Mala Direta Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
CORREIOS

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Ana Flávia Sales
Ana Luiza Almeida Ferro
Ana Paula Alves Carvalho
Chrystian Machado Ribeiro
Daniela Porto Pinto
Eduardo Marques Vieira Araújo
Enéias Xavier Gomes
Érika de Laet Goulart Boechat
Helena Carvalho Moysés
Isaac Sabbá Guimarães
Jadir Cirqueira de Souza
Jussara Marra da Cruz Tuma
Késia Daiane Freitas Martins
Lennon Giovanni Gonçalves Ferreira
Luciana Perpétua Corrêa
Luís Eduardo Pimentel Vieira Araújo
Priscila Cesar Lins Assis de Carvalho
Priscila Souza da Silva
Renato Franco de Almeida
Saulo Marques Duarte
Yanet Martha Ocaña Fonseca

jul | dez 2012
ISSN n.º : 1809-8487
vol. 11
19

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Ana Flávia Sales
Ana Luiza Almeida Ferro
Ana Paula Alves Carvalho
Chrystian Machado Ribeiro
Daniela Porto Pinto
Eduardo Marques Vieira Araújo
Enéias Xavier Gomes
Érika de Laet Goulart Boechat
Helena Carvalho Moysés
Isaac Sabbá Guimarães
Jadir Cirqueira de Souza
Jussara Marra da Cruz Tuma
Késia Daiane Freitas Martins
Lennon Giovanni Gonçalves Ferreira
Luciana Perpétua Corrêa
Luís Eduardo Pimentel Vieira Araújo
Priscila Cesar Lins Assis de Carvalho
Priscila Souza da Silva
Renato Franco de Almeida
Saulo Marques Duarte
Yanet Martha Ocaña Fonseca

jul | dez 2012
ISSN n.° : 1809-8487
vol. 11
19

jul | dez
2012

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. 11, n.19 (jul/dez 2012). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2012.

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: Na Revista De Jure, vol. 11, nº 18, nas páginas 7 (COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC) e 9 (COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE), onde se lê: "Patrícia Ribeiro de Carvalho Brandão", leia-se "Patrícia Carvalho Brandão Ataíde Ribeiro".

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 (Novembro 2012)
Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

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

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

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)
Promotora de Justiça Elida de Freitas Resende

ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)
Promotor de Justiça Paulo César Vicente de Lima

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
Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Wagner Marteleto (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra / Portugal)
Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Silva Nunes (Faculdade de Negócios de Belo Horizonte, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)

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

REVISÃO
Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano

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
Prof. Me. Braulio Lisboa Lopes – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Brasil
Prof. Me. Charley Teixeira Chaves – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho – Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brasil
Prof. Me. Matheus Adolfo Gomes Quirino – Universidade de Itaúna, Brasil
Promotor de Justiça Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães, Me. – Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Esp. - Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Helena Carvalho Moysés
Kesia Daiane Freitas Martins (estágio supervisionado)

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 (November 2012)
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 Gregório Assagra de Almeida

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

SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)
Minas Gerais State Prosecutor Elida de Freitas Resende

SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)
Minas Gerais State Prosecutor Paulo César Vicente de Lima

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

EDITORIAL BOARD
Adilson de Oliveira Nascimento, PhD - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, PhD, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Rodrigo Iennaco de Moraes, MA, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto, MA, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies – Coimbra, Portugal)
Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)
Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autônoma de Mexico, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consummer Law, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)
Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamín, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Desembargador João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Curitiba, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (UFMG - Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, UERJ, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD - (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, MA (Faculdade de Negócios de Belo Horizonte, Brazil)

Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito (CAD), Brazil; Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (PUC/SP, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (USP, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (PUC/MG, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (UFMG, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (PUC/SP, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (UERJ, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (PUC/MG, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD, Brazil
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, MA, Brazil
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA, Brazil
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD, Brazil
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA, Brazil
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Luciano Coelho de Ávila, BA, Brazil
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA, Brazil
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)

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

PROOF READING
Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano

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
Prof. Braulio Lisboa Lopes, MA - Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Brazil
Prof. Charley Teixeira Chaves, MA – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA – Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brazil
Prof. Matheus Adolfo Gomes Quirino, MA – Universidade de Itaúna, Brazil
State Prosecutor Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães, MA – Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil
State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA - Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE
Helena Carvalho Moysés
Kesia Daiane Freitas Martins (intern)

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT
Credits in DVD disc.

PREFÁCIO

É com imenso prazer que apresentamos a 19ª edição da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais –, com os firmes objetivos de construção cognitiva e fornecimento de informações jurídicas diversas, tendo como pano de fundo o Direito doutrinário e sua aplicação prática, por intermédio da jurisprudência pátria e dos artigos doutrinários de distintas áreas.

Nesta edição, prevalece o olhar sobre o pós-positivismo jurídico, possibilitando acesso ao conhecimento de temas que se encontram em discussão, tanto nos tribunais como também nas cadeiras das universidades do país, estabelecendo um elo entre todas as áreas do Direito.

Na seção Doutrina Internacional, temos um interessante estudo da advogada Yanet Martha Ocana Fonseca e do professor Alcides Francisco Antunez Sanchez sobre o Direito Ambiental. O artigo Consideraciones teorico doctrinales sobre las herramientas de gestion ambiental. La auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI en Cuba traz o Direito Ambiental cubano do século XXI na teoria, na prática e na legislação, tendo em vista a gestão e auditoria ambiental.

Nesta edição há também, na seção Doutrina Nacional, a colaboração da promotora de Justiça Ana Luiza Almeida Ferro, membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Nesse artigo, a promotora propõe medidas ao Poder Legislativo para o enfrentamento de crimes organizados.

A revista conta ainda com as mais ricas colaborações doutrinárias de juristas e operadores do Direito.

Há também um DVD, contendo jurisprudência de diversos tribunais nacionais, assim como peças de técnica processual, apresentando decisões e temas relevantes ao ordenamento jurídico brasileiro.

O sucesso de nossas edições deve-se à significativa participação de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dos demais estados, de juristas, de professores e estudantes que colaboram enviando artigos, comentários à jurisprudência e peças processuais.

Salientamos que o envio de materiais deve ser feito, estritamente, por meio do sítio eletrônico www.mp.mg.gov.br/dejure. Nesse endereço, é possível também encontrar o formulário de submissão de artigos, assim como as edições anteriores da revista.

Ressalvamos, por fim, a solidificação da Revista De Jure no âmbito nacional, fomentando o acesso a informações de extrema relevância, tornando possível aos nossos leitores, de maneira dinâmica, uma verdadeira construção cognitiva.

Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Atingimos a 19ª edição da Revista De Jure. Objetivando a excelência e o devido reconhecimento, esta edição traz algumas mudanças e inovações, a fim de aperfeiçoar, cada vez mais, nosso trabalho frente aos interesses primordiais de possibilitar acesso eficaz às informações, sobretudo na construção do saber. Busca-se, com esse aprimoramento, aumentar sua nota de qualificação na QUALIS/CAPES e, ainda, sua inserção nos critérios exigidos pela Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal (Realyc), da Universidad Autónoma de Estado do México (UAEM), cujos objetivos fundamentais são a contribuição e o aperfeiçoamento do conhecimento científico na América Latina.

"Reconhecida a seriedade da Revista De Jure, convido a todos a apreciarem, mais uma vez, nosso trabalho"

O esforço da Revista De Jure em adquirir o reconhecimento esperado é justificado pela qualidade e eficiência na coleta e divulgação dos materiais enviados pelos promotores, procuradores, servidores, professores e estudantes.

Necessário enfatizar que a revisão dos materiais é extremamente eficiente, com o intuito de garantir aos leitores um trabalho sério e de interpretação acessível, tanto para aqueles que permeiam a área do Direito quanto para os leigos.

Por essa razão, os artigos enviados à revista são analisados de forma minuciosa pela equipe editorial. Além disso, são submetidos à revisão cega de pares. Por este esforço aqui retratado é que a edição n. 19 se apresenta com o primor esperado, sem perder sua função de transmitir conhecimento a todos os seus leitores.

Reconhecida a seriedade da Revista De Jure, convido a todos a apreciarem, mais uma vez, nosso trabalho e a construírem conosco a formação do conhecimento, por meio do envio de artigos doutrinários, comentários à jurisprudência e peças processuais.

Por fim, a revista reforça sua imagem de espaço legítimo de discussão e disseminação de ideias, mantendo sempre sua essência e seu caráter pluridisciplinar.

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ
Professor Me. de Derecho Ambiental e Mercantil na Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Granma, República de Cuba. Contato: aantunez@udg.co.cu.

ANA FLÁVIA SALES
Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada – IEC/PUC Minas. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora vinculada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – FAPEMIG (maio/2010 a fevereiro/2012). Professora de Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas - e na Faculdade de Ensino de Minas Gerais – FACEMG. Professora do curso de pós-graduação em Direito Processual Civil do Instituto de Direito Democrático – IDDE. Professora vinculada à cursos preparatórios para OAB e concursos públicos.

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

ANA PAULA ALVES CARVALHO
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contato: anacarvalho@mp.mg.gov.br

CHRYSTIAN MACHADO RIBEIRO
Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Contato: cmribeiro@mp.mg.gov.br

DANIELA PORTO PINTO
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EDUARDO MARQUES VIEIRA ARAÚJO
Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Professor de Direito do Trabalho. Mestre em Direito do Trabalho. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Contato: avme2009@yahoo.com.br

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

ÉRIKA DE LAET GOULART BOECHAT
Assessora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Contato: erikalaet@mp.mg.gov.br.

HELENA CARVALHO MOYSÉS
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e mestrado em Direito pela Universidade de Coimbra (1998). Atualmente é Doutorando pela Univali. Professor colaborador da UNIVALI. Professor convidado do CESUSC e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: política criminal, direito penal, constituição, criminologia e crime. Tem investigado sobre os problemas do ensino jurídico brasileiro.

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA
Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da comarca de Uberlândia/MG. Professor universitário e autor dos livros Ação civil pública ambiental, Curso de direito constitucional, Efetividade dos direitos da criança e do adolescente e Violência escolar (no prelo).

JUSSARA MARRA DA CRUZ TUMA
Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE; Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Dom Bosco (Parceria Curso Marcato); Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho (Parceria Curso Marcato).

KÉSIA DAIANE FREITAS MARTINS
Estagiária de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil.
Contato: kesia.freitas.martins@gmail.com

LENNON GIOVANNI GONÇALVES FERREIRA
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva e em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Analista do Ministério Público na promotoria de justiça de Brumadinho/MG

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
contato: lucianacorrea@mp.mg.gov.br .

LUÍS EDUARDO PIMENTEL VIEIRA ARAÚJO
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Especialidade Direito. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (em parceria com o Curso Praetorium). Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (em pareceria com o Curso LFG).

PRISCILA CESAR LINS ASSIS DE CARVALHO
Graduada em Direito pela UFMG; Pós-Graduada em Direito Público pela ANAMAGES e em Direito Constitucional pela Rede de Ensino LFG; Analista do Ministério Público de Minas Gerais, junto à 6ª Promotoria de Justiça da Capital - Juízo Cível.

PRISCILA SOUZA DA SILVA
Pós-Graduação em Ordem Jurídica, Cidadania e Ministério Público, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraíba. Atualmente, Assessora de Gabinete de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba.

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Cândido Mendes (1990), mestrado em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC (2005) e doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (2009). Atualmente é professor da Fundação Universidade de Itaúna.

SAULO MARQUES DUARTE
Analista do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
sduarte@mp.mg.gov.br

YANET MARTHA OCAÑA FONSECA
Licenciada en Derecho. A.A. República de Cuba.

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

25 | 84 CONSIDERACIONES TEORICO DOCTRINALES SOBRE LAS HERRAMIENTAS DE GESTION AMBIENTAL. LA AUDITORÍA AMBIENTAL, TEORÍA, PRAXIS Y LEGISLACIÓN EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI EN CUBA

THEORETICAL-DOCTRINAL CONSIDERATIONS ABOUT THE INSTRUMENTS OF ENVIRONMENTAL ADMINISTRATION: THE ENVIRONMENTAL AUDIT, THEIR APPLICABILITY IN CUBA

Yanet Martha Ocaña Fonseca
Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Doutrina Nacional • Artigo

85 | 111 UMA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A BILL TO COMBAT ORGANIZED CRIME

Ana Luiza Almeida Ferro

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

112 | 135 TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

LABOR, CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS: REREADING THE PRINCIPLE OF LABOR VALORIZATION

Eduardo Marques Vieira Araújo

2 DIREITO PENAL

Artigo

139 | 162 O ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009: HÁ CRIME ÚNICO, CONTINUIDADE DELITIVA OU CONCURSO MATERIAL QUANDO SE ESTÁ DIANTE DA PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO?

RAPE AFTER LAW Nº 12.015/2009: IS THERE A SINGLE CRIME, A CONTINUING DELICT OR A MATERIAL CONCURRENCE WHEN ONE FACES SEXUAL INTERCOURSE AND A DIFFERENT LIBIDINOUS ACT IN A SAME FACTIC CONTEXT?

Luís Eduardo Pimentel Vieira Araújo

Comentário à Jurisprudência

163 | 189 NECESSIDADE DE SE ABANDONAR A POLÍTICA DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS PARA SE RESGUARDAREM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA, PACIFICAÇÃO SOCIAL E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Luciana Perpétua Corrêa

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo

193 | 225 O PROBLEMA DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE ALEXY: APROXIMAÇÕES EPISTÊMICAS E PRÁTICO-JURÍDICAS À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A PRISÃO CAUTELAR

THE CONFLICT OF RULES AND ALEXY'S SOLUTION: EPISTEMIC, LEGAL AND PRACTICAL APPROXIMATIONS TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND PREVENTIVE DETENTION

Isaac Sabbá Guimarães

Comentário à Jurisprudência

226 | 235 A DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAÇÃO DO ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO SEU EMPREGO

Ana Paula Alves Carvalho

4 DIREITO CIVIL

Artigo

239 | 261 A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

JURISDICTION OF THE CHILD AND ADOLESCENT COURT AND THE UNAVAILABLE INDIVIDUAL RIGHTS

Jadir Cirqueira de Souza

Comentário à Jurisprudência

262 | 275 O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

Helena Carvalho Moysés

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo

279 | 301 PRIMEIROS DELINEAMENTOS TEÓRICOS DA PESQUISA CIENTÍFICA *PROCESSO COMO TEORIA DA LEI DEMOCRÁTICA*, DE AUTORIA DO PROFESSOR ROSEMIRO PEREIRA LEAL

THEORETICAL FEATURES OF PROFESSOR ROSEMIRO PEREIRA LEAL'S SCIENTIFIC RESEARCH ***PROCEEDINGS AS A THEORY OF DEMOCRATIC LAW***

Ana Flávia Sales

Comentário à Jurisprudência

302 | 315 ANÁLISE DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA ATO DO PODER PÚBLICO

Érika de Laet Goulart Boechat

6 DIREITO COLETIVO

Artigo

319 | 354 AGENTES POLÍTICOS ELETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

ELLEGIBLE POLITICAL AGENTS AND SOCIAL RIGHTS

Renato Franco de Almeida

Comentário à Jurisprudência

355 | 367 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DAS DOAÇÕES CASADAS DE RECURSOS AOS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Saulo Marques Duarte

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo

371 | 385 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CLASS ACTIONS AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

Jussara Marra da Cruz Tuma

Comentário à Jurisprudência

386 | 401 O DIREITO QUALIFICADO DAS MINORIAS PARLAMENTARES A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DE INTERESSE GERAL

Lennon Giovanni Gonçalves Ferreira

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo

405 | 438 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

CONSTITUTIONALITY CONTROL OF THE REQUIREMENTS OF RELEVANCE AND URGENCY OF EXECUTIVE ORDERS

Priscila Cesar Lins Assis de Carvalho

Comentário à Jurisprudência

439 | 453 REPERCUSSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Chrystian Machado Ribeiro

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo

457 | 471 A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

THE EVOLUTION OF OPINIONS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT REGARDING THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE TO CONDUCT CRIMINAL INVESTIGATION

Priscila Souza da Silva

Comentário à Jurisprudência

472 | 481 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Daniela Porto Pinto

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo

485 | 499 DA CRÍTICA DE HANS KELSEN ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES
FROM THE CRITICISM OF HANS KELSEN TO PARLIAMENTARY IMMUNITY
Enéias Xavier Gomes

Comentário à Jurisprudência

500 | 509 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO CARÁTER TAXATIVO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.494/1997
Késia Daiane Freitas Martins

11 NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

513 PORTUGUÊS

522 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)
"A atuação do Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF) e apuração de atos ilícitos".
Palestra proferida pelo Diretor de Análises do COAF, Antônio Carlos Pereira de Souza, como parte do "Seminário Estadual: 20 anos da Lei de Improbidade Administrativa", realizado no dia 17 de agosto, no Salão Vermelho da Procuradoria-Geral de Justiça, em 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: Ação civil pública com pedido de liminar objetivando a adoção de medidas concretas para que o número de detentos não exceda ao limite de vagas do presídio.
Ely da Silva Pinto, Marco Antonio Picone Soares, Inês Maria Dutra e Silva e Octávio Augusto Martins Lopes (Promotores 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: Embargos declaratórios em ação de reparação de dano ambiental.
Gisela Potério Santos Saldanha (Procuradora 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: Ação civil pública com pedido de transporte escolar gratuito custeado pelo município a todos os alunos da educação infantil ao ensino médio.
Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick, Celso Penna Fernandes Júnior, Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema e Matilde Fazendeiro Patente (Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais)

Técnica: Recomendação conjunta MPF/ MPMG/ DPMG para que município e mineradora adotem medidas que garantam o acesso e a permanência de alunos em escola.
Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick, Marina Kattah, Marcelo Mata Machado Leite Pereira, Francisco Chaves Generoso, Paulo César Vicente de Lima (Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais), Silmara Cristina Goulart (Procuradora da República), Flávia Marcelle Torres Ferreira de Morais (Defensora Pública)

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

Técnica: Ação direta de inconstitucionalidade em face de lei municipal que dispõe sobre o pagamento de dívidas de agentes políticos ou públicos.
Alceu José Torres Marques (Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais)

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

Técnica: Ação civil pública com pedido de providências concretas para que adolescentes sejam acautelados em estabelecimentos especializados.
Ludmila Alessandra Vieira Bottaro (Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais)

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

Técnica: Ação civil pública por improbidade administrativa em razão de contratações temporárias realizadas sem concurso público
Márcio Florestan Berestinas (Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso)

11 – 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

CONSIDERACIONES TEORICO DOCTRINALES SOBRE LAS HERRAMIENTAS DE GESTION AMBIENTAL. LA AUDITORÍA AMBIENTAL, TEORÍA, PRAXIS Y LEGISLACIÓN EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI EN CUBA

THEORETICAL-DOCTRINAL CONSIDERATIONS ABOUT THE INSTRUMENTS OF ENVIRONMENTAL ADMINISTRATION: THE ENVIRONMENTAL AUDIT, THEIR APPLICABILITY IN CUBA

YANET MARTHA OCAÑA FONSECA
Licenciada en Derecho
Universidad de Granma, República de Cuba
aantunez@udg.co.cu

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ
Profesor de derecho ambiental y mercantil
Universidad de Granma, República de Cuba
aantunez@udg.co.cu

RESUMEN: La investigación aborda un tema muy importante y poco tratado por los especialistas de la materia, se trata de la Auditoría Ambiental en Cuba. Primeramente se hace una breve reseña histórica acerca del Medio Ambiente para así poder tener una mayor cultura sobre este tema, incluyendo cuales son los principales problemas ambientales que lo afectan. El trabajo se basa en la necesidad de que la auditoría ambiental esté registrada en la Ley de Auditoría

en Cuba o en la Ley del Medio Ambiente. El trabajo se ha dividido en dos epígrafes: en el primero se hace una exposición sobre el Medio Ambiente y los impactos ambientales adversos contra este y las categorías relacionadas con la solución de los problemas ambientales; el segundo trata sobre los instrumentos de la gestión ambiental aplicados por la administración pública en la protección ambiental. En este epígrafe se detalla cuáles son los instrumentos de la gestión ambiental y la regulación por norma jurídico-administrativa de la Auditoría Ambiental en Cuba. Este trabajo tiene gran importancia porque tanto en las personas jurídicas como en las naturales existe un gran desconocimiento sobre el tema, debido a la poca divulgación que le han dado, además porque expone la necesidad de que se establezca claramente cómo debe realizarse el procedimiento de la Auditoría Ambiental. Los métodos generales y de nivel teórico utilizados fueron: método análisis-síntesis, inducción-deducción y el análisis histórico lógico. En el caso de los métodos particulares de las ciencias jurídicas utilizamos el método exegético-jurídico, el jurídico-comparado y el histórico-jurídico.

PALABRAS CLAVES: gestión ambiental, auditoría, medio ambiente.

ABSTRACT: The investigation approaches a very important topic and not very tried by the specialists of the matter, it is the Environmental Audit in Cuba. Firstly a brief historical review is made about the environment for this way to be able to have a bigger culture on this topic, including which you/they are the main environmental problems that affect it. The work is based on the necessity that the environmental audit is registered in the law of Audit in Cuba or in the law of the environment. The work has been divided in two epigraphs: in the first one an exhibition is made on the environment and the adverse environmental impacts against this and the categories related with the solution of the environmental problems; the second it tries on the instruments of the environmental administration applied by the public administration in the environmental protection. In this epigraph it is detailed which the instruments of the environmental administration and the regulation are for juridical norm - administrative of the Environmental Audit in Cuba. This work has great importance because so much in juridical

people as in the natural ones a great ignorance exists on the topic, due to the little popularization that you/they have given him, also because it exposes the necessity that he/she settles down clearly how he/she should be carried out the procedure of the Environmental Audit. The general methods and of used theoretical level they were: method analysis-synthesis, induction-deduction and the logical historical analysis. In the case of the methods peculiar of the juridical sciences we use the exegético-juridical method, the one juridical-compared and the historical-juridical one.

KEY WORDS: Audit, environment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El medio ambiente y sus impactos ambientales adversos. 3. Los instrumentos de la gestión ambiental aplicados por la Administración Pública en la protección ambiental. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

La protección y el cuidado del medio ambiente como objetivo primordial de cada individuo que habita el planeta, es la conciencia a la que apelamos hoy en este siglo XXI, involucrando una obligación moral que rebase las sugerencias del futuro y que debe instalarse en este momento preciso, en este aquí y ahora, de ahí que se habla hoy en día del ciudadano ambiental y la carga que tiene en materia de responsabilidad con el medio que le rodea.[1]

Hoy en nuestros días en el actual debate académico y político que se sucede en estos días sobre la protección de la tierra, los cambios climáticos, y de todas las implicaciones socio económicas que

[1] SALGADO ÁLVAREZ, Rebeca. Trabajo de tesis en opción por el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas. Universidad de Granma. Año 2010. Donde aborda la problemática internacional relacionada con la agresión al medio ambiente y sus consideraciones respecto a modificar conductas que nos permitan conservar el medio y dentro de este al hombre como ser social, abordando la dinámica social del problema, y como debe ser orientadas las acciones para incidir en cambiar patrones de estas conductas tributarias al logro de una conciencia medioambiental adecuada.

esto conlleva, es pertinente significar que han contribuido a que en el contexto internacional se haya producido todo un proceso negociado multilateral, que algunos de ellos han llegado a tener fuerza de ley al convertirse en tratados internacionales dentro del sistema de Naciones Unidas, y en otros no se ha logrado este consenso, no ajeno a la política, y dentro de esta el auge que ha estado teniendo todas las políticas neoliberales de globalización, con una marcada tendencia a todo un proceso de la economía a escala mundial, el medio ambiente no está ajeno a ello, y con esto la supervivencia del hombre en el planeta tierra.

Está comprobado por investigadores y científicos que en la comunidad primitiva al comenzar la interacción entre el hombre y la naturaleza y viceversa, al definirse el fuego como el primer logro de supervivencia, quedó demostrado que indiscutiblemente fue la primera forma de agresión a la naturaleza, lo que se intensifica a partir de constituir una necesidad la tala de los árboles para mantenerlo vivo, en la medida que la raza humana fue evolucionando, se convirtió sin pretenderlo en un agresor contra el medio ambiente, con la caza, la pesca, la extensión de cultivos, el desvío del curso de las aguas con fines de riego, el desarrollo agrícola, la construcción de caminos, de carreteras, del ferrocarril, los puertos, los aeropuertos, las viviendas, etc.; son sólo algunos de los ejemplos que demuestran la agresión al medio ambiente.

La etapa inicial concurre entre los años 1960 y 1968, con debates ambientalistas y las corrientes ecológicas internacionales, entraron en un período de organización que se extendió hasta 1974. En 1972 se celebró en Estocolmo, Suecia, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano y se fundó el Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), primeros promotores de *ecodesarrollo* como intento por incorporar objetivos culturales, sociales y ecológicos al concepto de desarrollo.[2]

[2] INFORME CONCLUSIVO, sobre los resultados de la Cumbre realizada en Río de Janeiro, Brasil. 1995. Donde se señalan la problemática ambiental internacional, y acciones que tienen que ejecutar los países aquí reunidos para modificar sus conductas, en pos de preservar el medio ambiente para las futuras generaciones.

La década de los años 80 del pasado siglo, hizo evidente algunos de los problemas ambientales que más preocupan a la humanidad, tales como: el agotamiento de la capa de ozono, el efecto invernadero, la pérdida de la diversidad biológica, la contaminación urbana, el tráfico transfronterizo de desechos peligrosos, la contaminación de los mares, océanos y zonas costeras y el deterioro ambiental asociado a las condiciones de subdesarrollo y pobreza en que viven las tres cuartas partes de la población mundial.

La historia de Cuba, recoge que durante la etapa de dominación por la *metrópoli española*, en la historia del Estado y del Derecho está plasmado que fueron promulgadas las primeras legislaciones sobre la tierra, la protección de los bosques, el agua, salubridad, puertos y en materia de minería, en los depósitos en el Archivo Histórico de Cuba. El período de 1902 a 1959, le precedió en Órdenes Militares, emitidas por autoridades intervencionistas norteamericanas en materia de minería. En la época de la República en el período de 1923 al 1933 se promulgaron Decretos que no funcionaron, fueron letra muerta para grandes latifundistas y extranjeros con negocios en el país. El período de 1936 hasta 1957 se dictaron Decretos, destacando como nota singular, que fueron períodos ricos en emisión legislativa, pero no eran cumplidos por la clase rica en el poder público estatal en este momento histórico.[3] En el período de 1959 al año 2004, los momentos relevantes están en la expresión de la voluntad estatal en pos de la protección del medio ambiente, con el otorgamiento del rango constitucional al Medio Ambiente, la Constitución de la República de 1976, en su artículo 27 y con la modificación del mismo en el 1992, fortaleciendo la idea de la integración del medio ambiente con el desarrollo económico y social sostenible, se establece que:

> el Estado protege el Medio Ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la super-

[3] DERECHO AMBIENTAL CUBANO. Colectivo de autores. Material básico de pregrado, utilizado en la formación en derecho ambiental de los juristas cubanos y alumnos que estudian ciencias jurídicas, de la Editorial Félix Valera. Universidad de La Habana. Ciudad de La Habana. Cuba. 2000.

> vivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, correspondiéndole a los órganos competentes aplicar esta política. Se establece también que es deber de los ciudadanos contribuir a la protección de las aguas, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza. [4]

Otros momentos significativos fueron, la creación de la *Comisión Nacional para la Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales* en 1976, la promulgación de la Ley 33 de 1981, "De Protección del Medio Ambiente y del uso Racional de los Recursos Naturales", la promulgación del Decreto Ley 118 de 1990 "Estructura, Organización y Funcionamiento del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y su Órgano Rector", la aprobación del Programa Nacional del Medio Ambiente y Desarrollo, la adecuación cubana de la Agenda 21 de 1993[5] y como último y más grande momento dentro de la labor medioambiental del Estado, se creó en 1994 el Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, organismo de la Administración Pública encargado de dirigir y controlar las estrategias y programas de educación ambiental, la ejecución de las inspecciones ambientales estatales dirigidas a evaluar de forma exhaustiva el uso de los recursos naturales y la realización de estudios para la evaluación de impactos ambientales, que implican estos impactos (positivos o negativos) en el estado natural del medio. La investigación realizada ofrece significativos aportes para el perfeccionamiento del modelo cubano en la solución y mitigación de los problemas ambientales y la mejora del medio ambiente en aras de elevar la calidad de vida del pueblo cubano,

[4] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Editora Ministerio de Justicia. 2000. La Habana. Cuba. Ver artículo constitucional número 27, relacionado con la protección del medio ambiente por parte del Estado cubano y otros principios constitucionales que guardan relación con la temática.

[5] Documentos relacionados con la AGENDA 21 en materia de medio ambiente, ONU. Sistema de Naciones Unidas.1999. Y como la misma se introdujo dentro del ordenamiento jurídico cubano. Ejemplo de ello concurrió en la ciudad de Bayamo, provincia Granma. Cuba. Consultar el trabajo de tesis de especialidad en asesoría jurídica de RAMIREZ GARCÍA, Ramón. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba. Donde aborda el tema en la municipalidad de Bayamo, por el órgano de gobierno, en relación con las acciones para la mitigación de los problemas ambientales en relación con el rio Bayamo y la comunidad.

que tribute a una adecuada formación de la conciencia jurídica ambientalista por parte de los actores activos y pasivos en las esferas macro, meso y micro del contexto social cubano. Razón por la que el derecho como parte de las ciencias sociales no debe ser un ente aislado, sino verlo desde un todo con el resto de las ciencias básicas.

2. El medio ambiente y los impactos ambientales

El impacto ambiental. Generalidades. El hombre, desde su primera existencia en el mundo ha necesitado de la naturaleza para poder sobrevivir y así poder alcanzar el desarrollo que este tiene en la actualidad pero no siempre esa interacción hombre-naturaleza ha sido de manera favorable para el Medio Ambiente en su conjunto, pues este ha alcanzado un gran estado de deterioro. El tema de la importancia de cuidar el Medio Ambiente tomó fuerza en la segunda mitad del siglo pasado, en la década de los años setenta, cuando la humanidad tomó conciencia de que los recursos de nuestro planeta que resultan imprescindibles para la vida, no son ilimitados y de que existe la posibilidad de que los mismos se agoten y se deterioren.

Se puede decir que el primer legado ambiental que se conoce fue expuesto por Noah Sealth, jefe indio de los Suquamish. El jefe Seattle nació alrededor de 1786 en la tribu de los Suquamish, que vivían en el área de Puget Sound, en el oeste de Norteamérica. Su padre Schwake era cacique y líder de guerreros, y su madre Schohtza era hija de un jefe de la tribu Duwamish. En la época de su nacimiento empezó a hacerse una evidencia de los colonizadores británicos y estadounidenses, tanto por la aparición de naves fuera de las costas como por una epidemia de viruela, que azoto a los nativos de la zona incluso antes de haber visto a los nuevos colonizadores.

En 1792 el capitán británico George Vancouver visitó a los nativos de la zona para comerciar. Este evento dejó una gran impresión en el joven Seattle, quien se interesó por la tecnología de los colonizadores, especialmente las armas de fuego. Hacia el año 1800 se incrementaron las luchas entre las diferentes tribus de la zona. Los Suquamish eran atacados con frecuencia por los vecinos del norte, para capturar mujeres y niños con el fin de aumentar sus

familias. También fueron atacados por la tribu Yakama, quienes vendían a los prisioneros a otras tribus en el sur. Para defenderse, un líder Suquamish llevó a cabo un ataque contra la tribu Cowiche en la isla de Vancouver. Seattle participó en esta batalla.

Ganó gran prestigio como guerrero y líder en batallas posteriores. Guió ataques contra los pueblos de Río Verde y Río Blanco, utilizando sus conocimientos sobre las tácticas de sus adversarios para tomar ventaja. Poco después, en una ceremonia ritual adoptó el nombre de su abuelo, Seattle, y se convirtió en jefe de los Suquamish y de los Duwamish. En 1832 la compañía Hudson's Bay inició la construcción de una estación comercial cerca de las tierras de los Suquamish. Seattle aprovechó el momento para reforzar alianzas con los colonizadores e incrementar el comercio. Apoyó la cristianización de los nativos, hizo construir capillas y escuelas e instituyó oraciones en la mañana y en la tarde. En los años siguientes participó en otros asaltos a tribus vecinas, mientras se esforzaba por mantener buenas relaciones con los colonizadores.

En 1850 le propuso a un agente comercial, David Maynard, la construcción de un punto comercial en el pueblo que había sido establecido por el colonizador Arthur Denny. El pueblo era llamado Duwamps en honor a la tribu de los Duwamish, pero el éxito de la empresa de Maynard lo llevó a cambiarle el nombre a Seattle. El jefe Seattle no estuvo contento con este nombre, pues según su cultura su espíritu, después de su muerte sería molestado cada vez que se pronunciara su nombre. El 10 de enero de 1854, el gobernador Isaac Stevens llegó al territorio para convencer a los Suquamish y a los Duwamish para que se trasladaran a una reservación, pues el auge comercial hacía crecer rápidamente los pueblos de los "hombre blancos" y deseaban un mayor espacio. En un elocuente discurso Seattle recomendó el traslado, pero pidió que la gente de su pueblo pudiera visitar los sitios funerarios de su gente cuando lo desearan. Así se firmó el tratado de Point Elliot, el 22 de enero de 1855, tratado entre el gobierno de Estados Unidos y varias tribus amerindias de la región del Puget Sound en el entonces recientemente formado Territorio de Washington. Fue firmado el 22 de enero de 1855 en

Point Elliott, donde actualmente está Mukilteo, Washington. Por este tratado ambas partes se comprometían a evitar las hostilidades, se cedía 2.5 millones acres de tierra al gobierne de los Estados Unidos y se establecía las reservas de Port Madison, Tulalip, Swinomish, y Lummi. Sin embargo el jefe Seattle le preocupaba que los colonizadores le dieran mayor importancia a una firma en un papel que a su palabra.

A partir de ese momento el jefe Seattle se dedicó a esforzarse para que los hombres blancos cumplieran el acuerdo, aunque respetaba también al gobierno estadounidense. Sin embargo, debido a las enfermedades traídas por los colonizadores, el alcoholismo y la pobreza, su pueblo fue disminuyendo. Los años que le quedaron de vida los dedicó a abogar ante los blancos por las necesidades de su pueblo. En su última ceremonia ritual entregó entre sus allegados sus pocas posesiones. Falleció el 7 de junio de 1866. A su funeral asistió un gran número de nativos y varios representantes de los colonizadores.[6]

Algunas consideraciones en torno al Medio Ambiente. A partir de ese momento, el tema de la protección del Medio Ambiente ha ido adquiriendo relevancia y ha dejado de ser una preocupación específica de grupos ecologistas aislados, para convertirse en una prioridad de toda la sociedad y formar parte de las políticas de desarrollo de la mayoría de los países del mundo. No obstante, y a pesar de los esfuerzos internacionales realizados en los últimos años, no se ha logrado detener ni el proceso de agotamiento y uso inadecuado de los recursos que nos brinda la tierra, ni la contaminación del Medio Ambiente, lo que evidencia la necesidad de continuar profundizando en este tema, en el que todos y cada uno de nosotros tiene su influencia.

Antes de proceder a tratar cualquier aspecto relacionado con la temática del Medio Ambiente es preciso definir dicho término. En la doctrina se pueden encontrar varios conceptos del Medio Ambiente, existiendo consenso en las percepciones que se han

[6] Noah Sealt. Indio norteamericano que dejó el primer legado en materia ambiental.

vertido sobre el mismo. Según el especialista en la materia Gómez Orea, en el año1988 señalo:

> Medio Ambiente es el entorno vital, o sea el conjunto de factores físico-ambientales, estéticos, culturales, sociales y económicos que interactúan entre sí con el individuo y la comunidad en la que vive, determinando su forma, relación, carácter y supervivencia. No debe considerarse pues, como el medio envolvente del hombre, sino como algo indisociable de él, de organización y de su proceso.[7]

La Ley 81 sobre Medio Ambiente de la República de Cuba aprobada en julio de 1997, establece en su artículo 12 como concepto básico que Medio Ambiente es el:

> Sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades [8].

El tabloide de Introducción al conocimiento del Medio Ambiente de "Universidad para Todos" define al Medio Ambiente como un sistema complejo y dinámico de interrelaciones ecológicas, socioeconómicas y culturales, que evoluciona a través del proceso histórico de la sociedad, abarca la naturaleza, la sociedad, el patrimonio histórico – cultural, lo creado por la humanidad y como elemento de gran importancia las relaciones sociales y la cultura.[9]

La norma NC-ISO 14001 considera Medio Ambiente como el entorno en el cual una organización opera, incluyendo el aire, el agua, el suelo, los recursos naturales, la flora, la fauna, los seres humanos y su interrelación[10]. Considero que medio ambiente es un sistema formado por elementos naturales y artificiales que están

---

[7] Colectivo de autores: Curso Básico del Medio Ambiente.

[8] Ley 81"Del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 11 de julio de 1997.

[9] Tabloide: Introducción al conocimiento del Medio Ambiente de "Universidad para Todos." Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana. Cuba.

[10] Norma ISO 14001:1998, Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y directrices para su uso.

interrelacionados y que son modificados por la acción humana. Se trata del entorno que condiciona la forma de vida de la sociedad y que incluye valores naturales, sociales y culturales que existen en un lugar y momento determinado.

Los seres vivos, el suelo, el agua, el aire, los objetos físicos fabricados por el hombre y los elementos simbólicos (como las tradiciones, por ejemplo) componen el medio ambiente. La conservación de éste es imprescindible para la vida sostenible de las generaciones actuales y de las venideras. Podría decirse que el Medio Ambiente incluye factores físicos (como el clima y la geología), biológicos (la población humana, la flora, la fauna, el agua) y socioeconómicos (la actividad laboral, la urbanización, los conflictos sociales). Medio Ambiente es un término global, de manera que abarca a todos los factores o componentes ambientales. De hecho su definición recuerda la definición general de un sistema y como tal suele considerarse. Nos referimos a un sistema con fuertes interrelaciones entre sus elementos, que tiene que ser tratado, y manejado con integralidad y vinculado a los procesos de desarrollo. Este puede dividirse para su estudio en:

Medio abiótico, inerte o medio físico propiamente dicho: Se refiere a aquella parte del medio constituida por elementos no vivos, tales como el aire, la tierra y el agua.

Medio biótico: Constituido por los elementos vivos como son la flora y fauna

Medio socio-económico: Sistema constituido por las estructuras y condiciones sociales, histórico-culturales y económicas en general, de las comunidades humanas o de la población de un área determinada.

Medio perceptual: Lo constituyen unidades de paisaje tales como cuencas, valles, determinada área urbana (una calle, un barrio).

Medio ambiente personal: Es la percepción del medio ambiente por cada individuo en particular a través de sus condiciones de vida

(nivel, calidad de vida, cultura y desarrollo). Cada persona se forma una imagen que da lugar a conductas ante el medio ambiente. Perteneciente o relativo al hombre o sus actos.

Los elementos ambientales son: El aire. El agua. El suelo. La biota. El componente socio-económico. Los elementos ambientales se encuentran en constante relación con las argumentaciones anteriormente expuestas y a partir de los mismos se delimitan determinadas líneas a seguir que se vislumbran a través de diferentes principios, en función de alcanzar un mayor entendimiento de las bases sobre las que se rige el Medio Ambiente.

La introducción en la atmósfera, por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza, que ponga en peligro su salud, que cause daños a los recursos biológicos y a los ecosistemas, que deteriore los bienes materiales y que dañe o perjudique las actividades recreativas y otras utilizaciones legítimas del Medio Ambiente, traería consigo problemas medioambientales. Actualmente resulta imposible hablar de problemas ambientales sin tener en cuenta los diferentes modelos de desarrollo imperantes, con los conflictos y afectaciones que estos provocan. Estos problemas no tienen las mismas características en los países desarrollados donde se utilizan los recursos naturales de forma irracional e intensiva, que en los del Tercer Mundo en que la pobreza y el hambre provocan grandes presiones sobre el medio.

América Latina vive un momento difícil de crisis social y económica que afecta toda la región. La pobreza en general es una manifestación y al mismo tiempo una de las causas de la degradación del medio ambiente en la región. La deuda externa y la mencionada crisis han afectado necesariamente la capacidad para protegerlo. Esto nos da una idea de que la problemática ambiental del Caribe y América Latina ha de ser algo diferente en su contexto a la existente en regiones como Europa.

Considerando así como problema ambiental toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo inferido al

medio ambiente o a uno de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica. Aquellos provenientes de cualquier actividad y en cualquier estado físico que por la magnitud o modalidad de sus características corrosivas, tóxicas, venenosas, explosivas, inflamables, biológicamente perniciosas, infecciosas, irritantes o cualquier otra, representan un peligro para la salud humana y el Medio Ambiente.

Principales problemas ambientales que afectan al Medio Ambiente:

- **Pérdida de la diversidad biológica:** En el transcurso de los años se han ido manifestando diferentes causales que de una forma u otra han incidido en afectaciones a nuestra biodiversidad, entre las cuales pueden citarse: el inadecuado manejo de determinados ecosistemas frágiles; la destrucción del hábitat natural de especies; la aplicación de una agricultura intensiva con la utilización excesiva de recursos y baja rotación de cultivos; una débil integración entre las estrategias de conservación y uso sostenible de la biodiversidad y las actividades de desarrollo económico; la carencia de programas integrados para evaluar, conservar y usar de manera sostenible la diversidad biológica; la excesiva demora en el establecimiento legal y funcional del Sistema Nacional de Áreas Protegidas; el inadecuado control sobre la apropiación ilícita de especies de gran valor, la caza furtiva y la pesca de especies de alto valor económico; la falta de control sobre el cumplimiento de la legislación vigente; el inadecuado manejo de proyectos de carácter científico o económico, que han propiciado la salida del país de recursos genéticos de importancia; y la falta de conciencia y educación ambiental de la población.

- **Agotamiento de la Capa de Ozono:** Uno de los problemas más urgentes que afectan el Medio Ambiente y la vida del planeta, es el agotamiento de la capa de ozono de la estratosfera, escudo protector del planeta, por la acción de productos químicos basados en el cloro y el bromo.

Este agotamiento permite una mayor penetración de rayos ultravioletas hasta la superficie terrestre, altamente nocivos al hombre y a los ecosistemas. Naciones Unidas ha desarrollado múltiples acciones de protección en este sentido con la creación del Convenio de Viena para la protección de esta capa y el Protocolo de Montreal para la eliminación de las sustancias que la agotan, conocidas como SAOz (Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono).

- **Aumento de la contaminación:** Independientemente que la contaminación puede producirse por procesos naturales, es la actividad antrópica la principal causa de la creciente contaminación del agua, el aire y los suelos por los vertidos y descargas de residuos industriales y agrícolas como resultado, en las últimas décadas, del crecimiento agigantado de la industria en las que se desarrollan cada vez más sustancias contaminantes, de la aplicación inapropiada de agroquímicos y de la actividad urbana.

- **Degradación del suelo:** La degradación se origina entre otras causas por el uso incorrecto de las tierras, el diseño y construcción de nuevas vías de acceso, y de centrales hidroeléctricas, sin las necesarias salvaguardas ambientales, así como por el uso indiscriminado de agroquímicos. Los fenómenos de erosión, encharcamiento y salinización, producen con el tiempo la pérdida de la capacidad productiva del suelo.

- **Cambios climáticos:** El calentamiento global de la atmósfera (el efecto invernadero) debido a la emisión, por parte de la industria y la agricultura, de gases (sobre todo dióxido de carbono, metano, óxido nitroso y clorofluorocarbonos) repercute sobre los mecanismos de la circulación atmosférica, los regímenes de lluvia y la frecuencia de eventos meteorológicos. Estos cambios inciden también sobre la salud humana, la disponibilidad de agua, entre otras cuestiones.

- **Deterioro del saneamiento y las condiciones ambientales en asentamientos humanos:** El servicio de agua potable ha sufrido limitaciones en cantidad y calidad en los últimos años motivado por insuficiencias en el suministro estable de los productos necesarios para su tratamiento y el deterioro de las instalaciones y medios donde se ejecuta esta actividad; el estado técnico insatisfactorio de las redes de acueducto y alcantarillado, debido en muchos casos por el largo tiempo de explotación, y la falta de sistematicidad en su mantenimiento y reparación; la disminución sensible de los tiempos medios de servicio; el descenso del servicio público en favor del fácil acceso y dificultades para llevar a cabo una efectiva vigilancia de la calidad del agua. Todo esto con una alta incidencia en las condiciones ambientales de los principales asentamientos humanos.

- **Deforestación:** Se ha incrementado la tendencia al uso irracional de los bosques, tanto naturales como artificiales, con fines energéticos, dada la situación existente con los combustibles domésticos, la habilitación de áreas de autoconsumo y acciones constructivas, para lo que no siempre se ha previsto el impacto ambiental. Persisten problemas con la calidad de la mayoría de los bosques naturales como consecuencia de un inadecuado manejo y explotación en etapas anteriores, sobre todo en las cuencas hidrográficas más importantes. Actualmente se deben reconocer los esfuerzos realizados, que manifiestan la necesidad de atención y de acciones concretas para cambiar la situación ambiental. Estos esfuerzos por percibir y entender los problemas ambientales hicieron que el hombre también entendiese cuál es el tipo de relación entre él y la naturaleza que determinará los problemas ambientales, su intensidad y calidad. Al admitirse que toda actividad humana, económica y sociocultural tiene lugar en un contexto biofísico y que interfiere en él, haciendo necesario transformar la calidad e intensidad de esas relaciones.

- **El impacto ambiental. Particularidades sobre esta acción.** Se entiende por impacto ambiental el efecto que produce una determinada acción sobre el Medio Ambiente en sus distintos aspectos. El concepto puede extenderse, con poca utilidad, a los efectos de un fenómeno natural catastrófico. Técnicamente, es la alteración de la línea de base, debido a la acción antrópica o a eventos naturales.

  Las acciones humanas, son los principales motivos que han producido que un bien o recurso natural sufra cambios negativos. Ahora los recursos naturales se encuentran amenazados en todos los sentidos, el agua, el suelo, el aire son recursos que están siendo afectados por medidas o acciones sin previos estudios que permitan mitigar estos impactos, la minimización del impacto ambiental es un factor preponderante en cualquier estudio que se quiera hacer en un proyecto o acción a ejecutar, con esto se logrará que los efectos secundarios pueden ser positivos y, menos negativos. Otra cosa importante que tiene que ver con el impacto ambiental es la evaluación de impacto ambiental (EIA) es el análisis de las consecuencias predecibles de la acción; y la Declaración de Impacto ambiental (DIA) es la comunicación previa, que las leyes ambientales exigen bajo ciertos supuestos, de las consecuencias ambientales predichas por la evaluación. Sin caer en el mero conservacionismo, podemos alcanzar resultados de preservación con éxito cuando de una acción tratemos de minimizar el impacto negativo y cambiarlo por aspectos positivos que involucren que el ser humano cumpla la interrelación naturaleza-hombre, el Medio Ambiente no es de las futuras generaciones, es preocupación de todos en la actualidad, necesitamos concientizar en cuidar los espacios verdes, respetar la biodiversidad. Es importante que en nuestras acciones se manejen con sustentabilidad.

Clasificación de los impactos ambientales, en torno a la dimensión social de la problemática medioambiental: Los impactos ambientales pueden ser clasificados por su efecto en el tiempo, en 4 grupos principales:

- Irreversible: Es aquel impacto cuya trascendencia en el medio, es de tal magnitud que es imposible revertirlo a su línea de base original. Ejemplo: Minerales a tajo abierto.

