve (Lei nº 7.783/89) ao setor público até que o Congresso Nacional edite a lei específica conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal, solucionando, dessa forma, as polêmicas geradas pela ausência de regulamentação.

Assim, conforme explicitado no capítulo anterior e diante da posição do Supremo Tribunal Federal, é devida a perda da remuneração dos dias não trabalhados, comando inserto nos arts. 2º e 7º da Lei nº 7.783/89:

> Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.
>
> Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

A adoção da tese concretista (ao que parece a concretista geral – tendo em vista a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões), efetivamente o que aconteceu no julgamento dos mandados de injunção, é o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da necessidade de uma nova interpretação acerca do tema. O Mandado de Injunção ganha, assim, uma robustez digna da posição constitucional que ocupa. Nesse sentido, vale lembrar as conclusões do professor Machado (2006, p. 138;141):

> Justifica a utilização do mandado de injunção a falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, compreendida como ausência absoluta de norma ou regramento parcial. [...] Mandado de Injunção tem caráter substancial, funcionando como meio viabilizador de implementação de direitos constitucionais dependentes de regulamentação. A manutenção da tese de identificação do mandado de injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, impossibilitando concretamente o exercício do direito inviabilizado pela falta da norma regulamentadora, contribui para a permanência da inércia estatal, típica situação de mutação inconstitucional.

8. Conclusão

O tema *greve do servidor* é um dos tópicos mais controversos da atualidade e que está longe de ter uma solução adequada.

A greve é um direito indisponível de todo trabalhador, incluindo neste conceito os servidores públicos, e um meio extremamente eficaz para reivindicar direitos, impor condições favoráveis às classes dos trabalhadores e gerar estabilidade nas relações de trabalho.

O direito de greve do servidor público, a que se refere o art. 37, VII, da Constituição da República, alcança patamar de direito fundamental multigeracional, tendo em vista que abrange, a um só tempo, os ideais da liberdade clássica, da igualdade, em seus aspectos econômicos, sociais e culturais, da solidariedade, da democracia, informação e pluralismo e, ainda, do direito à paz. Constitui, dessa forma, um instrumento democrático a serviço da cidadania e da dignidade humana.

Ocorre que a previsão constitucional do aludido direito, em relação aos servidores públicos, revela-se discutível, ante a necessidade de regulamentação por lei específica e a inércia do Poder Legislativo para atender ao que dispõe o art. 37, VII, da Constituição de 1988.

Devido às constantes paralisações do serviço público, tal questão era sempre trazida à tona. Organizações classistas reivindicavam, por meio de mandados de injunção, a supressão de tal lacuna no Direito brasileiro, e o Supremo Tribunal Federal somente se limitava a notificar o órgão omisso.

A partir dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal revolucionou o seu tratamento quanto aos efeitos deste instituto. Em uma verdadeira guinada de direcionamento, o Supremo resolveu aplicar a Lei nº 7.783/89 para todos os casos de greve no serviço público, acabando temporariamente com a omissão do Poder Legislativo.

Mais dúvidas e questionamentos virão de tal mudança, mas algo há de ser ressaltado: a Corte Suprema agiu em completa legalidade para

proteger o direito de greve do servidor e ainda ressaltou o verdadeiro valor do mandado de injunção, remédio constitucional que, comparado com seu real propósito, era usado em ínfima potência.

A partir dessa regulamentação, a tendência é que a greve no serviço público não produza os efeitos catastróficos como era costumeiro no passado, quando o cidadão sofria com a inércia do Poder Legislativo ao ser privado do exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

É interessante destacar que a ilegalidade não é de quem exercita o direito em face da lacuna do sistema normativo, mas do Poder Legislativo, vale dizer, do Congresso Nacional, que, passados 21 anos da promulgação do Texto Constitucional, até hoje não cumpriu o dever, que lhe é inerente, de produzir uma lei que atenda à exigência do art. 37, VII, da Constituição.

No entanto, o exercício do direito de greve não pode ser absoluto, devendo-se respeitar um mínimo necessário para as chamadas atividades essenciais em prol do interesse público, atividades essas que devem ser avaliadas à luz do princípio da proporcionalidade no percentual que devem continuar obrigatoriamente disponíveis à sociedade no caso de greve.