- Temporal: Es aquel impacto cuya magnitud no genera mayores consecuencias y permite al medio recuperarse en el corte plazo hacia su línea de base original.

- Reversible: El medio puede recuperarse a través del tiempo, ya sea a corto, mediano o largo plazo, no necesariamente restaurándose a la línea de base original.

- Persistente: Las acciones o sucesos practicados al Medio Ambiente son de influencia a largo plazo, y extensibles a través del tiempo. Ejemplo: Derrame o emanaciones de ciertos químicos peligrosos sobre algún biotopo.

En el artículo 31 de la Ley 81 "Del Medio Ambiente", se expresa que "el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, en coordinación con los órganos y organismos competentes, podrá someter a evaluaciones de impacto ambiental los planes o políticas de desarrollo urbano o industrial, de manejo forestal, hídricas, de desarrollo turístico, minero, pesquero y de manejo del suelo. Este proceso de evaluación no requiere del otorgamiento de una licencia ambiental"[11]. De lo que plantea el precepto anterior podemos inferir que Cuba reconoce la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), la que consiste en el proceso de evaluación de Políticas, Planes y Programas, llevado a cabo para asegurar que las consecuencias ambientales de dichos instrumentos sean consideradas en el proceso de toma de decisiones, en conjunto con las consideraciones de orden económico y social, sin necesidad del otorgamiento de una licencia o declaración ambiental.[12]

[11] Ley 81"Del Medio Ambiente. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, 11 de julio de 1997. Norma jurídica marco en materia medioambiental establecida por el Estado cubano. Del Ministerio de Justicia.

[12] Ley 81"Del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 11 de julio de 1997. Del Ministerio de Justicia.

La Evaluación Ambiental Estratégica en lo adelante la (EAE) está emergiendo en el mundo como una forma distinta a la tradicional evaluación de impacto ambiental. El término EAE representa un modo convenido para referirse al proceso formal y sistemático de incorporar consideraciones ambientales en el nivel pre-proyecto de la toma de decisiones. Es así que la EAE surge, entre otras razones, con el propósito de superar ciertas limitaciones propias de la EIA. Reconociéndose la dificultad para internalizar los impactos acumulativos y sinérgicos que genera la ejecución del conjunto de proyectos, cuestión que difícilmente se resuelve mediante la evaluación uno a uno de los referidos proyectos.

En su mayor parte una EAE es realizada con anterioridad a que la correspondiente EIA sea emprendida. La EAE debe permitir mejorar la evaluación de los impactos ambientales indirectos, acumulativos y sinérgicos que puedan derivarse de las políticas, planes y programas. Igualmente, debe servir para reducir el número de proyectos que deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental, simplificando el proceso y definiendo medidas correctoras genéricas para un conjunto de proyectos con características similares. Esto significa que la información sobre el impacto ambiental de un plan puede ir descendiendo "en cascada" a través de los distintos niveles de toma de decisiones y ser usada en una EIA en un estadio posterior, en un proceso de transferencia, lo que debería reducir la cantidad de trabajo necesaria a emprender. Por todo ello, ambos instrumentos -evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental- tienen un carácter complementario y, por lo tanto, no se excluyen mutuamente.

Al igual que la evaluación de impacto ambiental, la EAE es un instrumento preventivo y por lo mismo, de creciente importancia cuando se postula un desarrollo sostenible. La EAE se está llevando a cabo en varias regiones del mundo, como es el caso de Canadá, Estados Unidos, Holanda, Reino Unido, Nueva Zelandia, Chile, entre otros. Uno de los rasgos distintivo de esta experiencia es que cada país ha ido generando su propio instrumento y en consecuencia varía el marco legislativo, político, institucional, de procedimientos y de metodologías sobre el cual se desarrolla la EAE. Se identifica

como rasgo distinto de la EAE la dependencia de prácticas de gestión integradoras y coordinadas, demandando un esfuerzo importante la administración de los procesos, de manera que puedan ser manejadas las repercusiones o alcances de la misma, es decir, deben existir condiciones mínimas de acceso a la información y de desarrollo político-cultural, que hagan viable impulsar y aplicar un instrumento de esta naturaleza.

Este tipo de evaluación es infrecuente en nuestro medio, si bien algunas acciones de similar naturaleza se han desarrollado con el Instituto de Planificación Física, sin embargo en el futuro deberán ser objeto de una atención mucho mayor, pues según parece por aquí anda la clave del futuro de las Evaluaciones de Impacto Ambiental, sin perjuicio de que las relativas a obras o actividades puntuales continuarán siendo imprescindibles.

Tal condición lleva rápidamente a concluir que Cuba debe crear su propio instrumento de EAE, para ello debe tenerse en cuenta primeramente su reconocimiento expreso en la Ley del Medio Ambiente y su inclusión en el Reglamento del Proceso de EIA y de esta manera poder aplicarla como una modalidad de la EIA. Así se verían incluidos todos los planes, programas, actividades que no se encuentren involucrados en la EIA. Por ende estarían confluyendo ambas evaluaciones, en aras de contribuir al desarrollo de la gestión y la sustentabilidad ambiental.

Todo lo antes explicado, estaría muy tono con lo expresado en el numeral 130 de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, cuando establece “adoptar las medidas requeridas de reordenamiento funcional y estructural y actualizar los instrumentos jurídicos pertinentes para lograr la gestión integrada y efectiva del Sistema de Ciencia, Tecnología, Innovación y Medio Ambiente.[13]

Aunque en nuestro país se reconozca la Evaluación Ambiental Estratégica existe un gran problema con la cultura del impacto ambiental porque no se tiene una visión futura con respecto al

[13] Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, numeral 30. año 2011. Editora Política Comité Central del Partido Comunista de Cuba. La Habana.

trabajo que se va a realizar sino que este se realiza sin medir que las consecuencias que este pueda traer para la sociedad en un futuro en materia Medio Ambiental.

3. Los instrumentos de la gestion ambiental aplicados por la administracion publica en la proteccion ambiental

La gestión ambiental. Particularidades en su aplicación. La gestión ambiental, es entendida, de manera amplia como el "campo que busca equilibrar la demanda de recursos naturales de la Tierra con la capacidad del ambiente natural"[14], debe responder a esas demandas en una base sustentable. La naturaleza es objeto y los humanos objeto-sujeto de la gestión ambiental, es decir, de nuestra actuación como sujetos dependerá la sustentabilidad de la naturaleza y de la sociedad, ambos objetos de la gestión. A partir de aquí se ha ido imponiendo el concepto y la práctica de la gestión ambiental.

Antecedentes históricos. Surge así la gestión ambiental como el elemento fundamental en la búsqueda de la sustentabilidad ambiental. Su principal objetivo es conciliar las actividades humanas y el Medio Ambiente, a través de instrumentos que estimulen y viabilicen esa tarea, la cual presupone la modificación del comportamiento del hombre en relación con la naturaleza, debido a la actual situación de degradación de la naturaleza. La gestión ambiental nace en los años 70 del siglo XX, en sentido estricto, como reorientación de parte del pensamiento ambiental (ecodesarrollo y desarrollo sostenible) y como instrumento de diagnóstico y planificación (planes, programas y proyectos) para la resolución de los problemas ambientales, cada vez más agudos en los países industrializados. El conflicto crece como espuma en Norteamérica y en Europa, y por ende, los movimientos ambientalistas asumen un nuevo protagonismo en la esfera de lo político que hace que los partidos y el Estado asuman nuevas funciones en torno a la problemática planteada.

[14] Rachel Negrao Cavalcanti, Gestión Ambiental. Catedrática dedicada a la temática medioambientalista.

La gestión forma parte de la estrategia formulada por los ideólogos del desarrollo. La sostenibilidad y sustentabilidad han ido apareciendo como conceptos en distintas disciplinas naturales, técnicas o sociales, con el fin precisamente de plantear la relación existente entre lo socioeconómico y tecnológico con las leyes de la naturaleza. Desde esta perspectiva surge la gestión ambiental en el contexto del desarrollo sostenible o sustentable.

El desarrollo sostenible es un término aplicado al desarrollo económico y social que permite hacer frente a las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Es entendido así como el proceso de mejoramiento equitativo de la calidad de vida de las personas, mediante el cual se procura el crecimiento económico social en una relación armónica con la protección del Medio Ambiente, de modo tal que se satisfagan las necesidades de las generaciones actuales y de las futuras.

La sustentabilidad implica la gestión eficiente de los recursos naturales y los ecosistemas, en relación con la demanda antrópica que de ellos se hace. Por ello el concepto de sustentabilidad parte de dos premisas básicas: la escala y el índice de utilización de materiales y energía a través del sistema económico, los que están sometidos a una limitación antrópica, y la segunda, la intervención humana (pública, empresarial y cívica), la que es necesaria, porque el mercado por sí mismo es incapaz de reflejar la limitación de un recurso natural o ecosistema, de modo preciso. Si los fallos de mercado y las externalidades negativas existen, que es como explica la teoría económica los problemas ambientales, esto exige una dosis alta de intervencionismo, en primera instancia gubernamental y en segunda instancia de los consumidores y grupos de interés (ONGs Ambientalistas), para presionar de esta forma a los productores o agentes privados para que asuman una posición ecoética frente al manejo de los recursos y la naturaleza.

Existe una nueva tendencia en relación con el ciudadano ambiental ya que este debe ser un ciudadano crítico y consciente que comprende, se interesa, reclama y exige sus derechos

ambientales y que a su vez, está dispuesto a ejercer su propia responsabilidad ambiental.

La creación de una Ciudadanía Ambiental, fue propuesta por primera vez durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro en 1992, la famosa "Cumbre de la Tierra" (UNCED). Este concepto fue presentado en ese entonces por una gran mexicana, Alicia Bárcena, actualmente secretaria ejecutiva de la Cepal y segunda en mando en la Organización de Naciones Unidas.[15]

El concepto de ciudadanía ambiental parte de la consideración explícita de los derechos y responsabilidades de cada actor social frente al Medio Ambiente, así como de dos nociones claves involucradas en el concepto del ciudadano: igualdad y participación. La Ciudadanía Ambiental Global sugiere no solo el hecho de ser ciudadanos de un país, sino que somos ciudadanos globales. La Ciudadanía Ambiental Global describe las obligaciones éticas que nos vinculan tanto con la sociedad como con los recursos naturales del planeta de acuerdo con el rol social.

La Ciudadanía Ambiental Global significa adquirir un mejor conocimiento del Medio Ambiente y utilizar esa información y conocimiento del medio ambiente como herramienta para una acción ambiental ciudadana responsable, tanto individual como colectiva. La evaluación de la vida en sociedad que revaloriza el contenido de la relación político-social entre individuos y grupos, en la perspectiva de construir un nuevo pacto social en el que el ambiente sea un factor básico a preservar y con ello asegurar la sobrevivencia de la propia sociedad.

El proyecto Ciudadanía Ambiental Global está dirigido a la construcción de conciencia pública, a incrementar los niveles de entendimiento sobre asuntos ambientales globales, y a movilizar apoyo en Latinoamérica y el Caribe, con el fin de crear un ambiente

[15] Manual del Ciudadano Ambiental. Disponible en los documentos del PNUMA, en referencia con las responsabilidades del ciudadano en materia medioambiental, y la carga que este posee.

adecuado para la toma de decisiones y acción nacional sobre las áreas focales del Fondo para el Medio Ambiente Mundial en la región de América Latina y el Caribe, en lo adelante (FMAM): Biodiversidad, Cambio Climático, Aguas Internacionales y el agotamiento de la capa de ozono. Esto es posible a través de las actividades de creación de capacidad que realizan seis redes sociales mayores en siete países de la región. Este Proyecto comenzó en marzo de 2004 y tuvo una duración de tres años.

La Ciudadanía Ambiental Global tiene como objetivo central generar una sensibilización pública mayor, incrementar el nivel de comprensión de los temas ambientales globales y movilizar el apoyo en los países de la región en torno a los objetivos de las áreas temáticas y programas operativos del FMAM. Este proyecto tiene un carácter pionero en lo que hace a la cartera de proyectos que financia el FMAM, al vislumbrar el apoyo a redes ciudadanas existentes en la región y promover diálogo y acción en torno a la problemática del Medio Ambiente global y en atención a las convenciones de Medio Ambiente global.

En el contexto de la estrategia operacional del Fondo para el Medio Ambiente Mundial, este proyecto presta asistencia a las actividades de sensibilización pública para incrementar la participación ciudadana así como decisiones y acciones más eficaces en relación al Medio Ambiente global.

Concepto de la gestión ambiental. La gestión es un proceso que comprende determinadas funciones y actividades organizativas que los gestores deben llevar a cabo con el fin de lograr los objetivos y metas deseadas. Con este propósito varios autores han vertido sus consideraciones respecto a definir gestión ambiental. Ernest Guhl define la gestión ambiental como: “el manejo participativo de las situaciones ambientales de una región por los diversos actores, mediante el uso y la aplicación de instrumentos jurídicos, de planeación, tecnológicos, económicos, financieros y administrativos, para lograr el funcionamiento adecuado de los ecosistemas y el mejoramiento de la calidad de vida de la población

dentro de un marco de sostenibilidad"[16]. Esta definición tiene la ventaja de señalar que la gestión debe ser emprendida por todos los actores involucrados en la solución de los problemas ambientales, mejorando no sólo el estado de los recursos naturales y la biota, sino la calidad de vida de los seres humanos.

Esperanza González, define la Gestión Ambiental como: "un proceso técnico-administrativo, financiero y político, por medio del cual las autoridades encargadas organizan un conjunto de recursos de diversa índole, que tienen como finalidad la protección, manejo, y preservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, en un territorio especifico"[17]. Esta definición enfatiza los recursos naturales y da a entender que el ambiente es el medio natural, el cual debe ser protegido y preservado. Es una definición muy usual, donde no se tiene en cuenta que el ambiente es la resultante entre el subsistema social (antrópico) y el subsistema natural (biótico y abiótico). Esta visión reduccionista es muy común en la actualidad, donde se supone que los seres humanos debemos proteger la naturaleza, que es la dadora universal de todos los recursos que consumimos los seres humanos.

Leonel Vega define a la Gestión Ambiental como

> aquella parte de la gestión empresarial que se ocupa de los temas relacionados con el ambiente, contribuyendo a su conservación y comprende las responsabilidades, las funciones (planificación, ejecución y control), la estructura organizativa, los procesos, los procedimientos, las prácticas y los recursos para determinar y llevar a cabo la política ambiental que cualquier empresa agrícola, minera, industrial o comercial requiere[18].

Emilio Latorre la define,

> La Gestión Ambiental puede considerarse como una tarea que comprende la evaluación, planificación, puesta en marcha,

[16] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

[17] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

[18] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

> ejecución y evaluación del conjunto de acciones físicas, financieras, reglamentarias, institucionales, de participación, concertación, investigación y educación, con el fin de mejorar la calidad ambiental objeto de acción (entorno territorial de la empresa, proyecto de infraestructura, territorio de su jurisdicción).[19]

Y a partir de esta definición, señala el papel del gestor ambiental, así: "Él gestor ambiental se ocupa no sólo de los recursos naturales (agua, aire, suelos), residuos (sólidos o líquidos), erosión, sino que se ocupa de la calidad ambiental del territorio en su conjunto y de la gestión ambiental que se hace por parte de los distintos actores para mejorar - o disminuir- esa calidad ambiental."[20]

José Serrano la define,

> por Gestión Ambiental entenderemos toda intervención que busque la adecuación en las relaciones entre sociedad y su entorno natural, con independencia de los programas concretos que utilice para ello y por lo tanto, con independencia de que los instrumentos gestores pertenezcan a la economía, a la política, a la ciencia, al derecho o a la administración ambiental.[21]

Mateo la define como

> [...] la conducción, dirección, control y administración del uso de los sistemas ambientales, a través de determinados instrumentos, reglamentos, normas, financiamiento y disposiciones institucionales y jurídicas [...] La Gestión Ambiental es precedida por lo tanto, por un proceso de toma de decisiones, a partir de los diversos escenarios de planificación. [22]

[19] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

[20] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

[21] Rafael Darío Muriel, Orígenes de la Problemática Ambiental, octubre del 2005.

[22] Rachel Negrao Cavalcanti, Gestión Ambiental.

Conesa, define la Gestión Ambiental como

> [...] el conjunto de acciones encaminadas a lograr la máxima racionalidad en el proceso de decisión relativo a la conservación, defensa, protección y mejoramiento del Medio Ambiente, basándose en una coordinada información multidisciplinaria y en la participación ciudadana.[23]

La Ley 81/1997 (Ley de Medio Ambiente) de la República de Cuba, define a la gestión ambiental como:

> [...] el conjunto de actividades, mecanismos, acciones e instrumentos, dirigidos a garantizar la administración y uso racional de los recursos naturales mediante la conservación, mejoramiento, rehabilitación y monitoreo del medio ambiente y el control de la actividad del hombre en esta esfera. La gestión ambiental aplica la política ambiental establecida mediante un enfoque multidisciplinario, teniendo en cuenta el acervo cultural, la experiencia nacional acumulada y la participación ciudadana.[24]

Esta Ley de Medio Ambiente es abarcadora, refleja la necesidad de actuar a favor de la conservación y mejora del mismo, reconoce la importancia de actuar sobre la actividad del hombre por el impacto que estos causan en el medio ambiente y deja explícito que solo con la actuación de todas las actividades científicas y la actuación de la sociedad en su conjunto es posible realizar una gestión ambiental eficaz.

Desde una óptica empresarial, la normatividad de estandarización universal ISO, puesta en marcha en 1996 con el nombre de "Norma ISO 14000", define Gestión Ambiental de una organización como "la parte del sistema general de gestión que incluye la estructura organizativa, la planificación de las actividades, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para desarrollar, implantar, llevar a efecto, revisar y mantener al día la política ambiental"[25].

---

[23] Rachel Negrao Cavalcanti, Gestión Ambiental.

[24] Ley 81"Del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 11 de julio de 1997. Del Ministerio de Justicia.

[25] Norma ISO 14000:1996

La NC-ISO 14001 de 1998 identifica al sistema de gestión ambiental como

> [...] la parte del sistema de gestión general que incluye la estructura organizativa, las actividades de planificación, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para desarrollar, implementar, realizar, revisar y mantener la política ambiental. [26]

En consecuencia, los Sistemas de Gestión Ambiental, deben diagnosticar la problemática ambiental con un carácter multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario, establecer el nivel de responsabilidades y apoyarse en la legislación y políticas vigentes, disponer de todos los recursos necesarios, partiendo de un proceso de toma de decisiones y la participación ciudadana.

La Gestión Ambiental en su implementación debe ser capaz de revisarse y retroalimentarse y bajo ninguna circunstancia constituir un esquema rígido, por lo tanto debe quedar claro, de ser necesario, donde y en qué momento reorientarse. La gestión también puede realizarse a partir del impacto ambiental que genera un programa o proyecto de infraestructura, productivo o social. El impacto ambiental, en este caso, es el aspecto fundamental y sobre este recae la atención de la gestión. La identificación, evaluación, prevención, mitigación o compensación, constituye el objeto de la gestión ambiental.

Considero que la gestión ambiental es el conjunto de acciones encaminadas al uso, conservación o aprovechamiento ordenado de los recursos naturales y del Medio Ambiente en general. Para materializar la misma se siguen determinadas prioridades que son fundamentales en su implementación.

[26] Norma ISO 14001:1998 Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y directrices para su uso.

Los objetivos prioritarios:

- Sentar las bases del ordenamiento ambiental del municipio: tiene como propósito la caracterización ecológica y socio-ambiental del territorio, ecosistemas recursos naturales, con este proceso se llega a la zonificación ambiental del entorno.

- Preservar y proteger las muestras representativas más singulares y valiosas de su dotación ambiental original, así como todas aquellas áreas que merecen especiales medidas de protección: con esta actividad se logra el sistema de áreas protegidas.

- Recuperar y proteger las áreas de cabeceras de las principales corrientes de aguas que proveen de este vital recurso a los municipios: con esta actividad se logra mantener una densa y adecuada cubierta vegetal en las cabeceras o áreas de nacimientos de las corrientes de agua éste es un requisito indispensable para la protección y regulación hídrica.

- Adelantar acciones intensas de descontaminación y de prevención de la contaminación: financiar actividades específicas de descontaminación, en las corrientes de aguas más alteradas, así como el sistema de tratamiento de residuos líquidos y sólidos, otorgar créditos para la implementación de tecnologías limpias para disminuir los impactos ambientales.

- Construir ambientes urbanos amables y estéticos: la ecología urbana, la ciudad para vivir con respeto y normas de control del medio ambiente urbano.

- Adelantar programas intensos y continuos de concienciación y educación ambientales.

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 25-84

Clasificación de la gestión ambiental. De acuerdo con la práctica político-administrativa de las autoridades ambientales y de las entidades territoriales, se divide la Gestión Pública Ambiental en: Puramente Ambiental o de Repercusión Ambiental. Si bien existe una gestión cuyo objeto es únicamente lo ambiental, el resto de la gestión del Estado puede tener, en ocasiones, repercusiones ambientales que tienden al logro del desarrollo sostenible, pero no por ello puede decirse que es ambiental o que es responsabilidad de las instituciones encargadas de llevar a cabo la gestión ambiental.

Esta clasificación es importante, en la medida en que dentro del Estado los distintos entes gubernamentales, territoriales o no, llevan a cabo acciones en pro del ambiente, así no sean los directamente responsables de la Gestión Ambiental, propiamente dicha. En este sentido podemos señalar también a la gobernanza ambiental, que es el gobierno y la administración del Medio Ambiente y de los recursos naturales desde su consideración como un bien común mundial, de la categoría específica de los que se dividen al compartirse. El carácter mundial de estos bienes deriva de la presencia de cada uno de los elementos que la componen en un sistema integrado. Así, todo el mundo se beneficia de la atmósfera, el clima y la biodiversidad entre otros, y al mismo tiempo todo el planeta sufre los efectos dramáticos del calentamiento global, de la reducción de la capa de ozono o de la desaparición de especies. Esta dimensión planetaria apela a una gestión compartida.[27]

A modo de definición se puede decir que la gobernanza ambiental es el conjunto de reglas, prácticas y entidades institucionales que enmarcan la gestión del ambiente en sus distintas modalidades (conservación, protección, explotación de recursos naturales, etc.) y además como el conjunto de procesos e instituciones, tanto formales como informales y que incluye normas y valores, comportamientos y modalidades organizativas, a través de las cuales los ciudadanos, las organizaciones y movimientos sociales y los diversos grupos de interés, articulan sus intereses, medían sus diferencias y

[27] Gobernanza Ambiental, terminología muy utilizada, en referencia con la potestad que posee la Administración Pública, para exigirle a los administrados el cumplimiento de las políticas en la preservación y mitigación de la problemática medioambiental. _

ejercen sus derechos y obligaciones en relación al acceso y usos de los recursos naturales.[28]

A partir de esta subdivisión, que esclarece el papel de cada ente público, se pueden clasificar tres tipos de Gestión Ambiental:

- **Gestión Ambiental Casual:** Integrada por todas aquellas políticas, acciones y programas que no tienen un objetivo ambiental, pero que ejercen una incidencia en la protección del Medio Ambiente y los recursos naturales (aire, agua, suelo, flora y fauna)

- **Gestión Ambiental sectorial:** Conformada por todas las políticas, planes, programas y acciones tendientes a la protección de algunos elementos ambientales o recursos naturales renovables.

- **Gestión Ambiental propiamente dicha:** Integrada por todas las políticas, acciones, planes y programas que conciben el Medio Ambiente como un todo, organizado a la manera de un sistema (enfoque sistémico)

Adicionalmente el profesor Leonel Vega[29] contribuye a la clasificación, ya no sólo de la Gestión Ambiental, sino también de la Gestión Empresarial, a partir de un enfoque administrativo. Al señalar que existen tres tipos de Gestión Ambiental, que son:

- **Gestión Ambiental Incidental:** Se ejecutan acciones aisladas, pero la mayoría de las veces obedecen a solucionar problemas particulares y fuera de todo contexto estratégico. Se ejecutan programas y proyectos, pero no se planifica, ni se controlan las ejecuciones. La gestión incidental interpreta el deterioro ambiental como un fenómeno aislado, fortuito e inevitable, causado por un comportamiento dañino en el curso normal

[28] Ibídem 27

[29] Gestión Medioambiental. Muy relacionada con la gestión que ejecutan las empresas, tributaria a lo que hoy se conceptualiza con las Tecnologías Limpias, o sea empresas que no agreden al medio ambiente.

de las actividades humanas. Este tipo de Gestión Ambiental predominó hasta mediados del siglo XX.

- **Gestión Ambiental Operacional:** Se planifica y se ejecutan programas y proyectos ambientales, pero no existe control. No se da el monitoreo, seguimiento y evaluación de lo planificado y ejecutado. Las funciones de planificación y ejecución presentan una marcada incoherencia y desarticulación mutua, ya que la planificación se realiza únicamente para cumplir con la reglamentación (normativa) vigente y los planes se constituyen en libros-documentos sin ninguna injerencia sobre la ejecución y ésta, se realiza la mayoría de las veces de manera incidental (aislada), sin tener en cuenta los planes.

La Gestión Operacional, al igual que la Incidental, interpreta los problemas ambientales como involuntarios, pero causados por errores de política, planificación y ejecución de programas, es decir, debidos a una gestión ineficaz en los asuntos privados (económicos) y públicos, como consecuencia de una información insuficiente y defectuosa. Este tipo de gestión es la imperante en la actualidad, caracterizada por instrumentos de comando-control (leyes, regulaciones, licencias ambientales, declaraciones de impacto, impuestos), donde el objetivo de la política ambiental es rectificar el comportamiento sin alterar los acuerdos económicos, culturales o institucionales actuales. Se privilegian los efectos, más no las causas. Se gestiona para minimizar el efecto. Este tipo de gestión se impone en el mundo a partir de los años 70.

- **Gestión Ambiental Sistémica:** Coexisten simultáneamente la planificación, la ejecución y el control. Se caracteriza por ser previsiva en la planificación; eficiente en la ejecución, eficaz en el control. Lo que resuelve los problemas (ambientales) es el proceso continuo de diseñar, ejecutar, evaluar, corregir y volver a diseñar y a ejecutar. En otras palabras, un proceso de aprendizaje, retroalimentación y mejoramiento continuo es en esencia el precepto conceptual básico del enfoque sistémico. A mediados de los años 90, como consecuencia de los beneficios de la aplicación del enfoque sistémico en la gestión empresarial

moderna, se afianza entre la comunidad internacional el reconocimiento al paralelismo y analogía existente entre la gestión de la calidad (Normas ISO 9000) y la gestión ambiental (ISO 14000).

Los paradigmas de la gestión ambiental. En las diferentes etapas de progresión para comprender los problemas ambientales y sus causas, corresponden a diferentes maneras de describir la relación fundamental entre el hombre y la naturaleza, y por tanto a cinco estadios en la evolución de la percepción de esa relación, que se traducirán en la gestión que es practicada. En el año 1990 se identificaron cinco paradigmas, cada uno de ellos con interrogantes y exigencias diferentes, percibiendo diferentes amenazas y riesgos que se presentan como problemas para el desarrollo; proponiéndose diversas soluciones y estrategias de gestión.

- **Economía de frontera.** Fue el paradigma dominante en los países industriales hasta los años sesenta, en el cual la naturaleza existe como un instrumento para beneficiar al hombre, siendo explorada, manipulada y modificada por él, sin importar la manera, siempre para mejorar la calidad material de su vida. La naturaleza corresponde al mismo tiempo a la oferta infinita de recursos físicos y como receptáculo de los subproductos del sistema de producción y de consumo. Así se establece un flujo de recursos de la naturaleza a la economía y otro flujo de residuos de vuelta para el Medio Ambiente.

En la teoría y en la práctica, economía y naturaleza están separadas, siendo que el proceso económico de producción y consumo ocurren dentro de un sistema totalmente cerrado, en el cual los únicos factores limitantes son trabajo y capital, pues el resto es contorneado por los avances tecnológicos con su inconfundible capacidad de resolver problemas. Ese enfoque originó una forma de gestión de la relación entre la actividad humana y la naturaleza, de orientación unilateral, sin duda antropocéntrica, donde el daño, cuando era notado, podía ser fácilmente reparado, gracias al desarrollo tecnológico que, así como el progreso y el crecimiento económico, también era infinito.

- **Ecología profunda.** Es considerado el paradigma opuesto al anterior, correspondiendo a un movimiento político, a un sistema ético, de valores fundamentalmente diferente, reaccionando contra las consecuencias del sistema dominante, que dejó atrás aspectos éticos, sociales y espirituales que intentan ser rescatados por la ecología profunda. Al contrario de la jerarquía de la economía de frontera, el hombre es colocado en una posición de subordinación a la naturaleza, lo que fundamenta el establecimiento de algunos de sus dogmas básicos: igualdad de las especies, reducción de la población humana, autonomía bioregional (reducción de la dependencia económica, tecnológica, cultural y de comercio apenas entre regiones integradas, con características ecológicas comunes), promoción de la diversidad ecológica y cultural, economía orientada al no crecimiento, fin de la dominación de la tecnología, mayor uso de sistemas tecnológicos y de gestión de sociedades nativas.

A pesar que su implementación exija profundas reformas en los sistemas legales, económicos y sociales, así como en las concepciones de desarrollo, algunos de sus principios podrán ser aprovechados en futuras concepciones de desarrollo. Su fragilidad está vinculada a su propia inviabilidad, pues no es posible esperar que el mundo retorne a un estilo de vida tan diferente del actual, además de ser impracticable, para un gran número de personas sería indeseable.

- **Protección Ambiental.** A fines de la década del sesenta, los problemas ambientales de los países industrializados, como la contaminación, la destrucción de hábitats y de especies, exigieron mayor atención, lo que trajo como consecuencia el debilitamiento del paradigma dominante hasta entonces.

La estrategia de ese paradigma fue la institucionalización del Medio Ambiente, de los estudios de impacto ambiental como forma legal de evaluar los costos y beneficios de la contaminación ambiental. Los gobiernos crean agencias de protección ambiental, responsables del establecimiento de límites y mecanismos de corrección cuando éstos fueran sobrepasados, complementados por instrumentos de comando y control.

Los resultados de este enfoque con relación a las respuestas de las empresas, son todavía menos significativos, pues la gestión ambiental es vista como costo adicional, que no tiene facilidades de traducir beneficios ecológicos en términos monetarios. Los problemas ambientales todavía no son asimilados como límites reales, principalmente debido al carácter omnipotente de la tecnología, entonces, la interacción entre la actividad humana y la naturaleza se mantiene unilateral y antropocéntrica, produciendo crecientes saldos negativos para la naturaleza.

- **Gestión de Recursos.** La principal razón de cambio del paradigma anterior a este, se asocia al crecimiento de los movimientos ecológicos en algunos países en desarrollo. Tema básico del Informe Brundtland, este tipo de abordaje tiene como eje central, la incorporación de todo tipo de recursos, biofísicos, humanos, financieros y de infraestructura, en los cálculos de las cuentas nacionales.

Se contrapone directamente con el paradigma anterior en el tratamiento de algunos temas: los vinculados con el agotamiento de recursos, ahora considerado tema de preocupación; la contaminación pasa a ser vista como un recurso negativo, que provoca la degradación del capital natural; el clima y los procesos de regulación son recursos fundamentales y vitales, que deben ser gerenciados por este enfoque; parques y reservas son considerados recursos genéticos y elementos fundamentales como reguladores climáticos. Permanece, la concepción antropocéntrica, de acuerdo con la cual los recursos deben ser gerenciados para que puedan ser usados de forma continua. Ese tipo de idea era justificada pues predominaba una onda de optimismo, en función de modelos que respondían al Club de Roma, suplantando sus conclusiones acerca de la escasez. Al mismo tiempo, la crisis de la deuda de los países en desarrollo se tornaba más aguda, estimulando el aumento de las tasas de extracción y de destrucción de recursos naturales, para viabilizar el pago de la deuda y la atención de necesidades inmediatas, impuestas por el crecimiento muy rápido de las poblaciones de estos países. Las estrategias de gestión inherentes

a este paradigma, también identificado como Eficiencia Global, deben incluir: eficiencia energética, conservación de recursos en general, restauración ecológica, monitoreo de la salud social y de los ecosistemas, adopción del principio del contaminador pagador, para internalizar los costos sociales de la contaminación y preferencialmente el uso de tecnologías limpias. En este sentido, el tema principal en la utilización de las fuerzas del mercado para una gestión ambiental eficiente.

- **Ecodesarrollo.** Evolucionado a partir de las limitaciones de las anteriores, el ecodesarrollo se coloca como un paradigma más adecuado al futuro, pues es el que presupone mayores y más profundos cambios en el pensamiento y en la práctica.

La gestión ambiental es reorientada hacia la protección ambiental en un sistema cerrado, el cual es sustituido por el modelo de economía biofísica, una economía abierta, termodinámicamente encajada dentro del ecosistema, parte del flujo de recursos biofísicos (energía, materiales y los ciclos de procesos ecológicos) sale del ecosistema para la economía, y la energía degradada (no utilizable) y otros subproductos (contaminación) fluyen devuelta para el ecosistema.

Uno de los principales objetivos de este paradigma es sustituir el principio del contaminador pagador por el principio de pagar para prevenir la contaminación, por medio de la reestructuración de la economía, de acuerdo con los principios ecológicos de reducción de la actividad económica.

El ecodesarrollo incorpora preocupaciones culturales y de equidad social presentes en varias escuelas de la ecología profunda, en un movimiento dirigido a sintetizar valores biocéntricos y antropocéntricos. También se traduce este movimiento como una tentativa de ecologizar la economía, tarea que exige la incorporación de las incertidumbres ecológicas en un modelo económico y en mecanismos de planificación, determinando la incorporación de todas las partes en el establecimiento de metas, selección de medios, división de responsabilidades y beneficios.

La concepción de ecodesarrollo, su teoría de gestión ambiental, de desarrollo y Medio Ambiente se fundamentan en el reconocimiento de que el Hombre y la naturaleza no son desligados como suponían la filosofía occidental y los enfoques gubernamentales.

Los procesos descritos de la evolución de la conciencia ambiental, que se reflejan en políticas gubernamentales y en respuestas producidas por los agentes económicos, llevaron el surgimiento y desarrollo de una serie de herramientas, directrices, programas e instrumentos con la finalidad de proteger el Medio Ambiente y el uso sostenible de sus recursos naturales.

Los instrumentos de gestión ambiental. Los instrumentos de la gestión ambiental se definen como el conjunto de políticas, directrices, estándares, normas técnicas y legales, actividades, programas, proyectos e instituciones que permiten la aplicación de los principios generales ambientales y la consecución de los objetivos ambientales del país. En términos generales, los instrumentos de la gestión ambiental constituyen las herramientas fundamentales de actuación, con implicación de la sociedad, para dar cumplimiento a los objetivos pretendidos. El objeto de los instrumentos de gestión ambiental es:

- prevenir conductas no deseables.
- para reprimir las producidas.
- para disuadir, estimular o compensar.

Los principales instrumentos serán apenas mencionados a continuación, siendo la Evaluación de Impacto Ambiental uno de los más importantes y antiguos, de uso más común y aceptado. Eso no significa que sea suficiente para la obtención de los mejores resultados en el ámbito de calidad ambiental, que solo será alcanzada con la utilización de varios de estos instrumentos. Los mismos para materializar la Estrategia Ambiental conforman un sistema integrado, en el cual todos sus componentes se interrelacionan e influyen mutuamente. Los instrumentos de la gestión ambiental son:

El Ordenamiento Ambiental. El ordenamiento ambiental constituye un proceso de evaluación destinado a asegurar el desarrollo ambientalmente sostenible del territorio, sobre la base del análisis integral de sus 18 recursos bióticos y abióticos y los factores socio-económicos que inciden en él, y que interactúa con el ordenamiento territorial aportando normas, regulaciones y lineamientos para el manejo medioambiental.

El Sistema de Información Ambiental. El sistema de información ambiental tiene como objetivo esencial garantizar al Estado, al Gobierno y a la sociedad en general la información requerida para el conocimiento, la evaluación y la toma de decisiones relativas al Medio Ambiente.

Los órganos y organismos estatales están obligados a mantener y facilitar, cuando se le requiera por el CITMA, toda la información contenida en los indicadores para el funcionamiento del sistema de información ambiental, a los efectos de evaluar y diagnosticar la situación ambiental existente, sin que medie pago alguno y sin prejuicio de los derechos de propiedad intelectual reconocidos.

Sistema de Inspección Ambiental. La inspección ambiental se define como una actividad de control, fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes en materia de protección del Medio Ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales, para evaluar y determinar las medidas que garanticen dicho cumplimiento. Es un mecanismo esencialmente preventivo de las acciones que puedan dañar al Medio Ambiente, en tanto contribuye a inhibir conductas prohibidas y sancionadas por la legislación vigente.

La Inspección Ambiental Estatal se concibe como un Sistema compuesto por: la Inspección Ambiental Estatal a cargo del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y en la que participan los órganos y organismos convocados por este; y las Inspecciones Estatales que desarrollan otros órganos y organismos del Estado, cuyas actividades repercuten sobre la protección del Medio Ambiente.

Investigación Científica e Innovación Tecnológica. La capacidad científica y tecnológica permitirá proponer alternativas para mitigar o solucionar los problemas ambientales; sustentar de forma armónica, racional y eficiente el uso de los recursos naturales renovables y no renovables de los que se dispone; controlar los problemas de contaminación; y viabilizar un desarrollo industrial que se base en la producción de tecnologías autóctonas y la transferencia de tecnologías idóneas, en función de las necesidades del país.

La Educación Ambiental. La Educación Ambiental se considera un proceso continuo y permanente, que constituye una dimensión de la educación integral de todos los ciudadanos, orientada a que en el proceso de adquisición de conocimientos, desarrollo de hábitos, habilidades y actitudes y formación de valores se armonicen las relaciones entre los hombres, y entre éstos con el resto de la sociedad y la naturaleza, para con ello propiciar la reorientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible.

La Regulación Económica. El uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental, se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados, para el desarrollo de actividades que incidan sobre el Medio Ambiente. Los instrumentos económicos son las herramientas de la conducción económica, para los fines de la protección del Medio Ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales.

El Fondo Nacional del Medio Ambiente. Se crea el Fondo Nacional del Medio Ambiente, orientado a facilitar el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley y que tendrá como finalidad esencial financiar total o parcialmente proyectos o actividades dirigidas a la protección del Medio Ambiente y su uso racional.

Los Regímenes de Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal. El régimen de sanciones administrativas en materia de protección del Medio Ambiente incluye a las personas naturales y jurídicas que incurran en las contravenciones establecidas en la legislación complementaria y que serán sancionadas con multas cuya cuantía

se fijan para cada caso, sin perjuicio de las demás sanciones. En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente, se procuraran de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del Medio Ambiente. Las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del Medio Ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente.

Licencia Ambiental. La Licencia Ambiental es el documento oficial que, sin perjuicio de otras licencias, permisos y autorizaciones y de conformidad con la legislación vigente corresponda conceder a otros órganos y organismos estatales, es otorgada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente para ejercer el debido control al efecto del cumplimiento de lo establecido en la legislación vigente.

Contiene la autorización que permite realizar una obra u actividad está sujeta al cumplimiento por el beneficiario de los requisitos que establezca, en relación con la prevención, mitigación, corrección y compensación de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. La introducción de la Licencia Ambiental debe ser fruto de un proceso armónico y objetivo, que tome especial cuidado en no entorpecer los requerimientos de una dinámica nacional, enmarcada por un proceso inversionista cada vez más significativo y el desarrollo de actividades por cuenta propia. Muchas de las licencias que hoy se otorgan, como las Sanitarias o la de Construcción, comparten en cierto grado una "óptica ambiental". Este carácter debe reforzarse e intervincularse, así como tender a la armonización e integración de permisos y licencias que aún teniendo orígenes diferentes propendan al mismo fin, la protección del Medio Ambiente, lo cual supone el cuidado a la salud del hombre y la atención a su calidad de vida.

Evaluación de Impacto Ambiental. La Evaluación de Impacto Ambiental es el proceso estatal dirigido a identificar, predecir, evaluar e informar de los efectos sobre el Medio Ambiente de los planes, programas, proyectos y obras y del uso que se hará del recurso o

recursos en cuestión, para la toma de decisiones, que incluye una información detallada sobre el sistema de monitoreo y control a fin de asegurar su cumplimiento y las medidas de mitigación que deben ser consideradas.

Tomando en cuenta los efectos significativos sobre el Medio Ambiente de un proyecto de obra o actividad, podrá exigirse que el mismo sea objeto de un Estudio de Impacto Ambiental, cuya evaluación y aprobación, si procediere, corresponde a la Autoridad Ambiental. El proceso de Evaluación de Impacto Ambiental comprende: la solicitud de Licencia Ambiental; el Estudio de Impacto Ambiental en los casos en los casos en que proceda; la Evaluación propiamente dicha, a cargo del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente; y el otorgamiento o no de la Licencia Ambiental.

Con este instrumento se quiere cumplir un papel armónico dentro de un sistema de gestión fundado en la introducción de la dimensión ambiental en los planes, programas y proyectos, y en un Ordenamiento Ambiental adecuado. De esta manera, podemos concluir este epígrafe afirmando que ningún tema ha cautivado tanto interés y comprometimiento mundial como ha sido, y es, el relacionado con el Medio Ambiente por la realidad insoslayable de que el mismo nos pertenece a todos, nos afecta a todos y por tanto, nos concierne a todos. Es necesario entonces, que los Estados frente a los efectos de los daños acumulados, llevados a cabo contra la diversidad biológica, la naturaleza y el Medio Ambiente, asuman compromisos que, traducidos en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, reflejen la existencia de un nuevo Derecho. Ejemplo palpable de lo aseverado anteriormente, lo es la evaluación del impacto ambiental; como procedimiento administrativo que sirve para identificar, prevenir e interpretar los impactos ambientales que producirá un proyecto en su entorno, y es considerado como uno de los instrumentos más trascendentales, no solo en nuestro país sino en toda Europa y América Latina.

La Auditoría Ambiental. Generalidades: La Auditoría Ambiental, conceptualmente es el proceso de verificación sistemático y documentado que consiste en obtener y evaluar objetivamente la evi-

dencia de auditoría con el fin de determinar si las actividades, incidentes, condiciones y sistemas de gestión ambiental especificados o la información sobre estos temas cumplen con los criterios de auditoría, y en comunicar los resultados de este proceso al cliente. En Cuba este tipo de auditoría la realizaba el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

Sus antecedentes en el mundo los encontramos en la gran industria de los Estados Unidos a finales de la década de los años 70, fue probablemente la primera que mostró una efectiva preocupación social y de carácter ético, estrictamente técnica, por las cuestiones medioambientales. Nació con el fin de verificar el cumplimiento de las normas legales en la materia a consecuencia y a tenor del aumento y complejidad de la normativa medioambiental y las cada vez más crecientes sanciones económicas impuestas por su observancia. En los años 80, surge la problemática ante la preocupación social, las leyes y reglamentos del país en materia de protección industrial, pasando a afectar algunas de las actividades industriales de ciertas empresas, considerando demasiado drásticas las medidas legales que se destinaban a mantener limpios los sitios o locales de estas industrias fabriles por sectores influyentes en este país. Otro antecedente lo encontramos en la "National Environmental Policy Act" de los Estados Unidos de Norteamérica en el 1969. Existe también el precedente histórico de que la Auditoría Ambiental la cual está muy ligada con la Auditoría Social, que como concepto cronológico está vinculada al de Contabilidad Social. Su regulación actual en el mundo, sus antecedentes históricos están recogidos en la International Chambers of Commerce (ICC), con sede en Ginebra, Suiza. Fuente obligatoria en materia de Auditoría Ambiental, antes de que aparecieran las normas ISO 14000 con carácter ambiental. Podemos decir que la Auditoría Social es un proceso que permite a una organización evaluar su eficacia social y su comportamiento ético en relación a sus objetivos, de manera que pueda mejorar sus resultados sociales y solidarios y dar cuenta de ellos a todas las personas comprometidas por su actividad.[30]

[30] Auditoria Social. Se refiere a los antecedentes de lo que hoy se le denomina Auditoría ambiental, surgida en los Estados Unidos.

Según el Instituto del Banco Mundial, el término Auditoría Social alude a los procesos mediante los cuales los ciudadanos inciden en la administración pública, con la finalidad de lograr una provisión de los servicios de manera más eficiente y satisfactoria a sus demandas.[31] Cada vez son más numerosas las empresas que desean asumir plenamente su responsabilidad social (prácticas honestas, transparencia de gestión, armonía con el ambiente exterior...), la Auditoría Social permite integrar de manera estructurada estos diferentes aspectos en la gestión cotidiana de una empresa así como llevar al día una Contabilidad Social.[32]

La Auditoría Social siempre estará a medida para corresponder mejor a los propios objetivos de la organización o empresa, a su contexto cultural y a sus potencialidades. Un aspecto importante del proceso es el diálogo con el conjunto de los grupos o personas comprometidas: miembros del personal, clientes, comunidad local, accionistas... etc. [33] La Auditoría Social se experimenta ya en numerosas empresas de distintos tamaños y que operan en varios sectores a lo largo y ancho del mundo.[34]

Las nuevas responsabilidades sociales que aparecen para las empresas suponen el incremento de demandas informativas, tanto desde el exterior como para la gestión de la entidad. Como consecuencia las compañías han venido elaborando una serie de informaciones para cubrir esas demandas. La agrupación de todos estos datos se le ha denominado de diversas maneras como son: información social de la empresa, información o contabilidad sobre la responsabilidad social, información de base social, Contabilidad Social, etc.

Con el objetivo de homogeneizar la nomenclatura la denominaremos Contabilidad Social o de base social, en la que se incluyen las informaciones que genera la entidad para reflejar diversos aspectos sociales sobre los que puede impactar su actividad como son

[31] Auditoria judicial.

[32] Ibídem.30

[33] Ibídem.30

[34] Ibídem.30

cuestiones relativas a los empleados, la comunidad social, el Medio Ambiente y otras cuestiones éticas. [35]

La Contabilidad Social es el proceso de comunicar los efectos sociales y medio ambientales de la actividad económica de las organizaciones a determinados grupos de interés en la sociedad y a la sociedad en su conjunto. Como tal implica extender la responsabilidad de las organizaciones (particularmente las empresas) más allá del papel tradicional de proporcionar estados financieros a los propietarios del capital o inversionistas (particularmente a los accionistas). Tal extensión se basa en que las empresas tienen responsabilidad más amplia que hacer dinero para sus accionistas. Esta tiene como objetivos identificar y medir la contribución social neta de la empresa en la información que reporte anualmente en sus estados financieros o en informes separados que expongan de manera transparente el comportamiento social de la empresa en el denominado "balance social", suministrar información para la toma de decisiones sobre políticas y prácticas sociales que adopte la empresa en el nivel estratégico de la organización, contribuir a determinar si las estrategias y prácticas sociales de la empresa son consistentes con las prioridades sociales, Informar a la colectividad sobre la contribución social de la empresa ya sea en los campos de impacto medioambiental como en los de recursos humanos y éticos. [36]

La Contabilidad Social tiene diversas ramas, ellas son: la contabilidad medioambiental, la contabilidad de los recursos humanos y la información de carácter ético; pero solo nos referiremos a la que tiene que ver con la contabilidad medioambiental ya que es una de las ramificaciones de mayor relevancia debido al creciente deterioro del Medio Ambiente, ocasionado por la actividad humana, este está provocado fundamentalmente por las actividades empresariales de industrias correspondientes a sectores altamente contaminantes. Esto efectos contaminantes han generado una demanda por parte de la sociedad para que las empresas incorporen en su

[35] Contabilidad social. Hace referencia a lo que hoy se denomina como auditoria ambiental, significando que sus inicios concurrió en los Estados Unidos.

[36] Ibídem.35

gestión el objetivo de preservación del entorno social y ambiental en el que operan. Ello hace preciso que las entidades integren la variable Medio Ambiente en su gestión a través del establecimiento de sistemas de gestión y de políticas medioambientales.[37]

Podemos decir entonces que la Contabilidad Social se deriva de la creciente responsabilidad social que deben asumir los entes económicos surgiendo de esta manera la necesidad de elaborar y presentar información sobre las actividades relacionadas con esa responsabilidad; dentro de ella se deben incorporar distintos aspectos sociales, tales como, los de recursos humanos, del Medio Ambiente y de carácter ético; además las entidades deben desarrollar sistemas de información que incorporen aspectos sociales de una manera más clara y estructurada de modo que justifiquen sus actuaciones (o su ausencia de actuación) en determinados campos sociales. Esta información debe servir para la adopción de decisiones tanto a nivel externo como interno de la empresa. [38]

Las normas ISO ambientalistas se fundan en 1946, tienen como objetivo facilitar el cambio eficiente de bienes y servicios, son de aplicación voluntaria, aunque en muchos países se convierten en obligatorias. Han sido clasificadas como de Sistema de Gestión Ambiental, Auditoría Ambiental, Identificación Ambiental del Producto, Evaluación de la Ejecución Ambiental, Evaluación del Ciclo de Vida, términos y definiciones y aspectos ambientales en productos estándares.[39]

En Cuba la auditoría tiene sus antecedentes históricos al crearse el Ministerio de Hacienda, en el 1909; ya en los finales del año 1950, de acuerdo con la Constitución de esa época, se crea el Tribunal de Cuentas, el que desparece al triunfar la Revolución. En el año 1961, nuevamente en el Ministerio de Hacienda, y a través de la Dirección de Comprobación, se le encargan las funciones de la auditoría. Posteriormente en el año 1976, el Estado Cubano, al constituirse el

[37] Ibídem.35

[38] Ibídem.35

[39] Cook y Winkle: Auditoría. Editora USA. 1956.

Comité Estatal de Finanzas, decide que en la Dirección de Comprobación recaiga la actividad de la auditoría estatal. En 1994, al crearse por decisión del Estado, el actual Ministerio de Finanzas y Precios, se crea la Oficina Nacional de Auditoría, adscripta a dicho Ministerio. Con la toma y aprobación del Acuerdo No. 2914 de 25 de noviembre de 1994, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.[40]

La Base Legal de la auditoría en Cuba está enmarcada en:

- Constitución de la República de Cuba, 24 de febrero de 1976, reformada en 1995. [41]
- Decreto Ley No. 159, de fecha 8 de junio de 1995, donde en el artículo 2, define a la Auditoría como un proceso sistemático, que consiste en obtener y evaluar objetivamente evidencias sobre las afirmaciones relativas a los actos o eventos de carácter económico -administrativo, con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones y los criterios establecidos, para luego comunicar los resultados a las personas interesadas. Se practica por profesionales calificados e independientes, de conformidad con normas y procedimientos técnicos. [42]

Este Decreto Ley, en su Por Cuanto primero dispone además que, es una tarea fundamental del Estado el fortalecimiento del control económico y administrativo en las entidades; así como lograr la máxima transparencia y calidad en su información económico-contable, cualquiera que sea el ámbito en que realicen su actividad, lo cual coadyuvara de forma integral al perfeccionamiento de la gestión económico financiera.

[40] Acuerdo 4374 de 2002, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministro, Aprueba el Reglamento del Decreto Ley No. 219 de 2001.

[41] Resolución No. 1 de 1997, de la Oficina Nacional de Auditoría. Ministerio de Finanzas y Precios. Regulaciones sobre la actividad de auditoría interna y estatal. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

[42] Resolución No. 2 de 1997, de la Oficina Nacional de Auditoría. Ministerio de Finanzas y Precios. Normas de auditoría. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

Otras disposiciones que componen su Base Legal son:

• **Decreto Ley No. 219**, de fecha 25 de abril de 2001, creando el Ministerio de Auditoría y Control como Órgano de la Administración Central del Estado. [43]
• **Acuerdo No. 4045**, de 31 de mayo de 2001. Establece las funciones, atribuciones y estructura del Ministerio de Auditoría y Control como Organismo de la Administración Central del Estado. [44]
• **Acuerdo No. 4374**, de 11 de abril de 2002. Aprueba el reglamento del Decreto Ley No. 219 de 2001. Para el Ministerio de Auditoria y Control. [45]
• **Resolución No. 1 de 1997**, Oficina Nacional de Auditoría. Regulaciones sobre la actividad de auditoría interna y estatal. [46]
• **Resolución No. 2 de 1997**, Oficina Nacional de Auditoría. Normas de Auditoría.[47]
• **Resolución No. 5 de 2002**, Ministerio de Auditoría y Control, Reglamento sobre la disciplina de los Auditores.
• **Manuales y normativas administrativas emitidas por el Ministerio de Auditoría y Control.**

Podemos entonces resumir que en Cuba, la actividad de la auditoría interna, aparece regulada en el Decreto Ley No. 159, "De la Auditoría", norma jurídica de referencia para los auditores internos y externos, la que tiene como finalidad normar la actividad de auditoría y establecer sus principios fundamentales como actual y vigente Ley de la Auditoría en Cuba.

---

[43] Resolución No. 5 de 2003. Ministerio de Auditoría y Control. Reglamento sobre la disciplina de los auditores. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

[44] Resolución No. 67 de 2003. Ministerio de Auditoría y Control. Calificador Técnico Especialista Jurídico Auditor Gubernamental. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

[45] Resolución No. 4 de 2001. Ministerio de Auditoría y Control. Reglamento del Registro de Auditores de la República de Cuba. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

[46] Resolución Conjunta No. 12 de 2003. Ministerio Finanzas y Precios/ Ministerio Trabajo y Seguridad Social. Calificador cargos técnicos en auditoría. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

[47] Revista Auditoría y Control. Ministerio de Auditoría y Control Número Especial año 2003. Periodicidad Trimestral. Artículo: INTOSAI Formas de colaboración de las EFS en la auditoría de acuerdos internacionales sobre el Medio Ambiente. 1998. Pág. 10

Se practica por profesionales calificados e independientes, de conformidad con normas y procedimientos técnicos, donde se tiene en cuenta el grado de competencia, requisitos profesionales, y los ético morales; que como resultado de su encargo estatal así la practican. Para el caso de los auditores internos y de los auditores gubernamentales como nueva figura jurídica, y para las sociedades civiles de auditoría, registradas y autorizadas que también ejercen la auditoría en el país, previa aprobación del Ministerio de Auditoría y Control y el Ministerio de Justicia. Otro de los requisitos en materia de competencia de los auditores, en el ejercicio práctico de su encargo estatal como profesional en Cuba, es que deben estar preparado en ramas del saber y dominar técnicas tales como las de: contabilidad y finanzas, economía de empresas, informática, auditoría de gestión, costos y derecho. Además para el ejercicio de la auditoría, coexisten las Normas Generales de la Auditoría vigentes en Cuba.

Se puede decir que la Auditoría Ambiental en Cuba es una Inspección Ambiental, porque se ejecuta sobre la base de proyectos donde exista un Sistema de Gestión Ambiental aprobado por presupuestos o a través de proyectos de cooperación internacional, que han alcanzado su pleno desarrollo o están en ejecución y responden a objetivos similares al de la Auditoría Financiera, es decir, determinar la buena marcha del proyecto en función sobre la asignación de los recursos económicos aprobados, según lo regulado en el artículo 1, del Decreto Ley 219, de 2001, Ministerio de Auditoría y Control y sus Manuales y Normas de procedimiento vigentes. Donde de entre los tipos de auditoría establecidos en dicha norma, la que más se asemeja en sus Programas de Auditoría es la denominada Auditoría de Gestión, contentiva de temas protectores del Medio Ambiente. [48]

Estas auditorías antes señaladas tienen mucha similitud con el Programa de la Auditoría de Cumplimiento, auditoría realizadas por los Especialistas Jurídicos en funciones de Auditores Gubernamentales Superiores, según lo que preceptúa el artículo 11, inciso h), del Reglamento del Decreto Ley no. 219, de 2002.[49]

[48] Constitución de la República de Cuba. 31-1-2003.

[49] Decreto Ley No. 219 de 2001, De la Auditoría Gubernamental. Manual del Auditor.

Como resultado de la inspección ambiental, se exigen medidas contravencionales que tienen como base legal la de la Ley 81 del 1997, Ley del Medio Ambiente, el Decreto Ley No. 99 de 1987, Sistema de Contravenciones Administrativas y el Decreto- Ley 200 del 1999, el cuál regula las Infracciones en materia de Medio Ambiente. [50]

La Auditoría Ambiental en la actualidad recibe nombres de análogo significado: ecoauditoría, revisión medioambiental, control medioambiental, evaluación medioambiental, vigilancia medioambiental. En términos genéricos la auditoría podemos conceptuarla como una herramienta al servicio de la gestión de empresa, consistente en la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de una actividad industrial o de servicios desde diferentes óptica: la económica, calidad, seguridad, medioambiente, higiene y salud. La auditoría medioambiental propiamente dicha aparece definida en el Reglamento 1863/93, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental, como un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la eficacia de la organización, el sistema de gestión y procedimientos destinados a la protección del Medio Ambiente y que tiene por objeto: facilitar el control, por parte de la dirección, de las prácticas que pueden tener efectos sobre el Medio Ambiente; evaluar su adecuación a las políticas medioambientales de la empresa.

Por tanto, el objetivo primordial de la auditoría es evaluar el impacto de la empresa sobre el Medio Ambiente y proponer las acciones correctivas pertinentes con el fin de mitigar los efectos negativos identificados. Se trata de una herramienta fundamental al servicio de la dirección de la empresa para minimizar los riesgos y las responsabilidades derivadas de los compromisos y disposiciones reglamentarias en materia de Medio Ambiente.

Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

[50] Decreto Ley No. 219 de 2001, De la Auditoría Gubernamental. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

La técnica de la Auditoría Ambiental se concibe en la actualidad como un mecanismo de adopción voluntario, que ofrece algunas ventajas notables a quienes deciden subsumirse bajo se radio de actuación. Las empresas como destinatarios de múltiples normas de contenido ambiental, desean conocer, entre otros aspectos, su adecuación a derecho. Por ello puede afirmarse que hoy en día las auditorías ambientales se conciben como instrumento de autorregulación, en tanto, en cuanto la empresa tienda a actuar autocontrolándose de forma acorde al derecho vigente. Lo que se pretende en último término es mejorar el comportamiento medioambiental de la empresa e informar periódicamente a terceros sobre sus actuaciones e intenciones en relación con el Medio Ambiente.

La contrapartida que obtienen las empresas será el lanzamiento de su imagen pública mediante un logotipo específico, sin perjuicio de los beneficios que pudieran proporcionarle al empleo de otros instrumentos voluntarios como son por ejemplo, el ecoetiquetado, los ecoproductos o la asunción de códigos de conducta ambiental. Por otro lado, la Auditoría Ambiental se dirige a las empresas de naturaleza esencialmente industrial, entendiendo que estas tienen una responsabilidad propia en relación con la gestión de la repercusión medioambiental de sus actividades y, en consecuencia, debe desempeñar un papel activo y relevante en este ámbito. La auditoría aparece en la Ley 107 y en su reglamento.

Principios de la auditoría vigentes en Cuba

- División del trabajo.
- Fijación de responsabilidades.
- Cargos y descargos.

En toda organización económica debe emplearse un sistema de comprobación interna que sea suficiente en la prevención del fraude, en su descubrimiento y que facilite el buen procedimiento comercial. Existen además reconocidos internacionalmente otros principios, los cuales señalo y son a saber:

- Personal con competencia e integridad.

- No existencia de funciones incompatibles.
- Adecuada contabilización y protección de activos.
- Registro apropiado de las operaciones.
- Debida autorización de las operaciones.
- Tener adecuados documentos y registros.

Las Normas de auditoría generalmente aceptadas:

- Generales.
- De ejecución.
- Para la presentación de informes.

Estas se encuentran aprobadas en la Resolución No 2 de la Oficina Nacional de Auditoría en 1997 y refrendadas en posteriores actos administrativos dictados por parte del Ministerio de Auditoría y Control

Las técnicas de auditoría que se aplican en el país:

- Observación.
- Confirmación.
- Verificación.
- Investigación.
- Análisis.
- Evaluación.

Los Principios de contabilidad generalmente aceptados en Cuba.

- De registro.
- Uniformidad
- De exposición.
- De prudencia.
- No compensación.
- Precio de adquisición.
- Período contable.
- Entidad en marcha,
- Importancia relativa,
- Revelación suficiente.

Estos principios se encuentran regulados en las Resoluciones No. 10 y 57 ambas de 1997, por el Ministerio de Finanzas y Precios. Tanto para la actividad empresarial como la actividad presupuestada en el país.

4. Conclusiones

Primera: La problemática medioambiental en el mundo de hoy en la primera década del siglo XXI sigue en incremento, con una gran brecha muy significativa en materia de deterioro ambiental e incumplimiento del Derecho Ambiental por los países desarrollados, con una marcada huella ecológica, proceso que aún dista mucho de revertirse para que tengamos un planeta verde, distinguiéndose grandes asimetrías en materia ecológica.

Segunda: La Auditoría Ambiental como auditoría tipo dentro de las herramientas de la gestión ambiental, no la encontramos recogida en la Ley de la Auditoría en Cuba, ni en la Ley del Medio Ambiente. Aparece establecida en el Acuerdo del Consejo de Estado como auditoría tipo, del reglamento de la Ley número 107, Ley de la Contraloría General de la República de Cuba.

Tercera: El ejercicio de la auditoría solo se encuentra diseñado en materia procedimental, regulada en Normas Cubanas ISO, las que se insertan en el ordenamiento interno cubano por ser el país parte de la organización ISO.

5.Bibliografia

ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *El proceso contencioso administrativo*. Derecho Administrativo. La Habana. Cuba.1956.

_____. *Comentarios a la Constitución Socialista*. Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1988.

AYES AMELLES, Gilberto N. *Medio Ambiente, Impacto Y Desarrollo*. Editorial Científico Técnico. La Habana 2003.

ALENZA GARCÍA, J.F. *Manual de Derecho Ambiental*. Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001.

BARNET RIVAS, W. *Influencia de las ONG ambientalistas en la gobernabilidad ambiental*. Especial referencia a Cuba, Tesis presentada en opción del título de Master en Medio Ambiente y Desarrollo, Centro de Estudios de Medio Ambiente, Universidad de La Habana, La Habana, 2004.

BLANCA FERNÁNDEZ, A. *Misión Ambiental*. Agenda 21. Edición Infantil Y Juvenil De Cuba. Editorial Gente Nueva. La Habana. Cuba 2000.

BRAÑES, Dr. Raúl. *Memorias del Seminario/Taller*: Solución de conflictos ambientales en la vía judicial. Edición CITMA- Universidad de Tulano. México D. F. Mayo 9-11 2000. Ciudad de La Habana.

_____. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Edición CITMA. 2000. Ciudad de La Habana.

_____. *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, PNUMA, 2001. IBSN 968-7913-16-9. México D.F.

_____. *Aspectos institucionales y jurídicos del medio ambiente, incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión ambiental*. 1991.

CASTRO RUZ, Dr. Fidel. *Programa del Moncada*. La Historia me absolverá. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. 1983.

_____. *Compendio de Reflexiones*. Tomo 1-2-3. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. 2010.

CARABALLO MAQUEIRA, Dr.C. Leonel. *El pensamiento ambiental cubano*. Especialista de la Dirección Jurídica del CITMA.

CARMONA LARA, Maria del Carmen. *Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*. 2005.

_____. *Derechos en relación con el Medio Ambiente*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000.

_____. Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de "quien contamina paga" a la luz del Derecho Mexicano, en AA. VV. *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, 1ra ed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/141/3.pdf>. Visitado el 2 de septiembre de 2008.

CAFFERATA, Dr. Néstor A. *Introducción al Derecho Ambiental*. Ed. INE- Semarnat, México, 2004.

_____. *Derecho, medio ambiente y desarrollo*. 2002.

_____. Teoría de los principios del derecho ambiental. *Revista jurídica La Ley*. 2004.

_____. *Principios de la política ambiental*. 2005.

_____. *Naturaleza jurídica del derecho ambiental*. 2004.

_____. El principio precautorio y derecho ambiental. *Revista La Ley*, No. 233 de 2003.Argentina.

CONFERENCIA SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAD, Conocida Como Cumbre De La Tierra, Junio De 1992, Río De Janeiro, Brasil.

COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho Ambiental Cubano*. Editorial Félix Várela. Cuba. 2000. Págs. 20/40.

COMITÉ CENTRAL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. *Lineamientos Económicos del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba*, Editora Política, 2011.

COOKY WINKLE. *Auditoría*. Editora USA. 1956.

CUBA. Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria no. 3, fecha 31 de enero de 2003.

CUBA. Ley No. 7 de Procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. G.O. Ordinaria no. 34, fecha 19 de agosto de 1977.

CUBA. Ley No. 41, de Salud Pública. G.O. Ordinaria no.61, fecha 15 de agosto de 1983.

CUBA. Ley No. 59, Código Civil. G.O. Extraordinaria no. 9, fecha 15 de octubre de 1987.

CUBA. Ley No. 81, Ley del Medio Ambiente. G.O. Extraordinaria no. 7, fecha 11 de julio de 1997.

CUBA. Ley No. 83, Ley de la Fiscalía General de la República de Cuba.

CUBA. Ley No. 85, Ley Forestal. G.O. Ordinaria no. 46, fecha 31 de agosto de 1998.

CUBA. Ley No. 107, De la Contraloría General de la República de Cuba. G. O.

CUBA. Decreto Ley No. 159, De la Auditoría. G.O. Ordinaria No. 20, fecha 3 de julio de 1995.

CUBA. Decreto Ley No. 219, De la Auditoría Gubernamental. G.O. Extraordinaria No.14, fecha 25 de abril de 2001

DI CAGNO, V. *La Protección del Medio Ambiente en Cuba*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2005.

DARÍO MURIEL, Rafael. *Orígenes de la Problemática Ambiental*. 2005.

ESTRATEGIA AMBIENTAL NACIONAL. *CITMA*. Cuba. 2007-2010. 2010- 2015.

FERNÁNDEZ- RUBIO LEGRÁ, Dr.C. Ángel. *Ley no. 81 en más de 150 preguntas y respuestas*. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. 1999.

_____. *Derecho Ambiental Internacional*. Vol. I. Ediciones AFR. 1996. Ciudad de La Habana.

_____. El Derecho Ambiental Internacional y su complementación con la legislación interna de la República de Cuba. En: *PNUMA-CITMA*. Taller para la implementación jurídica del Programa Nacional del medio ambiente y desarrollo. Noviembre 1995. La Habana. Cuba Págs. 45-48.

_____. Glosario de expresiones ambientales y jurídicas. Editorial Ciencias Sociales. ISBN 978-959-1332-6. 2011. La Habana. Cuba.

GONZÁLEZ MALAXECHEVARRIA, Ángel. *Auditoría Ambiental*. Su evolución histórica y entorno político institucional. Hacia una nueva perspectiva: La auditoría financiera–ambiental. Ediciones Ortega. Madrid. España. 1997. Consultor Internacional y miembro del Instituto de Auditores Internos de España.

_____. E.C. y otros. *Derecho Ambiental Cubano*. Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

NEGRAO CAVALCANTI, Rachel. *Gestión Ambiental*.

INTOSAI Formas de colaboración de las EFS en la auditoría de acuerdos internacionales sobre el Medio Ambiente. En: *Revista Auditoría y Control*. Ministerio de Auditoría y Control Número Especial año 2003. Periodicidad Trimestral. Artículo:. 1998. Pág. 10. Page:http: <www.minauditoria.cu>.

REY SANTOS, Orlando. Evaluación sobre la implementación de la Ley 81/97 Del Medio Ambiente a ocho años de su promulgación. En: DI CAGNO, V. *La Protección del Medio Ambiente en Cuba*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2005.

_____. La responsabilidad por el daño ambiental en Cuba. Serie de documentos sobre derecho ambiental. *PNUMA* No. 5.Pág. 206. Dirección Jurídica del Ministerio de Ciencias, Tecnología Y Medio Ambiente. Cuba.

_____. *Retos en la implementación del derecho ambiental*. Cumbre de la tierra. 1998.

VIAMONTES GUILBEAUX, C. Eulalia. *Compendio de Legislación Ambiental*. Tomo I. Editorial Félix Várela. Cuba. 1998.

Normas Cubanas ISO consultadas:

NC ISO Guía 64: 1997. Guía para la inclusión de los siguientes aspectos ambientales en las normas de productos.

NC ISO 14000:1996

NC ISO 14001:1998 Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y directrices para su uso.

NC ISO 14004: 1998. Sistemas de Gestión Ambiental. Directrices generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo.

NC ISO 14010: 1998. Directrices para Auditorías Ambientales. Principios generales.

NC ISO 14012: 1998. Directrices para las auditorías ambientales. Criterios de calificación para los auditores y auditores lideres ambientales y se aplica tanto a los auditores externos como internos.

NC ISO 14011: 1998. Directrices para las auditorías ambientales. Procedimientos de auditorías. Auditorías de sistemas de gestión ambiental.

Normas ISO De Auditorías 9000-2000.

Acuerdos Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros consultados: **2823 de 28-11-1994.** Reorganización del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente**. CITMA.**

3139 de 8-4-1997. Aprueba la creación del Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas**.**

4374 de 2002. Aprueba el Reglamento del Decreto Ley No. 219 de 2001.

Acuerdo Consejo de Estado consultados:

Reglamento de la Ley número 107. Ley de la Contraloría General de la Republica de Cuba. G.O. Extraordinaria. Fecha 22 de noviembre de 2010.

Resoluciones administrativas consultadas:

Resolución No. 1 de 1997, de la Oficina Nacional de Auditoría. Ministerio de Finanzas y Precios. Regulaciones sobre la actividad de auditoría interna y estatal. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 2 de 1997, de la Oficina Nacional de Auditoría. Ministerio de Finanzas y Precios. Normas de auditoría. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 4 de 2001. Ministerio de Auditoría y Control. Reglamento del Registro de Auditores de la República de Cuba. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 5 de 2003. Ministerio de Auditoría y Control. Reglamento sobre la disciplina de los auditores. Manual del Auditor. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 6. Regulaciones auditoría interna. Ministerio de Auditoria y Control. G.O. Ordinaria no. 58. 2001.

Resolución Conjunta No. 12 de 2003. Ministerio Finanzas y Precios/ Ministerio Trabajo y Seguridad Social. Calificador cargos técnicos en auditoría. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 60 de la Contraloría General de la República de Cuba. De fecha G. O. ordinaria

Resolución No. 67 de 2003. Ministerio de Auditoría y Control. Calificador Técnico Especialista Jurídico Auditor Gubernamental. Manual del Auditor. Ministerio de Auditoría y Control. La Habana. Cuba. 2002.

Resolución No. 103, del CITMA, de fecha 10 de junio de 2008, Reglamento de la Inspección Estatal de la Actividad Reguladora Ambiental. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 041 de 2 de julio de 2008.

Resolución No. 130. Reglamento de la Inspección Estatal Ambiental. CITMA. G.O. Ordinaria No.21 de 1995.

Resolución No. 132 del CITMA, de fecha 11 de agosto de 2009, Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 37 de 28 de septiembre del 2009.

Resolución No. 168. Reglamento del Proceso de evaluación de impacto ambiental. CITMA. G.O. Ordinaria No. 26 de 1995.

Resolución 185 del CITMA, de fecha 17 de enero de 2007, Sobre las Autoridades Facultadas para Exigir Responsabilidad Administrativa al amparo del Decreto-Ley 200 "De las Contravenciones en materia de Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria No. 15 de 12 de febrero de 2007.

Resolución No. 320. Confección Informe Especial como resultado de la Auditoría especial. 2003.

Resolución No. 399. Normas para los Auditores Gubernamentales. Ministerio de Auditoría y Control. 2003 G. O.

Resolución No. 944. De protección del medio ambiente en la construcción. Ministerio de la Construcción. 1996.

Manuales y metodologías en materia de formación en medio ambiente consultados:

Manual del ciudadano ambiental. Consultado 27 de febrero 2012.

Manual de derecho ambiental en Centroamérica. Autores: Aguilar, Gretel y autores. Editora: Unión Mundial de la Naturaleza. Centro de derecho ambiental de la Unión Mundial por la naturaleza. Costa Rica. 2004. Consultado 27 de febrero 2012.

Manual de gestión y control ambiental. Autor: Bustos Ayoví, Fernando. ISBN 9978-41-832-6. Impreso en Ecuador. Consultado en fecha 14 de febrero 2012.

Manual introductorio: bases conceptuales de la auditoría ambiental como un instrumento en la prevención de la contaminación. Autor: Viña Vizcaíno, MsC. Gerardo. Biólogo Marino. Director sectorial Ministerio del Medio Ambiente. Bogotá. Colombia. Consultado en fecha 14 de febrero 2012.

Manual del Auditor: Ministerio de Auditoría y Control. 2002. Cuba.

Orientación de para la ejecución de Auditorías de Actividades con una Perspectiva Medioambiental. Grupo de trabajo de auditoria medioambiental. INTOSAI. Corte Nerlandesa de auditorías**.** Octubre 2001.

La auditoría de los acuerdos internacionales. Grupo de trabajo de la INTOSAI sobre la auditoría ecológica. Corte Nerlandesa de auditorías**.** Octubre 2004.

Auditoría ambiental y auditoría de regularidad. Grupo de trabajo de auditoria medioambiente. INTOSAI. Canada**.** Octubre 2004.

Evolution and trends in environmental auditing. INTOSAI. November. 2007. Grupo de trabajo de auditoria medioambiente.

Guía de auditoría para las Entidades Fiscalizadoras Superiores. INTOSAI. Grupo de trabajo de auditoria medioambiente. Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible. Noviembre 2007.

Páginas de internet consultadas:

http://www.auditoriajudicial.org.pe/
http://www.auditoriasocial.net/
http://www.auditoriajudicial.org.pe/
http://www.auditoriasocial.net/
http://www.pnuma.org/ciudadania/def_ciudadano
http://.ciberconta.unizar.es/leccion/medio21/100.htm/Gobernanza Ambiental.
www.docentes.unal.edu.co/lvegamora/.../Gestion Medioambiental

(Autor convidado)

DOI: 10.5935/1809-8487.20120022

UMA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A BILL TO COMBAT ORGANIZED CRIME

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO
Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado do Maranhão, Brasil
alaferro@uol.com.br

RESUMO: O presente artigo oferece uma breve visão sobre as características das organizações criminosas, como a Yakuza e o Primeiro Comando da Capital, e os modelos legislativos no campo da repressão à criminalidade organizada; e apresenta uma proposta legislativa para o enfrentamento da questão do crime organizado, mediante a alteração da redação dos artigos 288 e 288-A do Código Penal brasileiro, cujas rubricas passariam a ser "associação ilícita" e "organização criminosa", respectivamente, e a introdução do art. 288-B no corpo do mesmo estatuto legal, destinado à figura típica da "organização terrorista".

PALAVRAS-CHAVE: crime organizado; organização criminosa; Yakuza; Primeiro Comando da Capital; proposta legislativa.

ABSTRACT: This article offers a brief view on the characteristics of organized crime groups, such as Yakuza and Primeiro Comando da

Capital, as well as on the legislative models in the fight field against organized crime, and presents a legislative suggestion to face the question of organized crime, through the text modification of articles 288 and 288-A of Brazilian Penal Code, under the new denominations of "illicit association" and "organized crime group", respectively, and through the introduction of article 288-B in the same code, destined to the crime of "terrorist group".

KEY WORDS: organized crime; organized crime group; Yakuza; Primeiro Comando da Capital; legislative suggestion.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A Yakuza e o Primeiro Comando da Capital (PCC). 3. Modelos legislativos na área da repressão à criminalidade organizada. 4. Uma nova proposta legislativa para a criação da figura típica da organização criminosa. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Podemos conceituar a organização criminosa como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidativos, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e ten-

dência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado denota o tipo de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa.[1]

2. A Yakuza e o Primeiro Comando da Capital (PCC)

Entre as principais organizações criminosas estrangeiras, figuram as Máfias siciliana (italiana) e americana, a Camorra, a 'Ndrangheta e a Sacra Corona Unita (as três últimas também italianas), a Organizacija (russa), as Tríades chinesas, a Yakuza (japonesa) e os cartéis mexicanos e colombianos, todas transnacionais, em maior ou menor grau.

A título ilustrativo, falemos da Yakuza,[2] que tem sede no Japão e é denominada "máfia japonesa", tão popular em tradicionais filmes policiais. Cuida-se de organização criminosa que atua, dentro e fora do país, por intermédio de vários grupos, a exemplo do Yamaguchigumi, do Toa Yuai Jigio Kumiai, do Inagawakai e do Sumyoshi Rengo Kai. Formam a sua rede básica de operações os Estados Unidos, a Alemanha, a Rússia, a China, a Coréia do Sul, a Colômbia e o Brasil (MAIEROVITCH, 1995, p. 74; SILVA, 1998, p. 76).[3] Ostenta patente caráter étnico, sendo composta, preferencialmente, por japoneses.

As raízes históricas da Yakuza estão assentadas no solo da Idade Média. O vocábulo tem origem na sequência dos números 8, 9 e 3, pronunciados Ya-Ku-Za, os quais dizem respeito aos números mais bai-

[1] Para um maior aprofundamento sobre a questão da conceituação e caracterização do crime organizado e das organizações criminosas, ver Ferro (2009, p. 494-499).

[2] Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver Ferro (2009, p. 538-541).

[3] Segundo Maierovitch (2002, p. 1), os grupos integrantes da Yakuza de maior relevância possuem as características a seguir assinaladas: a) Yamaguchigumi, o maior de todos, com um número em torno de 23.000 membros em 750 clãs, operando em 80% das prefeituras japonesas; b) Toa Yuai Jigio Kumiai, dispondo de cerca de 800 membros em seis clãs, com atividade em vinte prefeituras e no tráfico de anfetaminas na Ásia e nos Estados Unidos; c) Inagawakai, contando com aproximadamente 6.700 integrantes distribuídos em 313 clãs, incluindo coreanos entre os líderes das famílias criminosas, também atuando em vinte prefeituras; e d) Sumiyochi Rengo Kai, com cerca de 7.000 membros em 177 clãs, tendo Tóquio como uma de suas áreas de atuação.

xos dos perdedores, em um jogo de cartas chamado de Hanafuda, de modo que os antepassados dos membros da organização eram os jogadores de azar, ou vendedores ambulantes, frequentadores de casas de jogo situadas no seu caminho, ou ainda os que dirigiam tais estabelecimentos.

Em 1988, os grupos da Yakuza somavam 3.200, perfazendo aproximadamente 86.300 integrantes. Dotado de numeroso efetivo, cada grupo ligado à Yakuza constitui uma associação ilícita autônoma, independente, sob a liderança de um chefe, enquanto com frequência aquele que ocupa a posição de vice-chefe assume a chefia de um outro grupo, de categoria inferior, sendo ainda o que chama para si a responsabilidade na hipótese de qualquer empreendimento falhar, cabendo-lhe arcar com os efeitos legais perante a Polícia ou o Poder Judiciário.

A fidelidade e a obediência total dos afiliados com respeito ao chefe peculiarizam o vínculo que os liga, lembrando uma relação de filho para pai, de forma que o autor de um erro pode eventualmente ter a chance de repará-lo, mediante autopunição com o corte da falange do dedo mínimo, significativa demonstração de grande compungimento e sujeição, que é seguida pelo oferecimento da extremidade extirpada, envolta em um lenço, ao líder. Por conseguinte, além das tatuagens sobre o corpo, revelando samurais, serpentes e dragões, a ausência da falange é outro traço visível e inequívoco de filiação à Yakuza (PELLEGRINI; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 66-69).[4]

À semelhança das Máfias italiana e americana, a Yakuza ainda promove rituais de iniciação, incluindo o juramento de fidelidade ao chefe e a troca de taças de saquê, sendo que a significação é ressaltada pelo fato de a cerimônia usualmente ocorrer perante um templo xintoísta, em tributo à mais antiga religião dos japoneses (PELLEGRINI; COSTA JÚNIOR, 1999, p. 69).

Kenney e Finckenauer (1994, p. 262, tradução nossa) conceituam a organização nestes termos:

[4] Ver, também, Oyama (2002c).

> A Yakuza é obviamente uma organização criminosa muito sofisticada, altamente estruturada, bem disciplinada e complexa, que usa violência, corrupção, diversidade de atividades, lavagem de dinheiro e infiltração de negócios legítimos para realizar um amplo conjunto de empreendimentos lícitos e ilícitos. É inquestionavelmente crime organizado em uma escala internacional.[5]

Por seu turno, Maierovitch (1995, p. 74) comenta as atividades ilícitas promovidas pela Yakuza:

> É a grande multinacional do racket financeiro, dos empréstimos e das anfetaminas.
>
> São mais de cem mil filiados à organização. E os sokkayá são os emissários da organização espalhados pelo mundo e empenhados na venda de anfetaminas.
>
> Cinemas, Bancos [*sic*], Empresas de Construção Civil [*sic*], são usados na reciclagem.
>
> A chantagem mais temida concentra-se na área financeira. Consiste na aquisição de grandes quantidades de ações de certas empresas, de modo a legitimar divulgação de falsos balanços, a afugentar investidores e favorecer concorrentes. O preço exigido para a não divulgação dos falsos balanços é vultoso.
>
> Na verdade, tal atividade, [*sic*] é o velho racket ou ricatto, das máfias americana e siciliana, feitas [*sic*] aos pequenos comerciantes, sob a forma de venda de proteção.[6]

---

[5] "The Yakuza is obviously a very sophisticated, highly structured, well-disciplined, and complex criminal organization that uses violence, corruption, diversity of activities, money laundering, and infiltration of legitimate businesses to carry out a broad array of licit and illicit enterprises. It is unquestionably organized crime on an international scale."
Seguindo uma linha coerente, os autores igualmente atribuem à Yakuza, de maneira esquemática, nove traços marcantes, os mesmos reconhecidos no tocante às Tríades chinesas, que são o uso da corrupção, o recurso à violência, a continuidade, a opção por múltiplos empreendimentos criminosos, a existência de uma estrutura organizacional, o envolvimento com negócios legítimos, a sofisticação, a disciplina e o estabelecimento de laços (KENNEY; FINCKENAUER, 1994, p. 270).

[6] Pellegrini e Costa Jr. (1999, p. 68-69) também cuidam das atividades ilícitas características

Em nosso país, as atividades criminosas da Yakuza parecem focar o negócio das drogas, o tráfico de mulheres e a extorsão de empresas, conforme testemunham reportagens de Oyama (2002a, p. 1; 2002b, p. 1).

A propósito da estruturação hierárquica dessa organização criminosa, Pellegrini e Costa Júnior (1999, p. 69) noticiam que, nesta, convivem o modelo de vértice-familiar, assemelhado ao formato piramidal cultivado pelas Máfias siciliana e americana, próprio do Yamaguchigumi, no qual o *oyabun* concentra o poder absoluto; e o modelo federativo entre as famílias, que é o mais recente, abraçado pelo Sumiyoshirengo, no qual o *oyabun* representa, tão somente, o *primus inter pares*, citando o grupo Inagawakai como caso típico de evolução de um para outro modelo:

> Exemplo significativo de tal evolução é constituído pela Inagawakai, uma das mais poderosas organizações criminais do país. Numa investigação feita pela polícia, que descobriu um movimento de negócios de cerca de um milhão de dólares com os principais bancos e sociedades seguradoras, para investimentos imobiliários e acionários completos, veio-se a saber também da infiltração do chefe na polícia e na economia.

No Brasil, estão no rol das organizações criminosas mais conhecidas o Comando Vermelho (CV), o Terceiro Comando (TC), a Amigos dos Amigos (ADA), as três com sede no Rio de Janeiro; e o Primeiro Comando da Capital (PCC), sediada em São Paulo.

Vejamos algumas características da derradeira,[7] que configura um exemplo de organização criminosa forjada no ambiente dos presídios e cadeias, no caso, paulistas. Todavia, já ultrapassou há muito

da organização japonesa: "Os Yakuza operam sobretudo no campo do tráfico de anfetaminas e de outros tipos de droga, na exploração da prostituição, no comércio de material pornográfico, nos jogos de azar, no *racket* dos transportes, da usura, da extorsão, no tráfico de imigrantes. Controlam setores da construção, da especulação mobiliária e financeira, do esporte, do divertimento. Acham-se em condições de interferir em muitas empresas, seja com extorsão, seja com a condução de greves e protestos. Atingem um volume de negócios que supera dez bilhões de dólares".

[7] Ver, sobre o assunto, Ferro (2008, p. 461-464).

os limites prisionais, com volumosa e crescente atuação nos ramos do tráfico de drogas e de armas e do contrabando. Emprega a tática intimidadora do terror em favor de seus interesses ilícitos, sendo tristemente lembrada pelo desencadeamento de ataques, nos últimos anos, contra alvos civis e policiais em São Paulo, em operações de sofisticada logística, nas quais foram assassinados policiais e agentes penitenciários, promovidas numerosas rebeliões simultâneas e causados imensos transtornos à rotina da população, além de destruída ou danificada propriedade pública e particular.

Na opinião de Portela (2007, p. 62-64), o PCC é, hodiernamente, a "maior organização criminosa em atividade no Brasil", tendo como atividade mais relevante o tráfico de drogas, especialmente a cocaína, com utilização de lavagem de dinheiro, por meio da aquisição de negócios legais:

> Com 15.000 integrantes no estado de São Paulo (5.038 deles identificados e catalogados), o grupo se esforça para vender a idéia de que luta pela melhoria das condições de vida nos presídios. Nada mais falso. O principal objetivo do PCC é o mesmo do mais reles ladrão pé-de-chinelo: ganhar dinheiro fácil. No caso, com o tráfico de drogas, em especial a cocaína. Hoje, a facção detém o monopólio da venda de entorpecentes nos presídios de São Paulo. Recentemente, passou a disputar o controle dos pontos-de-venda de drogas do lado de fora das cadeias. Está tendo sucesso na empreitada. [...]
>
> Quando o PCC foi formado, em 1993, seus primeiros líderes viviam da extorsão de detentos nas cadeias paulistas. Exigiam dinheiro em troca de 'proteção'. Quem não colaborava era jurado de morte. [...] Não demorou para o grupo organizar ações fora das cadeias. Inicialmente, eram assaltos. O interesse pelo tráfico surgiu em 2001. [...]
>
> A venda de cocaína é o negócio mais lucrativo do mundo do crime. [...] O PCC monopolizou a venda da droga nos presídios. [...] Estima-se, portanto, que o PCC movimente mais de 200 quilos da droga mensalmente, só nas cadeias. O resultado dessa operação é fabuloso: lucro de 2 milhões de dólares a cada trinta dias.

> A partir de 2003, o PCC começou a 'investir' também no comércio de drogas fora dos presídios. [...] São Paulo tem 25 grandes regiões de distribuição de cocaína mapeadas pela Polícia Militar. Acredita-se que o PCC já tenha tomado dezessete delas.
>
> Estatísticas da Polícia Federal dão uma idéia do peso do PCC no mercado de drogas em São Paulo. Em 2005, 40% dos grandes carregamentos de cocaína apreendidos pela PF em rodovias e sítios do estado pertenciam à facção. [...] Para fazer girar esse esquema gigantesco, o PCC lança mão de bases em outros dois estados: Paraná e Mato Grosso do Sul. São locais estratégicos, já que fazem divisa com o Paraguai e a Bolívia, grandes centros fornecedores de cocaína. Como ocorre com todas as máfias, uma das preocupações do PCC é lavar o dinheiro ganho no crime. Para isso, o grupo financia 'laranjas', que atuam em ramos legalizados. A polícia de São Paulo já sabe que o dinheiro do PCC é lavado em cooperativas de perueiros, postos de combustível, desmanches e lojas de carros usados. O montante auferido nessas atividades segue para contas bancárias abertas por parentes dos integrantes da cúpula.

Tem a estrutura do PCC como marca a linha rígida e piramidal, podendo ser assim apresentada, dos escalões superiores aos inferiores, dos membros efetivos aos colaboradores:

a) líder: é o chefe maior, aquele que estabelece todas as ações da organização;

b) cúpula: dita quem pode se encarregar da venda de drogas nos presídios e nas favelas sob influência da organização, sendo igualmente responsável pelo planejamento de ataques e rebeliões;

c) torre: desempenha o papel de "embaixador" do grupo, com a função de transmitir ordens da cúpula e monitorar os lucros advindos do tráfico;

d) piloto externo: é responsável pelo controle de uma "célula", que corresponde à unidade administrativa da organização fora dos domínios prisionais, cabendo-lhe vender drogas nas favelas e abastecer de cocaína os presídios de sua área;

e) ajudante de ordens, armeiro, tesoureiro e soldado: estão todos situados em igual nível hierárquico, sendo que o primeiro é incumbido de separar a droga e os aparelhos celulares a serem introduzidos pelas visitas no interior dos presídios; o segundo toma conta dos paióis do grupo, deixando as armas (pistolas, fuzis, metralhadoras) sempre prontas para a utilização; o terceiro é encarregado de registrar a movimentação financeira do tráfico de drogas e os empréstimos concedidos a membros da organização; enquanto o quarto, ex-presidiário de volta às ruas, aufere comissões com atividades ilícitas (tráfico, roubos ou sequestros), pagando uma mensalidade ao grupo por tal "direito";

f) recolhe: é ligado ao tesoureiro, tendo a tarefa de percorrer os pontos de venda de droga nas favelas e receber a parcela dos lucros reservada à cúpula;

g) Bin Laden, advogado, visita, preso comum, agente penitenciário e laranja: estão na categoria dos colaboradores, de forma que o primeiro efetua missões de risco, a exemplo de incendiar ônibus ou atacar agentes da lei, para ser recompensado com drogas; o segundo se aproveita, quando venal, de suas prerrogativas profissionais para ter acesso ao interior das prisões e agir como pombo-correio dos membros da organização; o terceiro, familiar de um preso comum, pode cumprir exigência do grupo criminoso de ajudar a levar drogas e aparelhos celulares para as unidades prisionais; o quarto sofre extorsão mensalmente, resultando de eventual não-colaboração a ameaça à família; o quinto, por suborno ou por medo, pode omitir-se quanto à prática do tráfico de drogas nos presídios; enquanto o sexto representa elemento importantíssimo no mecanismo dos negócios da organização, empregado para lavar o dinheiro oriundo do tráfico de drogas, podendo ser, como em muitas hipóteses, um dono de postos de combustível ou de lojas de carros usados.

Já na esfera prisional, o "piloto" ocupa o mesmo degrau hierárquico do "piloto externo", exercendo o papel de comando em um presídio, figurando, entre suas atribuições, as de administrar o tráfico de drogas, conduzir as rebeliões e eliminar presos opositores. Abaixo deste, "sintonia" é a pessoa que, via aparelho celular, mantém con-

tato diário com os demais presídios, retransmitindo todas as informações e notícias ao piloto, ao passo que "disciplina" é o indivíduo que faz as vezes de capataz, extorquindo presos comuns, cobrando dívidas e levando a cabo homicídios. Ambos compartilham posição superior em relação ao "preso batizado", o qual se submete, para se tornar membro da organização, a um batismo de sangue, jurando lealdade aos chefes em troca de proteção (PORTELA, 2007, p. 64-65).

A figura denominada "torre" igualmente pode adquirir a conotação de líder do PCC. É nesse sentido que ela aparece nos moldes simplificados da estrutura de ataque da indigitada organização criminosa, a qual é também composta pelo "piloto" e pelo "soldado", exposta em reportagem da Revista *Istoé*:

> TORRES
>
> São os seis principais líderes da facção criminosa, responsáveis pela tomada das decisões mais importantes que são repassadas para os pilotos.
>
> PILOTOS
>
> Estão localizados dentro e fora das cadeias. Eles repassam as mensagens para os soldados, sempre em códigos, pelo celular e também no tradicional boca-a-boca.
>
> SOLDADOS
>
> São responsáveis pela disseminação e execução das ordens da cúpula. Nas cadeias promovem as rebeliões. Do lado de fora, são os autores dos ataques. (DAMIANI, 2006, p. 43)

De sua parte, Souza, ao examinar o modelo organizacional do PCC, nele reconhece traços do estilo da Máfia:

> Pois foi exatamente nesse espaço da quebra dos movimentos e dos contatos que nasceu o crime em forma oficial de empresa, com voz própria de comando, chamada de *torre* nos códigos, com ordens regularmente emitidas (os *salves*) chegando às *fa-*

> *culdades* (incorporando ironicamente o conceito, fora das muralhas, que chama os presídios de escolas do crime). A organização montou uma hierarquia com postos propositadamente chamados de 'soldados' e 'generais'. Origem paulista, era esse o Primeiro Comando da Capital, o PCC, a frente do crime formada por prisioneiros. No começo, tinha um código, o número 1533, porque 15 corresponde à décima quinta letra do alfabeto, *P*, seguida duas vezes pela terceira letra, *C*. Portanto, *PCC*. Com estatuto. Com batismo. Com rituais de entrada. Com pagamento de mensalidade. Com garantias de apoio para quem estivesse fora ou dentro dos cárceres. Com investimentos. Com compra de pessoas que atuam profissionalmente em vários níveis, inclusive o jurídico, providenciando a graduação daqueles que seriam os doutores do crime. Criou-se, aos poucos, uma irmandade, ao estilo mafioso, na qual todos passaram a ser tratados e compromissados como 'irmãos'. (SOUZA, 2006, p. 21)

Em outro trecho, o jornalista se debruça sobre o papel do "piloto" e do "advogado" na engrenagem da organização criminosa em tela, com alicerce no trabalho desenvolvido pelo Ministério Público em São Paulo:

> A associação criminosa, *societas sceleris*, como se gosta de dizer nos meios jurídicos, é descrita aqui como trabalhoso resultado de uma série de investigações, diligências, *campanas*, observações, rastreamentos, acompanhamentos, vigilâncias, conversas, interrogatórios, declarações, assentadas, inquéritos, denúncias, processos, condenações, absolvições, enorme apuração que permitiram aos promotores assegurar que:
>
> *Com a expansão da organização, a ordem hierárquica culminou com a criação dos chamados 'pilotos'. Eram presidiários que detinham poder de mando dentro de determinado presídio ou pavilhão como representantes dos 'fundadores' ou em situação semelhante a estes.*
>
> O pavilhão ou presídio sob influência de cada 'piloto' ficou conhecido como 'raio', dentro do qual nova escala hierárquica se estabeleceu, igualmente de natureza piramidal. O crescimento da organização criminosa e o conseqüente isolamento de seus principais líderes também exigiram do Primeiro Comando da Ca-

> pital a arregimentação de pessoas que pudessem se valer de suas prerrogativas de advogados para ingressar no sistema penitenciário e com isso levar e trazer notícias, ordens, determinações, orientações, advertências e outras mais, à população carcerária. Os advogados ora denunciados integraram a facção criminosa com esse exclusivo propósito. (SOUZA, 2006, p. 205-206)

3. Modelos legislativos na área da repressão à criminalidade organizada

Há, simplificadamente, dois modelos legislativos[8] para a repressão às organizações criminosas, um que busca efetivamente definir ou caracterizar tipicamente o que seja uma organização criminosa, lançando mão de conteúdos sociológicos e criminológicos, e outro que prioriza o critério dogmático para o tratamento típico do fenômeno. No primeiro grupo, está o art. 416 *bis* do Código Penal italiano; no segundo, podem ser mencionados, por ilustração, o § 129 do Código Penal germânico, o art. 450-1 do diploma francês, o art. 299º do estatuto português e o próprio art. 288 do Código Penal brasileiro, todos centrados na figura genérica da associação ilícita, com variações terminológicas.