Mas, aplicando a Lei da Greve para os servidores públicos, surgiram novas dúvidas que dificultaram ainda mais a atuação do gestor público. Quem teria competência para julgar as greves? Como seria o tratamento para o corte de ponto? Quais seriam os direitos dos grevistas?

Em síntese, pode-se concluir que a aplicação da Lei nº 7.783/89 ao setor público trouxe mudanças radicais, como o reconhecimento da competência da Justiça Comum para o julgamento das greves e a aplicação dos institutos da interrupção e da suspensão dos direitos e obrigações trabalhistas para o período da greve, entendendo-se que existem entre o servidor e o Estado relações amparadas pelo Direito Administrativo.

Por fim, cabe ressaltar, respeitando as opiniões divergentes que não autorizam o corte de ponto do servidor, que o gestor público deve

efetuar o desconto dos dias não trabalhados, mas atento ao fato de que o corte de ponto do servidor público só é possível para as greves classificadas pelo Judiciário como ilegais.

A greve é um direito coletivo *scricto sensu*, o qual merece toda defesa por parte da sociedade, defesa que somente deve ser restringida no caso de abuso no exercício desse direito em prejuízo do interesse público.

O desconto na remuneração dos servidores grevistas não tem o efeito disciplinar punitivo, nem sequer o objetivo de obstar ou dificultar o exercício da greve, mas apenas visa ao cumprimento do ordenamento jurídico, especificamente o art. 44, I, da Lei nº 8.112/90 e o art. 7º da Lei nº 7.783/89, dentre outros fundamentos já especificados no capítulo que trata da atuação do gestor público.

A não regulamentação do art. 37, VII, da Constituição da República obsta o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, por tratar-se de norma constitucional carente de auto-aplicabilidade e de eficácia limitada. Sendo assim, e conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a paralisação consubstancia falta não justificada, ensejando a obrigação do cumprimento do art. 44, I, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre a perda da remuneração quanto aos dias não trabalhados, por configurar enriquecimento ilícito.

Salienta-se também que a greve é considerada política quando não há reivindicação de melhorias profissionais, cingindo-se a pretensão na interferência no poder político e governamental do Estado, o que desnatura a greve como movimento lícito, para aqueles que concebem a auto-aplicabilidade da norma do art. 37, VII, da Constituição da República.

Ainda que o direito de greve estivesse disciplinado em norma auto-aplicável e de eficácia plena ou contida, e ainda que *in concreto* o movimento fosse lícito, mesmo assim seria imperiosa a perda da remuneração pelos dias paralisados, ou sua compensação, tendo em vista a natureza e os efeitos do instituto da greve.

Primeiro, porque a greve acarreta a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho ou da relação jurídico-funcional, não cabendo contraprestação salarial quando não há a prestação de serviços.

Segundo, porque a relação jurídico-funcional constitui típico contrato sinalagmático, vedada a exigência pelo inadimplente da obrigação da outra parte (Código Civil, art. 476).

Terceiro, porque o ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa, e os vencimentos são mera contraprestação à prestação de serviços; sem esta, frustra-se aquela, sob pena de locupletamento ilícito.

Quarto, porque, enquanto não editada a lei regulamentadora específica do direito de greve, o Supremo Tribunal Federal vem considerando aplicável ao funcionalismo público a Lei nº 7.783/89, cujo art. 7º determina a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho na vigência da greve, afastando a obrigação da contraprestação salarial.

Quinto, porque o Decreto nº 1.480/95, ao prever a perda da remuneração pelos dias não trabalhados, apresenta-se legal e constitucional, porque meramente regulamentador, haja vista a existência de amparo legal; por isso, não é autônomo, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Sexto, porque o pagamento da remuneração dos servidores grevistas viola o princípio da isonomia sob dois aspectos: um em relação ao empregador (órgão público), que assumiria sozinho os ônus do movimento; outro quanto aos servidores que optam por não aderir à greve, que percebem os seus vencimentos em razão do serviço prestado, e convivem com a situação daqueles que são da mesma forma remunerados, porém sem prestar os seus serviços.