Encontra-se no primeiro caso a proposta legislativa de L. F. Gomes (1997, p. 98-100). Sob o argumento de pretender prevenir qualquer ofensa aos princípios da taxatividade e da ofensividade, estabelece, como elementos essenciais, a tipificação dos requisitos básicos do crime organizado, de natureza instrumental, organizacional e operacional, e a exigência de uma potencialidade agressiva ou fraudulenta de cunho duradouro e difuso. Tal é o teor do seu esboço de projeto de lei:

> O Presidente da República
>
> Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º. O art. 288 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.848,

[8] Sobre o tema dos modelos legislativos, ver Ferro (2009, p. 597-602).

de 7 de dezembro de 1940, passam a ter a seguinte redação:

ASSOCIAÇÃO ILÍCITA

'Art. 288. Associarem-se duas ou mais pessoas, de modo estável e permanente, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um (1) a três (3) anos.

ASSOCIAÇÃO ARMADA

§ 1º A pena aplica-se em dobro, se a associação ilícita é armada.

ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA

§ 2º Se a associação ilícita é organizada:

Pena – reclusão, de três (3) a seis (6) anos.

§ 3º Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes no mínimo três das seguintes características:

I – hierarquia estrutural;

II – planejamento empresarial;

III – uso de meios tecnológicos avançados;

IV – recrutamento de pessoas;

V – divisão funcional das atividades;

VI – conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;

VII – oferta de prestações sociais;

VIII – divisão territorial das atividades ilícitas;

IX – alto poder de intimidação;

X – alta capacitação para a prática de fraude;

XI – conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa'.

São vários os méritos do esboço. Substitui a velha expressão "quadrilha ou bando", abrangendo termos alternativos com a mesma significação, por outra mais moderna, "associação ilícita", acolhendo a tendência terminológica de muitos códigos penais estrangeiros, sobretudo os de língua espanhola, como o espanhol, o argentino e o chileno. Oferece uma definição de organização criminosa – conquanto sob o título de "associação organizada" – a ser incorporada *intra codicem*, escapando à excepcionalidade das leis extravagantes. Parte da noção inicial e genérica da "associação ilícita" para a definição dos contornos peculiares à "associação organizada". Especifica um adequado e seleto elenco de traços da organização criminosa, no esforço de sua conceituação típica, de derivação sociológica e criminológica. Esta é, talvez, a sua maior virtude. Entretanto, neste ponto descansa também o seu calcanhar de Aquiles. Ao se decidir por uma configuração mínima da organização criminosa, fundada em somente três dos atributos discriminados, no que evoca a técnica do art. 210 *bis* do *Código Penal de la Nación Argentina* – a diferença é que lá o requisito mínimo desce para duas das características enumeradas (ARGENTINA, 1997, p. 55-56) –, a proposta do juiz abre a possibilidade de enquadramento de uma mera quadrilha, mesmo que organizada, em tal dispositivo. Nesse sentido, uma associação ilícita com, por exemplo, hierarquia estrutural, recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades não constitui necessariamente uma organização criminosa, podendo facilmente representar uma simples quadrilha em razoável patamar organizacional. *In casu*, encontra-se ausente o atributo mais distintivo das organizações criminosas, ou seja, a conexão com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes.[9] É que, no esboço de L. F. Gomes, todos os traços listados possuem a mesma importância caracterizadora. É irrefragável que a técnica do requisito mínimo de apenas três elementos dentre vários apresentados tem suas vantagens no domínio probatório, porém à custa de perda de acuidade na definição típica do fenômeno, consoante já destacado, e ainda determinado grau de insegurança jurídica. Isto não lhe tira, decerto, os seus não poucos méritos.

[9] "Fundamental nas estratégias de organização de crimes desta natureza, emerge o componente *conexão com o poder público*, elemento este que se destina a neutralizar as ações do Estado, tendentes a combater o crime organizado" (GOMES, A., 2000, p. 3).

Igualmente laudável é a sugestão legislativa de Sales (2005, p. 248-250) – enquadrada no segundo grupo –, embora por razões distintas. A autora pugna pela imediata revogação da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, por sacramentar, na linha do "Direito penal da emergência" e do "simbolismo", drásticas alterações na seara processual, em prejuízo de princípios constitucionais, com a progressiva ampliação do âmbito da legalidade, tendo por efeito implacável o arbítrio. Admite, por outro lado, ser imperativa a intervenção penal para a prevenção do crime organizado, em processo de expansão neste país, mormente nas áreas do narcotráfico e da macrocriminalidade econômica. Consequentemente, defende a inclusão, no corpo do *Codex*, em homenagem ao princípio de "reserva do código", do art. 288-A (a proposta da penalista é anterior à edição da Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012), visando à diferenciação entre as hipóteses do crime de colarinho branco ou da "cifra dourada" e desconhecida e da criminalidade das quadrilhas comuns, pela avaliação de que a primeira categoria delitiva permanece intocável em relação ao instrumental penal, em virtude do cunho seletivo do sistema penal, da sutileza de seus métodos, do seu poder de infiltração na tessitura do Estado e das instituições e do seu grande poder econômico. Destarte, avisa que sua proposição *de lege ferenda*, referente à introdução de dispositivo no seio do Código Penal vigente, esquiva um tratamento emergencial e seletivo, o Direito penal do "mero suspeito" e o recurso à legislação *extra codicem*, rechaçando "duplos binários" e "simbolismos":

> *Art. 288-A. Forma qualificada* – Se a quadrilha ou bando tem por finalidade a prática de crimes:
>
> I – contra o sistema financeiro nacional;
>
> II – contra o trabalho e a organização do trabalho (Decreto-Lei 5.425/43, Decreto-lei 368/68, Lei 7.783/89, Lei 9.029/95 e os crimes definidos no Título IV do Código penal);
>
> III – contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo;
>
> IV – contra a administração pública;
>
> V – contra a saúde pública;

VI – contra o meio ambiente.

Pena: Reclusão, de 3 a 6 anos.

§ 1º Se o agente é funcionário público ou exerce mandato público eletivo:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

§ 2º Nos crimes previstos nos arts. 288 e 288-A, o juiz pode diminuir a pena até metade se o agente:

I – desiste voluntariamente de participar da associação, antes da obtenção de qualquer vantagem ilícita;

II – impede a realização de crime pelos demais associados.

§ 3º Fica isento de pena o agente que, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento, colaborar com a justiça possibilitando o desmantelamento da quadrilha ou bando.

A proposta contém, sem dúvida, os requisitos anunciados pela jurista. Entre suas incontestáveis virtudes, está a criação da modalidade qualificada relativa à hipótese do agente que ostenta a condição de funcionário público ou desempenha mandato público eletivo, por exibir uma expressão, em termos normativos, da conexão das organizações criminosas com representantes do Poder Público e políticos. A doutrinadora igualmente inova ao apresentar disposições sobre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz no próprio contexto do projetado art. 288-A, parecendo se inspirar no § 129, nº (6), do *Codex* alemão (SALES, 2005, p. 226). Tal qual L. F. Gomes, repele a excepcionalidade das leis extravagantes, fazendo do Código Penal pátrio o *locus* do tipo sugerido.

A conservação da expressão "quadrilha ou bando", em sua formulação de boa técnica jurídica, segue a tradição do Código Penal brasileiro, conquanto tenhamos preferência pela expressão "associação ilícita", para indicar as associações e grupos ilícitos em geral, categoria das tradicionais quadrilhas, no caso do atual art. 288, e pela ex-

pressão "organização criminosa", para designar a associação do crime organizado, em um hipotético novo art. 288-A, por serem expressões mais precisas, com a marca da modernidade e padrão internacional.

No tocante à estratégia de especificação dos crimes-fim da quadrilha ou bando, em sua versão qualificada, é mister observar as desvantagens de sua aplicação, como instrumento de enunciação típica (cunho notadamente restritivo, provocando a necessidade de frequente atualização do rol selecionado,[10] não contribuição significativa à captação da ideia substantiva de organização criminosa e de crime organizado e, por conseguinte, à consecução de seu conceito, mesmo o legal, que não pode dispensar o recurso a dados sociológicos, como fenômeno criminológico que é). Cabe registrarmos, contudo, que a opção pela listagem de delitos é de recorrente uso e possível utilidade em formulações típicas alicerçadas no critério dogmático, além de propiciar segurança jurídica, detendo inegável valor garantista, por ser um modelo fechado, o que não implica afirmar que um modelo de derivação sociológica, como aquele aqui propugnado, não possa também preencher o requisito de respeito a princípios garantistas, constitucionalmente assegurados.

4. Uma nova proposta legislativa para a criação da figura típica da organização criminosa

Finalmente, a proposição *de lege condenda* adiante exposta[11] parte da premissa de que todo fenômeno delitivo pode e deve ser descri-

[10] Oliveira (1998, p. 332-333, grifo do autor) consigna os principais problemas ligados à adoção do modelo fechado no caso da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 1º: "Essa diferença é relevante, pois a opção político-criminal que realizamos (apesar de aparentar um maior *garantismo* ante o estabelecimento taxativo dos crimes precedentes) irá proporcionar *problemas sistemáticos* e práticos no futuro. As principais conseqüências da adoção de um modelo fechado são: a) ao deixar de estabelecer uma fórmula genérica, o legislador se viu obrigado a manter uma extraordinária atenção sobre os novos acontecimentos delitivos, pois o surgimento de novas formas de criminalidade irá obrigar à ampliação e atualização do rol estabelecido nos incs. I a VII do art. 1º; b) por outro lado, a formulação de uma lista implica numa necessária e contínua revisão da legislação penal, no sentido de verificar se as figuras contidas no rol ainda são consideradas crime ou não. Basta observar que um dos delitos mencionados no art. 1º – o terrorismo (inc. II) – ainda não encontra tipificação específica em nosso sistema jurídico-penal".

[11] A respeito de nossa proposta legislativa, ver Ferro (2009, p. 602-606).

to "pelo que é", não sendo "o que faz" suficiente para a sua caracterização, dentro ou fora das trincheiras da tipicidade. Não é possível a identificação do que seja uma organização criminosa pelos ilícitos penais que promove ou objetiva promover. A Criminologia é um instrumental necessário para a definição e caracterização típica do crime organizado e das organizações criminosas, reconhecidamente um fenômeno sociológico e, particularmente, criminológico. É nesse sentido a opção cá adotada pelo modelo de orientação sociológica, com reverência aos princípios constitucionais.[12]

Trata-se de um primeiro delineamento, que procura inspiração em muitas fontes, no esforço de contribuição para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira no atinente à abordagem do crime organizado:

> O Presidente da República:
>
> Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> *Art. 1º.* Os arts. 288, *caput* e parágrafo único, e 288-A, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> *Associação ilícita*
>
> Art. 288. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, para o fim de cometer infrações penais:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
>
> § 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se a associação ilícita é armada ou se o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo.
>
> § 2º A pena reduz-se de um terço, se as únicas infrações penais visadas são contravenções penais.

[12] Ver, a propósito, Gomes, L. F. (1997, p. 98-99).

Organização criminosa

Art. 288-A. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, por intermédio de entidade jurídica ou não, sob motivação de ganho econômico ou financeiro, para o fim de cometer crimes, assumir, direta ou indiretamente, o controle de empresa ou atividade econômica lícita ou de negócios e serviços públicos, ou obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a neutralização da eficácia da atuação de funcionário público, valendo-se de intimidação, violência, corrupção, fraude, tráfico de influência ou outro meio assemelhado:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e perda de bens e valores.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização criminosa.

§ 2º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e perda de bens e valores, se: [...]

I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização criminosa;

III – a organização criminosa é composta por dez ou mais pessoas ou é armada;

IV – a organização criminosa é de caráter paramilitar ou do tipo milícia.

§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a imposição da pena de perda de bens e valores obedecerá ao disposto no art. 45, § 3º, deste Código.

Art. 2º O Título IX do Decreto-lei nº 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

Organização terrorista

Art. 288-B. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, sob motivação política, social ou religiosa, para o fim de prejudicar a integridade ou a independência nacionais, subverter a ordem democrática e constitucional, intimidar pessoas, grupo ou a população em geral, influenciar a política do governo ou constranger funcionário público a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, mediante o cometimento de atos terroristas:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se atos terroristas, para os efeitos penais, os crimes, motivados por qualquer dos fins indicados no *caput*, contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, de produção dolosa de perigo comum, contra a saúde pública, de dano contra o patrimônio público, de sabotagem, contra a segurança dos transportes e das comunicações, ou que envolvam o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização terrorista.

§ 3º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se:

I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização terrorista;

III – a organização terrorista é composta por dez ou mais pessoas ou dispõe, para fins criminosos, de armas com tecnologia nuclear, armas de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 85-111

> § 4º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode reduzir a pena de um terço até metade, se o agente:
>
> I – revelar a existência, estrutura, modo de operação e atividades principais da associação ou organização;
>
> II – desistir voluntariamente de participar da associação ou organização, antes da consecução de qualquer vantagem ilícita;
>
> III – impedir a realização de crime pelos demais membros da associação ou organização;
>
> IV – fornecer informações que levem à identificação de líderes e membros da associação ou organização e à localização de bens, direitos ou valores, obtidos como produto das atividades ilícitas da associação ou organização.
>
> § 5º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode deixar de aplicar a pena, se o agente, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento ou processo, colaborar com a Justiça, possibilitando o desmantelamento da associação ou organização.
>
> *Art. 3º.* Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Alguns breves comentários se fazem necessários.

Na redação do art. 288, a substituição de "crimes" por "infrações penais" objetiva preencher uma lacuna, com a inserção das contravenções penais entre os ilícitos visados, atos que, consoante opina Carnelutti (2001, p. 25), "são, ou podem ser, nocivos à convivência social". O conhecido envolvimento de determinadas categorias de contraventores, como os "bicheiros", em continuados empreendimentos ilícitos de caráter associativo, recomenda a medida. O projetado § 2º pretende atender à menor danosidade potencial inerente às contravenções, em contraste com os crimes.

Justifica-se a opção pela quantidade de três pessoas como requisito mínimo de composição das três associações tipificadas (associação ilícita, organização criminosa e organização terrorista) pela consta-

tação de que três é um número que melhor reflete a natureza de associação do que dois, este mais adequado para a noção de mero acordo (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 35). E três já pode expressar uma associação com especialização e divisão de tarefas, motivo pelo qual afastamos o quatro, número mínimo acolhido pelo art. 288, *caput*, do Código Penal brasileiro. Três é, ainda, a quantidade mínima de pessoas prevista nos artigos 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a "associação para delinquir" e a "associação de tipo mafioso"; no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamento Criminal*, estatuto processual espanhol, sobre a "delinquência organizada"; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a "associação ilícita".

O *caput* do sugerido art. 288-A não contém todos os atributos indicados como características principais da organização criminosa, com o propósito de evitar excessivo detalhamento na definição típica, em homenagem às regras da boa técnica jurídica.

A inclusão da figura da "organização terrorista" tem como escopo não somente oferecer uma contribuição concreta sobre outro tema polêmico, negligenciado em nossa doutrina e lacunoso em nossa legislação, mas igualmente confrontar tal associação com a organização criminosa. Aí reside a razão da não exibição de um tipo penal destinado ao terrorismo como fenômeno não associativo, cometido de forma individual ou em simples concurso de pessoas, o que não quer dizer que essa providência legislativa não seja imperiosa, porém apenas que este não é o contexto oportuno.

5. Considerações finais

O caminho jurídico, é certo, não tem o condão de conduzir a soluções mágicas para o bem-sucedido controle do crime organizado. Não olvidemos que o Direito penal é e deve ser condizentemente tratado como a *ultima ratio* do controle social, não a primeira. Nem tampouco possuem tal poder quaisquer medidas e estratégias administrativas ou políticas que mirem, pela via repressiva, à mera e completa erradicação do problema. O crime organizado, como o crime em geral, pode ser controlado, contudo não totalmente

erradicado, sob as condições sociais, econômicas, políticas e culturais hodiernamente conhecidas, até pela possibilidade, sempre presente, de que, embora venha a ser sistemática e eficazmente arrostado, assuma novos aspectos, guardando velhos traços, sem implicar, portanto, o seu cabal desaparecimento.
De qualquer modo, não nos é dada a alternativa de baixar a guarda, caso algum dia cheguemos a imaginá-lo "sob controle", à maneira de uma serpente aprisionada, cuja maior parte do veneno haja sido extraída, pois essa serpente habita em nós. Antes de procurá-la no outro, devemos buscá-la no espelho. Ela cresce à sombra das próprias estruturas socioeconômicas e políticas de uma cidade, de uma região, de um país, uma imagem refletida no espelho da sociedade.

Destarte, para controlar o ímpeto, o apetite e o alcance das organizações criminosas, esses conquistadores tão influentes, tão insidiosos, tão poderosos, para quebrar-lhes a *espada*, mitigando os seus efeitos perniciosos, o máximo possível, não é suficiente apenas brandir a *espada da lei*, mesmo sendo esta necessária, contra a impunidade, mediante inovações ou alterações legislativas mais apropriadas para o enfrentamento de uma macrocriminalidade com características únicas, que propiciem ao legítimo protagonista, isto é, o Ministério Público, dirigir, coordenar e empreender os esforços em prol desse fim, com a assistência imprescindível da Polícia. Também é forçoso erguer uma nova *cruz*, que propague valores éticos, de respeito ao ser humano e à sua dignidade, de cultivo dos frutos do mérito e do trabalho honesto, de rechaço em relação às obras da esperteza e da apropriação do público por interesses privados, que produza uma nova mentalidade, em nível local e mundial, pela qual o lucro e o poder cobiçados não se tornem os ídolos dominantes do mercado e da política, na qual a ética da fraternidade e da solidariedade guie o desempenho de cada profissão e o exercício do serviço público e não seja sacrificada ao altar da lógica das aparências e do ganho fácil e egoístico, enfim, que inspire a construção de um mundo mais justo e mais ético. É esta a *fome* que deve presidir as ações de controle de tal modalidade delituosa.

A proposta legislativa objeto deste artigo não ostenta a pretensão de esgotar todas as possibilidades ou de ser definitiva. Aliás, nem poderia. Pretende, na verdade, ser um esboço, que se junte a outras ideias, visando à edificação de um sólido castelo de soluções eficientes, eficazes e efetivas para o controle do crime organizado.

6. Referências

ARGENTINA. *Código penal de la nación argentina*: Lei n. 11.179. Buenos Aires: DEOF, 1997. 244 p. (Leyes y Códigos de bolsillo).

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. 67 p.

DAMIANI, Marco. Terror... Pânico... Caos... Vergonha. *Istoé*, São Paulo, SP, n. 1909, p. 30-43, 24 maio 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 573 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009. 704 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Os modelos estruturais do crime organizado e das organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, v. 97, n. 877, p. 427-466, nov. 2008.

GOMES, Abel Fernandes. Introdução. In: GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público*: comentários à Lei n. 9.034/95: considerações críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 2-3.

GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei n. 9.034/95. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89-108.

KENNEY, Dennis J.; FINCKENAUER, James O. *Organized crime in America*. Belmont, California: Wadsworth, 1994. 398 p.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça penal – 3*: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57-76.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Yakuza japonesa e o Brasil: a organização. *Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF)*. Panorama do crime organizado. Disponível em: <http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf13.htm>. Acesso em: 30 out. 2002.

OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*: comentários à Lei n. 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313-340.

OYAMA, Thaís. Máfia japonesa ameaça empresas no Brasil. *Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF)*. Panorama do crime organizado. Extraído da Folha de S. Paulo, 20 fev. 1994. Disponível em: <http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf15.htm>. Acesso em: 30 out. 2002a.

OYAMA, Thaís. Máfia japonesa chega ao Brasil. *Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF)*. Panorama do crime organizado. Extraído da Folha de S. Paulo, 18 abr. 1993. Disponível em: <http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf14.htm>. Acesso em: 30 out. 2002b.

OYAMA, Thaís. ''Traidor tem que decepar um dedo''. *Instituto Brasileiro Giovanni Falcone (IBGF)*. Panorama do crime organizado. Extraído da Folha de S. Paulo, 20 fev. 1994. Disponível em: <http://www.ibgf.org.br/pcorg/maf16.htm>. Acesso em: 30 out. 2002c.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. *Criminalidade organizada*. São Paulo, SP: Jurídica Brasileira, 1999. 118 p.

PORTELA, Fábio. PCC: Primeiro Comando da Cocaína. *Veja*, São Paulo, SP, v. 40, n. 1990, p. 62-65, 10 jan. 2007.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 266 p.

SILVA, Ivan Luiz da. *Crime organizado*: aspectos jurídicos e criminológicos (Lei n. 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998. 152 p.

SOUZA, Percival de. *Sindicato do crime*. São Paulo: Ediouro, 2006. 256 p.

Artigo recebido em: 09/09/2011
Artigo aprovado em: 10/05/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120023

TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

LABOR, CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS: REREADING THE PRINCIPLE OF LABOR VALORIZATION

EDUARDO MARQUES VIEIRA ARAÚJO
Analista Judiciário
Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Brasil
avme2009@yahoo.com.br

RESUMO: Este artigo propõe uma releitura do princípio constitucional da valorização do trabalho, com vistas a sustentar a superação de teses justrabalhistas construídas com base no positivismo jurídico. A baixa compreensão hermenêutica do princípio em análise provoca reflexos diretos na dinâmica social. Proliferam-se os questionamentos sobre a aptidão do modelo justrabalhista atual para solucionar as mazelas do mundo do trabalho, principalmente com o advento da tormentosa tese de flexibilização do Direito do Trabalho. Os princípios constitucionais, uma vez reconhecida sua normatividade, condicionam o comportamento social, assim como as regras. Por conseguinte, valorizar o trabalho é ordem a ser observada na construção de qualquer interpretação que seja levada a cabo no âmbito do Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; constituição; pós-positivismo; princípios jurídicos.

ABSTRACT: This article proposes a new reading of the constitutional principle of valorization of labor, in order to overcome the Labor Law theses constructed based on legal positivism. The poor hermeneutic understanding of the principle under analysis causes direct effects on the social dynamics. The questions about the current Labor Law model suitability for solving the ills of labor world have proliferated, especially with the advent of the stormy thesis of Labor Law flexibilization. The constitutional principles, once recognized its normativity, influence social behavior as well as rules. Therefore, labor valorization command must be observed in the construction of any interpretation accomplished within the Labor Law.

KEY WORDS: Social rights; constitution; postpositivism; law principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A hermenêutica do princípio constitucional da valorização do trabalho. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O amadurecimento e a intensificação das manifestações e das organizações sociais promoveram, de forma gradual, a consolidação do Direito do Trabalho como um estuário de institutos, princípios e regras jurídicas primordiais para o equilíbrio das relações de emprego.

Esse ramo jurídico teve sua consistência ainda mais sedimentada no século XX, quando se processou o fenômeno de constitucionalização dos direitos sociais, capitaneado pelo advento da Constituição do México, de 1917, e da Constituição da República de Weimar, datada de 1919.

> No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho atingiu o ápice com a Constituição Federal de 1988,

> na qual são elencados direitos e garantias relativos ao trabalhador, num rol cuja extensão nunca alcançara tamanha elasticidade quando cotejado com as ordens constitucionais anteriores. A novel Carta Constitucional apresenta novos paradigmas referentes ao direito fundamental e ao trabalho digno, impulsionando o surgimento de possibilidades normativas de efetivação do Estado Democrático de Direito. (DELGADO, 2006, p. 81).

Essa tutela constitucional conferida ao trabalhador tem fulcro na inspiração trazida pelo princípio da dignidade, epicentro do ordenamento jurídico, cujo pilar se assenta na realização ética, econômica, psíquica, física e social do ser humano.

> Como consectário desse princípio, o texto constitucional elegeu o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e de sua ordem social. O trabalho e as condições de seu exercício são aspectos intrínsecos à dignidade e, por corolário, à condição humana. Como instrumento de dignificação do homem, sua valorização deve servir de norte para toda ação e vida do Estado e da sociedade. (JUCA, 1997, p. 100).

> Esse axioma não deve ser estudado sob uma perspectiva perfunctória, em razão de sua inconteste relevância no seio da sociedade. No âmbito do Estado Social de Direito, a consagração constitucional de direitos fundamentais sociais consubstancia exigência inafastável do efetivo exercício das liberdades e das garantias da igualdade de oportunidades, atreladas à ideia de democracia e de um Estado de Direito cujo conteúdo não é meramente formal, visto que guiado pelo valor da justiça material. (SARLET, 2007, p. 73-74).

O assentamento constitucional do valor social do trabalho tem vinculação atávica à inspiração axiológica do trabalho digno. Foi o debate acerca do valor do trabalho que possibilitou o reconhecimento filosófico e jurídico de sua importância na efetiva e plena realização do indivíduo e da sociedade.

Outrossim, se a filosofia trouxe para o ordenamento jurídico a fonte para a afirmação do Direito Constitucional do Trabalho, a própria ordem constitucional fornece os instrumentos para que os direitos sociais, como prerrogativas inderrogáveis e indisponíveis, possam revestir-se da efetividade e da observância que lhes são necessárias.

A concepção de trabalho digno permeou as discussões atinentes aos direitos sociais na Assembleia Constituinte de 1988, que culminou em seu reconhecimento como fundamento da República. Esse valor ostenta, na ordem jurídica vigente, posição de centralidade, corroborada pela inserção dos direitos sociais no corpo constitucional.

> Em tempos atuais, a altercação se espraia por novos horizontes: com base justamente na interpretação e na aplicação das normas constitucionais, que contemplam, em sua materialidade, direitos de natureza tipicamente trabalhistas, buscam-se a afirmação e a concretização do trabalho digno. Somente o trabalho exercido em condições dignas viabiliza a construção da identidade social do trabalhador. (DELGADO, 2006a, p. 209).

Para tanto, mister se faz o aprofundamento das investigações acerca das normas de direito social. A caracterização de um direito como fundamental não implica somente a conclusão simplória de que serve à dignidade da pessoa humana; ao contrário, ela desencadeia complexo processo de difusão das premissas atinentes aos princípios constitucionais na seara das disposições de Direito do Trabalho, oferecendo a esse ramo jurídico substância axiológica para intensificar sua efetividade.

A fundamentação inconsistente na hermenêutica de tais princípios tem reflexos diretos na dinâmica social. Proliferam-se os questionamentos sobre a aptidão do modelo justrabalhista para solucionar as mazelas do mundo do trabalho, sobretudo com o advento da tormentosa tese de flexibilização do Direito do Trabalho.[1]

[1] Em síntese, a pretensão flexibilizatória objetiva desconstituir a predominância de uma racionalidade material que busca a concretização de certos valores, transformando esse

> Numa realidade em que se observa o recrudescimento do desemprego e do trabalho informal, assevera-se que o modelo atual já não atende aos anseios – e às necessidades – de grande parcela da população, constituída pelos desocupados e pelos trabalhadores informais. A redução da oferta de empregos faz com que as pessoas se submetam às mais degradantes formas de trabalho. Como sequela dos novos tempos, 'o desemprego já não faz apenas pobres, mas excluídos'. (VIANA, 1999, p. 153-186).

> Nesse contexto, em decorrência do pensamento ultraliberal, professa-se até mesmo o fim do trabalho, sob o argumento de que este 'teria se tornado desimportante na estrutura e dinâmica do novo capitalismo, sendo que o emprego, a tradicional e dominante fórmula de trabalho neste sistema, teria decaído para inevitável anacronismo'. (DELGADO, 2006b, p. 32).

Tal questão aflora justamente em virtude da marginalização da legislação trabalhista decorrente da contratação de trabalho sem a observância das normas tutelares. Esse processo paradoxal de deslegitimação do Direito do Trabalho produz efeitos nefastos, promovendo o ocaso da proteção e do próprio valor-trabalho, em sua perspectiva ideal: o trabalho digno.

O Direito do Trabalho é uma conquista cujo desmantelamento consubstancia um desrespeito frontal à História. Ignorar a luta e os esforços despendidos pela classe trabalhadora na busca pela tutela do hipossuficiente é permitir novamente a exploração desumana que outrora se empreendeu.

> A solução para que o Direito do Trabalho tenha sua eficácia preservada está na própria ordem jurídica. O Direito instrumentaliza sua própria observância. Desse modo, assume a feição de força social propulsora, quando visa a proporcionar aos indivíduos e à sociedade o meio favorável para o aperfeiçoamento e progresso da humanidade. (RÁO, 2004, p. 54-55).

ramo jurídico em um direito formalista, para garantir apenas a negociação de condições de trabalho pelos atores sociais. Cf.: GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 p. 123.

A aplicação jurídica que se impõe deve estar sempre temperada pelos valores e pela ética, conforme os postulados da corrente pós-positivista do Direito. Devem-se aproximar, portanto, Moral e Direito, ética e lei, atribuindo-se normatividade aos princípios e definindo-se suas relações com valores e regras. Tudo isso, porém, sem recorrer a categorias metafísicas.

2. A hermenêutica do princípio constitucional da valorização do trabalho

A reedificação do Direito do Trabalho como instrumento fomentador de justiça social depende da afirmação de sua essencialidade à materialização da dignidade da pessoa humana. Privilegia-se, nessa empreitada, a perscrutação dos valores substanciais da sociedade, reveladores da parametrização constitucional intrínseca ao Estado Democrático de Direito.

> O pós-positivismo tem como uma de suas premissas o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras. A adoção dessa corrente de pensamento no estudo do caráter jusfundamental dos direitos sociais é imprescindível para buscar a otimização da efetividade desses direitos, tendo-se como inspiração o valor do trabalho digno. Atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, o pós-positivismo conjugou, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, em contraste com os clássicos do positivismo, avessos à juridicidade dos princípios e, portanto, compromissados com uma empobrecedora visão da teoria sobre a normatividade do Direito. (BONAVIDES, 2006, p. 266).

A construção do pós-positivismo sucedeu no final da Segunda Guerra Mundial, após a derrocada dos regimes totalitários, cujas censuráveis diretrizes se justificavam pelo positivismo jurídico, segundo o qual a validade de um preceito se extrai das regras de competência e de procedimento, afastando-se de seu conteúdo material. Fortes nessa ideologia, os movimentos político-militares nazista e fascista ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promove-

ram a barbárie em nome da lei. [...] Desconsideraram, em seu fazer e pensar, a atribuição de juízos éticos a suas ações. (PIOVESAN, 2007, p. 28).

Em contrapartida, reconhecendo que a norma pura, em si somente, deu azo e guarida a ações atentatórias aos direitos humanos, o pós-positivismo propôs a reaproximação entre Direito e Justiça.

No esteio dessa corrente, a junção entre princípios fundamentais, ética e valor torna o Direito mais social e mais equitativo, favorecendo o reconhecimento de sua legitimidade. Dá-se, então, por meio da difusão desse pensamento, a humanização das leis, através da aplicação sensível dos princípios jurídicos e do reconhecimento dos valores que inspiram a ordem jurídica.

A filosofia pós-positivista corporificou-se na doutrina americana de John Rawls (RAWLS, 1971) e Ronald Dworkin (DWORKIN, 1977), bem como nas letras de Robert Alexy (ALEXY, 1986). Todavia, é também possível apontar Miguel Reale (1968) como expoente dessa vertente, em razão de sua aclamada "Teoria Tridimensional do Direito", alicerçada na filosofia culturalista.

Segundo o autor, o fenômeno do Direito se constitui e se examina por meio de três aspectos inseparáveis e distintos entre si: o axiológico, o fático e o normativo. Esses elementos, num processo de integração, devem ser correlacionados, consubstanciando o tridimensionalismo específico e dinâmico, que perquire as questões de fundamento, eficácia e vigência do Direito.

Reale expõe que as concepções monistas ou unilaterais da normatividade não exprimem o real conteúdo do fenômeno jurídico. Desse modo, para a realização da Justiça, necessita-se compreender que os fatos e valores também compõem o momento adventício da normatividade. As normas são elos entre o complexo fático-axiológico que determinou sua gênese e o complexo fático-axiológico ao qual se visa atingir no decorrer do processo histórico.

O mesmo autor salienta, ademais, que "qualquer norma jurídica, privada de sua condicionalidade fática e do sentido axiológico que lhe é próprio, passaria a ser mera proposição normativa" (REALE, 1994, 612), reduzindo-se ao seu suporte ideal. Como interessa à Ciência do Direito não apenas a forma, mas também o conteúdo das normas, deve-se interpretá-las consoante os valores necessários à sociedade, elencados como relevantes num determinado momento histórico.

O raciocínio de Reale, com efeito, afigura-se plenamente compatível com o fenômeno do (neo)constitucionalismo, cujas premissas, segundo Streck, são a autoaplicação da Constituição, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios e a viragem linguística -ontológica, alvissareira de um novo enfoque sobre a hermenêutica e sobre o processo compreensivo. (STRECK, 2005, p. 159).

Trata-se de transformação de cunho paradigmático no campo jusfilosófico, segundo delineia Streck:

> Do papel plenipotenciário assumido pela lei, produto do modelo liberal-burguês, passa-se a uma nova concepção acerca das fontes do direito; do mesmo modo, da velha teoria da norma, salta-se em direção aos princípios e tudo o que eles representa(ra)m para o direito a partir do advento do neoconstitucionalismo. Com isto, as relações privadas, antes protegidas/encasteladas na norma jurídica codificada que as protegiam contra os "indevidos" ataques do direito público, passam a estar submetidas ao público (leia-se, à Constituição), fragilizando-se, em boa hora, essa velha dicotomia. (STRECK, 2005, p. 179).

O referido processo não se limita à inserção de matérias cujo tratamento se efetivava, culturalmente, por meio da legislação infraconstitucional. Do mesmo modo, não se esgota no fato de que o Estado Democrático de Direito tem como pressuposto a existência de uma Constituição.

> A constitucionalização do Direito é um fenômeno contínuo, dinâmico, que consiste no processo de disseminação, por todo o sistema jurídico, do conteúdo axiológico das normas constitucionais. O teor da vontade constitucional passa a compor qualquer ato de criação, interpretação, aplicação ou execução normativa. A superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo propicia a sedimentação da noção de Constituição embebedora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e a dinâmica das relações sociais. (STRECK, 2005, p. 161).

> Implica, ainda, uma viragem hermenêutica, compreendida como modo de ser, emergente da faticidade e existencialidade da interpretação. A Constituição, desvelada pelo círculo hermenêutico gadameriano, não exsurge em sua 'abstratalidade'. A vida, a temporalidade, a existência, a historicidade são elementos da Constituição, que é o 'resultado de sua intepretação'. (STRECK, 2005, p. 162).

Esse fenômeno evolui mediante o amadurecimento das instituições constitucionais e da consciência jurídica dos operadores do Direito e da sociedade. Incumbe-lhes, indistintamente, a tarefa de promover a Constituição, efetivando direitos, materializando programas e agindo em conformidade com os fundamentos e objetivos da República.

O poder atribuído à Constituição, de impregnar todas as ações que importem no trato com o sistema jurídico decorre de sua força normativa. A noção de Constituição não pode ser reduzida a uma carta de programas a serem cumpridos pelo Estado, a seu alvedrio. Tratando-se de diploma que consagra direitos e deveres, em conformidade com os princípios que inspiram a ordem jurídica, deve-se concebê-la como instrumento normativo apto a produzir efeitos.

> Konrad Hesse afirmou ser requisito essencial da força normativa da Constituição que ela considere não apenas os elementos sociais, políticos e econômicos prevalecentes, mas que incorpore,

> principalmente, o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. A realização desse pressuposto assegura à Constituição, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. (HESSE, 1991, p. 20).

A encampação constitucional de valores possibilita a harmonização entre o ser e o dever-ser. Nos casos de conflito, a Constituição jurídica, em razão de sua força normativa, dirigente, ordena e conforma a realidade política e social, obstaculizando a disseminação de um ideário oposto ao sentido material de suas normas. É sob esse viés que se deve investigar a influência do valor-trabalho na criação e na hermenêutica justrabalhista.

O esquadrinhamento da influência do valor social do trabalho na releitura do Direito do Trabalho não se esgota no exame perfunctório e abstrato que o define como postulado ôntico pertencente ao campo do ser. Na perspectiva pós-positivista do Direito, o inflexível dualismo entre norma e valor dá lugar à compreensão de que ambos interagem em uma intrincada relação de implicação-polaridade diante de determinado contexto fático, fenômeno do qual decorre a normatividade, o próprio Direito.

Calha salientar, por outro lado, que o valor social do trabalho, quando assentado como fundamento da República pela ordem constitucional pátria, erige-se no campo do dever-ser. Ainda que principiológica, é certa sua condição de norma jurídica.

> Afinal, os princípios, bem como as regras, são normas jurídicas. São mandamentos de otimização, normas que determinam a consecução de determinado fim na maior medida realizável, consideradas as possibilidades fático-jurídicas atinentes ao caso concreto. (ALEXY, 1993, p. 84).

Como norma jurídica, seu conteúdo é imperativo. Seu caráter constitucional lhe confere força normativa, dirigente. Sua realização é condição de possibilidade para o acontecimento constitucional.

Obrigatoriamente, então, deve impregnar toda atividade de elaboração, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho.

O trabalho é, irremediavelmente, forma de realização ética do indivíduo e da sociedade. Trabalhando, o indivíduo reconhece-se a si e aos outros, e desenvolve-se a sua identidade particular e social. É o que afirma Battaglia:

> No trabalho, ou melhor, na atividade, o homem sai de si próprio; a satisfação das necessidades o induz a invadir a solidão e a procurar, pois, as coisas, e, mais do que as coisas, os outros. Os outros ele reconhece na mesma dignidade de que se encontra investido, reconhece-os como sujeitos na ordem ética. Se reconhece os outros, exige ser reconhecido conforme a uma exigência de paridade e de reciprocidade. Sente, em conclusão, e reconhece a si e aos outros associados, dá sentido, numa relação que é a forma transcendental, ao mesmo tempo de convivência e de colaboração. (BATTAGLIA, 1958, p. 297).

Não há negar, dessa forma, a centralidade de que goza o trabalho na sociedade contemporânea.

A normatividade do valor-trabalho consubstancia, assim, o reconhecimento de sua relevância social. Se, para a sociedade moderna, o valor-trabalho *é*, a afirmação constitucional de que ele *deve ser* induz a ilação de que afrontá-lo não *deve ser*.

Denota-se, por corolário, a necessidade de se estabelecerem novos parâmetros hermenêuticos para o exame do Direito do Trabalho. Esse ramo jurídico apresenta-se deveras impregnado pela Constituição.

Ao atribuir força normativa ao valor-trabalho digno, a Constituição ordena que todas as normas justrabalhistas sejam efetivadas em conformidade aos anseios da coletividade e que seus dispositivos sejam interpretados axiologicamente, uma vez que se direcionam a realizar os valores substanciais para a sociedade.

Dessa atividade hermenêutica, quando empreendida com êxito, decorrerá o natural reconhecimento espontâneo da norma pelos seus destinatários. A compatibilização entre os valores e o Direito, nesse raciocínio, apresenta-se como inegável fonte de efetividade: a sociedade não violará uma norma que reproduz sua própria vontade.

> É nesse sentido que Häberle fundamenta sua concepção de "sociedade aberta de intérpretes da Constituição", segundo a qual todo indivíduo que experimenta a normatividade constitucional é seu legítimo intérprete. Torna-se impensável, assim, compreender o fenômeno da interpretação da Constituição sem que em seu desenvolvimento tenham voz, além das potências públicas e dos órgãos estatais, os cidadãos e os grupos. (HÄBERLE, 1997, p. 14).
>
> O mesmo autor aduz, ademais, que uma Constituição, como instrumento de estruturação não apenas do Estado, mas da própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), disciplinando a organização da coletividade e, diretamente, dos setores da vida, deve integrar as forças sociais e privadas enquanto sujeitos. Não pode tratá-las como meros objetos. (HÄBERLE, 1997, p. 33). "A Constituição é, nesse sentido, o espelho da realidade" . (HÄBERLE, 1997, p. 34).

Nessa concepção pluralista e democrática que amplia o círculo de intérpretes da Constituição, o destinatário da norma participa ativamente do processo hermenêutico, o que se comprova pela dinâmica social decorrente do processo de conformação entre norma e realidade.

Por conseguinte, o conteúdo das normas constitucionais deve ser perquirido em conformidade com os valores considerados pelos seus próprios destinatários como postulados ontológicos no contexto histórico em que se inserem. Especificamente, no que toca ao valor-trabalho, fonte e finalidade do tratamento jurídico-constitucional que se defere à ordem social, a interpretação constitucional das normas justrabalhistas legitima-se somente quando perpassa a sua apreensão.

Conclui-se, então, que a leitura do ordenamento jurídico necessariamente se orienta pelo imperativo de valorização do trabalho e do trabalhador, que lhe atribuirá significação conforme a vontade constitucional. Elevar a dignidade do trabalho é promover a dignidade humana, e não proceder assim é transgredir um mandamento constitucional. (JUCÁ, 1997, p. 110). A hermenêutica jurídica, empreendida com menoscabo a esse princípio, viola a essência da Constituição como "decisão política fundamental da sociedade". (SCHMITT, 1983).

Além da contribuição que o valor-trabalho oferece para o reconhecimento espontâneo das normas de direitos sociais, sua força normativa determina, ainda, que essas normas sejam concebidas em atenção à sua satisfação plena.

Nesse sentido, os direitos e garantias sociais consagrados na Constituição somente podem ser compreendidos como normas de direitos fundamentais, conforme já se reverbera uníssono da doutrina justrabalhista. Dada a centralidade do trabalho e seu papel referencial na construção da dignidade humana, não assiste razão àqueles que relutam em assumir como fundamentais os direitos do trabalhador.

Todavia, pouco se debateu a respeito de suas consequências jurídicas, que não se restringem à imutabilidade inerente a essa categoria jurídica. Com efeito, a categoria jusfundamental rege-se por princípios que lhe são peculiares, cuja aplicação na seara do Direito do Trabalho pode ensejar uma real potencialização da proteção que constitui sua razão de existir.

Universalidade, aplicabilidade imediata, máxima eficácia, proibição do retrocesso, a saber, são postulados que incidem na compreensão dos direitos fundamentais e que têm grande relevância na afirmação (e reconstrução) do Direito do Trabalho como instrumento de justiça social.

Conforme o parâmetro da universalidade, as restrições a direitos fundamentais devem estar constitucionalmente assentadas. Não havendo exceção consignada no texto constitucional em relação à

aplicação de uma norma jusfundamental, o direito nela consubstanciado deve ser deferido em caráter geral.

Vislumbra-se, nesse raciocínio, a hipótese de ampliação da tutela trabalhista a obreiros atualmente situados à margem da legislação posta. A Constituição, em seu artigo 7º, dispõe que os direitos nele elencados são "direitos dos trabalhadores", sem fazer nenhuma distinção de tratamento conforme a modalidade de vínculo jurídico estabelecida entre o obreiro e o contratante.

Ora, se a vontade da Constituição não foi limitar os beneficiários dos direitos sociais trabalhistas nela enunciados, e em atenção à determinação de valorização do trabalho igualmente nela sediada, exsurge a necessidade de se espraiar a incidência desses direitos sobre outras relações de trabalho. Para tanto, a hermenêutica justrabalhista deve desvencilhar-se do paradigmático raciocínio de que o Direito do Trabalho se resume ao direito dos empregados.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme emana da disposição constitucional incursa no artigo 5º, § 1º. A máxima da aplicabilidade imediata é extraída da própria natureza dos direitos fundamentais. Um direito assim classificado deve se apresentar permanentemente exigível, porquanto a dignidade humana não admite violação alguma, ainda que eventual. Afirmar que um direito tem matiz fundamental e, concomitantemente, advogar sua inaplicabilidade é dizer que a dignidade humana, no aspecto tutelado por aquele direito, não é plena e exigível, o que permitiria o solapamento de sua incolumidade, tão cara à ordem jurídico-social.

Contudo, a Constituição vigente ainda contém normas de direito social – fundamental, portanto – cuja efetividade está condicionada a uma ação estatal, direcionada para regulamentar o exercício desse direito ou para conceder, judicialmente, num caso concreto, a prerrogativa de sua fruição. Diante dessa constatação, conceituando-se a aplicabilidade como a potencialidade que a norma jurídica apresenta para se tornar concreta, infere-se que normas dessa espécie têm, de fato, aplicabilidade apenas mediata, em nítida dissonância com o mandamento constitucional.

A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado, consubstanciada no texto do artigo 7º, I, não teve sua regulamentação implementada pelo legislador. Vigora, até que seja expurgada a mora legislativa, a medida paliativa incursa no artigo 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Segundo a tradicional classificação das normas constitucionais engendrada por José Afonso da Silva, trata-se de norma de eficácia limitada, cujos efeitos somente se produzirão de forma plena com o necessário advento da lei complementar regulamentadora.

A multa de 40% sobre os valores depositados a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não assegura nenhuma proteção contra o poder resiliente do empregador, apenas condiciona seu exercício ao pagamento pecuniário da multa estipulada, o que, de forma alguma, promove a determinação constitucional de estabilização das relações de emprego.

Impressiona a insensibilidade do Poder Público em relação a essa questão sumamente relevante para a melhoria da condição social dos trabalhadores. Ao invés de incorporar ao ordenamento a Convenção 158 da OIT, que estabelece exatamente a proteção insculpida no dispositivo constitucional, queda-se inerte. Essa omissão configura, em verdade, uma ação comissiva contra a vontade constitucional de valorização do trabalho; vale dizer, é chapada a inconstitucionalidade por omissão legislativa, inviabilizadora do direito fundamental à proteção contra dispensa injusta ou desmotivada.

O direito de greve dos servidores públicos, igualmente, enquadra-se pela doutrina na norma de eficácia limitada. Embora fundamental, seu exercício é condicionado pela Constituição à edição de lei específica sobre o tema, lei essa nunca editada.

Todavia, no que respeita especificamente a esse direito, o Supremo Tribunal Federal, perfilhando a tese concretista direta, julgou procedente o Mandado de Injunção nº 712, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, com o fito de dar efetividade à norma escrita no artigo 37, VII, da Constituição Federal.[2]

[2] A greve foi deflagrada com o escopo de obtenção de reajuste salarial. O Plenário do Tribunal de Justiça do Pará considerou ilegal o movimento e determinou o corte dos dias

A Corte Suprema, em posicionamento de vanguarda, por maioria, decidiu solver a omissão legislativa mediante a aplicação, com efeitos *erga omnes*, da Lei nº 7.783/89, devidamente adaptada para que se torne aplicável à categoria dos servidores públicos.[3] Acertadamente, reconheceram-se a omissão legislativa e a essencialidade do instituto da greve na sociedade contemporânea.

Com efeito, a fundamentalidade dos direitos sociais não comporta digressões que visem à estagnação de seus efeitos. A construção hermenêutica dessas normas deve privilegiar a concretização da vontade constitucional, compreendida em conformidade com os valores sociais reinantes, em detrimento das tradicionais concepções paradigmáticas positivistas, apegadas ao império da lei formal como fonte precípua da ordem jurídica.

Conforme o princípio da máxima eficácia, as normas de direito fundamental devem ser interpretadas de forma irradiante, de maneira que seus efeitos recaiam sobre as mais diversas situações fático-jurídicas que comportem sua incidência. A eficácia é conceituada como a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos de caráter jurídico ou social.

O fundamento primevo do neoconstitucionalismo é a previsão de direitos e garantias fundamentais voltados para a construção da dignidade humana, epicentro da ordem jurídica. Esses direitos, por tutelarem a condição humana, devem produzir efeitos máximos, no plano de elaboração da norma ou no âmbito concreto, para efetivar a afirmação da dignidade humana em suas várias dimensões (integridade, racionalidade, afetividade, espiritualidade). Tal processo, em que pese estar ainda em desenvolvimento, promove mudança paradigmática. Esse discurso idealista é o desiderato a ser alcançado, em atenção à centralidade do ser humano na sociedade hodierna.

---

paralisados. Ajuizou-se, então, o mandado de injunção, pleiteando-se a concessão da ordem em favor do Sindicato impetrante, para que o exercício do direito fosse viabilizado mediante a aplicação da Lei Federal nº 7.783/89, que disciplina o direito de greve na iniciativa privada, até o advento da norma regulamentadora.

[3] Sobre o tema, ver: SILVA, Antônio Álvares da. *Greve no serviço público depois da decisão do STF*. São Paulo: LTr, 2008.

As normas constitucionais que prescrevem os direitos dos trabalhadores sujeitam-se, então, à maximização de sua eficácia. Não se afiguram constitucionais aqueles entendimentos que intentem reduzir a proteção normativa que lhes é outorgada. A efetivação da Constituição far-se-á mediante a interpretação ampliativa dos direitos sociais, com arrimo no mandamento de valorização do trabalho.

Diante da propagação do retórico discurso de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho, vislumbra-se imperioso afirmar a necessidade de invocar a maximização da eficácia das normas de direito social, atravancando o nefasto propósito de desconstrução justrabalhista. A melhoria das condições de trabalho, fundamento e fim do Direito do Trabalho, como determinação constitucional, não admite a disseminação de um ideário totalmente avesso à essência tuitiva desse ramo jurídico.

Ao revés, emana da Constituição a prescrição de que a busca pelo robustecimento do acervo jurídico do trabalhador deve ser incessante, direcionada sempre à melhoria de sua condição social. Nesses termos, a desregulamentação afigura-se ilegítima e a flexibilização somente pode se efetivar mediante transação e, ainda assim, nas restritas hipóteses constitucionalmente assentadas.

Do princípio da máxima eficácia extrai-se, além disso, a imprescindibilidade de se aventarem fundamentos teóricos para replicar o sobredito discurso, que somente contribui para o recrudescimento da incredulidade social no sistema justrabalhista vigente. Ainda que não se perceba, tal discurso desconstrucionista já permeia a própria doutrina especializada. Nesse contexto, necessita de complementação a ideia sobejamente difundida de que o Direito do Trabalho garante o mínimo existencial, ou seja, um patamar mínimo de direitos necessários à dignidade do trabalhador.

O discurso minimalista do Direito do Trabalho introjeta a resignação e a temor na consciência dos trabalhadores. Receosos de perder seu trabalho, eles renunciam à reivindicação de melhorias, em favor de uma postura conformada e pouco combativa em face da onda precarizante que ora se dissemina. A sociedade passa a venerar em-

presas que cumprem com rigor a legislação trabalhista, como se tal comportamento não constituísse obrigação de caráter geral.

Maximizando a eficácia das normas de direito social, perquirindo os instrumentos jurídicos hábeis a implementar a melhoria das condições sociais do trabalho e do trabalhador, deve-se compreender o Direito do Trabalho não apenas como ramo jurídico por meio do qual se estabelecem direitos e garantias mínimas ao trabalhador, mas, outrossim, como ramo jurídico no qual se projetam ideais de incorporação, pelos trabalhadores, de direitos e garantias máximos, dirigidos à consecução material da melhoria das condições sociais.

Esse também é o espírito da máxima de proibição do retrocesso social, indissociável da historicidade dos direitos fundamentais. A partir da historicidade, analisa-se a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Ao longo de sua evolução, a sociedade caminha para que sejam conquistados novos direitos fundamentais, num processo perene de acumulação. Nesse diapasão, conforme o princípio de proibição do retrocesso social, direitos e garantias fundamentais já incorporados, já conquistados, não podem, em regra, ser objeto de retrocesso, salvo em situações excepcionais.[4] Suprimir direitos fundamentais conquistados seria suprimir a própria dignidade. Por essa razão, essa categoria jurídica reveste-se de imutabilidade.

A alcunha do referido postulado já enuncia seu significado. Se o Direito do Trabalho, obtido à custa de suor e sangue do trabalhador, é uma conquista histórica, seu desmantelamento – ou mesmo a inversão de sua lógica – vai de encontro à perspectiva constitucional de que o acervo jurídico de direitos fundamentais da pessoa humana comporta apenas a acumulação, no decorrer do processo evolutivo, de novos direitos. Por conseguinte, rejeita-se o retrocesso, notadamente atentatório à dignidade.

A veiculação de uma hermenêutica de cariz axiológico-constitucional é condição de possibilidade para a preservação teleológica do

[4] Nos estados de legalidade extraordinária (estado de sítio, de defesa, intervenção), é possível haver algum retrocesso. Ainda assim, as exceções são controladas pela incidência de outros princípios, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

Direito do Trabalho. A aproximação entre norma e valor favorece a realização da Constituição não como texto jurídico, mas como fenômeno normativo apto a condicionar a realidade sob a orientação dos valores substanciais da sociedade. Os cidadãos, os grupos e as instituições, como destinatários e intérpretes da Constituição, nela reconhecerão legitimidade em graduação proporcional à correspondência entre norma e valor, Direito e realidade.

3. Considerações finais

O paradoxo entre as disposições constitucionais e a realidade se evidencia diante da gravosa precarização das relações de trabalho e de emprego no Brasil. As leis e o atual aparato fiscalizador se mostram insuficientes para obstar a violação de direitos do trabalhador.

> A consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais lhes confere o revestimento da imutabilidade. Assim, as convenções e os acordos coletivos não podem reduzir o patamar de garantias estabelecidas e, da mesma forma, nenhuma lei ou emenda constitucional que afete ou suprima a essência protetora dos direitos sociais será válida, visto que eivada do insanável vício de inconstitucionalidade. (BONAVIDES, 2006, p. 642).

Todavia, os efeitos decorrentes da qualificação jusfundamental dos direitos sociais são evidentemente mais amplos do que a simples eficácia negativa. Essa identificação atrai a incidência de todo o conjunto de princípios que são particulares a essa categoria de prerrogativas. Depreende-se, portanto, que devem ser aplicados, na atividade de interpretação e efetivação dos direitos sociais, os enunciados próprios dos direitos fundamentais. Citem-se, sobretudo, a universalidade, a aplicabilidade imediata, a máxima eficácia e a vedação do retrocesso social.

Essa leitura do Direito Constitucional do Trabalho deve nortear-se pelas premissas da filosofia pós-positivista do Direito. Essa vertente jusfilosófica, além de compreender os princípios jurídicos como preceitos normativos, concebe o ordenamento jurídico como a rea-

lização de valores eleitos pela sociedade como relevantes.

Essa aproximação entre norma e valor é condição essencial para um exame cirúrgico das disposições justrabalhistas em seu viés mais humanitário, consubstanciando a harmonia entre o interesse social e o dever-ser.

A sintonia entre norma e interesse social é pressuposto para a plena eficácia do ordenamento jurídico. O reconhecimento da lei pelos seus destinatários como a exteriorização de valores coletivamente relevantes é imperativo de justiça, visto que promove uma maior correspondência entre os comportamentos sociais e as condutas ideais preconizadas pelo Direito.

O Direito do Trabalho, em sua leitura axiológica, informa que a busca do trabalho digno deve capitanear a elaboração e a hermenêutica de suas normas, mormente no que tange aos preceitos justrabalhistas que compõem o núcleo duro do Direito Constitucional.

Nessa esteira, a legítima valorização do trabalho é aquela cujo significado está no próprio conteúdo, na própria acepção da palavra "valorização". Valorização do trabalho é impregnar o trabalho de valor, não no sentido de valor econômico, mas no sentido de se incorporar ao trabalho um postulado ontológico que existe independentemente de positivação.

Dentro da realidade brasileira, o valor eleito – e normatizado – pela sociedade como cerne da ordem jurídica foi o da dignidade da pessoa humana. E é a partir desse axioma que se deve estruturar o ramo justrabalhista, com vistas na adaptação às novas formas de se trabalhar.

É indeclinável a necessidade de considerar, na delimitação de consistente base teórica para a afirmação dos direitos sociais, os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, tais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a redução das desigualdades sociais. A análise do teor desses princípios não deve ser feita simplesmente por meio de divagações pouco construtivas, mas mediante a aplicação das pre-

missas que compõem cada um deles, atribuindo-lhes a densidade necessária para que o operador do Direito promova-lhes a efetividade na oportunidade de sua aplicação.

O Direito do Trabalho, como instrumento de estabilidade social, deve se apresentar rígido, para transformar a realidade, promovendo a implementação de suas garantias ao hipossuficiente, e flexível, para buscar sempre a ampliação de sua eficácia, tudo para conquistar a realização prática do almejado valor do trabalho digno.

O passo inicial para a concretização desse objetivo é a releitura das normas de direitos fundamentais do trabalhador, lastreada na normatividade constitucional, compreendida como o acontecimento reflexivo da síntese entre o valor-trabalho, a imperatividade das normas justrabalhistas endereçadas à melhoria das condições sociais e a realidade do mundo do trabalho.

4. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. Trad. Luiz Washington Vita e Antônio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006b.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

JUCÁ, Francisco Pedro. *A Constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada como o novo código Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. *A theory of justice.* Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constituición*. Madrid: Alianza, 1983.

SILVA, Antônio Álvares da. *Greve no serviço público depois da decisão do STF*. São Paulo: LTR, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O Direito do Trabalho no Limiar do Século XXI. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 2000. vol. 63, n. 37, p. 153-186, jul. 1999.

Artigo recebido em: 25/11/2011
Artigo aprovado em: 30/03/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120024

2
Direito Penal

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 139-162

O ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009: HÁ CRIME ÚNICO, CONTINUIDADE DELITIVA OU CONCURSO MATERIAL QUANDO SE ESTÁ DIANTE DA PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO?

RAPE AFTER LAW Nº 12.015/2009: IS THERE A SINGLE CRIME, A CONTINUING DELICT OR A MATERIAL CONCURRENCE WHEN ONE FACES SEXUAL INTERCOURSE AND A DIFFERENT LIBIDINOUS ACT IN A SAME FACTIC CONTEXT?

LUÍS EDUARDO PIMENTEL VIEIRA ARAÚJO
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
luisedupva@yahoo.com.br

RESUMO: Este trabalho trata da alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 no que concerne ao crime de estupro, que passou a abranger, em um mesmo dispositivo legal, a prática violenta de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, condutas que anteriormente estavam abrangidas em dois artigos do Código Penal. O objetivo do estudo é verificar se, com a reforma legislativa, o agente que pratica as duas condutas em um mesmo contexto fático pratica crime único, delito continuado ou incide no concurso material de infrações penais. Para a elaboração do artigo, foram verificados os conceitos das modalidades de concursos de crimes importantes

para a solução do problema e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema antes e depois da vigência da nova lei. Por fim, procedeu-se à conclusão do tema proposto, buscando-se evitar tratamento muito divergente entre acusados que cometem condutas semelhantes.

PALAVRAS-CHAVE: estupro; conjunção carnal; ato libidinoso; concurso de crimes.

ABSTRACT: This work deals with the change promoted by the Law nº 12.015/2009 regarding the crime of rape, which now covers, in the same legal mechanism, the violent practice to have carnal intercourse and libidinous acts diverse, conducts these which were previously covered in two articles of the Criminal Code. The objective of the study is to check whether, with the reform of the legislation, the agent who practice the two pipes in the same context factual practice crime single, crime continued or accumulation material of criminal offenses. For the completion of the article, verifying the concepts of the rules for competitions of crimes important for the solution of the problem and the doctrinal understandings and jurisprudential about the theme before and after the beginning of the new law. In the end, making conclusion of the proposed theme, seeking to avoid treatment very divergent between accused, who commits similar conducts.

KEY WORDS: rape; have carnal intercourse; libidinous acts, accumulation of crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definições dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único. 3. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso antes do advento da Lei nº 12.015/09. 4. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O trabalho em tela tem como foco as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09, especificamente a que diz respeito à nova descrição do crime de estupro, que passou a englobar duas condutas por parte do agente (conjunção carnal e ato libidinoso diverso), que antes estavam previstas em dois artigos do Código Penal.

No primeiro capítulo, são delimitados os conceitos de concurso material, de continuidade delitiva e de crime único, sendo certo que tais delimitações são de fundamental importância para que, ao final, saiba-se ao certo em que termos se dará a punição daquele que, em um mesmo contexto fático, constrange uma pessoa à conjunção carnal e, logo depois, à prática de um ato libidinoso diverso.

Prosseguindo no trabalho, tem-se, no segundo capítulo, as posições doutrinárias e jurisprudenciais dominantes acerca da prática das já referidas condutas antes do advento da Lei nº 12.015/09. Chega-se à conclusão de que, nesse cenário, a maioria de juristas e doutrinadores inclina-se pela existência de concurso material de delitos, mormente porque as ações ilícitas estavam previstas em dois artigos de lei.

No terceiro capítulo, chega-se à abordagem dos posicionamentos atuais sobre o tema, que emergiram após a já mencionada reforma penal material de 2009. Destaca-se a existência de três correntes de pensamento bem definidas, cada qual com implicações extremamente diversas sobre a pena a ser imposta ao indivíduo condenado pela prática do novo crime de estupro.

Por fim, apresenta-se a conclusão mais afinada com os conceitos fornecidos pelo Direito Penal, buscando-se, assim, o tratamento mais isonômico possível para réus que cometem condutas semelhantes, certamente sem que se ignore as peculiaridades de cada caso e de cada agente, em face do que preconiza o princípio constitucional da individualização da pena.

2. Definições dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único

É de fundamental importância, no início do desenvolvimento deste trabalho, a análise dos conceitos de concurso material de crimes, continuidade delitiva e crime único fornecidos pela doutrina brasileira, sendo certo que tais esclarecimentos auxiliarão na tarefa de enquadrar juridicamente o novo crime de estupro.

O concurso material (ou real) de crimes está previsto no artigo 69 do Código Penal, que dispõe:

> Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Extrai-se do dispositivo de lei transcrito acima, em resumo, que o concurso material caracteriza-se quando um agente, por meio de mais de uma ação ou mais de uma omissão, pratica dois ou mais crimes que tenham entre si uma relação de contexto, devendo o magistrado encontrar, de modo isolado, a reprimenda de cada um dos delitos para, ao final, proceder à sua soma.

Acerca do tema, transcreve-se a lição de Rogério Greco:

> O concurso material surge quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes que tenham entre si uma relação de contexto, ou em que ocorra a conexão ou a continência, cujos fatos criminosos poderão ser analisados em um mesmo processo, quando, a final, se comprovados, farão com que o agente seja condenado pelos diversos delitos que cometeu, ocasião na qual, como veremos a seguir, o juiz cumulará materialmente as penas de cada infração penal por ele levada a efeito. (GRECO, 2009, p. 594).

O jurista Cezar Roberto Bitencourt acrescenta que

> [...] quando os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material *homogêneo* (dois homicídios) e quando os crimes praticados forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material *heterogêneo* (estupro e homicídio) [...]. (BITENCOURT, 2009, p. 594)

O crime continuado, por sua vez, está descrito no artigo 71 do Código Penal. Veja-se:

> Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Como se infere de uma leitura detida do artigo de lei acima, há uma série de requisitos sem os quais não se caracteriza a continuidade delitiva. São eles: mais de uma ação ou omissão; dois ou mais crimes da mesma espécie; condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes que indiquem que os crimes subsequentes são mera perpetuação (continuação) do primeiro.

A primeira indagação que surge, após uma análise dos requisitos listados, diz respeito ao que significaria a expressão "crimes da mesma espécie".

Para alguns juristas, como Rogério Greco (2009, p. 604), delitos da mesma espécie "[...] são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido [...]", embora possam estar previstos em tipos penais diferentes. Segundo essa corrente, estupro e atentado violento ao pudor (antes da reforma levada a efeito pela Lei nº 12.015/2009), e roubo e furto, por exemplo, seriam da mesma espécie.

Para outros doutrinadores, como Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno e Damásio de Jesus, crimes da mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação penal, ou seja, aqueles que estão inseridos no mesmo tipo penal, sendo irrelevante que se esteja diante de figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Segundo tal ótica, somente roubo e roubo, e não roubo e furto, por exemplo, seriam da mesma espécie.

Sobre essa segunda corrente de pensamento, transcrevem-se as lições do magistrado Guilherme de Souza Nucci:

> [...] são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Assim estão as posições de Hungria, Frederico Marques – com a ressalva de que não precisam estar no mesmo artigo (ex.: furto e furto de coisa comum, arts. 155 e 156, CP), Damásio, Jair Leonardo Lopes – embora admita, excepcionalmente, casos não previstos no mesmo tipo penal. É a posição predominante na jurisprudência. (NUCCI, 2006, p. 460).

Nos Tribunais Superiores do Brasil, prevalece o segundo entendimento, ou seja, no sentido de se considerar crimes da mesma espécie aqueles que têm a mesma configuração típica (estão inseridos no mesmo tipo penal).

Vejamos, para exemplificar o posicionamento jurisprudencial dominante, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, prolatada quando ainda estavam em vigor os artigos 213 e 214 do Código Penal:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL.

> 1. Consoante entendimento assente nesta Corte Superior e no Supremo Tribunal Federal, a prática nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, mas contra vítimas diferentes, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a diversidade de espécies dos crimes considerados.
>
> 2. Ordem denegada.
>
> (BRASIL, 2008).

Volvendo ao disposto no artigo 71 do Código Penal, exige-se que as atuações do agente sejam ligadas por uma relação de tempo para que se conceba a continuidade delitiva. Rogério Greco (2009, p. 605) destaca que:

> [...] não há [...] como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva. Deverá, isto sim, segundo entendemos, haver uma relação de contexto entre os fatos.

Guilherme de Souza Nucci ressalta:

> Não há possibilidade de se fixar, a esse respeito, indicações precisas. Apesar disso, firma a jurisprudência majoritária o entendimento de que, entre as infrações, deve mediar no máximo um mês. O juiz, por seu turno, não deve ficar limitado a esse posicionamento, embora possa tomá-lo como parâmetro. Imagine-se o agente que cometa vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos. (NUCCI, 2006, p. 461).

O Supremo Tribunal Federal, buscando delimitar um patamar temporal razoável dentro do qual ainda pode ser configurada a continuidade de delitos, tem estabelecido o prazo de trinta dias, como se vê no seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. ESPAÇO TEMPORAL SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE OS DELITOS. MAJORAÇÃO DA PENA PROPORCIONALMENTE AO NÚMERO DE CRIMES. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DE CADA DELITO E DAS DATAS EM QUE TERIAM SIDO PRATICADOS, A DEMANDAR REEXAME DE FATOS E PROVAS. PRÁTICA DELITUOSA QUE PERDUROU POR OITO ANOS. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE AUMENTO DA REPRIMENDA EM APENAS UM SEXTO. 1. Havendo intervalo de tempo superior a trinta dias entre os crimes não é de ser reconhecida a continuidade delitiva. Precedentes. No caso, a ausência de descrição pormenorizada de cada um dos crimes imputados ao paciente, bem assim da indicação segura das datas em que teriam sido praticados, inviabilizam a aferição dos requisitos exigidos no artigo 71 do Código Penal. [...] (BRASIL, 2009).

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo parâmetro, conforme se infere:

> PENAL. FURTOS. CRIME CONTINUADO. ARTIGO 71 DO CP. LAPSO TEMPORAL ENTRE AS CONDUTAS SUPERIOR A TRINTA DIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES.
>
> 1. A circunstância de haver transcorrido prazo maior que trinta dias entre os delitos, segundo a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos mesmos.
>
> [...]
>
> (BRASIL, 2011).

Embora esses trinta dias devam efetivamente ser utilizados como parâmetro, é prudente seguir as lições de Greco e Nucci, no sentido de não tornar inflexível tal prazo, podendo haver a extrapolação dele em determinado caso concreto.

Prosseguindo na análise do artigo 71 do estatuto repressivo, destaque-se que controvérsias também existem quanto à distância

máxima entre os lugares em que os crimes, para serem tidos como continuados, podem ocorrer.

Uma vez mais, pelo brilhantismo do raciocínio, transcreve-se o entendimento acertado do procurador de Justiça Rogério Greco:

> A nosso ver, da mesma forma que o critério temporal, no que diz respeito ao critério espacial deverá haver uma relação de contexto entre as ações praticadas em lugares diversos pelo agente, seja esse lugar um bairro, cidade, comarca ou até Estados diferentes. Nada impede que um grupo especializado em roubo a bancos, por exemplo, resolva, num mesmo dia, praticar vários assaltos em cidades diferentes que, embora vizinhas, não pertençam ao mesmo Estado. (GRECO, 2009, p. 606).

Bitencourt (2007, p. 597) assevera, nesse aspecto, que "deve existir entre os crimes da mesma espécie uma conexão espacial para caracterizar o crime continuado".

Nucci complementa:

> Apregoa a jurisprudência majoritária ser o mais indicado, como condição de espaço, a constatação de cidades próximas, ficando ao critério do magistrado definir o que venha a ser tal proximidade. (NUCCI, 2006, p. 461)

O instituto da continuidade delitiva também reclama, para que reste configurado, a semelhança na maneira de execução dos delitos.

Vejam-se as lições doutrinárias sobre o tema:

> A lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na 'maneira de execução' se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa. (BITENCOURT, 2007, p. 597).

> Apesar de complexo definir o que são formas de execução semelhantes, deve o juiz levar em conta, fundamentalmente, os métodos utilizados pelo agente para o cometimento de seus crimes, que pode levá-lo a estabelecer um padrão. Esse padrão seria a semelhança apontada pela lei. (NUCCI, 2006, p. 461).

Lado outro, ressalte-se que com a expressão "outras semelhantes", quis o legislador deixar claro que devem ser observadas quaisquer outras peculiaridades e características dos crimes praticados, a indicar que um é mera continuidade do outro, constitui um desdobramento do anterior, hábil a fazer emergir o instituto.

Uma vez mais, invoca-se o pensamento de Bitencourt:

> Como outras 'condições semelhantes' a doutrina aponta a mesma oportunidade e a mesma situação propícias para a prática do crime. Por essa expressão, a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelhem às enunciadas e que podem caracterizar o crime continuado. Essa expressão genérica – 'e outras semelhantes' – tem a finalidade de abranger quaisquer outras circunstâncias das quais se possa deduzir a idéia de continuidade delitiva. (BITENCOURT, 2007, p. 597).

Finalizando o estudo do crime continuado, afere-se que o artigo 71 do Código Penal informa que os delitos subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. Ou seja, procura-se, com tal exigência, fazer uma clara distinção entre o instituto em tela, uma ficção jurídica criada para beneficiar o réu, e a reiteração criminosa, a qual merece um tratamento mais rígido do Poder Público.

Ressalte-se, por outro lado, que a definição de crime único não impõe maiores problemas, visto que obtida por exclusão. Ora, o delito uno é a regra. Somente haverá pluralidade de crimes quando o agente se enquadrar em uma das hipóteses previstas nos artigos 69 a 71 do Código Penal (concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva). Fora dessa delimitação específica, o concurso de infrações penais é afastado e se estará diante de um só crime.

3. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso antes do advento da Lei nº 12.015/09

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, que procedeu a modificações significativas no Título VI do Capítulo I da Parte Especial do Código Penal, existiam os crimes de estupro (*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*) e de atentado violento ao pudor (*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*).

Naquele cenário, a jurisprudência majoritária em nosso País entendia que, caso o agente, em um mesmo contexto fático, constrangesse uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal e, em seguida, ao exercício de um ato libidinoso diverso (como o coito anal ou o sexo oral), estar-se-ia diante de um concurso material de crimes. Ou seja, nessa hipótese, somavam-se as penas abstratas previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Vejamos julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÕES NOVAS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL E NÃO CRIME CONTINUADO. I. - Por conter questões novas, não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido. II. - *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor praticados contra a mesma vítima caracterizam hipótese de concurso material de delitos e não de crime continuado.* III. - H.C. conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.
>
> (HC 83453, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 24-10-2003 PP-00028 EMENT VOL-02129-02 PP-00541, destacamos)

> HABEAS CORPUS. PENA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE DE ABSORÇÃO DE UM DELITO PELO OUTRO. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. *E pacifico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.* Habeas corpus indeferido.
>
> (BRASIL, 1996).

A Corte Suprema brasileira, como se vê, refutava a possibilidade de configuração da continuidade delitiva, ao argumento de que, embora os delitos de estupro e atentado violento ao pudor estivessem localizados no mesmo título (*Dos crimes contra os costumes*) e no mesmo capítulo (*Dos crimes contra a liberdade sexual*), estavam em artigos de lei distintos e, portanto, não eram crimes da mesma espécie, embora ofendessem o mesmo bem jurídico.

Como já foi salientado anteriormente, alguns juristas entendem que crimes da mesma espécie são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido. A seguir-se tal posicionamento, estupro e atentado violento ao pudor seriam da mesma espécie. Noutro vértice, juristas de entendimento diverso sustentam que crimes da mesma espécie são aqueles que estão inseridos no mesmo tipo penal. Para estes, endossados pela Corte Suprema, os referidos crimes – estupro e atentado violento ao pudor – não seriam da mesma espécie.

Acerca de tal situação, disserta de modo preciso Luiz Flávio Gomes:

> Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, os fatos narrados estavam descritos em dois tipos penais: art. 213 (conjunção carnal) e art. 214 do CP (coito anal, ou seja, ato libidinoso diverso da conjunção carnal). A jurisprudência majoritária entendia haver nesse caso concurso material de crimes (JSTF 301/461), isto é, dois crimes autônomos e independentes, com penas somadas. Não se tratava de conduta única (logo, impossível era reconhecer o concurso formal). Mais: considerando-se que os

> dois delitos achavam-se em tipos penais distintos, impossível era (também) reconhecer o crime continuado. Assim era antes da Lei 12.015/2009. (GOMES, 2010).

No mesmo diapasão, José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza assinalam que:

> [...] mais séria se apresentava a questão quando o agente com uma mesma vítima praticava conjunção carnal e outros atos libidinosos [...] em que havia uma clara opção, capitaneada pelo STF, pelo concurso material de delitos. (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 27)

Fernando Capez, com a precisão e o brilhantismo que lhe são peculiares, sintetiza o assunto em tela ao assinalar que:

> [...] na antiga sistemática do Código Penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram reputados crimes distintos, previstos em tipos autônomos. Assim, havia dois crimes, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, dada a diversidade de espécies entre os dois delitos. Esse era o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores. (CAPEZ, 2011, p. 44).

A propósito, leciona o jurista Rogério Greco:

> Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes. (GRECO, 2010, p. 475).

Finalizando o presente tópico, é de se ressaltar, portanto, que o entendimento majoritário era no sentido de que o agente que levasse a efeito as condutas previstas nos preceitos primários dos crimes de estupro e atentado violento deveria responder integralmente por ambas, em concurso material.

4. Prática violenta, em sequência e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso após a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09

Destaque-se que a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, provocou significativas mudanças no Título VI do Código Penal brasileiro, a começar pela própria redação do mencionado título, que deixou de ter a rubrica "Dos crimes contra os costumes" e passou a levar o seguinte nome: "Dos crimes contra a dignidade sexual".

A supracitada mudança veio em bom momento, tendo em vista que a expressão "crimes contra os costumes" já não traduzia a realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais ali contidos. O fato é que, neste início de século XXI, o foco da proteção já não é mais a maneira como os indivíduos devem se comportar sexualmente, mas sim a própria dignidade sexual da pessoa humana – espécie do gênero dignidade da pessoa humana, fundamento e princípio reitor do Estado Constitucional e Humanista de Direito do Brasil.

No que tange aos tipos penais incriminadores propriamente ditos, vale destacar que a Lei nº 12.015/09 revogou o crime de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no artigo 214 do Código Penal. Tal mudança não provocou a *abolitio criminis* da conduta descrita no preceito primário do referido dispositivo legal, como uma leitura apressada do conteúdo da reforma poderia fazer crer. Na verdade, ocorreu somente uma modificação do *nomen juris* da aludida infração penal, passando também a se chamar estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente, mediante violência ou grave ameaça, para praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo então também abarcado pelo artigo 213 do estatuto repressivo.

Com o advento da nova lei, a hipótese acima posta intrincou-se, na medida em que as condutas antes previstas em dois dispositivos legais fundiram-se em somente um artigo, o 213. Surgiram, então, três correntes para tentar solucionar, de forma técnica, o ***hard case*** colocado em discussão: para a primeira corrente, haveria concurso material no caso, por exemplo, de sexo anal e sexo vaginal forçados,

no mesmo contexto; para a segunda, haveria crime único em tal hipótese, devendo-se majorar a pena-base; para a terceira, estar-se-ia diante da necessidade de reconhecimento de crime continuado, sendo necessário adotar apenas uma pena, a ser aumentada de um sexto a dois terços.

O primeiro entendimento vem sendo adotado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo pelos Ministros Félix Fischer e Laurita Vaz. Ambos refutam a possibilidade de crime único ou até mesmo de crime continuado, sustentando a necessidade de reconhecimento do concurso material de crimes.

Para Félix Fischer, o novo artigo 213 do Código Penal caracterizaria um tipo misto cumulativo no que se refere aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estariam contidos em uma única descrição típica, de modo que constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger alguém à prática de ato libidinoso diverso. Segundo essa ótica, portanto, a realização desses diferentes atos, cada qual esgotando a forma mais reprovável da incriminação, deve conduzir ao reconhecimento de diversas condutas delitivas, afastando a possibilidade de crime único, até mesmo para que se proteja mais eficazmente o bem jurídico "liberdade sexual". O Ministro também refuta a eventual aplicação do instituto da continuidade delitiva, suscitando a impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, requisito este indispensável nos termos do que dispõe o artigo 71 do Código Penal.

Transcreve-se, por oportuno, trecho da ementa do HC nº 104.724, por meio do qual foi colhido o entendimento do supracitado eminente Ministro:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. [...] LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE *PRAELUDIA COITI*. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

> [...]
>
> IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo.
>
> V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de *per se*, a forma mais reprovável da incriminação.
>
> VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como *praeludia coiti* são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo.
>
> VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras.
>
> Ordem denegada.
>
> (BRASIL, 2010b)

Como exemplo da corrente que entende estar-se diante de concurso material de crimes, verifique-se o pensamento do promotor criminal paulista Walter Tebet Filho, citado na obra de José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza:

> Não se pode, também, perder de vista, que as ações direcionadas à prática da conjunção carnal constituem uma conduta, e, as ações direcionadas à prática de outros atos libidinosos, especialmente o coito oral e o coito anal, constituem outra conduta, e, nestes casos, não temos uma conduta, mas duas condutas, revelando desígnios autônomos, não se podendo, assim, falar em continuidade delitiva, mas sim em concurso material. (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 28-29).

O segundo posicionamento vem sendo adotado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo os Ministros Og Fernandes e Nilson Naves manifestado o entendimento de que há que se reconhecer, na hipótese em tela, a existência de crime único.

Para o Ministro Og Fernandes, com a nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015/09, o antigo delito de atentado violento ao pudor não é mais um tipo autônomo; ao contrário, a conduta de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal também passou a constituir estupro, assim como a conjunção carnal. Conforme tal ideia, não há mais crimes de espécies diferentes, e sim delito único, no hipotético caso em que o agente pratica, no mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, cópula vaginal e coito anal. O ilustre julgador ressalta que se deve distinguir as situações, certamente punindo mais severamente aquele que pratica mais de uma ação integrante do tipo, contudo, defende que o recrudescimento da sanção deve ocorrer no momento de fixação da pena-base, valorando-se negativamente algumas das vetoriais do artigo 59 do Código Penal.

Nesse sentido:

> *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.
>
> (BRASIL, 2010c).

No mesmo diapasão, encontram-se as lições de Guilherme de Souza Nucci:

> Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal. (NUCCI, 2009, p. 18-19).

Uma vez mais, transcrevem-se as precisas lições de Luiz Flávio Gomes:

> [...] para nós, o tipo penal do art. 213, depois do advento da Lei 12.015/2009, passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado: praticando o agente mais de um núcleo (mais de uma ação), dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). O crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) é regido pelo princípio da alternatividade, ou seja, várias condutas no mesmo contexto fático significam crime único. (GOMES, 2010).

O terceiro posicionamento, obtido em julgamento do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 86.110, de Relatoria do Ministro Cezar Peluzo, é o de que, na hipótese posta em tela, deve-se reconhecer a existência de crime continuado, e não a de concurso material de delitos ou de infração penal única.

Para o supramencionado jurista, a alteração legislativa repercute diretamente na questão, na medida em que, se o impedimento para se reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor residia somente no fato de não serem crimes da mesma espécie, entendidos, pela ilustre maioria, como fatos descritos pelo mesmo tipo penal, tal óbice foi removido pela nova lei. Assim, o novo dispositivo legal, ao integrar todas as espécies de atos libidinosos praticados em um mesmo contexto fático, sob mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima, tornou possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A propósito:

> AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.(BRASIL, 2010a).

Como se vê, após o advento da Lei nº 12.015/09, as controvérsias permaneceram, encontrando-se decisões e dissertações nos três sentidos acima referidos. Dessarte, trata-se de aspecto causador de extrema insegurança jurídica e de notória afronta ao princípio da

isonomia, diante da tendência de que indivíduos que cometem condutas cuja reprovabilidade é semelhante venham a ser penalizados de forma consideravelmente desigual.

5. Considerações finais

Destaque-se que o posicionamento mais acertado, mormente tendo em vista os conceitos das modalidades de concurso de crimes, é o da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos juristas Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, entre outros, que sustentam a possibilidade de reconhecimento de crime único no caso em tela.

Isso porque, com o advento da Lei nº 12.015/09, a conjunção carnal e todos os demais atos libidinosos encontram-se previstos na mesma figura típica – o artigo 213 do Código Penal –, devendo ser entendida a nova infração penal de estupro como de ação múltipla ou de conteúdo variado (tipo penal misto alternativo), ou seja, basta que o agente pratique uma das ações ali previstas para que reste caracterizado o delito, não havendo que se falar em multiplicidade de crimes.

Ou seja, praticando o agente mais de um ato – como, por exemplo, a conjunção carnal e o coito anal –, continuará havendo somente um delito, como também ocorre no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que prevê dezoito verbos nucleares, mantendo-se a unidade do crime, independentemente de um agente incidir em dez condutas de traficância, enquanto outro só pratique uma ação.

Exemplificando: suponha-se que o agente adquira, tenha em depósito, transporte e venda a droga, praticando, assim, quatro das dezoito condutas previstas no preceito primário do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Nessa hipótese, será o agente punido pela prática de um único crime, afastando-se a possibilidade de cúmulo material, em tutela ao princípio da alternatividade, utilizado especificamente para a solução do mencionado conflito aparente de normas.

É importante registrar que, não obstante deva ser mantida a unidade do crime de estupro quando se está diante da prática, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso, o magistrado deve valorar tal circunstância no momento de fixação da pena-base, ou seja, no momento de análise das circunstâncias do artigo 59 do estatuto repressivo.

Com efeito, indivíduos com condutas mais reprováveis do que outros devem ser apenados de forma mais rigorosa do que aqueles cujas condutas são menos graves, para que se preserve a isonomia. Não é o caso, como já se destacou, de recrudescimento excessivo e divorciado dos conceitos jurídicos, como ocorreria no caso de incidência do concurso material ou da continuidade delitiva.

Todavia, impõe-se um efetivo aumento da pena-base daquele que, ao invés de se limitar à prática violenta de somente um ato de libidinagem, como a conjunção carnal, extrapola o ato contrário ao direito e ultima, também, um ato como o sexo oral ou o coito anal.

Certamente não há que se falar, em tal caso, na aplicação do princípio da consunção, visto que, conforme entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores, somente haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito mais amplo, o que não se concebe na prática de atos libidinosos diversos.

Por fim, para reforçar a necessidade de recrudescimento da pena-base, destaque-se que é necessário, nesse contexto, afastar o nefasto hábito de muitos juízes em nosso País, qual seja, o de cultuar a pena-base mínima, em total afronta ao princípio da individualização das penas. Afinal, deve-se distinguir condutas de agentes cuja reprovabilidade é diversa, punindo de forma diferente aquele que, como na hipótese em exame, prática mais de um ato de violência sexual.

6. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009*: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Agravo Regimental no Recurso Especial 1198355/RS proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Jorge Mussi. Data do julgado: 12 abr. 2011. Data da publicação: 29 abr. 2011. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 5 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus 104.724/MS proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Jorge Mussi. Relator para o acórdão: Félix Fischer. Data do julgado: 22 jun. 2010. Data da publicação: 2 ago. 2010b. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus nº 107.245/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 28 de agosto de 2008 . DJ, 22 set. 2008. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Habeas Corpus nº 167.517/SP proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Haroldo Rodrigues. Data do julgado: 17 ago. 2010. Data da publicação: 6 set. 2010c. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 86110 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Cezar Peluso. Data do julgado: 2 mar. 2010. Data da publicação: 23 abr. 2010a. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 95415 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Eros Grau. Data do julgado: 25 nov. 2008. Data da publicação: 20 mar. 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 83453 proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Carlos Velloso. Data do julgado: 7 out. 2003. Data da publicação: 24 out. 2003. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Habeas Corpus nº 71802 proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Data do julgado: 12 mar. 1996. Data da publicação: 26 abr. 1996. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 18 mai. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Estupro e atentado violento ao pudor*: crime único ou concurso de crimes? Disponível em: 01 de julho de 2010. <http://www.lfg.com.br/publichtml/article.php?story=20100630213144106>. Acesso em 1º de julho de 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. 1.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral, parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual:* comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Artigo recebido em: 13/11/2011
Artigo aprovado em: 14/03/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120025

NECESSIDADE DE SE ABANDONAR A POLÍTICA DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS PARA SE RESGUARDAREM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA, PACIFICAÇÃO SOCIAL E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA
Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
lucianacorrea@mp.mg.gov.br

Esse estudo realizado teve origem nos problemas práticos enfrentados na atuação desta Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais e em conversas com vários colegas que relataram a mesma dificuldade. Trata-se do fato de que, nos crimes de tráfico de drogas, há várias decisões condenatórias prolatadas, com a fixação da pena mínima possível aos agentes, no patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e a respectiva substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ocorre que, nas motivações de várias sentenças e no corpo dos autos, nota-se que há várias circunstâncias judiciais desfavoráveis, descritas no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que não são levadas em consideração para análise dos parâmetros de fixação da pena-base nem para avaliação do conhecimento e do *quantum* a ser aplicado em relação à causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

No mais, superada pela Resolução do Senado Federal n.º 05/2012, publicada no *DOU* de 16/02/2012, a discussão a respeito da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, notamos que tal preceito não pode ser aplicado de forma indiscriminada. Deve ser verificada a suficiência e a necessidade da medida no caso concreto, requisito subjetivo descrito no artigo 44 do Código Penal, que tem conexão direta com a análise das circunstâncias judiciais supracitadas, muitas vezes não analisado em algumas sentenças judiciais.

Esse estudo mostra-se necessário para resguardar diretamente os princípios constitucionais fundamentais da segurança pública e da pacificação social, bem como os princípios de individualização da pena, isonomia e proporcionalidade. De forma reflexa, visa proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os indivíduos que realizam tráfico de drogas estimulam a prática de vários delitos.

A base filosófica utilizada para a realização deste trabalho é vasta, abrangendo lições de Habermas, Kelsen e jurisconsultos na seara penal que estudaram a função preventiva da pena.

Concluímos que além da condenação, é necessária a aplicação da pena justa, proporcional, com necessária observância aos parâmetros legais para aplicação da causa de diminuição de pena descritos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e os requisitos subjetivos descritos no artigo 44 do Código Penal, necessários à substituição de pena; caso contrário, haverá ofensa a princípios constitucionais, grave dano à ordem pública, temor social e descrédito de instituições que realizam a justiça.

Passamos, então, a elencar as razões que legitimam o estudo aqui realizado, presentes nos casos apresentados.

Inicialmente, convém salientar que os direitos fundamentais, sem dúvidas, são poderes públicos (eficácia vertical) e deve-lhes ser garantida a máxima efetividade. Assim, também sofrem reflexos nas relações privadas[1] e toda interpretação infraconstitucional relativa ao tema em debate deve se curvar ao seu ***status*** constitucional.

[1] SARMENTO, 2006, p. 260.

Nesse sentido, Ricardo Augusto Schmitt (2011, p. 99) aduz:

> [...] de acordo com as mais basilares lições de Direito Constitucional trazidas por Hans Kelsen (estudo da pirâmide de Kelsen), sabemos que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas que compõe determinado ordenamento jurídico, o que traduz na necessidade dos operadores do direito realizarem a releitura das normas legais sempre de cima para baixo (a partir da Constituição Federal para as normas constitucionais) e nunca de forma contrária.

Nesse caminho, Pêrez Lunõ (1990): "[...] nenhuma norma infraconstitucional é facultada ignorar os valores constitucionais, que servem de lastro para a interpretação de todo ordenamento jurídico [...]".

Constatino Mortati e Gilmar Ferreira Mendes preveem um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nos moldes das constituições alemã e portuguesa, que atribui um significado supremo ao núcleo dos direitos fundamentais nas Constituições rígidas.[2]

No mesmo caminho, defende Hesse (1991, p. 20):

> [...] quanto mais conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente (incorporando o estado espiritual de seu tempo, tarefa da qual é incumbido seu intérprete). Tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Assim, essencial compreender e sedimentar que a verdadeira força da Constituição dependerá de uma adequada interpretação de seu conteúdo material.[3]

A fixação da pena e seu regime de cumprimento, de forma justa e proporcional, consubstanciam maneiras de assegurar diretamente

[2] SILVA, 2011.

[3] FISCHER; PACELLI, 2012.

a eficácia máxima dos direitos fundamentais sociais a segurança, dignidade da pessoa humana e pacificação social.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 colaciona o direito fundamental à segurança, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana e da pacificação social, pilares constitucionais descritos nos artigos 3º e 4º da CF/88.

A *pena* tem a finalidade de *prevenção geral*, razão pela qual deve ser suficiente em qualidade e quantidade, para reprimir a prática de crimes futuros por terceiros e *promover a segurança social*. É nesse sentido que a necessidade de se aplicar uma *sanção proporcional à gravidade do delito* consubstancia respeito aos *direitos fundamentais pátrios a segurança, dignidade da pessoa humana e pacificação social*.

É necessário salientar que o *direito penal* é a *ultima ratio*, portanto, somente é aplicado a pessoas para as quais a sanção moral, bons costumes, coação social, educação familiar e comunitária *não foram suficientes para que elas respeitassem os limites estabelecidos em lei, bem como o contrato social imposto*.

Nesse sentido as lições de Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann aduzem o seguinte em relação à prevenção geral da pena:

> [...] A prevenção penal representa a terceira concepção mais influente da pena. Prevenção geral é o mesmo que profilaxia em relação à coletividade. De acordo com ela, a pena não tem nem a finalidade de retribuir a culpa, nem a de impedir que o condenado cometa novos crimes. Ela deve, antes, motivar a coletividade para um comportamento de fidelidade jurídica. Isso pode ocorrer de forma negativa pela dissuasão da população em relação à prática de fatos semelhantes por meio da cominação, imposição e execução da pena, ou de forma positiva, formando-se a consciência jurídica do cidadão e determinando-se seu comportamento social, desde o início, por meio de proibições e mandamentos jurídicos. A teoria da prevenção geral foi realçada, na Alemanha, sobretudo, por Anselm von Feuerbach, contemporâneo de Goethe e considerado o fundador da moderna Ciência Penal alemã. Ela é, ainda

> hoje, muito influente. Sua principal vantagem está no fato de ela ter por escopo, desde o princípio, a paz jurídica da coletividade, cuja preservação constitui a principal função do Direito Penal. Da mesma forma, esclarece de forma primorosa por que razão não se pode simplesmente renunciar à pena, nem mesmo quando não exista o perigo de reincidência. A impunidade de crimes graves incita a imitação de outras pessoas e deve ser evitada por meio de uma punição. (ARZT; TIEDEMANN; ROXIN, 2006).

No mesmo sentido, Nilo Batista aduz sobre a finalidade da pena:

> [...] Quando se fala nos fins (ou 'missão') do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso antes do crime; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso depois do crime/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos. Observe-se que os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade e se apresentam como 'sinal social positivo', que abrange sua funcionalidade, utilidade e dignidade. (BATISTA, 2007, p. 111)

Convém salientar *que a graduação da pena está necessariamente ligada à proteção dos direitos fundamentais constitucionais individuais e sociais, como a vida,* integridade física, propriedade privada, liberdade, iniciativa privada. Destaca-se que *correta aplicação da pena assegura os direitos fundamentais constitucionais de segurança e pacificação social. Isso porque, quando o indivíduo tem a certeza da sua punição séria e credibilidade nas instituições estatais*, ele irá pensar duas vezes antes de realizar um delito que fere direitos individuais e coletivos, como crimes contra a vida, o patrimônio, a administração pública e o meio ambiente.

Acrescente-se que a sensação de impunidade ou de falta de proporcionalidade/razoabilidade da pena fixada abala a credibilidade das instituições estatais perante a sociedade.

Nesse sentido, as lições de Guilherme de Souza Nucci:

> A omissão do Estado na tarefa punitiva, sempre proporcional e voltada ao utilitarismo, equivale à incorreta visão educativa excessivamente liberal que muitos educadores insistem em propalar no tocante a crianças e adolescentes. Sem castigo, sem limites, não se pode falar em adequada formação. Quem desenvolve sua personalidade necessita de fronteiras, além das quais enfrentará as consequências negativas, as sanções. Com isso, o superego forma-se como juízo crítico e delimitador, impedindo que, no futuro, o ide possa dominar a personalidade, com seus instintos e atuações caprichosas e individualistas. (NUCCI, 2011, p. 79).

A política de aplicação da pena mínima, visando garantir a liberdade do réu, está afrontando diretamente direitos fundamentais a segurança, pacificação social, dignidade da pessoa humana. De forma reflexa põe em risco todos os direitos fundamentais, resguardados pelo sistema penal e processual penal pátrios. Necessário ressaltar ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci e de Ricardo Augusto Schmitt a respeito do assunto:

> Além da sentença conter um comando jurídico voltado às partes em litígio, pelo qual o julgador externa a vontade do próprio Estado na sociedade da lide, como decorrência da análise de uma norma abstrata, o ato produz também efeitos em relação a terceiros, os quis sentem presente a regulamentação de um caso concreto que restou examinado e decidido, servindo de orientação para futuras condutas análogas. (SCHMITT, 2011, p. 19-20).

> A individualização da pena, preceito constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos sujeitos à abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória. Não pode e não deve ficar restrito à aplicação compulsória pena mínima, que, segundo a jurisprudência majoritária, prescinde de fundamentação, pois não haveria prejuízo ao réu. A este pode ser que não haja, mas à norma constitucional, à lei penal e à sociedade em geral, com certeza, configura-se.