Sétimo, porque a satisfação da contraprestação salarial opera, ainda, outros efeitos, diretos e indiretos, extremamente danosos aos interesses e patrimônio públicos: o incentivo à continuação do movimento e a deflagração de outras greves em toda a administração pública, perpetuando a paralisação dos serviços públicos.

Oitavo, porque a remuneração dos grevistas é proveniente dos cofres públicos. Assim, condutas contrárias ao direito, por violarem os princípios da supremacia do interesse público e legalidade, não podem ser admitidas.

Destaca-se que a perda da remuneração não configura espécie de sanção disciplinar, revelando ato administrativo contínuo e imperioso, mero corolário pecuniário da falta não justificada, por isso prescindível o contencioso administrativo.

Diante de todas essas considerações, sugere-se aos gestores públicos, ao avaliar pormenorizadamente o caso concreto e levando em conta a razoabilidade que deve permear a sua atuação, efetuar o desconto dos dias parados se não dispuser em contrário o Poder Judiciário. As razões que justificam essa postura estão detalhadas acima e poderão ser utilizadas para justificar a tomada de decisão.

Ademais, cabe ao gestor público atuar de forma a preservar a continuidade do serviço público e o atendimento aos cidadãos que, de nenhuma forma, podem ser prejudicados com a deflagração de um movimento grevista.

Finaliza-se este trabalho com a constatação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não rompeu com o modelo tradicional e não instaurou no país uma nova mentalidade que tenha como premissa o respeito ao direito de greve dos servidores públicos, essencial para a democratização das relações de trabalho e para uma melhor prestação de serviço público.

Só com a edição da competente legislação regulamentadora da greve do servidor público é que se instaurará um moderno mecanismo de consulta que romperá com o tradicional e vago conceito de interesse público, substituindo-o por interesse da sociedade, para a qual o serviço público existe.

9. Referências bibliográficas

ALCANTARA MACHADO, Carlos Augusto. *Mandado de injunção*: um instrumento de efetividade constitucional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução: Walter José Evangelista. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. Ética faz sentido? *Conjuntura Econômica*, São Paulo, v. 55, n. 6, p. 42-43, jun. 2001.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima de. *Direito e século XXI* – conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. São Paulo: Luam, 1997.

ASHLEY, P. A. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, A. V. B. Comprometimento organizacional: um balanço dos resultados que cercam essa tradição de pesquisa. *Revista de Administração de Empresas* – RAE, São Paulo, v. 12, p. 52-64, mai./jun. 1993.

BASTOS, A. V. B.; BRANDÃO, Margarida G. A.; PINHO, Ana Paula M. Comprometimento organizacional: uma análise do conceito expresso por servidores universitários no cotidiano de trabalho. *Revista de Administração Contemporânea* – RAC, São Paulo, v. 23, p. 97-120, maio/ago. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Revista Interesse Público*, São Paulo, v. 8, n. 40, p. 15-22, nov./dez. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Trabalhista e Previdenciária. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Governo e servidores aprovam regras para mesa de negociação permanente. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/recursoshumanos/conteudo/noticias/noticias_2003/governo_servidores_aprovam_regras.html>. Acesso em: 24 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Relator: Ministro Celso de Mello. 19 de maio de 1996. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, p. 45690, nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, p. 71, ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 20/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça da União. Brasília, DF, p. 45690, 22 nov. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de segurança. Relator: Ministro Vicente Leal. 24 de junho de 1996. Diário de Justiça da União. Brasília, DF, p. 28499, ago. 1996.

BRESSER PEREIRA, L. C. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 24-38, jul./set. 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Administração Pública Gerencial*: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

BROWN, A.; STARKEY, K. Organizational identity and learning: a psychodynamic perspective. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 1, p.102-120, 2000.

BROWN, M. E. Identification and some conditions of Organizational involvement. *Administrative Science Quarterly*, v. 9, n.14, p. 346-355, 1969.

CARBONE, Pedro Paulo. *Gestão por competências*. São Paulo: FGV, 1995.