> Nos últimos anos, verifica-se a tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior, em adotar a denominada política da pena mínima. Assim procedendo, são ignorados, ou mesmo menosprezados os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.
>
> Não se compreende, dentro de um raciocínio lógico-jurídico, o que tem levado a maior parcela do Judiciário a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, se fielmente cumprido, provoca a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os acusados submetidos a julgamento. A padronização é contrária à individualização da pena, princípio constitucional, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante.
>
> Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59 do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao juiz ponderar, na aplicação da pena, a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado, para estabelecer a gradação material do perigo. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que delinquiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. (NUCCI, 2011, p. 273-274).

Assim, o Estado necessita se utilizar do sistema de prevenção geral da pena para garantir diretamente controle social, segurança, pacificação social e, de forma reflexa, os direitos e garantias constitucionais.

No mesmo caminho, ensina José Antônio Paganella Boschi (2008, p. 58-59):

> O Estado precisa utilitariamente aplicar pena para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade (eis aqui a finalidade) não tenham que fazê-lo e. satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas [...] essa é a proposta do garantismo penal, para cuja corrente de pensamento a pena tem natureza retributiva, sem esgotar-se no castigo pelo castigo. Ela não se resume ao conteúdo da frase de o mal da pena em oposição ao mal do crime, já que atua defendendo o autor do fato da reação da vítima e dos demais membros da coletividade, pois, se o Estado negligenciasse o seu dever de agir, se reabria a porta para barbárie explícita.[4]

Destacam-se também os ensinamentos de Anibal Bruno a respeito do assunto:

> [...] o fato de se prever uma pena de até 30 anos para o delito de homicídio qualificado simboliza a intimidação natural para aqueles que vacilam entre resolver um "problema" com seu adversário através da violência ou por intermédio dos órgãos judiciários do Estado. Tivesse o homicídio a pena máxima de 1 ano, com direito a benefícios, quando se deteriam em exterminar o inimigo? [...]
>
> As normas da vida social de constituição genética equilibrada, com uma personalidade sem problemas, a ação preventiva da ameaça penal é desnecessária. Basta-lhes a consciência do dever e o respeito à estima pública para desviá-los de fatos contrários às normas do Direito. Mas há aqueles a quem realmente só a ameaça da punição pode afastar da delinquência. Ou ainda os desajustados e impulsivos, naturalmente inclinados a graves desvios de comportamento, que mesmo a ameaça penal dificilmente será capaz de deter diante do crime [...]. (BRUNO, 1976, p. 24).

Convém salientar, também, que a dosimetria adequada da pena consubstancia direito fundamental constitucional descrito no artigo *5º, inciso XLVI, da CF/88, consistente no princípio constitucional da individualização da pena para cada réu*, bem como lei federal descrita no artigo 67 do Código Penal Brasileiro.

[4] LAMO RUBIO, 1997, p. 29.

Guilherme de Souza Nucci definiu o princípio da individualização da pena:

> [...] tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da 'mecanizada' ou 'computadorizada' aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leva à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz José Antônio Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena, que visa a resguardar o valor do indíviduo precisa ser juridicamente considerável. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e generalização que ignoram o que o homem tem de particular [...]. (NUCCI, 2011, p.36)

Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

> Para a aplicação da pena, é necessária a individualização das circunstâncias judiciais de cada acusado, conforme o art. 59 do CP, sob pena de ofensa ao 5°, inc. XLVI,da CE. (BRASIL, 2009a, p. 73).

> 'O Magistrado ao proceder a individualização da pena deve aferir de na ímpar, única, a conduta de cada agente, percorrendo todas as circunstâncias de natureza subjetiva (culpabilidade, antecedentes, conduta social, tonalidade do agente) e objetiva (natureza, gravidade, circunstâncias, modo execução, lugar e conseqüências do crime)' (STJ, HC 32.371/RJ, Rei. Min. Io Medina, *DJU* 15.03.2004, p. 306). Não cabe, portanto ao contrário do descrito nas apelações da defesa -, a comparação entre as penalidades aplicadas réus, já que o exame das circunstâncias judiciais feito, com fundamento no 59 do Código Penal, é de natureza personalíssima, dependendo da situação específica de cada agente. (BRASIL, 2009b, p. 355).

Franz Von Liszt (2003, p. 144) reforça a necessidade da pena para prevenção geral, bem como do fortalecimento da credibilidade das instituições e da segurança social:

> [...] sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos [...].

René Garraud (2003, p. 326) também aduz sobre a necessidade utilitária da pena como meio de defesa social.

É de se salientar, ainda, a reiterada prática de crimes relacionados direta ou indiretamente com o mundo do tráfico; tal fato, como é público e notório, atormenta a vida dos cidadãos de bem, que, cada vez mais, veem-se acossados diante do crescimento da incessante violência, principalmente em relação à prática de crimes contra a vida e o patrimônio.

Assim, é manifestamente desproporcional a fixação da pena do crime de tráfico de drogas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses, principalmente pela quantidade e pela variedade de drogas no caso em análise, a qual é inferior à pena de um agente que praticou furto qualificado *patrimônio*, cuja repercussão social é muito menor. Indubitável, portanto a ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 47-49):

> Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do direito, adquirindo especial relevo na esfera penal Não teria o menor sentido, levando-se em conta proteção subsidiária assegurada pelo Direito Penal aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem

> como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.

Francisco Javier Álvares Garcia (2001, p. 199-201), cuidando dos critérios a permear o estabelecimento dos marcos penais pelo legislador, enumera os seguintes:

> [...] a) respeito à proporcionalidade; b) posição do sujeito no cenário do ordenamento jurídico; c) conclusões extraídas do princípio da fragmentariedade ou da intervenção mínima; d) função da norma penal;e) grau de participação do agente do delito; f) finalidades preventivo gerais; g) periculosidade do sujeito ativo do crime. [...].

A dosimetria da pena de forma errônea ou injusta implica violação direta aos direitos e garantias fundamentais supracitados, bem como à lei federal descrita no artigo 67 do Código Penal.

Mostra-se imprescindível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 forem desfavoráveis.

Quando há mais de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve o Magistrado majorar a pena acima do mínimo legal. Nesse sentido já explanou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> TRF1. [...] O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominada; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo.[...]. (BRASIL, 2000, p. 62). (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> TJMG – Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL - CRIME PRATICADO POR PREFEITO - APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA - PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL - SUFICIÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS - AUMENTO POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Demonstrado o recebimento, por Prefeito Municipal, por meio de deposito bancário em conta corrente de sua esposa, de verba de que era credora a Municipalidade e que nunca chegou aos cofres públicos, evidencia-se a prática do crime de apropriação indébita própria de prefeitos, prevista no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67. - Desfavoráveis apenas duas circunstâncias judiciais, não seis delas, como valorado inicialmente pelo sentenciante, a redução da pena-base é medida que se impõe. - Recurso provido em parte. (MINAS GERAIS, 2011a).

> TJMG – Ementa: ROUBO MAJORADO - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - MAJORANTES COMPROVADAS - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REGIME FECHADO - ATENUANTES RECONHECIDAS - MAJORAÇÃO ALTERADA. Impõe-se a confirmação do decreto condenatório quando comprovadas a autoria e materialidade do delito. Possui validade a confissão extrajudicial quando em harmonia com o conjunto probatório, podendo ser reconhecida como atenuante. O reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, previsto pelo art. 157, § 2º, I, do CP, independe de comprovação pericial relativa à potencialidade lesiva da arma utilizada. O concurso de agentes na prática do crime impõe a confirmação do reconhecimento da majorante prevista no Inc. II do parágrafo 2º do art. 157 do CP. Não merece acolhimento o pedido de desclassificação de roubo para furto, mediante a presença de provas da utilização de violência ou grave ameaça na prática do delito. A existência de duas majorantes, previstas nos inc. I e II do § 2º do art. 157 do CP, enseja a elevação da pena em 3/8, configurando-se exacerbado o aumento pela metade. Afigura-se apropriado o regime inicial fechado para cumprimento da pena, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, quando comprovadas as cir-

> cunstâncias judiciais desfavoráveis. Impõe-se a redução da pena em 1/6 para cada uma das atenuantes relativas à menoridade e confissão espontânea. (MINAS GERAIS, 2007).
>
> O art. 59 do Código Penal enuncia um elenco de circunstâncias orientadoras na individualização da pena, e, para que esta seja fixada no mínimo legal, é exigível uma situação em que todas elas sejam favoráveis ao apenado. (MINAS GERAIS, 2011b).

As lições de Ricardo Augusto Schmitt são no sentido de que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, quando houver três circunstâncias desfavoráveis ao recorrido:

> [...] A partir desse quadro esquemático, devemos relembrar que somente em situações específicas de alta gravidade, que demonstrem real necessidade de reprovação concreta do delito é que a pena-base irá suplantar o ponto médio principal.
>
> *Tal situação se encontra reservada, em tese, para casos em que concorram ao menos duas ou três circunstâncias judiciais plenamente desfavoráveis ao agente, estando ainda reconhecida e valorada a existência de maus antecedentes, como forma de agravar sua situação no plano subjetivo.*
>
> [...]
>
> O que devemos ter em mente é o que já restou debatido: para uma pena-base suplantar o ponto médio principal, no caso, 6 (seis) anos, necessário se faz a presença de circunstâncias judiciais em quantidade e qualidade desfavoráveis que demonstrem efetivamente a necessidade dessa dosagem em concreto.[...] (SCHMITT, 2011, p. 110-112) (grifo nosso).

Convém salientar, ainda, os ensinamentos do mencionado autor em relação ao delito de tráfico de drogas, no qual devem preponderar as circunstâncias descritas no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, consistentes na personalidade do réu, na conduta social, na natureza e na quantidade de drogas:

> Assim como ocorre com a circunstância judicial atinente à conduta social, na legislação que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas (Lei n.º 11.343/06) a circunstância judicial da personalidade do agente também é considerada como preponderante sobre as demais relacionadas no artigo 59 do Código Penal (art. 42) [...]
>
> [...] Neste caso, em decorrência da expressa disposição legal aplicável à primeira etapa do processo de dosimetria da pena (Art. 59 do CP_, pelo princípio da especialidade, devemos adotar a regra trazida pela segunda corrente quando estivermos diante de um crime previsto na Lei de Drogas.
>
> Isso ocorre porque, nesta hipótese, o próprio legislador definiu categoricamente quais são as circunstâncias judiciais preponderantes na análise do artigo 59 do Código penal, o que conduz a certeza de que Àquelas circunstâncias legalmente previstas (art. 42 da Lei 11.343/06 - circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância ou do produto), personalidade e conduta social do agente) devem possuir um patamar de valoração superior às demais. (SCHMITT, 2011, p. 134 e 175-176).

A análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis tem influência direta no reconhecimento e no *quantum* da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Quando se verificar que a quantidade de drogas apreendidas e os objetos indicam que o réu se dedicava a atividades criminosas, bem como outros indícios de que ele praticava reiteradamente atividades criminosas, não pode ser aplicada a causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

É no mesmo sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela não aplicação da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quando as circunstâncias dos autos indiquem que o apelado dedica-se a atividade criminosa de tráfico de drogas.

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.
>
> 1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.
>
> 2. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que se dedica à atividades criminosas, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (oito papelotes de cocaína e novecentos e sessenta e dois invólucros contendo crack além de balança de precisão). Precedentes do STJ.
>
> 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2010b).

Salienta-se que o *quantum* a ser aplicado na causa de diminuição de pena deve levar em conta o artigo 59 do Código Penal e o artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

O STJ vem entendo que o *quantum* da redução deverá basear-se também na conduta social, na natureza da droga e na quantidade de drogas apreendida, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, bem como nas circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

No caso em análise, foram configuradas mais de duas circunstâncias do artigo 42, a natureza da droga, as circunstâncias em que foram encontradas, demonstrando dedicação à atividade criminosa, e a conduta social; todas foram desfavoráveis ao recorrido; dessa forma, a redução da pena deve ser no mínimo legal.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (43 KG DE MACONHA). 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou ao habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito. Ademais, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida singularmente pelo relator, por si só, afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. As penas-base dos pacientes foram elevadas, especialmente, devido a natureza e quantidade da droga apreendida, vale dizer, 64 (sessenta e quatro) tabletes de maconha, totalizando 43 kg (quarenta e três quilos), fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes. Portanto, não há de se considerar de flagrantemente ilegal o entendimento das instâncias ordinárias, porquanto observadas as diretivas impostas pela norma penal para o estabelecimento da reprimenda, sendo defeso, na estreita via cognitiva do presente writ, o exercício de novo juízo de reprovabilidade da conduta.

3. Quanto à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, cabe frisar que a diretriz imposta pelo artigo 42 da Lei 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação do referido redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

> *4. O Supremo Tribunal Federal, a partir* do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.
>
> 5. No caso em apreço, entretanto, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora as penas tenham sido fixadas em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão - réu Rômulo - e 4 (quatro) anos 8 (oito) meses de reclusão – réu Everaldo -, *a fixação do regime prisional mais brando, não se mostra adequada, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada – como visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006*.
>
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012). (grifo nosso).

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando não forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos descritos no artigo 44 do Código Penal Brasileiro.

A Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, publicada no *DOU* de 16/02/2012, afastou a vedação legal de aplicação da pena restritiva de direitos aos réus que praticaram tráfico de drogas. Ocorre que o artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos e pressupostos objetivos e subjetivos, imprescindíveis, para a substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos.

Nesse sentido:

> Art. 44. [...]
>
> I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave

> ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos somente é possível se as circunstâncias judiciais descritas no artigo 44, inciso III, do Código Penal Brasileiro, indicarem que as condições são favoráveis ao réu.

Nesse sentido, os ensinamentos de Cézar Roberto Bitencourt:

> A prognose de suficiência da substituição. Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como pelos motivos e circunstâncias do fato, todos previstos no art. 44, III, do Código Penal, que, neste particular, permaneceu inalterado.
>
> Considerando a grande elevação das hipótese de substituição deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário equilibrará e evitará eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck, prudencial, e diante das sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. (BITENCOURT, 2000, p. 84-85).

Ricardo Augusto Schmitt também já prelecionou sobre o assunto, no mesmo sentido:

> Verificamos, portanto, na hipótese tratada- existência motivada de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente- que o caso concreto é esclarecer o motivo da viabilidade ou não do bene-

fício, devendo o julgador esclarecer o motivo de sua concessão ou denegação, como forma das partes tomarem o devido conhecimento das razões invocadas (princípio da paridade de armas). (SCHMITT, 2012. p. 389-390).

STF. [...] Não existe direito subjetivo do condenado, mesmo que primário e com bons antecedentes, ao cumprimento da pena em regime aberto, especialmente que não atende aos pressupostos subjetivos constantes no art. 59 do Código Penal. Diante dos elementos do caso, a impossibilidade de concessão do regime aberto gera a impossibilidade de se proceder à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. A viabilidade dessa substituição dependerá do atendimento de requisitos subjetivos como a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e de sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias do crime. Negado provimento ao recurso. (BRASIL, 2004a, p. 88).

STJ. A despeito do inciso II do art.44 do Código Penal estabelecer como pressuposto para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a não reincidência do réu em crime doloso, tal norma deve ser interprestada à luz do parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, excepciona a reincidência genérica, quando socialmente recomendável a resposta penal de liberdade.

2. Em havendo, contudo, a Corte Regional Federal afirmado a intensa reprovabilidade da conduta do réu condenado, a sua má conduta social e funcional, a sua personalidade decididamente inclinada para o ilícito, a sua certeza de impunidade e o seu desapreço pela ordem jurídica e o seu grau elevado de periculosidade, faz-se imperativo, diante da própria letra do decisum, que se declara a flagrante violação da lei federal, precisamente, do inciso III do art. 44 do Código Penal. [...] (BRASIL, 2003, p. 260).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, exige, conforme o artigo 44 do Código Penal, a somatória de requisitos objetivos e subjetivos. No caso em julgamento, a paciente não apresenta bons antecedentes, o que inviabiliza a substituição e, consequentemente, a concessão do habeas corpus [...]. (BRASIL, 2004b).

> APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA OU SUA SUSPENSÃO - *MAUS ANTECEDENTES* - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. *I- Possuindo o apelante algumas circunstâncias judiciais desabonadoras, inviabilizada se mostra a concessão de medidas alternativas ao cárcere*. (MINAS GERAIS, 2010b). (grifo nosso).

A substituição da pena privativa de liberdade somente é possível quando é a medida suficiente ou necessária para prevenção e reprovação do delito. Ao se verificar que as circunstâncias judiciais, descritas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, são desfavoráveis, bem como que o réu é reincidente e possui maus antecedentes, não será possível a concessão do benefício.

Assim, quando não for preenchido o requisito descrito no inciso III do artigo 44 do Código Penal Brasileiro, não será possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ora, a edição de leis penais não tem a finalidade de apenas fazer com que os criminosos cometam menos delitos, ou paguem pelo crime que cometeram, mas, também, a de fazer com que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam menos comuns.

Assim, os meios utilizados para impedir a ocorrência desses crimes devem ser mais extremos à medida que estes forem mais contrários ao interesse público e que se tornarem mais frequentes. Na comunidade local, os prejuízos trazidos pelo tráfico de drogas são evidentes, denotando que a sua punição não pode ser das mais brandas, sob pena de não se alcançar a prevenção e a repreensão que o caso requer.

É fato público e notório que o tráfico ilícito de drogas, além de prejudicar a sociedade de uma forma geral, destruindo famílias, que se veem envolvidas com seus filhos dependentes químicos, desestabiliza a ordem pública e acarreta a prática de outros crimes de natureza grave, a exemplo de delitos contra o patrimônio e contra a vida.

Portanto, *os condenados pela prática de crime de tráfico de drogas, em circunstâncias desfavoráveis que indiquem prática reiterada deste delito hediondo, devem cumprir a reprimenda penal em regime inicialmente fechado, sendo legalmente impossível a substituição da pena de reclusão por pena restritiva de direitos*. Acrescente-se a natureza hedionda atribuída a este delito pelo legislador pátrio.

A proibição legal da substituição da pena privativa de liberdade justifica-se em virtude da presunção absoluta da periculosidade social do delito de tráfico de drogas e do traficante, merecendo maior reprimenda legal.

O legislador ordinário pretendeu, assim, tornar explícito que a conversão da pena nos casos de tráfico de entorpecentes não se apresenta adequada às necessidades de prevenção e repressão do delito. A substituição da pena de reclusão não é socialmente recomendável, sob pena de se transformar em um estímulo à prática dessa conduta.

A conclusão deste raciocínio foi exposta pelo Desembargador Mário Machado, nos autos da apelação criminal nº. 2005.01.1.047633-9, julgada pelo TJDF:

> Efetivamente, não se pode ter o crime de tráfico de entorpecentes, de natureza grave até por tratamento constitucional, como apto a merecer a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, benefício entendido adequado somente aos crimes de menor gravidade. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Habeas Corpus* nº 0003186-55.2006.807.0000. Relator: Min. Mario Machado. Brasília, DF, 10 de agosto de 2006. DJU, 14 set. 2006. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62759,39604,21624&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=>. Acesso em: 29 out. 2012).

Nesse diapasão, a impunidade estaria claramente evidenciada caso fosse permitida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Isso porque a gravidade concreta do crime atribuído, somada à sua periculosidade, aos motivos injustificáveis e às consequências do delito, torna-se incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade.

Assim, este estudo mostra que é necessária a aplicação da pena justa, proporcional; caso contrário, haverá ofensa a princípios constitucionais, grave dano à ordem pública, temor social e descrédito das instituições que realizam a justiça.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada:* Comares, 2001.

ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. *Einführung in das Stragrecht und Strafprozessrecht*. Heidelberg: C. Muller Verlag, 2006.

AYERS, Michael. *Locke*: idéias e coisas. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Amilcare Caeletti. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Individualização da pena. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. (Currículo Permanente. *Caderno de Direito Penal*: módulo 4). Debate com os Juízes Federais sobre pontos relativos à individualização da pena privativa de liberdade – 2008. disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_JOSE_BOSCHI.pdf>. Acesso em 20/10/12.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 1998.01.00.015382-5, 3.ª T. Relator: Des. Cândido Ribeiro. Brasília, DF, 10 de novembro de 2009. *e-DJF1*, 20 nov. 2009a, p. 73.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 2006.39.00.002539-9-PA. 3.ª T. Relatora: Desª. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Brasília, DF, *e-DJF1*, 29 out. 2009b, p. 355.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 76.196/GO. Relator: Min. Maurício Corrêa. *Informativo STF*, Brasília, DF, 15 dez. 2000, p. 62.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 0003894-47.200.4.01.4000/PI, 3ª T. Relatora: Desª. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de maio de 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 151.676/SP. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Brasília, DF, *Dje*, 10 maio 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 2010/0204450-2. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 21 de junho de 2012. *Dje*, 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 82519/SP. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 18/03/2003. *DJ*, 16 abr. 2004, p. 88. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102864>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 236.703-PR, Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 15 de abril de 2003. DJ, 19 maio 2003, p. 260. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20030519+e+%40DTPB+%3C%3D+20030519&livre=%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&processo=236703&b=ACOR>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84075-2. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 6 de abril de 2004. *DJ*, 6 ago. 2004b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384896>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CARTLEDGE, Paul. *Demócrito e a política atomista*. Trad. Angelika Elisabth Köhnke. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e de sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. São Paulo: LZN, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recurso em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JESCHECK, Hans-Heirich. *Tratado de derecho penal*: parte generale. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

LIMA, José Antônio Farah Lopes. *Direito Penal Europeu*. Leme: JH Mizuno, 2007.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*: tradução e comentários. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2003.

LAMO RUBIO, Jaime. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código.* Barcelona: Editorial Bosch, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0625.02.021900-6/0010219006-72.2002.8.13.0625(1). Relator: Des. Hélcio Valentim. Belo Horizonte, 7 de abril de 2011. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 29 abr. 2011a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0512.05.028469/0010284698-61.2005.8.13.0512(1). Relator: Des. Walter Pinto da Rocha. Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 13 fev. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.09.603626-4/001. Relator: Des. Paulo Cézar Dias. Belo Horizonte, 9 de novembro de 2010. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 12 jan. 2011b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 1.0338.07.066918-3/001(1). Numeração Única: 0669183-84.2007.8.13.0338. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Eduardo Machado. Belo Horizonte, 20 de abril de 2010. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 10 maio 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B0AEA2F6B028038446F0ECD3852A0A44.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0338.07.066918-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 20/10/12.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Individualização da pena*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PÊREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1990

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

QUINTON, Anthony. *Hume*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

RIDLEY, Aron. *R.G. Collingwood*: uma filosofia da arte. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*: teoria e prática. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120026

3

Direito Processual Penal

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 193-225

O PROBLEMA DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE ALEXY: APROXIMAÇÕES EPISTÊMICAS E PRÁTICO-JURÍDICAS À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A PRISÃO CAUTELAR

THE CONFLICT OF RULES AND ALEXY'S SOLUTION: EPISTEMIC, LEGAL AND PRACTICAL APPROXIMATIONS TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND PREVENTIVE DETENTION

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

RESUMO: Ao arrancar dos aspectos gerais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, o presente artigo pretende colocar em evidência a categoria dos princípios que tem como característica a função de otimizar direitos fundamentais. No entanto, devido ao fato de não se aceitar uma ordem valorativa para os princípios, observam-se as colisões, que são resolvidas pela aplicação da máxima da proporcionalidade, aqui demonstrada pela análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à prisão preventiva.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; conflitos de normas; máxima da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article aims to highlight the category of principles of the theory of fundamental rights of Alexy based in general aspects. The aforementioned theory is characterized by optimizing the function of fundamental rights. However, due to the fact of not accepting a value order to the basics, there are bumps, which are solved by applying the maxim of proportionality, as demonstrated here by examining the position of Supreme Court regarding the custody.

KEY WORDS: fundamental rights; conflicts of rules; Principle of proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria dos direitos fundamentais de Alexy e o conceito de norma de direito fundamental. 2.1. Classificação das normas constitucionais. 2.2.1. Conceito de regras e princípios. 3. Conflitos de normas. 3.1. O problema do conflito de regras e de princípios. 3.2. Considerações acerca do manejo de princípios. 3.3. O cariz de relatividade dos mandados deônticos insertos nos princípios. 4. Máxima da proporcionalidade. 4.1. Conceito de proporcionalidade e suas etapas operacionais. 4.2. O problema da falibilidade dos juízos de valores nas operações de proporcionalidade. 4.3. A liberdade e o princípio de segurança pública. 4.3.1. Proibição de liberdade provisória como regra abstrata e *a priori*. 4.3.2. Da prisão preventiva. 4.3.3. Do controle da constitucionalidade da prisão cautelar. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A pretensão de substantivação das liberdades e dos demais interesses do homem que vai inscrita nas normas fundamentais, positivadas em documentos político-jurídicos em momentos conflituosos (definidos como revoluções – constitucionais –, cujo objetivo é dar um novo arranjo ao Estado, reestruturando-o politicamente, em suas instituições e contemplando os interesses do homem depreendidos dialeticamente nas relações entre o povo e a *auctoritas*), é, também, foco para conflitos numa outra

e superveniente dimensão. Melhor explicando, podemos dizer que os conflitos que demandam a positivação constitucional de certas posições político-jurídicas, antes de encontrarem a solução definitiva no fechamento do ciclo revolucionário-constitucional (como talvez entendessem, numa primeira etapa da história constitucional moderna – a do movimento intelectual anterior à onda de constitucionalização de fins do século XVIII –, os jusracionalistas e, posteriormente, os exegetas), configuram, apenas, uma das séries de ondas de conflitos, que se estendem indefinida e ininterruptamente ao longo da vida do direito. Os direitos de liberdade, *v.g.*, depreendidos de uma natureza humana e, portanto, inerentes a todos os homens, atemporal e universalmente, não são tão irredutíveis como pensavam os politólogos e jurisfilósofos oitocentistas. O *idearium* de um Benjamin Constant, para quem a liberdade só encontrava limites estabelecidos pela lei, não perscrutava aí as dificuldades operacionais de seu campo prático, cuja teia problemática tendeu a tornar-se mais densa a cada avanço da humanidade (científico, técnico etc.).[1] E basta, para que tomemos contato com os problemas dessa categoria, pensarmos nas esferas conceituais do direito à intimidade e à preservação da imagem e à da liberdade de imprensa; ou da segurança pública (com o objetivo de proteger a vida, a integridade física e a propriedade dos cidadãos) e as garantias de índole constitucional-processual. Tal como a evolução das ondas, em que há sempre a crista de uma parecendo engolir a que se desfaz nas areias, os conflitos

[1] É bastante conhecido seu ensaio *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, no qual escreve que a liberdade dos modernos é "[...] o direito a não ser submetido a não ser às leis, não poder ser detido, nem preso, nem morto, nem maltratado de maneira alguma pelo feito da vontade arbitrária de um ou de muitos indivíduos; é o direito de proclamar sua opinião, de escolher sua ocupação, de exercê-la, e de dispor de sua propriedade, e ainda de abusar se quiser, de ir e vir a qualquer parte sem necessidade de obter permissão, nem de prestar contas a ninguém de seus motivos ou de seus passos; é o direito de reunir-se com outros indivíduos, seja para deliberar sobre seus interesses, seja para preencher os dias ou as horas da maneira mais consentânea com suas inclinações e caprichos; é, enfim, o direito de todos de influir na administração do governo, ou na nomeação de alguns ou de todos os funcionários, seja por representações, por petições ou por consultas, que a autoridade está mais ou menos obrigada a tomar em consideração". (BENJAMIN CONSTANT *apud* JULIOS CAMPUZANO, 1997, p. 78-79, tradução nossa).

de normas fundamentais sucedem-se uns aos outros, requerendo posições mediadoras de política jurídica que, contudo, se relativizam a dimensão conceitual das normas fundamentais, não podem comprometer seu núcleo duro.

A solução para o problema da hermenêutica constitucional não pode, portanto, arrancar da idéia[2] de que as normas definidoras de direitos fundamentais têm valor absoluto. A vasta dimensão ontológica do princípio da dignidade da pessoa humana, apenas para citar aquele a que frequentemente o operador jurídico recorre para tentar harmonizar certas normas fundamentais em entrechoque, não deve ser entendido como um *supraprincípio*, que se sobrepõe hierarquicamente aos demais, sem padecer de relativização: as exigências político-jurídicas para o concertamento da sociedade de um Estado democrático de direito, partem, é claro, de um ideal de dignidade da pessoa humana, mas não o empregam com toda sua força ideológica no campo prático-social; porque uma tal aplicabilidade pressuporia uma humanidade homogênea, sem dissensos ou conflitos e sem perigos. A alternativa que resta tem de partir de uma racionalidade jurídica mediadora, em que os discursos sobre direitos fundamentais são analisados com a finalidade de descobrir-lhes valores éticos orientadores para a dissolução problemática concreta. Esta vertente hermenêutica, que renuncia a qualquer prévia posição hermética em torno das valorações, portanto, só é posta em operação, por um lado, nas situações críticas,[3] e, por outro lado, tendo-se como premissa de que nenhum dos direitos fundamentais possui valor absoluto. A teoria dos direitos fundamentais de Alexy parte dessa metódica. Reconhece o caráter relativo dos direitos fundamentais e, demonstrando a ocorrência de conflitos entre eles, procura uma solução discursiva mediadora, empregando a máxima da proporcionalidade.

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

[3] Assim por nós entendidas aquelas em que ocorrem colisões de direitos fundamentais.

O presente artigo pretende avançar sobre o problema dos conflitos entre normas do direito fundamental, tendo como eixo axial a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Para tanto, deverá, num primeiro momento, estabelecer os alicerces da teoria do constitucionalista alemão, e, posteriormente, fazer aproximações epistemológicas ao problema do conflito de normas. Ao final, já será possível descrever em linhas gerais a proposta de Alexy para a dissolução da problemática dos conflitos de normas, que é seu equacionamento através da máxima da proporcionalidade. É neste ponto que trataremos de uma das questões paradigmáticas de nosso tribunal constitucional, que é o enfrentamento dos limites da prisão cautelar. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à questão problemática referida ao conflito de direitos fundamentais. As categorias que constituem diretrizes para o desenvolvimento do texto, encontram-se já destacadas na parte preambular do trabalho e serão, à medida que delas nos ocupamos, conceituadas no corpo do texto.

2. Teoria dos direitos fundamentais de Alexy e o conceito de norma de direito fundamental

Os direitos fundamentais podem ser abordados de múltiplas maneiras, e parece-nos inolvidável o fato de que começaram a existir através da perspectiva filosófica, quando se definiram aqueles direitos inerentes a uma natureza humana e que, portanto, fazem parte do direito natural;[4] no entanto, podem ser estudados e compreendidos segundo os métodos da história, que pretende demonstrar seu surgimento; ou da sociologia, que elabora leis a partir dos exames empíricos sobre a função dos direitos no sistema social; isto apenas para citar três formas de abordagem do tema. Contudo, Alexy adverte que seu intuito não é outro senão o de estabelecer uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais, tendo como um dos objetivos "[...] a reabilitação da tantas vezes criticada axiologia dos direitos fundamentais" (ALEXY, 1997, p. 25), abrindo, com isso, uma brecha para que divisemos seu modo de entender a estrutura geral do direito.

[4] Sobre a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, cf. Andrade (1987, p. 11-15).

Na verdade, a vertente do positivismo científico que tenta escoimar das ciências sociais, por um lado, o conhecimento comum, a *doxa*, e, por outro, qualquer rasgo de conhecimento com características de ética, moral ou outra fonte alheia aos métodos estabelecidos segundo uma epistemologia própria, como pretendia Weber,[5] e que no direito se notabilizará pelo juspositivismo kelseniano, que refuta as influências *metajurídicas*, não consegue explicar de maneira convincente a prevalência da *Grundnorm* como norma hipotética justificadora de todas as demais do *corpus iuris*. Porque as posições político-jurídicas assumidas pela *auctoritas* ao longo das experiências jurídicas (jurídico-legislativas e jurídico-jurisdicionais) são hauridas, *tout court*, do vasto universo de fenômenos humanos e não do puro e simples decisionismo. Da mesma forma, *v.g.*, os direitos de liberdade que, antes de serem compreendidos pela razão humana como fato natural, são decorrentes das experiências socioculturais e, portanto, tornam-se direitos datados dentro de um sistema histórico, sem que para tal se possam excluir as influências de diversos conhecimentos, inclusive os axiológicos, que se entrecruzam num determinado *hic et nunc* histórico; e quando concretizados como direitos fundamentais, estão sujeitos a uma carga valorativa no momento pragmático-jurídico, que por nenhuma forma elide seu étimo justificante; basta que se pense na hermenêutica mais simples, que parte da semântica dos termos jurídicos e aí já localizaremos, nos jogos de linguagem desenvolvidos pelo intérprete algum traço ético.

Alexy, no entanto, alerta que a sua não deixa de ser uma teoria dogmática – calcada nos pressupostos da dogmática jurídica – e, portanto, pretende estabelecer as bases para a compreensão dos direitos fundamentais. A dogmática jurídica, da qual arranca o constitucionalista os pressupostos para suas investigações, apresenta três dimensões: a analítica, a empírica, e a normativa. Na dimensão analítica, "[...] trata-se da consideração sistêmico-conceptual do direito válido", abrangendo desde os conceitos fundamentais (conceito de norma, *v.g.*), "[...] passando pela construção jurídica [...] até a investigação da estrutura do sistema jurídico [...] e da

[5] Sobre a matéria e, especificamente, sobre o cariz axiológico da norma, cf. Melo (1994, p. 122-128).

fundamentação sobre a base de direitos fundamentais" (ALEXY, 1997, p. 30). Já a dimensão empírica apresenta dois significados: "primeiro, com relação ao conhecimento do direito positivamente válido e, segundo, com relação à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica" (ALEXY, 1997, p. 30). Nesta dimensão tende-se a estabelecer um prognóstico da práxis judicial, ultrapassando, dessa forma, os conceitos de direito e de validade do positivismo jurídico. Por fim, na dimensão normativa vai-se para além das constatações acerca do direito positivo válido, para alcançar a orientação e a crítica da práxis jurídica, especialmente da práxis jurisprudencial (ALEXY, 1997, p. 32). Estabelecendo esses vetores, Alexy referirá que a teoria pretendida é integrativa (das três dimensões da dogmática jurídica), enfatizando, no entanto, a dimensão analítica, em que investiga as estruturas dos direitos fundamentais, em seu conceito, influência no sistema jurídico e fundamentação. Explica:

> A via para uma adequada teoria integrativa conduz-se através de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Uma teoria estrutural – enquanto parte de uma teoria integrativa – é uma teoria primariamente analítica. É uma teoria primária e não puramente analítica, porque investiga estrutura tais como a dos conceitos de direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, tendo em consideração as tarefas práticas de uma teoria integrativa. (ALEXY, 1997, p. 39).

Portanto, ao colocar em relevo o aspecto eminentemente prático da ciência jurídica, Alexy procura dar à sua tese um viés empírico-analítico, que permitirá, por um lado, investigar os fundamentos conceituais dos direitos fundamentais e, por outro lado, adentrar o âmbito da pragmática jurídico-constitucional, aquela que é operada pelos tribunais ao darem concreção às regras e princípios fundamentais. Mas sua metódica requer seja antes estabelecido o conceito de norma de direito constitucional.

Ao tratar dessa categoria, Kelsen refere-nos que com o vocábulo *norma* "[...] quer-se significar que algo *deve* ser ou acontecer,

especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira" (KELSEN, 1984, p. 21). Mas explica que a acepção de norma inclui não só o comando de dever dirigido ao homem, mas, também, a permissão e a atribuição de competência, ou poder, para agir de certa maneira (KELSEN, 1984, p. 22). A norma, expondo esquematicamente, encerra um dever-ser (*Sollen*) dirigido a um ser (*Sein*). Mas o normativismo formalista do modelo kelseniano reduz a norma a estruturas lógico-formais, extraindo de seu conteúdo os aspectos fáticos e valorativos. Por outras palavras, os elementos *metajurídicos*, como os valores axiológicos, serão estranhos ao seu conceito de norma. Já Alexy procura evitar o reducionismo juspositivista, através de um conceito semântico de norma, segundo o qual há distinção entre *norma de direito fundamental* e *direito fundamental*, sendo aquela uma idéia mais ampla do que esta; assim como, também, há diferença entre *norma* e *enunciado normativo*, uma vez que aquela categoria deve encerrar um caráter deôntico.

Assim, partindo da distinção entre *norma* e *enunciado normativo*, poder-se-á dizer que o enunciado expressa uma norma de conteúdo deôntico (um mandado, uma obrigação, um dever, uma permissão etc.). De maneira a que se chegue à conclusão de que: "Uma norma é o significado de um enunciado normativo" (ALEXY, 1997, p. 51). Ou, segundo entendemos, o *enunciado normativo* é o instrumento linguístico que compreende significante e significado, entendendo-se aquela categoria linguística como "[...] um *relatum*" (BARTHES, 1987, p. 50) cuja definição não se pode separar da de significado; ao passo que esta categoria, "como representação psíquica da 'coisa'" (BARTHES, 1987, p. 46), conterá em si os aspectos psicológicos e ideológicos, apenas mediados através de significantes; já por isso, não será desarrazoado pensar-se que o significado poderá vir à compreensão do intérprete através de diversos significantes; ou, transpondo isso para a teoria semântica de norma, uma *norma de direito fundamental* poderá ser expressa por vários *enunciados normativos*.

A norma (na sua acepção mais ampla, que concerne aos âmbitos ético, moral, religioso etc.), para ser entendida como um *dever-ser* que *é*, ou seja, contendo uma determinação vinculante, tem de trazer ínsita a idéia de validade. Por outras palavras, deve ser

considerada, em seu campo conceitual, a capacidade de fazer-se cumprir o dever-ser nela expresso. Normas sociais defasadas no tempo histórico-cultural ou deslocadas do ambiente sociocultural de origem, *v.g.*, não vinculam, nem mesmo se tornam exigíveis e nem seu desatendimento imporá a consequência da censura moral. No que concerne especificamente ao mundo jurídico, a idéia de validade vai aderida à imposição da norma por autoridade autorizada – a *auctoritas* instituída, com competências específicas – para o efeito. Mas o conceito semântico de norma que Alexy defende é indiferente às teorias de validade (sociológicas, éticas, jurídicas),[6] preocupando-se fundamentalmente com a adjetivação da norma como *norma de direito fundamental*.

A partir disso, Alexy irá sustentar a existência de dois tipos de normas de direito fundamental: a norma jusfundamental que está diretamente estatuída na Constituição, existindo segundo uma referência a sua positivização; e a norma adscrita, que não é simplesmente aquela atestada pela jurisprudência, mas sim a norma à qual se pode dar uma fundamentação jusfundamental correta (ALEXY, 1997, p. 71). No entanto, a teoria de Alexy ultrapassa a exposição tipológica das normas de direito fundamental, avançando numa teoria da estrutura das normas.

2.1. Classificação das normas constitucionais

Alexy propõe a classificação bipartida das normas de direito fundamental em princípios e regras, alertando que a distinção se faz necessária para o estabelecimento de um "marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais [...]" (ALEXY, 1997, p. 81). Após referir sobre as imprecisões em torno dos termos, passa a delimitar suas características. Antes de tudo, referindo que regras e princípios "podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, a permissão e a proibição"; para além de que princípios e regras são "razões para juízos concretos de dever-ser". Diante dessas constatações, o autor passa a investigar critérios para a distinção das duas modalidades de normas,

[6] Ver Alexy (1997, p. 59).

partindo daquele que trata do grau de generalidade da norma, pelo qual chega à conclusão de que as regras possuem menor grau de generalidade, e o inverso ocorrendo com os princípios. É possível, disso, estruturar uma tese que diferenciará regras de princípios segundo um juízo qualitativo. Em todo caso, deixando entredita a vinculação entre ambas modalidades.

2.2.1. Conceito de regras e princípios

Segundo Alexy,

> [...] as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível. (ALEXY, 1997, p. 87).

Já quanto aos princípios, refere o constitucionalista que "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes" (ALEXY, 1997, p. 86). Podem ser tidos, portanto, como mandados de otimização.

3. Conflitos de normas

Se se perspectiva a Constituição como elemento de formação e coordenação de todo o *corpus iuris* do Estado, então necessária e obrigatoriamente ter-se-ão de considerar dois aspectos fulcrais para sua caracterização: de um lado, a força vinculativa representada pela validez histórico-político-jurídica do conjunto de direitos fundamentais nela catalogados; de outro lado, o descortino de um sistema de estruturação que, por isso mesmo, deve ser coerente e harmonioso.

Com efeito, a Constituição é não apenas expressão formal de determinado *hic et nunc* histórico-político-jurídico de um Estado, mas um complexo conjunto de regras e princípios (que são as normas de direito fundamental) que têm a pretensão de vigência. Por outras palavras, a Constituição, tal como ocorre com as leis

em geral, determina um *dever-ser* irrecusável e peremptório no plano das concreções jurídicas, já que, através dessa pretensão de vigência, ela ordena e conforma a realidade social e política do Estado.[7] Nessa característica da Constituição, encontramos sua força vinculativa. No entanto, a aplicação das normas de direito fundamental, com suas funções ordenadora e conformadora, não pode ser levada a cabo sem a consideração do aspecto sistêmico das normas encerradas na Constituição. É por isso que Hesse, ao tratar da interpretação constitucional, refere aí interferir o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual "A relação e interdependência existentes entre os diferentes elementos da Constituição obrigam a não contemplar, em nenhum caso, só a norma isolada, mas sempre no conjunto em que deve ser situada". E mais adiante arremata: "[...] as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais" (HESSE, 1992, p. 45). A isso devemos denominar de princípio da concordância prática.

O princípio da unidade da Constituição também nos permite avançar noutro sentido: o de que a Constituição não prescreve a prevalência ou a hierarquia de normas, de modo que podemos considerá-las todas estabelecidas num mesmo plano. Se é assim, a aplicação de determinado princípio ou regra deverá ultrapassar o problema das colisões, por isso sendo impraticável a interpretação da norma isolada.

3.1. O problema do conflito de regras e de princípios

O conflito ocorre quando se apresenta como possível a aplicação – a substantivação no plano prático-jurídico – de mais de uma norma de direito fundamental que, no entanto, tendem para soluções contraditórias para uma mesma questão problemática. Assim, se pensarmos no princípio da segurança pública, que é descrito em mais de um enunciado normativo, mas que no art. 144 da CR depreendemos que se trata de responsabilidade do Estado "[...] para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas

[7] Ver Hesse (1992, p. 57 ss.).

e do patrimônio [...]", chegaremos à conclusão de que tal tarefa, em inumeráveis situações concretizada por qualquer das modalidades de prisão processual, colidirá com os princípios que tendem para a otimização da liberdade do cidadão, dentre os quais o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CR). Mas as colisões, como refere Alexy (1997, p. 87), são verificáveis tanto com o manejo de regras quanto de princípios e, sob este aspecto, ambas modalidades de normas de direito fundamental não se diferenciam. Mas qual o critério distintivo?

Em verdade, regras e princípios diferenciam-se na forma de como solucionar os conflitos. Enquanto o conflito de regras há de permitir a introdução de regra de exceção, ou pela derrogação da regra antiga pela nova, ou pela aplicação da regra especial em supressão da regra geral, reconduzindo o problema ao conceito de validade jurídica (ALEXY, 1997, p. 88), a colisão de princípios resolve-se de outra forma, uma vez que já não mais estará em causa a validade. Explica Alexy (1997, p. 89) que: "Os conflitos de regras são tratados na dimensão da validade", enquanto "a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais para além da dimensão da validade, na dimensão do peso". Por outras palavras, na colisão de princípios, não se discute a validade (como elementos estruturantes e de otimização de direitos fundamentais, os princípios não contêm determinações definitivas, mas apenas ordens que tendem para o implemento de situações jurídicas, por isso, e por causa de seu alto grau de generalidade, não se submetendo a alterações como normalmente se veem necessárias na outra categoria de normas da Lei Fundamental, que, como quaisquer regras, podem tornar-se defasadas), mas a importância que cada norma contraposta representa para o caso problemático concreto, devendo a divergência resolver-se, sempre, casuisticamente. Expliquemos melhor uma ideia geral de princípio.

3.2. Considerações acerca do manejo de princípios

Como já demos a entender, os princípios são antes representações com forte carga ideativa de direitos fundamentais e que tendem para sua otimização, do que mandamentos definitivos e de menor

grau de generalidade. Neste sentido, os princípios possuem uma função ordenadora, que se presta a conformar relações político-constitucionais. Mas, para além disso, refere Miranda que os princípios "[...] exercem também uma acção mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo". Arrematando seu entendimento, o constitucionalista português explica que:

> A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral do sistema. [...] Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios. (MIRANDA, 2005, p. 434).

Dessa forma, os princípios tanto possuem uma carga de valor constitucional autônoma (sem dúvida, adensada pelas forças ideológicas produzidas pelos discursos políticos, jurídicos e econômicos a cada momento histórico), como reforçam o âmbito conceitual dos direitos fundamentais através de suas funções ordenadora e de integração no momento interpretativo e de constituição das normas adscritas. Por isso o entendimento de Alexy no sentido de que os princípios são não apenas "razões para as regras", mas "juízos concretos de dever-ser". Assim, voltando ao exemplo anterior, dispõe a Constituição (art. 144) que o princípio da segurança pública é "[...] dever do Estado, direito e responsabilidade de todos [...]", e visa "[...] à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]", sendo exercida através de órgãos das polícias e dos bombeiros militares; não nos parecendo desarrazoado, no entanto, afirmar que a ideia de segurança pública não se esgota nas atribuições constitucionais conferidas às polícias, uma vez que, para certos casos, pode haver necessidade do sacrifício do bem jurídico-constitucional da liberdade física imposto a quem se imputa prática de crime; e tal assertiva – da segurança pública concretizada através da prisão processual – converge em apoio à regra de inafiançabilidade de certos crimes de maior potencial ofensivo (art. 5º, XLIII, CR) e da jurisdicionalização

da determinação do ato coercitivo e de seu controle (art. 5º, LIII, LVIII, LXI, CR). Desta forma, é possível dizer que as prisões processuais, previstas, de forma genérica, na Constituição, estão arrimadas no princípio da segurança pública e que esta tarefa não fica sob a exclusiva incumbência das polícias.

3.3. O cariz de relatividade dos mandados deônticos inserto nos princípios

Como a teoria dos direitos fundamentais de Alexy não trata apenas da estrutura formal da Constituição, mas de seu aspecto relacionado com a substantivação dos direitos – pretendendo, dessa forma, estabelecer posições dogmático-jurídicas para as operações no plano prático-jurídico –, abordando, portanto, o plano das concretizações jusfundamentais pela experiência jurídico-jurisdicional, necessariamente inclui na órbita problemática a interpretação das normas. É quando se evidencia, por um lado, que os enunciados normativos apresentam registros semânticos abertos, carentes de uma melhor delimitação conceitual para sua aplicabilidade nos casos concretos; e, por outro lado, que essa vagueza conceitual permite a ocorrência de colisão de princípios. Alexy inclina-se a reconhecer que a situação problemática daí decorrente só pode ser resolvida através da operação argumentativa que determina a prevalência de um princípio sobre o outro. Incide no equacionamento a máxima da proporcionalidade.

4. Máxima da proporcionalidade

Normalmente se diz que o princípio da proporcionalidade está inserido no próprio *lógos* do direito penal e basta refletirmos sobre os fins da pena para que cheguemos à conclusão de que tanto seu caráter retributivo quanto seus traços preventivo-geral e preventivo-especial requerem um juízo de proporcionalidade. Mas também haverá traços desse princípio no direito administrativo, especialmente quando em conflito interesses de graus e categorias diversos e os de caráter público. Talvez vejamo-lo como princípio-matriz para a solução de conflitos de interesses jurídicos em todos

os ramos do direito público, inclusive no direito constitucional.[8] Não sem razão Pedrollo, arrimado em Raquel Stumm, afirma que:

> Como subprincípio do Estado de Direito, a proporcionalidade abrange toda a atuação estatal, sendo derivada de um imperativo substancial do Estado de Direito, que impõe o exercício moderado do poder. (PEDROLLO, 2000, p. 162)

Em arremate, refere: "Também atende ao princípio da unidade da Constituição, harmonizando os interesses diversos ali presentes, sem o sacrifício unilateral de um em benefício de outro" (PEDROLLO, 2000, p. 162).

A proporcionalidade é também tratada por Alexy, que concebe como elemento dogmático recorrente à solução do problema da colisão de princípios. Contudo, o constitucionalista, referindo que o conceito dessa categoria não coincide com aquele que emprega para princípio, opta por denominar de máxima da proporcionalidade. Tentemos seguir-lhe as pegadas.

4.1. Conceito de proporcionalidade e suas etapas operacionais

A ideia fundamental em que se radica a proporcionalidade é a de equilíbrio. Equacionando-se, portanto, o problema jusfundamental de colisão de princípios por meio dessa máxima, o operador jurídico tenderá a conformar a norma segundo um juízo não de validade dos princípios em jogo, mas de preferência de um deles. Sempre, como já deixamos dito, de maneira a otimizar um direito fundamental em causa. A máxima da proporcionalidade, portanto, intervém no plano prático-jurídico, para dar arrimo a uma norma *normada* casuística e concreta.

[8] Ao tratar da matéria, Häberle refere que: "O princípio da proporcionalidade (*Prinzip der VerhältnismäBigkeit*), que deriva originariamente do Direito de polícia e do Direito administrativo, agora já adquiriu uma relevância constitucional: de acordo com a doutrina dominante, esse princípio também vincula o legislador e possui, por esse motivo, uma relevância direta para as questões que surgem em relação ao artigo 19º, inc. 2, Lei Fundamental.", por outras palavras indicando a inserção do princípio nos ramos do direito público (HÄBERLE, 1997, p. 127).

Para que seja operada, a máxima divide-se em três "máximas parciais": a da adequação, a da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. A máxima da adequação levada a cabo na equação dos princípios colidentes requer seja reconhecido no discurso argumentativo o princípio logicamente mais adequado à otimização do direito fundamental posto em causa. É claro que a ponderação que aí se faz não leva a um único resultado correto, mas isso não implica reconhecer tratar-se de um procedimento inviável.

A máxima da necessidade relaciona-se com a escolha do meio mais benigno para a otimização fática de um direito fundamental. Acerca dessa máxima, refere Pedrollo (2000) que ela

> [...] decorre do fato de que um princípio impõe sua otimização fática (eficácia), o que contudo deve, necessariamente, ser operado de forma a que afete o menos possível outros princípios válidos e com iguais pretensões de realização. (PEDROLLO, 2000, p. 176-177)

Já a máxima da ponderação, em sentido estrito, é o postulado da ponderação propriamente dito. Seu emprego no processo de argumentação lógica implica a utilização de recursos discursivos não diretamente vinculados à ponderação. Refere Alexy (1997, p. 159) que "[...] podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação jusfundamental", como os argumentos dogmáticos, pré-judiciais, práticos e empíricos, em geral, e para a fundamentação de um enunciado de preferência condicionado, e para a fundamentação da regra correspondente, pode recorrer-se à vontade do legislador constitucional, às consequências negativas de uma determinação alternativa de preferência, às decisões anteriores etc. Daí verificar-se a possibilidade de maior controle racional para a formulação de um enunciado normativo de preferência. É esta a base para que Alexy formule uma lei de ponderação para a efetiva operação da máxima de ponderação dos princípios: "quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tão maior tem que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 1997, p. 161).

Se, como facilmente se infere, o procedimento de ponderação não leva a uma solução definitiva para os conflitos, na medida em que se considere o sistema jurídico-constitucional um sistema aberto, ao menos é possível, por um lado, reforçar a teoria da argumentação jurídica como forma de mitigar os riscos do puro decisionismo do velho modelo hermenêutico, radicado na simples subsunção do fato à norma; e, por outro lado, possibilitar uma dinâmica interpretativa que se pretenda consentânea com cada ***hic et nunc*** histórico-social.

4.2. O problema da falibilidade dos juízos de valores nas operações de proporcionalidade

A crítica normalmente atribuída à teoria argumentativa de Alexy referida à falta de critério material para a escolha do princípio que deve preponderar, num caso de concreta colisão de princípios, desconsidera, antes de mais, o fato de que, em etapa antecedente ao problema jusfundamental, quando se planificam os princípios ao nível abstrato, todos os princípios devem ser considerados igualmente válidos e insuscetíveis de hierarquização, porque conotam não com uma ordem de valores (por isso, não decorrentes de prévio juízo de valor), mas, direta ou indiretamente, com o homem como ser ontológico (passa-se de forma diversa o problema de catalogação de bens e interesses do homem com dignidade constitucional, que se relacionam a uma escala de valores axiológicos). Além do mais, a eleição de um princípio jusfundamental como prevalecente em relação a outro, por operação jurídico-jurisdicional de normativização concreta e casuísta – a decisão judicial – não ocorre segundo os ditames kelsenianos de pureza do direito, mas, inapelavelmente, segundo a noção de que o mundo jurídico é permeável em relação ao conhecimento e à experiência comuns – a *doxa* – sofrendo, pois, as mais diversas influências, éticas, sociológicas, filosóficas, políticas etc. Mas na medida em que o magistrado enxerga o mundo para além da fria e calculada operação racional de interpretação e entende necessária a mediação discursiva efetivada com prudência, pela aplicação da máxima da proporcionalidade, naturalmente sofrerá o influxo de diversos fatores que ingressam nos jogos de linguagem jurídica.[9] Assim, *v.g.*, a maior consciência sobre direitos humanos

[9] Apropriamo-nos aqui da categoria filosófica de Wittgenstein e sobre a qual tratamos em

numa comunidade, causada pela atividade de grupos de pressão ou por programas de agremiações políticas e pela própria atividade político-social em torno da matéria, muito provavelmente ingressará nos jogos de linguagem jurídica; assim como o descontrole sobre a criminalidade em razão das deficiências da segurança pública pode permear a operação de argumentação jurídica. Embora tais fatores possam sujeitar o operador jurídico a erros por causa, *v.g.*, da ampliação da circunstância de vinculação à questão problemática determinada, são indicativos minimamente seguros do que está a ocorrer no meio social, causando uma interseção no mundo prático-jurídico. Há, obviamente, a possibilidade de falhas – e as há com frequência –, mas se considerarmos que a argumentação jurídica é um horizonte aberto, então sempre haverá a possibilidade para novas operações retificadoras.

Sabbá Guimarães (2007). Em outro artigo referimos sobre o sistema wittgensteiniano: "O sistema wittgensteiniano é aberto, deixando, apenas, à amostra as dificuldades do uso da linguagem: à medida em que se pensa numa dissolução, encontra-se uma nova via problemática e assim sucessivamente, como se estivéssemos a percorrer um longo corredor com inúmeras portas a serem abertas, sem que cheguemos, no entanto, a um destino final. Isto, só por si, é uma forma sutil que o filósofo encontrou para expressar a falibilidade da comunicação humana; a imperfeição da linguagem escrita e falada; e a riqueza polissêmica nas fórmulas a que reduzimos nossa pretensão de comunicar algo a um interlocutor. É lógico que existem instrumentos linguísticos aptos a mitigar as dificuldades de comunicação, *v.g.*, quando a estabelecemos dentro de jogos de linguagem, com regras conhecidas pelos interlocutores. Assim, se a comunicação entre um pedreiro e um jurista é incompreensível na medida em que um interlocutor não domina as regras conhecidas pelo outro, no *diálogo* que se opera entre juristas haverá já um princípio razoável de inteligibilidade. E apenas isso: o conhecimento das regras não é garantia de que se estabeleça uma comunicação perfeita, pois que as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, *v.g.*, segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa ***sub examen*** numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sócio-linguísticas)." (SABBÁ GUIMARÃES, 2009, p. 137-138). Queremos aqui referir que a mediação discursiva levada a cabo pelo operador do direito deverá desenvolver-se através de jogos de linguagem (jurídica), nos quais as regras de inteligibilidade são estruturadas em famílias linguísticas. Assim, e agora tratando de nosso tema, para se procurar o sentido do princípio da presunção da inocência, *v.g.*, teremos de associar a expressão a outras que convergem para o mesmo sentido, como não-culpa, não-condenação, não-punição etc. Cf., principalmente, Wittgenstein (2002).

4.3. A liberdade e o princípio de segurança pública

Recentes julgados de nossa Corte Constitucional têm colocado em causa a constitucionalidade da regra contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que determina a inafiançabilidade e a vedação da liberdade provisória para quem estiver incurso numa das modalidades de tráfico de drogas e de crimes equiparados (arts. 33, *caput*, § 1º, e 34 a 37), a partir de uma lógica de argumentação jurídica que põe em confronto princípios constitucionais e a mencionada regra legal. Melhor explicando, joga-se, nesse discurso jurídico, com a contraposição dos princípios que favorecem a liberdade física (dignidade da pessoa humana, presunção da inocência e devido processo legal) à regra definidora da prisão cautelar.

Mas o exame da constitucionalidade da regra contida no art. 44 não pode, a nosso ver, radicar-se pura e simplesmente na interpretação daqueles princípios, como se houvesse flagrante desequilíbrio na situação jurídico-legal. Isto porque há suporte constitucional – caracterizado por regras e princípios – não só para uma política criminal mais severa em relação ao crime de tráfico de drogas, mas, também, para a prisão cautelar. Isso determinará uma incursão mais profunda na questão problemática, possibilitando mais de uma linha discursiva.

4.3.1. Proibição de liberdade provisória como regra abstrata e *a priori*

Em decisão sobre *habeas corpus*, com pedido de medida cautelar (HC 100.959/TO),[10] o Min. Celso de Mello escrutina o decreto judicial que manteve a segregação arrimado na gravidade do crime e na possibilidade de o paciente voltar a delinquir, trazendo à sua argumentação entendimentos jurisprudenciais já consolidados em nossa Corte Constitucional. De antemão, o relator salienta que "[...] a gravidade em abstrato do crime não basta para justificar, só por

[10] Parte: A.P.F. Autoridade coatora: Relator do HC Nº 147.579, STJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 08/10/2009. Publicação: DJe-194. Divulg.: 14/10/2009. Public.: 15/10/2009.

si, a privação cautelar da liberdade individual do paciente", e ajunta com a afirmação de que:

> O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, só por si, para justificar a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Há, nesse sentido, inúmeros julgados (RTJ 172/184, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence; RHC 71.954/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A propósito, o relator destaca dois julgados que se enfeixam com seu entendimento:

> A gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária [...] (RHC 71.954/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

E:

> A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.
>
> A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. (RTJ 187/933-934, Rel. Min. Celso de Mello).

Em segundo lugar, ainda no julgado do HC 100.959/TO, o Min. Celso de Mello repele a possibilidade de o decreto de prisão fundamentar-se na conjectura de que, em liberdade, o criminoso voltará a delinquir. Lembra, a esse propósito, que:

> A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu.

Volta à antiga máxima (muitas vezes repetida equivocadamente, sem se levar em consideração a natureza da prisão cautelar) de que a prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu; ao princípio da presunção da inocência; e enfatiza que, sem "indicação de fatos concretos – de que o ora paciente, em liberdade, poderia delinquir ou frustrar, ilicitamente, a regular instrução processual" –, a prisão cautelar não tem cabimento.

Por fim, o Ministro do STF coloca em causa a constitucionalidade do art. 44, referindo:

> Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com a presunção da inocência e a garantia do *due process*, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. (HC 100.872-MC/MG. Rel. Min. Eros Grau).

E arremata citando julgado de lavra do Min. Eros Grau:

> A vedação da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei 11.343/2006, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da Constituição do Brasil). [...] A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. (HC 100.872-MC/MG. Rel. Min. Eros Grau).

Trata-se, como se vê, de uma decisão polêmica, que merece análise mais aturada. Tentemo-la.

4.3.2. Da prisão preventiva

Se se pensar na redução do *status libertatis* por meio da decretação da prisão preventiva, a argumentação expendida por Celso de Mello tem certo cabimento. Por outras palavras, admitimo-la, a princípio, quando estivermos diante da situação de decretação da prisão preventiva, mas não em relação a outras modalidades de prisão. Expliquemos.

Por óbvio, a tão-só gravidade do ilícito penal não será suficiente para um prévio juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade da segregação (aqui, desde uma premissa de que o princípio da proporcionalidade é também empregue no processo penal); haverá, pois, a necessidade de conjugarem-se os pressupostos legais da prisão preventiva, descritos no art. 312, CPP. Também está claro que seu objetivo – garantir a ordem pública ou econômica, ou para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, não pode arrimar-se em preconceitos, em conjecturas, nem mesmo na forte probabilidade de condenação, sob pena de infringirem-se algumas das garantias constitucionais de índole processual, inclusive o princípio da presunção da inocência. Mas, por outro lado, ao condicionar o decreto de prisão a argumentos com "base empírica idônea" e na "indicação de fatos concretos", o posicionamento do Ministro do STF merece atenção. Primeiro, porque os termos utilizados não nos parecem adequados, não havendo, *v.g.*, como formular um juízo empírico sobre o que pode constituir um *vir a ser*, que depende essencialmente do aspecto volitivo do criminoso. Como prognosticar, de forma empiricamente segura, que o criminoso representará perigo para a ordem pública, potencialidade de frustrar a aplicação da lei penal ou a instrução criminal? Em segundo lugar, dependendo do jogo de linguagem em que os termos são inseridos, aquelas condicionantes podem restringir ou facilitar o recurso ao expediente da prisão preventiva. Melhor explicando, para uma determinada argumentação jurídica, só constituirá uma "base empírica idônea" para a decretação da

prisão preventiva, a vida pregressa do criminoso multi-reincidente; ou, por outro lado, para uma diversa linha de argumentação, a prisão poderá ser recomendada se houver indicativos concretos de que o criminoso é capaz de articular-se numa organização, comandando-a e tendo acesso a outras extensões criminosas. Queremos com isso demonstrar que ambos indicativos cristalizados na jurisprudência de nossa mais alta Corte não passam de conceitos que se submetem a valorações de cariz político-jurídico (e, portanto, reparáveis em qualquer momento, porque diretamente relacionados à formação do magistrado, inclusive politicamente); e, dentro da linha semântica de argumentação, prestam-se a uma ampla gama de formulações jurídicas, que não são auto-exclusivas, nem hierarquicamente estratificadas. O que resta?

Para nós, o juízo de conveniência para a decretação da prisão preventiva deve, essencialmente, ser formulado pelo juiz da causa. É ele quem pode mensurar, com maior grau de acerto, os indicativos da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Enquanto que às instâncias superiores, na falta de critérios objetivos para a revisão do *decisum* (e enquanto não os houver), caberá o exercício do controle da legalidade e da constitucionalidade do ato judicial.

4.3.3. Do controle da constitucionalidade da prisão cautelar

É claro que quando se fala em termos de controle da constitucionalidade de uma decretação de prisão preventiva, necessariamente haverá a necessidade de aferição da observância das normas de direito fundamental (que compreendem, naquele sentido falado por Alexy, regras e princípios) na decisão judicial. É quando invariavelmente surgem as colisões (aparentes ou não) de princípios, que devem ser equacionadas pela mediação discursiva de política jurídica, utilizando-se, para tanto, da máxima da proporcionalidade. No citado voto do Ministro Celso de Mello (item III.3.1), há referência de que o decreto de prisão preventiva pode importar numa punição antecipada do indiciado ou réu, pondo em causa, portanto, o princípio da presunção da inocência; e, por outro lado, aquele magistrado da Corte Constitucional tende

a reconhecer, num âmbito muito mais amplo, já extrapolando o exame de caso concreto, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, referindo, com base em precedente decisão de lavra do Ministro Eros Grau, que, para além de colidir com o princípio da presunção da inocência, a regra legal afrontaria o *due process of law* e o princípio da dignidade da pessoa humana. Entendemos, no entanto, que a situação jurídica não pode ser equacionada de maneira tão definitiva e peremptória. Vejamos.

Em primeiro lugar, não se pode valorar de forma absoluta os princípios, nem mesmo estabelecer-lhes uma ordem hierárquica por motivos já bastante conhecidos: a absolutização, por um lado, implicaria na impraticabilidade das normas de direito fundamental, já que em vez de harmonizarem-se os conteúdos ideológicos de normas, haveria sempre o confronto e o caráter de exclusão recíproca; de forma que o princípio da segurança pública (ínsito à Constituição material do Estado moderno) e o da presunção da inocência sempre e irremediavelmente entrariam em colisão, impedindo qualquer espécie de prisão cautelar. Por outro lado, a hierarquização dos princípios de direito fundamental por operações de política jurídica – estabelecendo, portanto, graus de importância para os princípios – causaria empecilhos à substantivação e à otimização de certos fins de direito constitucional; além do que, esse seria um processo que correria os riscos de arbitrariedade e de ideologização, de todo em todo incompatíveis com a estrutura do Estado democrático de direito material; assim, tanto a priorização do princípio da segurança pública em relação ao princípio da presunção da inocência, como o inverso, impediriam uma correta apreciação dos fins da justiça (criminal).

Se os princípios, como normas de direito fundamental, prescrevendo "mandados de otimização", não são absolutos, que contornos definidores devemos dar à presunção da inocência e à dignidade da pessoa humana? Parece-nos que, diante da impossibilidade de conceitos estanques, prontos e acabados, devemos procurar um valor semântico para ambos princípios, através da prática discursiva da argumentação jurídica. Assim, antes de mais, e no que concerne ao princípio da presunção da inocência, temos de considerar que a presunção

> [...] não deverá ser – como efetivamente não foi – absolutizada, pois caso tal situação se verificasse, poderíamos ser conduzidos à inconstitucionalização de toda a instrução criminal. (VILELA, 2000, p. 16)

Além do mais, o princípio da presunção da inocência, como norma de direito constitucional, tende a otimizar um tratamento especial ao indiciado ou réu, diferenciado daquele que se deve destinar ao condenado por sentença penal definitiva. Daí que, *a priori*, tal princípio não colida, sempre e necessariamente, com as medidas cautelares destinadas a indiciados e réus, como a prisão preventiva. Ao tratar da questão, a processualista portuguesa Alexandra Vilela (2000, p. 84) refere:

> [...] ao afirmamos que o arguido é presumido inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação [...], não pretendemos significar que qualquer freio colocado à sua liberdade individual se revela contrário ao princípio constitucional da presunção de inocência, enquanto modo de tratamento a outorgar ao arguido.

Isso porque, por um lado, se a presunção da inocência impede que os efeitos ordinários de uma condenação sejam atribuíveis por antecipação a quem esteja submetido à prisão cautelar, sua extensão ideológica, por outro lado, não pode afetar um outro princípio igualmente inscrito na Constituição dos Estados modernos, que é o da segurança pública, sob pena de tornar inviável sua concretização ou otimização através do processo penal.

Fala-se, ademais, que a regra proibitiva de liberdade provisória contida no art. 44 atenta não só contra o princípio da presunção da inocência, como, também, contra o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de supraprincípio, sobrepondo-se a todos os demais, guiando os direitos fundamentais. Tão simples assim? Obviamente, não.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tal como o da presunção da inocência, pode – e deve – ser conotado com todos

os demais princípios de direito constitucional de índole processual penal, mas sua extensão ideológica não pode desenvolver-se para além da elipse, sob pena de negar-se a si próprio. Ou, ainda em termos esquemáticos, se a ideia de dignidade da pessoa humana se desenvolve ao longo da linha elíptica, naturalmente deve voltar ao ponto de partida, não podendo ultrapassar dessa configuração. Em termos exemplificativos, se se tentar absolutizar o princípio da dignidade da pessoa humana, como um vetor a cortar a figura elíptica, o próprio núcleo ideativo do princípio será invalidado; de maneira que, negando-se a possibilidade de prisão preventiva para o criminoso, se estará negando, *v.g.*, a dignidade da pessoa humana do cidadão sujeito aos potenciais riscos causados por aquele criminoso em liberdade.

Por fim, temos de considerar que o controle de constitucionalidade das decisões judiciais de prisão cautelar não pode pôr de lado outras regras inscritas na Constituição, que se enformam no quadro de possibilidade da medida constritiva. Assim, o art. 5º, XLIII, inaugurando uma política criminal mais severa, dispõe que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ser categorizado como crime inafiançável (se não se permite fiança, com maior razão a proibição da outra modalidade de liberdade provisória); já o inciso LXI refere que a prisão decorrerá do flagrante delito ou "por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente" (como é o caso da decisão que decreta a prisão preventiva, modalidade que deve ser entendida implícita na regra de direito constitucional); por fim, o inciso LXVI abre a possibilidade para a liberdade provisória, com ou sem fiança, desde que admitida em lei (ou seja, a questão é remetida à solução legal; no caso em análise, a solução deve partir da aplicação do art. 44 que, por sua vez, inscreve-se nos marcos político-criminais estabelecidos no art. 5º, XLIII da Constituição).

Então, pode-se de pronto inquinar o art. 44 como inconstitucional? Não nos parece. Nem também a uma outra vertente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDA-

DE DA LAVRATURA DO AUTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO ENTRE O PACIENTE E A CORRÉ. NECESSIDADE DE EXAME DILATADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA DIRIMIR A QUESTÃO.

1. Por demandar o reexame aprofundado do contexto coligido no curso do procedimento criminal e por não restar evidente de uma análise perfunctória dos elementos probatórios, o habeas corpus *não é o instrumento adequado para dirimir questão atinente à negativa de autoria ou atipicidade do delito em tese cometido por preso em flagrante.*

LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO. ARGUIÇÃO DE IRREGULARIDADES NA SUA REALIZAÇÃO. PEÇA PRODUZIDA NOS DITAMES DOS ARTS. 304 E 306 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

Se o auto de prisão em flagrante foi lavrado conforme o ordenamento processual penal, não há que se falar em nulidade do ato simplesmente por eventual atraso na comunicação da detenção a familiar indicado pelo paciente, que, ademais, dispensou a presença de advogado e teve todos os direitos constitucionalmente garantidos.

EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A questão relacionada ao excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, por não ter sido debatida pelo Tribunal de Origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. OBEDIÊNCIA AOS ART. 5º, INC. LXVI, DA CF/88 E 44 DA LEI 11.343/2006. PRECEDENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. Não caracterizado constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado

> *no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei 11.343/2006, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulado nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei 11.464/2007 (precedentes do STF e da Quinta Turma do STJ).*
>
> *2. Condições pessoais favoráveis são irrelevantes para a concessão da liberdade provisória, se presentes na hipótese outros elementos determinantes à manutenção da prisão processual.*
>
> 3. *Writ conhecido em parte, e neste ponto, denegado* (Habeas corpus n.º 107.564-SP (2008/0118309-2). Relator: Min. Jorge Mussi. Impetrante: Merhy Daychoum e outro. Paciente: K.A.A. Julgado em: 23.06.2009).

Diga-se, aliás, que na medida em que se deixa de considerar o amparo constitucional das medidas de coação, como a da prisão preventiva, em qualquer de suas modalidades, cria-se um entendimento não só defasado em relação ao princípio da segurança pública, como se estabelece uma norma jurídico-jurisdicional – a decisão judicial – *contra legem*. E mais. Uma decisão com este teor normativo ou uma lei que contrariasse o disposto no art. 5º, XLIII, CR, seria inquinada de inconstitucional. Neste sentido pronunciou-se o STF:

> *HABEAS CORPUS*. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. 2. PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.
>
> 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.
>
> [...]

> Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.
>
> Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação de fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância (Habeas corpus 97.883-5 Minas Gerais. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Paciente: K.J.S.M. e outros. Advogado: Defensoria Pública da União. Coator: Rel. do RHC n.º 24.090 do STJ. Julgado em: 23.06.2009).

Em suma, a questão problemática hoje tratada pela Corte Constitucional não chega a ser equacionada de forma adequada. Primeiro, porque verdadeiramente não passa de um conflito aparente de princípios. O julgado que serviu de paradigma para nossa análise não estabelece um discurso argumentativo de contraposição de normas, mas, *tout court*, se desenvolve segundo a lógica de hierarquização de alguns princípios, sem, no entanto, conotá-los com o restante quadro constitucional. Daí que a dignidade da pessoa humana e a presunção da inocência, princípios que otimizam o direito fundamental da liberdade física, apareçam sozinhos, como se outros não entrassem no discurso jurídico regulador da sociedade como o relacionado com a segurança pública. Depois, porque o conflito de princípios – se é que pode ser criado à guisa de dar outra feição à norma jurídico-legal do mencionado art. 44 – poderá colocar em causa não a constitucionalidade do art. 44 (que, como demonstrado, tem suporte constitucional), mas sua eventual malversação, incidindo no abuso ou arbitrariedade da prisão. E, nesse caso, sim, diríamos possível a aplicação da máxima da proporcionalidade para solucionar, *v.g.*, a *quaestio* decorrente do excesso de prisão.

5. Conclusões

Há perfeita imbricação entre os direitos e garantias de liberdades individuais e as regras processuais penais, de modo que o estudioso poderá identificar no quadro constitucional direitos constitucionais de índole processual, ou direitos constitucionais processuais. O elevado grau de abstração das normas jurídico-constitucionais, contudo, impõe dificuldades ao intérprete e operador jurídico: os equacionamentos problemáticos para a concreção das normas no plano prático-jurídico, deverão, antes de mais, mitigar os riscos de colisão ou de produção de normas jurídico-jurisdicionais inconstitucionais por meio de procedimento interpretativo de integração; em relação a isso, empregam-se os princípios de direito fundamental como normas de otimização.

Mas, na medida em que se observa a possibilidade de uma mesma questão problemática ser tangenciada por normas de direito fundamental que indicam soluções distintas, ocorrem as colisões, que merecem tratamento específico por meio do procedimento da máxima da proporcionalidade.

É certo que a argumentação jurídica levada a efeito para dissolver a colisão de princípios não permite ao intérprete uma solução definitiva do problema, uma vez que o sistema jurídico-constitucional é aberto e não exclui o ingresso de variados níveis argumentativos. Nem, a nosso ver, exclui o discurso jurídico que procura atualizar a norma constitucional com o momento histórico-social. No entanto, os postulados da argumentação jurídica, ao pretenderem uma maior racionalidade para as decisões jurídicas, evitam os problemas do positivismo clássico, como o da pura subsunção do fato à norma. Neste ponto, parece-nos que a interpretação que se tem feito de certos princípios de direito fundamental pelo STF incorre em equívocos desse gênero que, no entanto, são absolutamente evitáveis.

O questionamento da constitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 evitou colocar em ponderação os princípios que nitidamente arrimam a regra de proibição de liberdade provisória ali contida. Melhor explicando: ao perspectivar a questão problemática

unicamente pela via do princípio da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, a Corte Constitucional deixou de lado, *tout court*, aqueles princípios que fundamentam as hipóteses de prisão cautelar em nosso sistema processual penal e que dão sustentação à mencionada regra legal. E aquele entendimento não parte, em verdade, de uma autêntica colisão de princípios, senão que arranca em direção à justificação de uma posição de política criminal. Contudo, a colisão pode verificar-se em variadas situações, *v.g.*, quando estiver em jogo o próprio princípio da legalidade – em relação a um caso concreto de prisão – e o princípio da presunção da inocência.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpr. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der Grundrecht*.

ANDRADE, José Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. 16. ed. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix. 1987. Título original: *Éléments de sémiologie.*

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Tradução do italiano para espanhol de Carlos Ramos. Peru: Pontificia Universidad del Peru, 1997. Título original: *Le libertà fondamentali nello stato constituzionale.*

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La dinámica de la libertad*: tras las huellas del liberalismo. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD - Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

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

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. *Revista dos Tribunais*, v. 862, p. 69-92, 2007.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. *Revista Atuação*, n. 15, p. 135-141. Florianópolis: PGJ; ACMP, jul./dez. 2009.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. Proporcionalidade e sistema jurídico em Robert Alexy. In: DOBROWOLSKI, Silvio (Org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

VILELA. Alexandra. *Considerações acerca da presunção da inocência em direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Investigações filosóficas. 3. ed. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Artigo recebido em: 26/04/2011
Artigo aprovado em: 26/03/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120027

A DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAÇÃO DO ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO SEU EMPREGO

ANA PAULA ALVES CARVALHO
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
anacarvalho@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente trabalho enfoca a temática do roubo circunstanciado pelo emprego de arma, previsto no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, quando não ocorre sua perícia ou apreensão.

Para tanto, será discorrido sinteticamente sobre a divergência jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a incidência da referida majorante e o seu atual posicionamento.

Nesse ínterim, pelo estudo proposto, será demonstrado que o Plenário do STF orienta pela prescindibilidade da apreensão e perícia para configurar o crime de roubo majorado pelo emprego de arma, em razão da capacidade de intimidação e consequente rendição da vítima, bastando, portanto, que fique comprovado, por qualquer meio de prova, o emprego da arma de fogo.

2. Visão geral sobre o crime de roubo e o emprego de arma

O crime de roubo encontra-se descrito no art. 157 do Código Penal (CP). Trata-se de crime complexo, de modo que os bens jurídicos

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 226-235

protegidos pela norma penal são, além da posse, a propriedade, a integridade física e a liberdade individual.

Nesse sentido, os meios executórios do crime de roubo são o emprego de grave ameaça, o emprego de violência física e de qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência.

A ameaça ou *vis compulsiva* consiste na promessa da prática de mal grave e iminente, que pode ser praticada mediante o porte ostensivo de arma. Com efeito, não há como negar que a simulação do emprego de arma se reveste de meio idôneo para intimidar a vítima.

O emprego de violência física, ou *vis absoluta* é o emprego de força física pelo agente, de modo a impedir a defesa do ofendido. É conhecido como violência própria.

E, ainda, o meio que reduz à impossibilidade de resistência é a chamada violência imprópria, que se consubstancia em outro meio que não a violência física e a grave ameaça.

O parágrafo 2º do inciso I a V do artigo 157 do Código Penal traz as causas de aumento de pena, apesar de erroneamente chamadas de qualificadoras. O emprego de arma é apenas uma delas.

Segundo Nucci (2007, p. 709), "o tipo penal vale-se da acepção ampla do termo, ou seja, refere-se tanto às armas próprias, quanto às impróprias".

Desse modo, a arma de fogo, no sentido próprio, é a criada para ataque e defesa, também chamada de critério bélico, enquanto a arma de fogo, em sentido impróprio, é qualquer instrumento que possa matar ou ferir, mas que não tenha finalidade bélica.

No entanto, durante anos, houve uma polêmica divergência no STF sobre a referida causa de aumento, fruto de duas visões a respeito do tema, quais sejam, as teorias objetiva e subjetiva.

3. Teorias objetiva e subjetiva quanto ao emprego de arma

Sustenta a teoria objetiva que, para que haja incidência da causa de aumento de pena, envolvendo emprego de arma, no crime de roubo, avalia-se o efetivo perigo que ela possa trazer à vítima.

Conforme leciona Fragoso:

> O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego de arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. (FRAGOSO, 1981, p. 303-304).

Dessa forma, segundo os dizeres de Delmanto (*et al*., 2007, p. 157): "[...] não se pode igualar o dolo e a culpabilidade daquele que emprega arma de brinquedo ou imprópria ao disparo como o de quem utiliza arma verdadeira, carregada e apta". Assim sendo, para esta teoria, apenas através do laudo pericial da arma se pode cogitar da incidência da majorante.

São defensores dessa corrente: Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci, entre outros.

Lado outro, para a teoria subjetiva, a razão de ser da causa de aumento insculpida no inciso I do §1º do art. 157 do CP é a intimidação da vítima, ou seja, o amedrontamento nela gerado.

Assim, na esteira das lições de Hungria (1967), uma arma ineficiente, como um revólver descarregado, ou uma arma fingida, como um isqueiro feito de revólver, ignorando a vítima essas circunstâncias, dão ensejo à incidência da majorante emprego de arma.

Nesse sentido, inicialmente, inclinou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no intuito de adotar a teoria subjetiva, o que se verificou com a publicação da Súmula n. 174, que assim dispunha: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena." (BRASIL, 1996).

Contudo, sob intensas críticas da corrente favorável ao critério objetivo, entendeu o STJ rever seu posicionamento, e, em julgamento proferido em 08/11/2001, decidiu a Terceira Seção cancelar a citada súmula, também em respeito ao princípio da legalidade, já que arma de brinquedo não possui natureza jurídica de arma. (BRASIL, 2002).

4. Diversidade de decisões sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o seu atual posicionamento

Reiteradamente, consultando os julgados no STF, percebe-se que as Turmas da Corte Constitucional vêm proferindo decisões em sentidos diversos, ora adotando a teoria objetiva, ora a teoria subjetiva, ora mesclando ambas.

Enquanto a Primeira Turma tende a decidir pela desnecessidade da apreensão e perícia da arma para incidir a majorante, ou seja, teoria subjetiva, desde que por outros meios reste demonstrado o seu potencial lesivo, a Segunda Turma ainda insiste na necessidade de apreensão e perícia da arma, para aferir sua lesividade.

Assim, é possível encontrar precedentes em ambos os sentidos, como se observa nas ementas a seguir:

> *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA. CONFISSÃO JUDICIAL E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ORDEM DENEGADA. 1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples. 2. *A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo*. Precedentes. Ordem denegada. (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO. NECESSIDADE. *A aplicação da causa de aumento de pena pre-*

> *vista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal pressupõe a potencialidade lesiva da arma de fogo*, atestada em laudo pericial. Precedente. A intimidação e o temor provocados na vítima pelo uso da arma de fogo compõem o núcleo do tipo penal [violência ou grave ameaça], não servindo para qualificar o crime. Ordem deferida. (BRASIL, 2009b, grifo nosso).

Todavia, em razão da total falta de uniformidade de entendimentos sobre o crime de roubo majorado pelo emprego de arma, o Plenário do STF, em decisão publicada no *DJ*, de 4 de junho de 2009, no *HC* n. 96.099 relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou o tema pela desnecessidade de apreensão da arma de fogo e consequente perícia para que fosse caracterizado o crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, inciso I, do CP), quando presentes outros elementos que comprovam a utilização daquele tipo de arma.

Neste caso em concreto o paciente pretendia a exclusão da causa de aumento, uma vez que a arma de fogo não fora apreendida e, assim, não fora periciada, impossibilitando a constatação da potencialidade lesiva do artefato, o que seria imprescindível para configurar a majorante. Veja-se a ementa no Informativo 536 do STF:

> Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento – 1
>
> Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP – violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo –, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova – em especial pela palavra da vítima, como no caso, 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. Ressaltou-se que, 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 evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar 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.

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo – exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito –, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no *caput* do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que 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 CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do favor rei, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instru-

> mento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia. HC 96099/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19.2.2009. (HC 96099). (BRASIL, 2009c).

Posteriormente, no Informativo 605, o STF manteve a orientação quanto à desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para incidir a majorante. Veja a ementa:

> Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento
>
> É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. A 2ª Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, deliberou acompanhar essa orientação, formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 96099/RS (*DJe* de 5.6.2009) e, em consequência, indeferiu ***habeas corpus*** em que sustentada a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para fins de verificação da sua potencialidade lesiva e consequente incidência da referida causa de aumento. Consignou-se que tal entendimento já vinha sendo adotado pela 1ª Turma e que a 2ª Turma teria, em casos análogos, sufragado tese em sentido diametralmente oposto após a prolação do citado paradigma. Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello ressalvaram sua convicção pessoal. HC 104984/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2010. (HC-103046). (BRASIL, 2010).

O Supremo Tribunal Federal encontra-se ainda com entendimentos distoantes entre as Turmas, não obstante já tenha havido decisão do Pleno.

Com a devida vênia aos entendimentos em contrário, não se pode condicionar a aplicação da majorante à apreensão e perícia da arma, vez que o próprio Código de Processo Penal autoriza o suprimento da perícia, quando impossível realizá-la, pela prova testemunhal. Entender em sentido diverso seria proceder a uma interpretação *contra legem*, o que, como sabido, não é admitido.

5. Conclusão

Para a caracterização da majorante em comento, não será necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada, desde que, por outros meios de prova, fique demonstrado o seu emprego.

Assim, a palavra da vítima bem como o depoimento de testemunha presencial, dentre outros meios de prova, podem comprovar o efetivo emprego de arma de fogo.

Lado outro, se o acusado sustentar a ausência de potencial lesivo da arma por ele utilizada, deverá, com base no art. 156 do CP, provar o que alega.

Afinal, a regra é que a arma esteja em condições perfeitas de uso, aumentando sobremaneira o risco ao bem jurídico tutelado. Sua ineficácia é situação excepcional, devendo ser comprovada pelo réu, que é, aliás, a única pessoa capaz de indicar o seu paradeiro.

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 237236/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 8 de novembro de 2001. *DJ,* 4 fev. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901000785&dt_publicacao=04/02/2002>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 174, de 23 de outubro de 1996. *DJ,* 31 out. 1996. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0174.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 98227/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 16 jun. 2009. DJe, 7 ago. 2009. Disponível em em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2898227%2ENUME%2E+OU+98227%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94827/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Brasília, DF, 2 jun. 2009. DJe, 23 out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894827%2ENUME%2E+OU+94827%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96099/RS. *Informativo STF* n. 536, Brasília, DF, 16-20 fev. 2009. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo536.htm>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 605, Brasília, DF, 18-22 out. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo605.htm>. Acesso em: 18 out. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

DELMANTO, Celso *et al*. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense,1981 (arts. 121 a 160 do CP).

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 a 234 do CP). 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal:* parte geral e parte especial. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120028

4

Direito Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 239-261

A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

JURISDICTION OF THE CHILD AND ADOLESCENT COURT AND THE UNAVAILABLE INDIVIDUAL RIGHTS

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mpjadir@uol.com.br

RESUMO: O artigo defende o gradual retorno da competência das varas da Infância e Juventude, sempre que demonstrada a ação ou omissão da família, da sociedade ou do Estado, como uma das formas de prestigiar a defesa especializada dos novos direitos indisponíveis de crianças e adolescentes. Mostra também que a interpretação das regras e dos princípios da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente feita pelos tribunais e demais participantes do sistema infanto-juvenil continua amparada no abolido paradigma do *menor em situação irregular* (art. 2º da Lei n. 6.697/1979) – denominado atualmente de *situação de risco* (art. 98, I, II e III, da Lei n. 8.069/1990) –, bem como na percepção da falta de condições para o funcionamento razoável das varas da Infância e Juventude. Essas circunstâncias têm, sistematicamente, levado importantes questões relativas à proteção dos direitos infanto-juvenis para as varas da Fazenda Pública,

cíveis, agrárias etc., sabidamente especializadas em temas jurídicos diversos e patrimoniais. Este estudo procura alertar para que seja interrompida a contínua marcha doutrinária e jurisprudencial menorista, que possui renomados defensores, sob pena de serem praticamente esvaziadas as importantes atividades jurisdicionais das varas da Infância e Juventude, trazendo, gradativamente, o retorno das seculares funções menoristas e frustrando-se as inovadoras perspectivas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: competência, crianças, família, jurisprudência, situação de risco.

ABSTRACT: The article discusses the gradual return of the competence of the courts of childhood and youth, always demonstrating the action and/or omission of the family, society and State, as a way to honor the defense of the new specialized individual inalienable rights of children and adolescents. It shows that the interpretation of rules and principles of the Brazilian Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents (SCA) made by the Courts of Justice and other participants in the juvenile system supported by the revoked paradigm of the minor in an irregular situation (art. 2º of Law n. 6.697/79), currently known risky situation (art. 98, I, II, and II of Law n. 8.069/90), and lack of conditions for the reasonable operation of the courts of childhood and youth have systematically taken important issues concerning the protection of children and adolescents rights to civil, family, the public treasure, agrarian courts, etc. Finally, the study alerts for the necessary interruption of the march of doctrine and minor jurisprudence, under penalty of virtually emptying the important activities of the judicial court of childhood and youth, and as a consequence, the gradual return of minor secular functions, frustrating the innovative perspectives brought by the SCA and the Brazilian Federal Constitution.

KEY WORDS: competence, children, family, jurisprudence, risk situation

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ECA ainda não entrou em vigor? 3. A competência do juízo especializado da Infância e Juventude. 3.1. Aspectos introdutórios da competência. 3.2. Competência residual da justiça especializada. 3.3. A necessária revisão jurisprudencial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema de justiça infanto-juvenil – integrado por abnegados profissionais das carreiras jurídicas, no comparativo com a força revolucionária dos arrojados movimentos sociais que culminaram com a publicação da Constituição Federal (CF) de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990 – continua aparentemente passivo diante da continuidade dos graves, seculares e persistentes problemas e dramas que assolam a juventude brasileira.

Embora o Poder Judiciário seja o encarregado de lidar com a parte mais vulnerável da sociedade e, em tese, o setor mais importante dentro do sistema jurídico, por culpa concorrente de seus doutos integrantes, vem perdendo a significativa dianteira histórica alcançada com a entrada em vigor da CF e do ECA, no confronto direto com a crescente e rápida qualidade da defesa extrajudicial e judicial do meio ambiente, do consumidor, das mulheres vítimas da violência doméstica etc.

Enquanto os integrantes do sistema de justiça consumerista e ambiental – sabedores da qualidade das respectivas leis – cada vez mais buscam atrair expressivo número de questões jurídicas para as searas especializadas, na esfera da defesa dos direitos infanto-juvenis – mesmo com uma lei federal de reconhecida importância internacional –, os operadores do Direito nas varas da Infância e Juventude buscam reduzir o número de questões típicas da jurisdição especializada ou mesmo excluí-las desse âmbito. Tal posicionamento constitui-se em uma atitude autofágica, de evidente diminuição da importância institucional da justiça infanto-juvenil.

A falta de condições adequadas de trabalho em virtude do extenso rol de atividades diárias, a quantidade insuficiente de equipes

técnicas à disposição de Juízes e membros do Ministério Público (MP), a assunção judicial de funções administrativas específicas do Conselho Tutelar, do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) e dos programas municipais de proteção, a excessiva criminalização infanto-juvenil e a interpretação equivocada das normas estatutárias e constitucionais constituem os pilares do constrangedor processo de redução das competências jurisdicionais das varas da Infância e Juventude, desencadeado sistematicamente pelos próprios membros das instituições nas suas respectivas instâncias.

Como se defenderá, é muito mais oportuno – do ponto de vista constitucional, estatutário, da sociedade civil e das crianças e adolescentes – reforçar e enriquecer a atuação dessas varas, inclusive regionalizando-se suas estruturas, dotando-as com mais Juízes de Direito, Promotores de Justiça, advogados, Defensores Públicos, psicólogos, pedagogos, assistentes sociais etc., do que simplesmente promover a redução das competências jurisdicionais, o que vai de encontro aos avanços preconizados pela sociedade rumo à justiça especializada.

Para justificar a manutenção das competências e o aprimoramento das varas da Infância e Juventude na proteção dos novos direitos individuais fundamentais, as presentes reflexões encontram-se divididas em três partes sucessivas.

A primeira tratará dos fundamentos históricos e legislativos da jurisdição e competência da justiça da Infância e Juventude; a segunda apresentará os aspectos genéricos e específicos da questão; e a terceira reforçará a defesa da manutenção das competências, mediante a análise de algumas hipóteses jurisprudenciais recorrentes e similares.

Enfim, as provocações lançadas objetivam sensibilizar especialmente os integrantes do sistema de justiça infanto-juvenil para a defesa insuficiente e superficial dos direitos de milhões de crianças e adolescentes em outras esferas jurisdicionais e administrativas. Além disso, busca-se prestigiar e enaltecer a importância da atuação dessas varas com a atração de profissionais de renome para o setor

e, finalmente, estimular o fornecimento de melhores condições de trabalho para todas as instituições. Essas ações visam atender os princípios constitucionais e estatutários da proteção integral e da prioridade absoluta, ainda muito distante de serem colocados em prática por vários segmentos institucionais.

2. O ECA ainda não entrou em vigor?

Já adianto a resposta: não.

Vagamente difundido nos cursos superiores de Direito das universidades brasileiras, o ensino do ECA constitui um apêndice do Direito de Família ou de matérias eletivas, inclusive com o reiterado ensino do Direito menorista. Tornou-se conhecimento elementar nos congressos e seminários que os mais importantes instrumentos legislativos de proteção à infância e juventude (a CF e o ECA) trouxeram os princípios e as regras jurídicas para a defesa prioritária e absoluta dos novos direitos das crianças e adolescentes, na esfera social, administrativa e jurisdicional.

É possível afirmar, sem medo de cometer um equívoco, que o sistema de justiça no Brasil, no início do século XXI – tomando-se como parâmetro exemplificativo a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) – ainda opera segundo os fundamentos do revogado sistema menorista, especificamente no plano da competência jurisdicional dos Juízes da Infância e Juventude, sendo, de forma inadvertida, utilizada a mesma fundamentação doutrinária sedimentada na vigência da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores) (NOGUEIRA, 1988, p. 157). Basta a leitura dos milhares de acórdãos e pareceres para se constatar o uso indiscriminado da expressão *menor*.

Para compreender a continuidade do sistema menorista – que não reconhecia as crianças e adolescentes como titulares de direitos subjetivos – perante os Juízes e Tribunais, deve-se retroceder no tempo, uma vez que foi com a entrada em vigor do primeiro Código de Menores, em 1927, que teve início o secular e persistente ciclo

penal-menorista. A atuação judiciária da época era embasada nos Tribunais de Menores do sistema estadunidense (MENDEZ & COSTA, 1994, p. 18).

Em 1979, durante a última ditadura militar, entrou em vigor o segundo Código de Menores. Além da manutenção do Juizado de Menores, criado em 1927, teve início a segunda fase menorista, mantendo-se os equívocos institucionais anteriores. É dessa época a famosa expressão *combate aos menores*, sendo possível, ainda hoje, encontrar juristas saudosos que pregam a militarização das crianças e adolescentes nos quartéis.

Reforçou-se, nos espaços legislativo e administrativo, a atuação mais incisiva daqueles juizados. Todas as ações e medidas de proteção ou repressão das crianças e adolescentes em situação irregular foram concentradas ainda mais nas antigas varas de Menores (SOUZA, 2008, p. 113).

Por conta dessa perspectiva unilateral de pseudoproteção, na esteira da lei menorista e do regime autoritário da época (CF de 1967), os Juizados de Menores reduziram as possibilidades dos direitos de defesa e do processo legal por parte das crianças e adolescentes apreendidos. Se encontrados em situação irregular (fossem pobres ou praticantes de crimes), sem maiores questionamentos jurídicos, eram liminarmente acolhidos em instituições públicas coordenadas pelos juizados. Jorge Amado, em 1937, em seu célebre *Capitães da Areia*, já mostrava a dura realidade dos abrigos e da população infanto-juvenil que praticava ilícitos penais para sobreviver.

Tornou-se conhecimento histórico que, no período de vigência dos Códigos de Menores – de 1927 até 1990 –, a população infanto-juvenil mais pobre e abandonada do Brasil não recebeu a devida atenção do Poder Judiciário e das demais instituições da sociedade civil, por conta da performance autoritária da época.

No entanto, dada a clara injustiça, as leis e o sistema menorista não resistiram aos avanços democráticos de 1988, na medida em que tratavam como questão de natureza policial situações objetivas

de necessidades sociais básicas e, além disso, não garantiam a diferença de tratamento jurídico entre menores infratores e as vítimas de maus-tratos nas famílias, na sociedade e pelo próprio Estado (RIZZINI, 1997 e SARAIVA, 2006).