CARMO, Milla Guimarães; CASELLA, Daniel Marcelo Alves. *O direito de greve do servidor público*. Web Artigos. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/3031/1/o-direito-de-greve-do-servidor-publico/pagina 1.html>. Acesso em: 5 out. 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO. 2000. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/cepub/legislacao.html>. Acesso em: 7 ago. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COHEN, D. Gestão à brasileira. *Revista Exame*, São Paulo, p. 200-207, 19 abril. 2000.

CORDEIRO, L. L. *O comportamento humano na empresa*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1965.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 7 ago. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

DAVIS, K.; NEWSTROM, J. W. *Comportamento humano no trabalho*: uma abordagem psicológica. v. 1. São Paulo: Pioneira, 1992.

DEJOURS, C. *O fator humano*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. v. 4. Salvador: Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanela. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOWNEY, H. K.; BRIEF, A. P. How cognitive structures affect organizational design: implicit theories of organizing. In: GIOIA , D. A.; SIMS JR, H. P. *The thinking organization*. San Francisco, CA: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1986.

DUBRIN, A. J. *Fundamentos do comportamento organizacional*. São Paulo: Thomson, 2003.

DUKERICH, J. M.; KRAMER, R.; PARKS, J.M. The dark side of organizational identification. In: WHETTEN, D. S.; GODFREY, P. C. *Identity in organizations*: building theory through conversations. Londres: Sage, 1998. p. 12; 245-256.

DUTTON, J.; DUKERICH, J. Keeping an eye on the mirror: image and identity in organizational adaptation. *Academy of Management Journal*, v. 34, n. 3, p. 47; 517-554. 1991.

DUTTON, J.; DUKERICH, J.; HARQUAIL, C. Organizational images and member identification. *Administrative Science Quarterly*, v. 1, p. 27; 239-266, 1994.

ENRIQUEZ, E. Os desafios éticos nas organizações modernas. *Revista de Administração de Empresas*, v. 37, n. 2, p. 42887, abr./jun. 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Poder Judiciário em crise*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GENRO, Tarso. *Greve como direito público subjetivo coletivo*. 2006. Disponível em: <http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p_43&sName=Greve%20como%>. Acesso em: 27 abr. 2009.

GENRO, Tarso. A Esquerda e um novo Estado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 jan. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001.

HUMPHREYS, M. Nostalgia and the narrativization of identity: a turdish case study. *British Journal of Management*. v. 13, n. 18, p. 141-159, 2002.

JORGE, Carlos Augusto. A greve do servidor público federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 266, 30 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5018>. Acesso em: 24 set. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANAANE, R. *Comportamento humano nas organizações*: o homem rumo ao século XXI. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

KOTESKI, Graciele. *Princípio da continuidade do serviço público e o direito de greve*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em: 19 ago. 2007.

LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio. *Direito de greve no serviço público*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3872>. Acesso em: 20/09/2008.

LAVOR, Francisco Osani. A greve no contexto democrático. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 82, abr. 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve como direito fundamental*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2612>. Acesso em: 20 set. 2008.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

LOCKE, E. A. *What is job satisfaction?*: organizational behavior and human performance 4:4, p. 309-336. nov. [S.l.]. 1969.

LOCKE, E. A. The nature and causes of job satisfaction. In: M. D. DUNNETTE, *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*. Chicago: Rand McNally, 1976.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, H. F. A ética do patrimonialismo e a modernização da administração pública brasileira. In: MOTTA, F. C. P.; CALDAS, M. P. (Orgs.). *Cultura organizacional e cultura brasileira*. São Paulo: Atlas, 1997.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS NETO, José Caetano de. *Ética e estratégia*: entendendo as forças que influenciam a ética – ética e teoria dos jogos. 2003. 102 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdades IBMEC, Programa de Pós-graduação em Administração e Economia, Rio de Janeiro.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Leonardo Emmendoerfer. *O direito de greve do servidor público civil*. Pelotas, 2007. Disponível em <http://www.datavenia.net/artigos/odireitodegrevedoservidorpublicocivil.html>. Acesso em: 5 fev. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSNER. Johannes. *Ética social*: O Direito Natural do mundo moderno. São Paulo: Editora Quadrante, 1967.

MINTZBERG, H. *Power in and around organizations*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, F. C. P. *Vida psíquica e organização*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2000.

NALINI, J. R. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OSLAK, Oscar. As demandas de formação de administradores públicos frente ao novo perfil do Estado. *Revista do Serviço Público*, ano 46, v. 119, n. 1, jan. 1995.

PAGÈS, M.; BONETTI, M.; DESCENDRE, D.; GAULEJAC, V. de. *O poder das organizações*: a dominação das multinacionais sobre os indivíduos. São Paulo: Atlas, 1987.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. Virtuajus. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 24 abr. 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTO, Juliana Barreiros; TAMAYO, Álvaro. Valores organizacionais e civismo nas organizações. *Revista de Administração Contemporânea*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-52, jan./mar. 2005.

PRATES, M.; BARROS, B. T. O estilo brasileiro de administrar: sumário de um modelo de ação cultural brasileiro com base na gestão empresarial. In: MOTTA, F. C.; CALDAS, M. *Cultura organizacional e cultura brasileira*. São Paulo: Atlas, 1997.

ROBBINS, S. P. *Comportamento organizacional*. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

ROBBINS, S. P. *A verdade sobre como gerenciar pessoas e nada mais que a verdade*. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

ROBBINS, S. P. *Fundamentos do comportamento organizacional*. 7. ed. São Paulo: Pearson Education, 2004.

RUAS, R. L. Mestrado modalidade profissional: em busca da identidade. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo: v. 43, n. 2, p. 55-63, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Juliana Araujo Lemos da. Direito de greve do servidor público como norma de eficácia contida. *Revista* Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 69, n. 5, mai. 2005.

SANTOS, Luiz Alberto. Modelo brasileiro para a organização da alta administração. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 119, n. 2, mai. 1995.

SARAIVA, L. A. S. Cultura organizacional em ambiente burocrático. *Revista de Administração Contemporânea*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 187-207, p. 20, jan./abr. 2002.

SARSUR, A. M. A empregabilidade como uma nova gestão de recursos humanos. In: BITTENCOURT, C. *Gestão contemporânea de pessoas*: novas práticas, conceitos tradicionais. Porto Alegre: Bookman, 2004. Cap.15, p. 336-357.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3. ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOTO, E. *Comportamento organizacional*: o impacto das emoções. São Paulo: Thomson, 2002.

SROUR, R. H. *Ética Empresarial*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THIRY-CHERQUES, H. R. Responsabilidade moral e identidade empresarial. *Revista de Administração Contemporânea*, Edição Especial, São Paulo, p. 19; 31-50, 2003.

VÁZQUEZ, A. S. *Ética*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve no serviço público. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Curso de direito coletivo do trabalho* (estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa). São Paulo: LTr, 1998.

Artigo recebido em: 14/01/2010
Artigo aprovado em: 07/06/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110020

A SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS PARA OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS VETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TORNOU-SE INAPLICÁVEL DIANTE DA LEI DA FICHA LIMPA (LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010)?

LUCIANA MAGALHÃES TEIXEIRA DA SILVA
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
lmagalhaes@mp.mg.gov.br

Recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos da Medida Cautelar nº 16.932-PE, entendeu pela possibilidade de suspender os efeitos da sanção relativa à suspensão dos direitos políticos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública diante dos novos comandos trazidos pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

No voto condutor do venerando acórdão, o Ministro Relator Benedito Gonçalves manifesta o entendimento de que não é qualquer condenação por improbidade administrativa que obstará a elegibilidade, mas tão somente aquela resultante de ato doloso de agente público que, cumulativamente, importe em comprovado dano ao erário e correspondente enriquecimento ilícito.

In casu, o Ministério Público do Estado de Pernambuco propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de agente político que, na qualidade de Chefe do Poder Executivo

 ISSN 1809-8487 • v. 10 / n. 17 / jul.-dez. 2011 / p. 524-528

Municipal, no ano de 1998, contratou trabalhadores temporários para o exercício de atividades permanentes, em violação à regra de ampla acessibilidade da Administração Pública prevista constitucionalmente no art. 37, inciso II.

Como é cediço, a contratação temporária só é possível se observado o seguinte binômio: a necessidade temporária e o excepcional interesse público. Ausentes tais requisitos, estar-se-á diante de inegável burla à regra constitucional do concurso público, em evidente situação deflagradora de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos precisos termos do art. 11, da Lei Federal nº 8429/92.

No caso vertido nos autos, a sentença julgou procedente o pedido ministerial para condenar o agente político nas seguintes sanções previstas no art. 12, III, da Lei Federal nº 8.429/1992, confirmadas pela instância superior: (a) perda da função pública; (b) *suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos*; (c) multa civil no valor de 12 (doze) vezes a remuneração percebida; (d) proibição de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 3 (três) anos; e (e) honorários advocatícios e despesas processuais.

Chegada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Benedito Gonçalves entendeu que o caso em tela, por não se tratar de ato de improbidade administrativa que envolva enriquecimento ilícito e nem dano ao erário, mas somente violação a princípio, ausente a configuração do elemento volitivo do agente, não poderia sujeitar-se à sanção de suspensão de direitos políticos, já que o comando da Lei Complementar nº 135/2010 trouxera modificações acerca da elegibilidade.

Com a devida vênia, ouso discordar do Tribunal da Cidadania. Vejamos:

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, denominada como Lei da Ficha Limpa, em seu art. 2º trouxe as seguintes alterações à Lei Complementar nº 64, vazadas nos seguintes termos, *in verbis*:

> Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 1º São inelegíveis:
>
> I – para qualquer cargo: [...]
>
> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, *por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;* (grifo nosso)

Em outras palavras, todo aquele que for condenado à suspensão dos direitos políticos em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por *ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, ficará inelegível por 8 anos após o cumprimento da sanção dos direitos políticos.*

Com efeito, a Lei da Ficha Limpa não substituiu a sanção de suspensão dos direitos políticos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Em verdade, a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, teve como condão garantir maior robustez de aplicabilidade às sanções relativas à suspensão dos direitos políticos previstas na Lei Federal nº 8.429/92.

Ora, como sabemos, todo aquele que pratica ato de improbidade administrativa doloso em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito) e que venha a causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da Administração Pública gerará, em razão de seu ato ímprobo, a sanção de suspensão dos direitos políticos prevista na Lei nº 8.429/92: a) 8 a 10 anos de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade previstos no art. 9º; b) 5 a 8 anos de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade do art. 10; e c) 3 a 5 anos de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade do art. 11.

Entretanto, para aqueles agentes ímprobos que cometerem atos dolosos de improbidade que importarem enriquecimento ilícito (do art. 9º da Lei nº 8.429/92) e lesão ao erário (do art. 10 da Lei nº 8.429/92) ficarão também inelegíveis por mais 8 anos, além do período já cumprido pela suspensão dos direitos políticos.

Nesse sentido, cumpre destacar que o art. 14, *caput,* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza que: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; e III - iniciativa popular".

Certo é que o direito de sufrágio desdobra-se em duas vertentes, a primeira em capacidade eleitoral ativa (direito de votar – alistabilidade), e a segunda em capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado – elegibilidade).

A capacidade eleitoral ativa "consiste em forma de participação da pessoa na democracia representativa, por meio da escolha de seus mandatários". (MORAES, 2003, p. 234). Já a capacidade eleitoral passiva consiste na possibilidade de eleger-se, concorrendo a um mandato eletivo.[1]

Assim, identificada a prática da improbidade administrativa e aplicada a sanção de suspensão dos direitos políticos do art. 12, III, da LIA, os direitos políticos do ímprobo serão restringidos em suas acepções ativa e passiva, vale dizer, no direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva).

Lado outro, aquele que seja condenado à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado*, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*, pelos mandamentos da Lei da Ficha Limpa, ficará inelegível por mais 8 (oito) anos após o integral cumprimento das sanções pela improbidade, incluindo-se aqui a sanção de suspensão de direitos políticos.

[1] Ver: Lenza, 2009, p.788.

Assim, resta indene de dúvidas o entendimento de que o objetivo do legislador infraconstitucional ao estabelecer este novo comando pela Lei da Ficha Limpa foi de ampliar ainda mais as sanções dos direitos políticos para aqueles agentes ímprobos que cometem atos dolosos de improbidade administrativa causadores de lesão ao erário e enriquecimento ilícito, atribuindo-lhes, em acréscimo à restrição das capacidades eleitorais ativa e passiva da LIA, a inelegibilidade por mais 8 anos.

Diante dessas considerações, e com a devida vênia, por se tratar de sanções distintas e com efeitos díspares, não me parece acertada a decisão do STJ que entendeu pela possibilidade de suspender os efeitos da sanção relativa à suspensão dos direitos políticos atinentes ao art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 diante dos novos comandos trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Referências bibliográficas

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MC nº 16.932/PE. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 10/08/2010, publicado no Informativo 442 do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110021

11

- Normas de Publicação para autores
- Writers' Guidelines
- Conteúdo Digital Complementar

Português
English
DVD - Sumário
DVD - Informações

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado, comentários a jurisprudências e técnicas processuais. A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Diálogo Interdisciplinar, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Público Constitucional e Direito Público Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público. As Técnicas Processuais são peças processuais selecionadas a critério do Editor e que têm grande relevância prática para divulgação. Jurisprudências, peças processuais e comentários a jurisprudências serão selecionados a critério do Editor e são divulgados no DVD encartado em cada publicação.

Os artigos enviados à Revista *De Jure* devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do Editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a Linha Editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa procedida pelo Corpo Editorial, formado pelos membros externos convidados e Revisores Ad Hoc. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão cega de pares ou blind peer review, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pareceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do Editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o Editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos 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. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica www.mp.mg.gov.br/dejure.

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos 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.

5. 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.

6. Os artigos encaminhados para a Revista *De Jure* deverão ter um mínimo de 6 (cinco) páginas e um máximo de 20 (vinte) páginas; os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 (dez) páginas. Técnicas processuais (peças processuais) não têm limite de número de páginas.

7. Os autores deverão incluir mini-currículo contendo afiliação e titulação acadêmica, com, no máximo, 200 palavras. O mini-currículo deverá obrigatoriamente conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

Seguem as normas de padronização dos artigos e comentários a jurisprudência:

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 - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. 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*). O resumo apresenta a idéia geral do tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários a jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words* e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) 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 para destacar trechos do texto.

V - 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.

VI – Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafados em itálico.

VII - 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.

VIII - Citações com até 3 (três) 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 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - 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.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), 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 (título principal em itálico), 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 (título principal em itálico), 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 da 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 (título principal em itálico), 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 em itálico (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.

XI - 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 2012, os textos enviados adotem obrigatoriamente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

WRITERS' GUIDELINES

Materials published in every issue:

Lectures (DVD containing video)

Lectures given by renowned Brazilian and international law scholars are available in every issue in the DVDs enclosed in the journal.

Essays

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the Journal Revista *De Jure* should have 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. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays after filling in the specific form and uploading the file in the site www.mp.mg.gov.br/dejure, where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

Academic Articles

De Jure publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal

Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

Academic Articles: Double Peer Blind Review

The academic articles submitted to *De Jure* must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

Comments on Jurisprudence

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service. These texts are available in Portuguese in the DVD enclosed in each issue.

Brief

Selected briefs are also published to widespread practical knowledge in target areas related to the work of the Public Prosecution Service. This material is available in Portuguese in the DVD enclosed in each issue.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not

be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

Submission

Authors who wish to submit articles or essays must access the site www.dejure.mp.mg.gov.br , fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should 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 INFORMAÇÕES:

A De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 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 inseridos em um computador pessoal ou aparelho convencional de DVD-Player ligado a uma TV.

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 o conteúdo digital:

Para visualizar o conteúdo digital, clique com o botão direito do mouse no diretório do DVD e selecione a opção "Explorar".

Em seguida, execute o arquivo "DeJure16" e será aberta uma janela do seu navegador com o conteúdo digital da revista.

3. Visualizando a palestra ou vídeo disponível:

Para visualizar a palestra disponível em seu DVD, insira-o em um DVD-Player convencional ligado a uma TV. Aguarde até que o menu do disco apareça na tela.

4. Navegando no DVD em seu computador:

A resolução ideal de tela 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.

5. 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 ou no arquivo dejure17.html.

* 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 17 - Impressa na Gráfica e Editora Del Rey, Belo Horizonte-MG / 2011

Tiragem 3.500 exemplares