Devido aos seculares problemas, além da força propulsora dos movimentos sociais pela defesa dos direitos da juventude – que assumiram posição de vanguarda no período da última abertura democrática (1985) –, a entrada em vigor da CF, em 1988, e a vigência do ECA, em 1990, ainda são considerados os marcos da ruptura menorista, por retirarem as crianças e os adolescentes, legislativamente, da condição de meros objetos de direito e os colocarem na condição de titulares de direitos fundamentais.

Deve ser ressaltado que, utilizando-se da legislação estatutária, interpretada segundo os retrógrados paradigmas menoristas, várias ações repressivas persistem, e muitas vezes práticas ainda são ressuscitadas, como por exemplo, o denominado *toque de recolher*, com base no revogado art. 8º da Lei n. 6.697/1979 (MENDEZ & COSTA, 1994, p. 53). Assim, muitas varas notabilizam-se pela exclusiva defesa dos deveres, em vez da proteção dos direitos fundamentais das vítimas dos maus-tratos, da pedofilia, das drogas etc.

Imaginava-se, a partir de 1990, que o país iniciasse alvissareiro ciclo de proteção integral infanto-juvenil, adequado às novas regras, princípios e paradigmas internacionais, uma vez que, fixada a titularidade dos direitos fundamentais, naturalmente, seriam canalizadas para a justiça da Infância e Juventude todas as questões relativas aos novos direitos, principalmente pela criação de um microssistema legislativo exauriente e de conformidade com a nova CF (ALMEIDA, 2007, p. 31).

No entanto, a falta de conhecimento das leis, da CF e, principalmente, dos fundamentos do ECA; a ausência de políticas públicas municipais mais consistentes e efetivas; a desmedida atuação administrativa do Poder Judiciário em questões típicas dos Conselhos Tutelares, dos Conselhos de Direitos e dos programas municipais de proteção

integral (art. 90 do ECA); a excessiva criminalização menorista; e, por fim, a pouca vontade social na efetivação dos novos direitos precisam ser enfrentados, com muito debate, informação e disposição resolutiva.

Dentre as inovações legislativas, o ECA organizou um completo microssistema de proteção dos direitos fundamentais infanto-juvenis, fixando na legislação federal a competência das varas da Infância e Juventude para decidir os conflitos de interesses que envolvam a violação de direitos civis e administrativos das crianças e adolescentes, além de permitir que os Juízes se utilizem de regras processuais incompatíveis com o tradicional processo civil.

O Estatuto também deixou claro que, sempre que crianças e adolescentes forem vítimas das ações ou omissões da família, da sociedade ou do Estado, deverão receber imediato e exauriente auxílio, proteção e amparo do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério Público, na esfera administrativa, bem como do Poder Judiciário, após a devida provocação pelo exercício do direito de ação, recolocando-se os magistrados nas funções tipicamente jurisdicionais e, somente como exceção, na esfera administrativa.

Além das regras pertinentes ao funcionamento do sistema de proteção, o ECA transformou os Juizados de Menores nas atuais varas da Infância e Juventude, dotando as comarcas de um Juiz ou uma Juíza de Direito especializados, uma secretaria e um corpo técnico formado por psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e demais integrantes da equipe interprofissional, na forma do art. 150 do ECA.

Assim, de forma diversa do último sistema menorista, o ECA e a CF alçaram as crianças e os adolescentes a titulares de direitos e de deveres na ordem jurídica (SOUZA, 2008) e, ao mesmo, tempo criaram interessante sistema jurídico de proteção dos novos direitos infanto-juvenis, fixando-se as responsabilidades e atribuições do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos, do Município, do Ministério Público e as competências jurisdicionais da justiça da Infância e Juventude.

3. A competência do juízo especializado da Infância e Juventude

A despeito da criação das varas especializadas da Infância e Juventude – o juízo natural para a discussão dos novos direitos – e da percepção histórica de que crianças e adolescentes assumiram a titularidade de direitos fundamentais, observa-se a contínua remessa das ações tipicamente jurisdicionais infanto-juvenis para as varas de família, cíveis e da Fazenda Pública, ligada a aspectos que merecem reflexão crítica.

Na prática forense, constata-se que o sistema judicial não conseguiu desvencilhar-se das várias funções e atividades tipicamente administrativas, nos termos do temporário art. 262 do ECA. Excessivamente preocupada com matérias típicas do Conselho Tutelar, do CMDCA e dos programas municipais de proteção integral, a justiça da Infância e Juventude perde-se no cipoal de responsabilidades específicas das demais instâncias administrativas. O resultado imediato disso é a instauração de milhares de procedimentos judiciais inominados de jurisdição voluntária.

Outra consequência direta, além da excessiva absorção de trabalho de outras instâncias administrativas, consiste na violação de direitos elementares de crianças vitimizadas, pois mandados judiciais de busca e apreensão são expedidos arbitrariamente, forçando as vítimas a serem abrigadas sem necessidade. Além disso, não há a oitiva específica das vítimas.

Na verdade, os operadores do Direito Juvenil não sabem exatamente o que fazer em cada etapa procedimental das confusas investigações judiciais, sendo que cada comarca e vara da Infância e Juventude no Brasil, mesmo com as leis federais vigentes, apresenta diversificadas peculiaridades na tramitação dos autos.

Por conta desses aspectos, fugindo-se do figurino constitucional e estatutário traçado, em vez de centrarem-se na defesa e proteção de direitos fundamentais de crianças e adolescentes – mesmo depois de longas discussões no Congresso Nacional –, a maior parte da atuação da justiça da Infância e Juventude ainda centra-se na

apuração da prática de atos infracionais pelos adolescentes e no abrigamento forçado de crianças, mantendo-se o rigor punitivo do Código de Menores (FALBO, 1992, p. 54-92).

Na mesma linha, observa-se ainda que a União, os Estados e os Municípios não implantaram as políticas públicas setoriais de proteção integral. Os Conselhos de Direitos, nas respectivas esferas do sistema federativo, não deliberam com a necessária desenvoltura, pois nem sequer conhecem seu real papel. Os Conselhos Tutelares não cumprem a missão protetiva individualizada, uma vez que atuam em precárias condições de trabalho, agindo ora como Policiais, ora como Juízes de Direito, sendo evidente o desconhecimento das regras processuais e constitucionais elementares.

Como as omissões estatais são graves e demandam medidas urgentes, em vez de se concentrarem nas ações tipicamente jurisdicionais de proteção individual e coletiva, inadvertidamente muitos Juízes e Promotores de Justiça atuam como se fossem Secretários Municipais, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, esquecendo-se de que crianças e adolescentes são titulares de direitos e deveres que devem ser cobrados do Estado e das demais instituições, jamais o inverso, como tem ocorrido nesse sistema de justiça.

Assim, ainda sem o domínio da história e da legislação dos direitos infanto-juvenis, precárias condições de trabalho das varas da Infância e Juventude, ausência de políticas públicas sociais consistentes e excessiva quantidade de autos administrativos em tramitação, a redução das competências jurisdicionais constitui a natural solução dos graves problemas de funcionamento das varas da Infância e Juventude.

Vale dizer: escudados nesses problemas, que são graves e mereceriam desfecho diverso pelos combativos integrantes do sistema de justiça infanto-juvenil, em vez de sustentarem a aplicação do ECA nas varas especializadas da Infância e Juventude com a utilização das ações e do processo coletivo (SOUZA, 2008), terminam por delegar suas atribuições e competências jurisdicionais para as varas cíveis, de família e da Fazenda Pública, exatamente como ocorria sob a égide da revogada Lei n. 6.697/1979 (Código de Menores).

Nesse contexto aparentemente unânime, utilizam-se os seguintes fundamentos nos conflitos processuais para a defesa da competência das varas de Família, cíveis e Fazenda Pública. Primeiro, a competência da vara da Infância e Juventude somente deve ser utilizada nas situações de risco, nos termos do art. 98, I, II e III, do ECA. Segundo, o ECA fixou as competências da justiça infanto-juvenil nos arts. 148 e 149, separando-se as situações de risco das demais violações de direitos individuais e coletivos.

As decisões judiciais e os pareceres do MP utilizam a terminologia jurídica prevista no art. 23, § 2º, I, da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), modificada pela Lei n. 12.435/11, que procura fixar os benefícios e vantagens da Lei de Assistência Social como direitos fundamentais de crianças e adolescentes em situação de risco social.

Paradoxalmente, utiliza-se a hipotética existência de direito fundamental de crianças e adolescentes à assistência social como critério definidor das competências da vara da Infância e Juventude e, sem que se perceba, mantém-se a vetusta divisão: crianças pobres merecem proteção nas varas da Infância e Juventude, ao passo que crianças ricas e com disputas patrimoniais em jogo devem ser julgadas nas demais varas, exatamente como fazia o Código Civil de 1916.

Portanto, apenas com base na história e na qualidade legislativa do sistema especializado de proteção, é possível defender que as varas da Infância e Juventude constituem o espaço jurisdicional mais adequado para a integral proteção dos direitos das crianças e adolescentes, independentemente da situação de risco social, e jamais as varas de Família, da Fazenda Pública, cíveis, mais preocupadas, respectivamente, com a proteção dos direitos dos casais, do patrimônio público e privado dos maiores de dezoito anos, além das questões formais do processo civil.

3.1. Aspectos introdutórios da competência

No plano técnico-jurídico, depois do reexame da história do sistema de defesa infanto-juvenil, mesmo sem estrutura adequada de

material e de pessoal, torna-se possível também promover a defesa da competência da vara da Infância e Juventude, aplicando-se as regras processuais especializadas, em detrimento da subsidiariedade do Código de Processo Civil de 1973.

Antes, no entanto, torna-se necessário recordar alguns fundamentos da tradicional temática relativa à jurisdição e competência (PIZZOL, 2003, p. 24), ambas de natureza eminentemente positiva e formal.

As lições preliminares do processo civil indicam que, após a proibição da justiça pelas próprias mãos, o Estado assumiu o dever de decidir os conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida, denominada lide, sendo a atividade específica do Poder Judiciário denominada jurisdição (CARNEIRO, 2009, p. 6).

Para o exercício das atividades jurisdicionais, dividiu as responsabilidades decisórias mediante critérios de competência. Trago, para clareza, a célebre frase "todos os Juízes possuem jurisdição, mas nem todos possuem competência", que, em síntese, significa a possibilidade de, nos limites da lei, decidir os conflitos que lhes são apresentados dentro das regras do *due process of law* (CARNEIRO, 2009, p. 71).

Uma lição essencial merece ser recordada. Para saber qual Juiz de Direito julgará determinada matéria, pessoa ou fato, depois de definida a competência da justiça brasileira, deve-se partir sempre das competências do Supremo Tribunal Federal (STF), passando-se pelos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça, até os magistrados que atuam nas instâncias iniciais.

Existem junto aos Tribunais Superiores, incluindo o STF, duas espécies de competências: a originária e a recursal. A primeira refere-se às questões de alta complexidade e relativas ao julgamento de autoridades com foro privilegiado. A segunda decorre da possibilidade do exercício do direito ao recurso, em face do eventual inconformismo com as decisões judiciais.

Excluídas as competências originárias e recursais do STF, Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, o segundo passo é verificar, no caso concreto, se a competência é federal ou estadual.

O art. 109 da CF traz de forma restritiva a competência dos Juízes Federais. Caso a temática não seja federal, a demanda será submetida à apreciação da Justiça Estadual. Ou seja, se as questões jurídicas levadas pelas partes ao Estado, através do magistrado, não demandarem atuação federal ou inexistir o concreto interesse federal, a competência será da Justiça Estadual (MENDES, 2010, p. 54).

Enfim, a Justiça Estadual possuirá competência residual, devendo ser provocada, pelo exercício do direito de ação, facultado às partes e ao próprio MP.

3.2. Competência residual da justiça especializada

Afastada a competência federal, no plano da justiça dos Estados-membros, objeto específico do texto em relação aos direitos individuais indisponíveis – acima das normas estaduais de organização judiciária – prepondera a justiça da Infância e Juventude, uma vez que a lei federal (ECA) possui natureza especial, grau hierárquico superior às normas de organização judiciária emanadas das Cortes Estaduais.

Como premissa, reforça-se o entendimento de que entre as leis estaduais e a lei federal (ECA, art. 209), fora dos limites relativos à autonomia dos entes da federação e, como regra de natureza processual, nos termos da CF, art. 22, I, prevalecem as normas processuais ditadas pela União.

Ora, ainda que aceita a lição doutrinária no sentido de que as leis de organização judiciária, por força do art. 125 da CF, devem dispor autonomamente sobre a temática específica (PIZZOL, 2003, p. 85) – competências das varas especializadas da Fazenda Pública, Família e cíveis –, ainda assim, a vara da Infância e Juventude exerceria natural atração pela qualidade dos titulares dos direitos infanto-juvenis defendidos, sendo genéricos os direitos civis, de família e patrimônio público.

A despeito da autonomia dos Estados-membros para legislarem sobre a organização judiciária local, por força do art. 227 da CF, sob pena de inconstitucionalidade material, as regras estaduais relativas à competência das varas especializadas devem buscar a prioridade absoluta e a proteção integral dos novos direitos das crianças e adolescentes, submetendo-os à proteção das varas da Infância e Juventude, jamais o oposto, dada a flagrante inconstitucionalidade formal.

Na esfera legislativa processual da Infância e Juventude, a interpretação literal do art. 148, IV, c/c art. 201, V, ambos do ECA, leva à conclusão da competência infanto-juvenil, sendo que, diferentemente da majoritária jurisprudência mineira, não existe ressalva à situação de risco, com a largueza que lhe é emprestada pela leitura do parágrafo único do art. 148 do ECA.

No ponto, reforça-se que a existência da situação de risco de crianças e adolescentes não serve para tornar exclusiva a competência da Infância e Juventude, mas para robustecê-la, a fim de proteger os direitos de toda a população infanto-juvenil.

A *situação de risco* – expressão utilizada para explicitar as hipóteses do art. 98, I, II e III, do ECA – não serve como critério modificativo ou definidor de competência jurisdicional, mas para fixar os limites da atuação da rede de proteção integral. Dito de forma direta e objetiva: a delimitação fática da eventual situação de risco não constitui exclusivo critério delimitador da competência das varas de Família, cíveis e da Fazenda Pública, como se tem pautado a jurisprudência mineira.

Na realidade, utiliza-se a regra do parágrafo único do art. 148 do ECA para afirmar que somente será da competência da justiça especializada quando a criança ou o adolescente estiver em situação de risco. Por outro lado, fora das hipóteses do art. 98, I, II e III, do ECA, a competência seria da Fazenda Pública, da área cível ou da área de Família, propositadamente esquecendo-se do significado do advérbio *também*.

Trata-se de raciocínio que enfraquece a possibilidade de melhorar a atuação das varas da Infância e Juventude, com a chegada de novos valores profissionais e ao mesmo tempo privilegia os critérios de competência do vetusto Código de Menores, nos termos das ultrapassadas lições doutrinárias que merecem transcrição:

> [...] melhor seria que o juiz de menores continuasse com as atribuições que lhes são próprias e que se limitam a tomar conhecimento das infrações praticadas por menores de 18 anos e seus incidentes, assim como resolver as questões relativas ao seu abandono – colocando-o em lar substituto através da guarda, tutela, adoção simples ou plena – não havendo necessidade de aumentar-lhe a competência para decidir ação de alimentos [...]. (NOGUEIRA, 1988, p. 163).

Assim, sempre que restar caracterizada a discussão relativa aos direitos e deveres individuais de crianças e de adolescentes, na esfera jurisdicional civil, independentemente da existência da situação de risco, deverá ser afastada a competência das varas de Família, cível e da Fazenda Pública estadual e municipal, uma vez que o legislador ordinário privilegiou a vara especializada da justiça da Infância e Juventude para a defesa de quaisquer direitos e interesses individuais de crianças e adolescentes.

Na verdade, *data venia*, da simples leitura dos milhares de acórdãos divulgados sobre o tema no sítio eletrônico da justiça mineira, nem sequer se consegue precisar a origem do termo, que não foi fixado pelo ECA, mas tão somente pela LOAS, a partir de 2003. A continuada utilização da expressão *menor*, da mesma forma, apenas fortalece os equívocos institucionais mantidos na instância superior. É que, enquanto a doutrina especializada utiliza os termos jurídicos *criança* e *adolescente*, os tribunais teimam em utilizar a expressão *menor*.

Apesar de mais de vinte anos de vigência da lei estatutária, existe pouco aprofundamento doutrinário sobre o ECA. De forma inadvertida, a jurisprudência mineira mantém a diferenciação de competência pelo critério pecuniário das partes – *menores de idade* –, dentro da combatida ideologia que tornava o Código Civil instrumento de

proteção de crianças ricas e, agora, o ECA, quando já foi o Código de Menores, instrumento legislativo de proteção da juventude pobre ou denominados *meninos de rua* (FALBO, 2002, p. 61).

Para finalizar, dito de forma dura, porém necessária: direitos de crianças pobres e ricas, negras ou brancas, sadias ou doentes merecem defesa e proteção, exclusivamente, nas varas da Infância e Juventude. A manutenção da predominante jurisprudência somente contribuirá para o enfraquecimento da proteção integral – prioritária e absoluta – uma vez que as demais varas lidam com temas díspares e nem sempre coincidentes com a defesa da população infanto-juvenil.

3.3. A necessária revisão jurisprudencial

Finalmente, passa-se à análise de algumas decisões em matérias similares emanadas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br), que seguem a folgada maioria dos demais Tribunais Estaduais, tomando-se como paradigma, dada sua completude, um interessante julgado, nos termos do voto vencido do relator (n. 1.0702.09.604703-1/001(1), Relator Edgard Penna Amorim, julgado em 24/02/01, comarca de Uberlândia).

Dentre os recursos estudados, três situações serão examinadas, visto que basicamente comuns no sentido da exclusão da competência da vara especializada da Infância e Juventude. As conclusões podem ser aplicadas às demais situações, sempre que restar caracterizado o conflito de competência entre essa vara as varas de Família, cível e da Fazenda Pública.

O primeiro grupo de recursos refere-se às ações de guarda, independentemente do polo ativo ou passivo das relações processuais, levando-se em consideração a presença de crianças ou adolescentes, uma vez que não figuram como partes processuais, ajuizadas nas varas de Família. Como fundamento jurídico do pedido principal, discute-se qual o melhor lugar de permanência ou convivência familiar das crianças e dos adolescentes. A discussão que permeia a tese central é: qual o melhor interesse da criança ou do adolescente? Ficar sob a guarda do pai ou da mãe?

Ora, sabendo-se que o direito individual é do filho ou da filha, ainda que tratado na lide como objeto de direito, à moda menorista, obviamente, não se discute direito paterno ou materno como principais, visto que ambos esgrimam como argumentos centrais os interesses infanto-juvenis, naturalmente a competência será da justiça especializada da Infância e Juventude, pois o interesse maior é dos filhos, e não dos pais – que são eminentemente acessórios na lide.

Na realidade, a discussão retrata um teimoso e secular dilema. Varas de Família para crianças e adolescentes ricos, que vivem com os pais e possuem bons advogados, *versus menores abandonados*, pobres, sem familiares e sem advogados. Melhor dizendo: Código Civil para os ricos e ECA para os pobres!

Em conclusão, examinando-se as ações de guarda e derivadas, quando se discute o direito do público infanto-juvenil, independentemente de qualquer exame sobre a existência da situação de risco, a competência deve ser das varas da Infância e Juventude, e não das varas de Família ou de Sucessões, pois preponderante é a defesa dos direitos individuais e indisponíveis das crianças e adolescentes – que deixaram de ser objetos para serem titulares de direitos na ordem jurídica nacional –, e não dos direitos dos casais.

O segundo grupo de ações judiciais e extrajudiciais refere-se ao direito constitucional à educação. O exemplo é o de adolescentes que, antes de atingirem a maioridade civil, passam no vestibular e, por não terem concluído o ensino médio, precisam se socorrer dos préstimos dos exames supletivos. Negada a respectiva vaga no ensino superior, acionam o Poder Judiciário numa das varas da Fazenda Pública, para garantir o direito à matrícula escolar.

Neste caso, discute-se o direito individual à educação do adolescente, que normalmente é assistido pelo pai, mãe ou representantes legais. O autor da ação é o adolescente, normalmente assistido pelos pais. No polo passivo encontra-se o agente público, que representa o Estado. Segundo a jurisprudência mineira dominante, da mesma forma que as ações de guarda que discutem direitos de crianças e adolescentes são julgadas nas varas de Família, as ações protetivas de direitos

individuais são julgadas nas varas da Fazenda Pública, pelo simples fato de o Estado figurar no polo passivo da demanda, contrariando-se literalmente a competência da justiça da Infância e Juventude.

Ora, a jurisprudência mineira não resiste à legislação estatutária. Nesse sentido, a ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça encontra-se na mesma linha dos argumentos defendidos neste trabalho:

> Competência. Justiça da Infância e da Juventude. Ensino. Mandado de Segurança. Histórico escolar. O Juízo da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato de direção de escola privada que recusou o fornecimento de histórico escolar por causa da inadimplência do pai do aluno. Possibilidade de violação a direitos constitucionalmente assegurados. Recurso conhecido e provido. (RESP 67.647 - DJ de 25/3/96 - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR).

A manutenção das demandas nas varas da Fazenda Pública é muito mais grave do que em relação às varas de Família e de Sucessões, porque as ações relativas aos direitos da Infância e Juventude serão julgadas por Juízes especializados em patrimônio público e improbidade administrativa. Certamente, em relação aos direitos infanto-juvenis, não será emprestado o necessário prestígio, rapidez e prioridade absoluta, já que a vara da Fazenda Pública possui especialização em temas patrimoniais, inclusive densas questões orçamentárias e patrimoniais públicas, não possuindo em seus quadros psicólogos e assistentes sociais para elaboração de laudos psicossociais nas respectivas varas de família.

Enfim, trata-se de rematado equívoco permitir ou estimular que a defesa dos direitos à educação, saúde, assistência psicossocial de crianças e adolescentes sejam submetidos à apreciação das daquelas varas, independentemente de o Estado figurar no polo ativo da relação processual, uma vez que estar-se-ia privilegiando os interesses da Fazenda Pública em detrimento dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, que goza de prioridade absoluta.

A terceira hipótese refere-se às ações de defesa do direito à saúde, tomando-se como exemplo a situação de crianças e adolescentes como vítimas das drogas. Naturalmente, a competência da vara da Fazenda Pública e cível é também defendida pelos membros do MP que atuam na qualidade de *curadores da saúde*.

Parece-me que, em relação às drogas, motivadoras de mais de 90% dos atos infracionais de furtos, roubos, homicídios etc, por si só já seria justificada a competência da Infância e Juventude. É que o Juiz de Direito que julgará o autor do ato infracional, se constatada a situação de risco, sem prejuízo das medidas socioeducativas a serem aplicadas, também determinará o cumprimento das medidas protetivas do art. 101, VI, por força do art. 112, VII, ambos do ECA, alternativa de difícil provimento aos Juízes das varas de Família e da Fazenda Pública, por estarem distantes da rede municipal de proteção integral.

Do mesmo modo, se o representante do MP que atua na vara da Infância e Juventude participa das audiências diárias onde se constata o nefasto efeito das drogas sobre a população infanto-juvenil, em detrimento da atuação do membro da instituição que cuida do direito à saúde de maiores de 18 anos, torna-se natural que busque a integral proteção dos direitos na vara da Infância e Juventude, e não o oposto das regras prioritárias do ECA, que, sabidamente, são mais eficazes no plano processual – já que são especiais – em relação às demais regras processuais civis.

A defesa da saúde de crianças e de adolescentes perante as varas da Infância e Juventude – independentemente do uso da situação de risco como critério definidor de competência – é, naturalmente, da justiça especializada infanto-juvenil. Isso porque a competência dessas varas é especial.

Deve-se lembrar inclusive que, mesmo a Fazenda Pública figurando no polo passivo da relação processual, a criança ou adolescente usuário de drogas, que necessita do respectivo tratamento médico e da proteção jurisdicional para a educação, por ação ou omissão da família, da sociedade ou do Estado, naturalmente estaria em

situação de risco, dado que demonstra e ao mesmo tempo reforça o equívoco daqueles que entendem ser a vara da Fazenda Pública competente para julgar ações cíveis de defesa do direito à saúde, à educação etc.

Assim, a competência da vara da Infância e Juventude constitui o natural desaguadouro da prioridade absoluta dos novos direitos infanto-juvenis, em relação à saúde, à educação, à assistência social etc.

Pelo estudo realizado na atual jurisprudência mineira, nos três grupos de ações e recursos enfocados, além da magistratura de primeira e segunda instância, com as naturais exceções, o próprio MP mineiro atuante na área infanto-juvenil, equivocadamente, *data venia*, tem defendido a exclusão da competência das varas da Infância e Juventude. Essa postura institucional é contraditória, pois se postulam melhorias para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nas varas da Infância e Juventude e, ao mesmo tempo, defende-se a exclusão de importantes matérias dessa esfera de atuação.

Enfim, a prática forense de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja no âmbito do MP ou do Poder Judiciário, ainda encontra-se distante do cumprimento dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral. Prestigiar o retorno das competências da vara da Infância e Juventude constitui necessidade inadiável, sob pena de, em pouco tempo, a vara especializada permanecer apenas com as apurações da prática de atos infracionais, desequilibrando-se a paridade de defesa dos direitos infanto-juvenis, repristinando jurisprudencialmente o revogado Código de Menores.

4. Conclusão

Os avanços institucionais são inegáveis e gratificantes. Os movimentos sociais pela construção da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente são alvissareiros paradigmas que merecem prestígio redobrado dos legisladores, dos administradores públicos e dos Juízes e Promotores de Justiça da primeira à última instância.

Importantes no século XX, o Código de Menores, que vigorou de 1979 até 1990, e os Juizados de Menores perderam-se no tempo, uma vez que adequados à época das institucionalizações de crianças pobres e abandonadas e à excessiva criminalização de questões marcadamente sociais. Não resistiram aos movimentos democráticos que culminaram com a promulgação da CF e do ECA.

O presente trabalho não hipoteca novas regulamentações legislativas, criação de órgãos públicos, aumento de despesas etc. Procurou-se tão somente demonstrar que os próprios integrantes do sistema de justiça, ao pugnarem pela exclusão das competências das varas da Infância e Juventude, perdem a histórica oportunidade de reforçar as defesas institucionais e exigir adequada estrutura administrativa e melhores quadros de profissionais realmente antenados com os novos direitos atuantes nessas varas.

Além da diminuição gradual das competências das varas de Família, cíveis e da Fazenda Pública, o retorno das competências das varas da Infância e Juventude, pela adequada leitura do art. 98, I, II e III, do ECA estimularia o natural aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional especializada, em vez da exagerada atuação administrativa dos Juízes da Infância e Juventude, bem como estimularia a atuação do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos da Infância e Juventude e dos programas da rede municipal de proteção integral.

Nas atuais condições, com a impertinente massificação de feitos administrativos junto aos Juízes da Infância e Juventude, poucos membros da magistratura e do MP, abnegados e conhecedores da temática infanto-juvenil, arriscam-se a atuar nas varas da Infância e Juventude e, quando lotados nessas varas, por falta de condições mínimas e pelo trabalho estafante, com visitas trimestrais aos abrigos e demais instituições de acolhimento e instituições de cumprimento de medidas socioeducativas, participação em múltiplas e improdutivas reuniões diárias, repetitivas audiências de apresentação de adolescentes apreendidos, terminam defendendo a redução das competências jurisdicionais infanto-juvenis.

Enfim, torna-se fundamental que sejam mantidas as competências da justiça especializada. Paralelamente ao retorno das competências jurisdicionais cíveis das varas da Infância e Juventude nas questões relativas aos direitos individuais, certamente os Tribunais de Justiça e as Procuradorias-Gerais de Justiça serão pioneiros no sentido de criarem mais varas especializadas, lotadas com novos Promotores de Justiça e Juízes de Direito, fazendo com que a proteção da matéria seja realmente integral e prioritária, a partir das duas instâncias superiores.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico*: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, vol. 4.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, vol. 55 da coleção Enrico Tullio Liebman.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*: raízes históricas das Políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Petrobrás: BR; USU Ed. Universitária: Ministério da Cultura: Amais, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Pillares, 2010.

Artigo recebido em: 06/07/2012
Artigo aprovado em: 08/10/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120029

O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

HELENA CARVALHO MOYSÉS
Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
helenamoyses@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.159.242-SP
Terceira Turma
Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Data do julgamento: 24/04/2012
Data da publicação: 10/05/2012

EMENTA:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa no art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil,

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 262-275

sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere,* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora (BRASIL, 2012).

2. Apresentação do caso

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pela filha em face do pai, sob o argumento de ela ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e a adolescência.

Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. O juiz sentenciante entendeu que o distanciamento entre pai e filha ocorreu em razão do agressivo comportamento da mãe que dificultou o contato entre eles após o término do relacionamento.

A autora interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o qual deu provimento ao recurso e reconheceu o abandono afetivo da filha, por parte do pai, condenando-o ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R$ 415 mil reais.

Inconformado com a decisão, o genitor interpôs recurso especial sustentando não ter abandonado a filha e que, mesmo que tal comportamento fosse verídico, não configuraria ele ilicitude passível de compensação civil, uma vez que a única punição legalmente prevista para o caso de abandono é a perda do poder familiar.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita, por voto da maioria, deu parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização para R$ 200 mil reais. No restante, manteve a decisão do TJSP.

3. Família e afetividade

Inicialmente, justifica-se a escolha do tema em razão de sua relevância, que vai além da esfera jurídica. A família é a base da sociedade, é o primeiro grupo social ao qual o indivíduo pertence; e, é no contato com a família que ele aprende as regras de convivência, que passa a entender que há limites, que há direitos individuais a serem respeitados, e descobre onde começa e onde termina o direito da cada um dentro desse ambiente familiar. Isso ocorre naturalmente pela vivência das questões simples do dia a dia.

Também, é junto à família que a criança forma sua personalidade, desenvolve que tipo de pessoa vai ser quando crescer, como vai agir com os outros indivíduos externos a esse círculo; enfim, é essa enorme e complexa bagagem que vai levar para todos os vários grupos sociais dos quais vai participar no decorrer da vida.

Nesse sentido, Gustavo Mônaco e Maria Luiza Campos, ao definir os papéis de pai e de mãe, afirmam o seguinte:

> [...] desenvolver funções significa cuidar, prover e zelar pelo desenvolvimento bio-psico-social e emocional da prole, promovendo os cuidados de sobrevivência, saúde, educação, desenvolvimento cultural, intelectual e esportivo, além de subjetivá-lo, ou seja, transformar um ser, a princípio regido por respostas instintivas, em um ser com características únicas e diferenciadas que promovem sua individualidade e dignidade.
>
> [...]
>
> Vive-se atualmente uma fase de valorização (jurídica) do afeto, optando-se por uma consideração mais fática que legal das relações paterno-materno/filiais. Pais são os que educam, criam, estabelecem laços de proteção e preparação para que os filhos possam enfrentar a sociedade que os espera e para a qual são preparados. (MÔNACO; CAMPOS, 2011, p. 2).

Dada a importância do assunto, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) dedicou um capítulo especialmente à família. Seguem alguns trechos:

> CAPÍTULO VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso
>
> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

> à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.
>
> [...]
>
> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...] (BRASIL, 1988).

Nota-se que a CF/88 afirma ser a família a base da sociedade e, logo no artigo seguinte, assegura à criança e ao adolescente, não somente os direitos básicos essenciais à sobrevivência, como o direito à saúde e à alimentação, mas também assegura o direito à dignidade, ao respeito e à *convivência familiar*, entre outros.

A sociedade está em constante transformação, assim como os conceitos de família também vêm mudando ao longo do tempo. Hoje em dia, tem-se a união estável, e não mais causam espanto as uniões homoafetivas, prática esta inadmissível há algumas décadas, quando o conceito de família era pautado pelo matrimônio e pela tríade pai-mãe-filhos cujo papel de chefe era exercido pelo homem, sendo os outros entes – mãe e filhos – subordinados a ele.

Em decorrência, a Ciência do Direito e, em especial, o Direito de Família, devem acompanhar essa evolução. O Judiciário não pode fechar os olhos para as situações presentes nos núcleos familiares sob o pretexto de não haver norma regulando essa ou aquela matéria. Os fatos e as relações controversas estão aí, clamando por uma solução. A legislação, ou a falta dela, não pode engessar a Justiça, não pode ser a justificativa para os julgadores não apreciarem e não buscarem os melhores meios a fim de resolverem os problemas existentes.

O Judiciário não pode deixar de prestar sua assistência a situações reais, que necessitam de amparo jurisdicional, com a desculpa de que se deve ater à técnica. Além do mais, a lei não é a única fonte do di-

reito, e, ao se adentrar no campo da hermenêutica jurídica, verifica-se que à própria lei são aplicadas diversas modalidades de interpretação.

Constata-se, por exemplo, ao exame da Lei n. 12.318/10, que trata da alienação parental, que o afeto circunscrito às relações familiares foi reconhecido como bem jurídico. Vejamos:

> Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, *prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar*, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Muito antes disso, em 1959, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, por unanimidade, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Dentre os dez princípios que a compõem, merece destaque o seguinte:

> Princípio VI - Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.
>
> A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afecto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

Em 1989, a ONU também adotou a Convenção sobre Direitos da Criança, que constitui verdadeiro instrumento de direitos huma-

nos, válida para as crianças de todo o mundo. Essa convenção foi ratificada por 193 países, incluindo o Brasil, que a aprovou mediante o Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e a promulgou através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Em seu preâmbulo reconhece que: "[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; [...]" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Tecidas essas considerações acerca da família e sobre a importância da afetividade na formação do indivíduo, percebe-se o quão essencial é, para a criança, nascer e se desenvolver dentro de um lar equilibrado, sentindo-se cuidada, respeitada e amada, principalmente por seus pais.

4. Responsabilidade civil

Inexiste no ordenamento jurídico qualquer restrição legal que impeça a aplicação das normas que regulam a responsabilidade civil às relações tuteladas pelo Direito de Família. Ao contrário, a matéria é abordada no Código Civil (CC) de maneira ampla e irrestrita. Partindo dessa premissa, passa-se ao estudo dos elementos da responsabilidade civil e da possibilidade de sua aplicação aos casos de abandono afetivo.

A relação entre pais e filhos nasce de um ato de vontade dos pais – tanto pela fecundação quanto pela adoção – e, juntamente com esse ato, emerge a responsabilidade decorrente das ações ou omissões desses mesmos pais em relação aos seus filhos. E essa responsabilidade, ressalte-se, não diz respeito apenas ao suprimento das necessidades básicas, como alimento, vestuário e abrigo, mas também, e, principalmente, decorre do vínculo afetivo que os une – ou que *deveria* uni-los.

Indiscutível é a obrigação legal dos pais de manter materialmente seus filhos até que atinjam a capacidade civil, impondo-se, inclusive, a prisão civil para aquele que descumprir sua obrigação. O vínculo afetivo é que precisa ser analisado para verificação do seu enquadramento na responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil, em seu art. 186, ao tratar dos atos ilícitos, dispõe que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." (BRASIL, 2002).

Combinado este com o art. 927 da mesma lei, no capítulo destinado à obrigação de indenizar, tem-se: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002).

E, para que se configure a responsabilidade civil subjetiva, é necessária a ocorrência de três elementos: a culpa, o dano e o nexo causal.

Nas relações familiares, comumente marcadas pelo alto grau de subjetividade, a caracterização desses três elementos exige um olhar mais atencioso por parte do julgador; requer a observação das nuances, dos detalhes, bem como a percepção e a compreensão dos sentimentos envolvidos, o que dificulta a configuração da responsabilidade civil. Entretanto, dificuldade não é sinônimo de impossibilidade; assim, é possível identificar nos laços de família os elementos ensejadores da compensação por dano moral, quando for o caso.

Para a configuração da obrigação de indenizar, primeiramente há que se avaliar a ocorrência do requisito culpa. A ação ou omissão do pai que causa dano ao filho precisa estar associada à negligência para que exista a culpa subjetiva e, consequentemente, para que ele possa ser responsabilizado civilmente.

Aqui cabe levar em consideração o afeto e seu lugar de destaque frente à formação da personalidade do filho e, em contrapartida, o mal causado pela falta de afeto, com impactos, principalmente, sobre sua saúde psicológica.

O cuidado e o afeto na fase inicial da vida são essenciais para a formação de um adulto seguro, independente, portador de elevada autoestima, que sabe se posicionar frente à sociedade, que respeita os limites, que consegue reconhecer seus deveres e direitos, e que luta por eles.

Assim, não há dúvidas de que o pai negligente, que deixa faltar o cuidado e o afeto, tão indispensáveis ao filho, causa perenes danos à saúde psicológica dessa criança, com reflexos em toda sua vida. Isso não quer dizer que uma pessoa que sofreu abandono afetivo jamais lute por seus direitos ou saiba respeitar os demais indivíduos da sociedade; definitivamente, não é isso. Pelo contrário, muitas pessoas existem que passaram por esse tipo de abandono e, hoje, são adultos com família constituída, bem-sucedidos profissionalmente, exercendo seus papéis de cidadãos na sociedade. Contudo, não há como negar que a falta de afetividade causa marcas para o resto da vida, como a mágoa, a tristeza e a sensação de abandono.

Quanto ao elemento dano, há duas maneiras de se verificar a sua ocorrência. A mais simples é submeter o filho ao acompanhamento de um especialista – psicólogo/psiquiatra – que, através de laudo técnico, possa confirmar a existência de alguma patologia psicológica associada ao abandono afetivo por parte do pai.

No entanto, a compensação por dano moral não pode estar limitada à presença desse laudo nos autos. Como dito anteriormente, mesmo que o filho, ao atingir a fase adulta, consiga firmar-se como cidadão, exercendo seus direitos e deveres frente à sociedade, ainda assim trará marcas em seu íntimo, de desilusão, de abandono e de mágoa. Desse modo, mesmo ausente a patologia psicológica, ainda assim existe a possibilidade de compensação por dano moral.

A prova da ocorrência desse tipo de dano é mais complexa, mas não impossível de ser demonstrada. No caso em estudo, a filha, atualmente, tem profissão e família constituída, e está totalmente inserida na comunidade em que vive. Porém, a falta de cuidado e de afeto por parte do pai ficou configurada desde o seu nascimento, através do reconhecimento da paternidade forçado, por via judicial, passando pela ausência de contato entre eles, até culminar na diferença de tratamento dispensado aos outros filhos havidos posteriormente pelo genitor. Não há como negar o dano que o pai causou à filha, representado pelos sentimentos de mágoa, tristeza e abandono.

O último elemento indispensável para se configurar a possibilidade de compensação civil é o nexo causal, consistente na relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano provocado.

O nexo causal ficou evidentemente comprovado, uma vez que a negligência do pai em não cumprir sua obrigação de dar atenção, de cuidar e de dar afeto ocasionou à filha danos de ordem moral.

No que concerne à perda do poder familiar, presente no art. 1.638, inc. II, do CC, e apontada pelo pai como a única punição prevista na legislação, depreende-se da leitura do texto legal que a sua aplicação em nenhum momento afasta a possibilidade de compensação civil. Pelo contrário, ao fazer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que o objetivo do legislador é sempre o de resguardar a integridade física e psicológica das crianças e dos adolescentes.

Há de se esclarecer que o presente estudo não tem a pretensão de obrigar um pai a amar seu filho, até porque é impossível obrigar alguém a amar, o que se traduz em grave ato de restrição da liberdade individual. Porém, se o pai, usando dessa liberdade, optar por não cuidar de seu filho e por não amá-lo, deverá compensá-lo, de alguma maneira, pelo dano que vier a lhe causar. Nas palavras de Rodrigo Pereira:

> [...] não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.
>
> [...]

> Esta é a resposta que a sociedade deve dar, por meio da Justiça, aos pais abandônicos. A indenização estaria então monetarizando o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva. Mais que isso: uma função educativa. Afinal, não há dinheiro no mundo que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai. (PEREIRA, 2008).

5. Conclusão

O afeto e o cuidado são indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Além de seu caráter essencial, demonstrou-se que a falta de afeto pela omissão/negligência dos pais dá ensejo à compensação por danos morais por estarem caracterizados nessa conduta os elementos que compõem a responsabilidade civil subjetiva: a culpa, o dano e o nexo causal.

As alegações de que não existem normas no ordenamento jurídico que fundamentem o pedido de indenização nas hipóteses de abandono afetivo não podem prosperar, pois, conforme ficou evidenciado, há normas constitucionais, infraconstitucionais e até internacionais que tratam do tema e que alçam o afeto ao *status* de bem jurídico.

Outrossim, o Código Civil aborda a responsabilidade civil de maneira ampla, sem fazer restrição ou distinção quanto ao ramo do Direito sobre a qual ela vai incidir.

Por fim, viu-se que, mesmo que o julgador houvesse punido o pai com a perda do poder familiar, a aplicação desta sanção não afastaria a possibilidade de compensação pelos danos morais causados à filha.

Conclui-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, decidiu acertadamente ao condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais em compensação à falta de afeto e cuidado relativos à filha.

Espera-se que essa decisão, apesar de não possuir caráter vinculante, sirva de exemplo aos juízes monocráticos e aos tribunais para

que não se acomodem e acompanhem sempre a evolução da sociedade, apreciando e buscando as melhores soluções para os problemas surgidos no seio das famílias e que necessitam de amparo jurisdicional.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2012.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. *DJe,* 10 maio 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1159242>. Acesso em: 25 out. 2012.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar. *E-gov*, 5 mar. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 17 mar. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>. Acesso em: 6 nov. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120030

5

Direito Processual Civil

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 279-301

PRIMEIROS DELINEAMENTOS TEÓRICOS DA PESQUISA CIENTÍFICA *PROCESSO COMO TEORIA DA LEI DEMOCRÁTICA*, DE AUTORIA DO PROFESSOR ROSEMIRO PEREIRA LEAL

THEORETICAL FEATURES OF PROFESSOR ROSEMIRO PEREIRA LEAL'S SCIENTIFIC RESEARCH *PROCEEDINGS AS A THEORY OF DEMOCRATIC LAW*

ANA FLÁVIA SALES
Professora de Direito Processual Civil
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Faculdade de Ensino de Minas Gerais, Brasil
adv.anasales@hotmail.com

RESUMO: Em linhas gerais, a proposição da pesquisa científica *Processo como Teoria da Lei Democrática*, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, é enunciar um marco teórico para a produção de um direito legítimo e fiscalizável nas democracias contemporâneas. Para realizar tal intento, o Professor testifica a ciência dogmática do direito, tendo como método crítico o *falibilismo* popperiano e a Teoria Neoinstitucionalista do Processo. A partir dos enunciados epistemológicos (Técnica-Ciência-Teoria-Crítica), conjectura-se a criação de um direito pelos princípios autocríticos (contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade). O *devido processo*, na concepção da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, enquanto marco teórico escolhido (teoria bem testada), é que caracteriza a produção de um direito democrático; isso porque os institutos jurídicos (contraditório, ampla defesa e isonomia) que deram origem à lei são os mesmos que serão utilizados para interpretá-la, aplicá-la, modificá-la ou extingui-la.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo; marco teórico; direito democrático.

ABSTRACT: In broad lines, the proposition of the scientific research *Lawsuit as Theory of Democratic Law*, by Professor Rosemiro Pereira Leal, aims at expressing a theoretical framework for the production of a legitimate and enforceable right in contemporary democracies. To accomplish such intention, the Professor testifies the dogmatic science of law, having as critical method the Popperian fallibilism and the Neo-institutionalist Theory of Process. From the epistemological statements (Technique-Science-Theory-Critique), one conjectured the creation of a law through auto illustrative principles (contradictory-life, wide defense- freedom and equality-dignity). The due process in the Neo-institutionalist Theory of Process conception was chosen as theoretical framework (well-tested theory) and characterizes the production of a democratic right, because the legal institutes (contradictory, wide defense and equality) that gave rise to law are the same that will be used to interpret, apply, change or abolish it.

KEY WORDS: Due process; theoretical framework; democratic right.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Proposição da pesquisa e seu marco teórico. 3. Metodologia. 4. Lógica. 4.1. Lógica geral (formal). 4.2. Lógica modal. 4.3. Lógica situacional. 5. Lei: da "Ideia" à Teoria. 5.1. "Modelos" de Estado e o mito da "sociedade pressuposta". 5.1.1. Estado Liberal de Direito. 5.1.2. Estado Social de Direito (Republicano). 5.1.3. Estado Democrático de Direito. 5.1.3.1. Proceduralismo habermasiano. 5.1.3.2. Paradigma co-institucionalista (Rosemiro Pereira Leal). 6. Processo como Teoria da Lei Democrática na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Considerações iniciais

O presente estudo tem por escopo realizar um apanhado geral da obra *Processo como Teoria da Lei Democrática* (LEAL, 2010b), de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal. Contudo, é imperioso esclarecer que os apontamentos formalizados neste artigo não têm o condão de resumir o conteúdo do livro, e mesmo que se quisesse fazê-lo, suplicar-se-iam várias leituras, dada a complexidade da pesquisa científica. Portanto, tem como propósito, tão somente, ministrar primeiras noções da obra ao leitor, principalmente para aquele que está iniciando seus estudos jurídicos na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

O intuito da publicação surgiu após a seminarização da pesquisa para a disciplina de Mestrado em Direito Processual (PUC Minas), "Elementos de Técnica do Processo de Conhecimento", lecionada pelo Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que recomendou a publicação de uma resenha da obra apresentada. Desse modo, atendendo ao pedido do Professor, bem como dos meus dedicados colegas de Mestrado, aceitei o desafio em escrever este texto, externando algumas (vale ressaltar, poucas) compreensões da pesquisa científica. Saliente-se que o faço com o consentimento e a aprovação do Professor Rosemiro Pereira Leal, tendo em vista que toda reflexão constante neste artigo advém dos meus insistentes estudos de suas tantas pesquisas científicas (livros e artigos), bem como de seus elucidativos ensinamentos ofertados nas aulas para os cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual (PUC Minas). Confesso que, sem essa base, seria impossível o empreendimento de tal esforço.

Após essas considerações, importante enunciar o percurso utilizado para elaboração do presente artigo. Inicialmente, far-se-á uma explanação geral da obra analisada (*Processo como Teoria da Lei Democrática*), a fim de expor o objetivo central da pesquisa (Item 2). Posteriormente, buscar-se-á esclarecer a metodologia empregada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, que o guiará na criação de um novo marco teórico para a produção do direito (Item 3). Antes de se adentrar no tema central da pesquisa, realizar-se-ão incursões

sobre a lógica clássica (geral e modal), explicitando por que o autor entende que ela desserve à compreensão de um direito democrático, o que o conduz a acolher uma nova lógica, a *situacional* (Item 4). Adentrando o cerne da pesquisa, far-se-á uma abordagem dos 03 (três) "modelos" de Estado, com o intuito de demonstrar por que o autor descarta a teoria habermasiana, principalmente a concepção proceduralista do Estado Democrático de Direito, o que o leva a criar um novo paradigma: o *co-institucionalista* (Item 5). Por fim, seguindo-se esse raciocínio, far-se-á uma explicitação da "teoria da lei", proposta pelo autor, para a criação de um direito legítimo e fiscalizável nas democracias contemporâneas (Item 6).

Realizadas essas relevantes ponderações, convida-se o leitor a ingressar na leitura do presente estudo, aguardando-se, sempre, as críticas, tendo-se em vista serem relevantes para o progresso do conhecimento científico.

2. Proposição da pesquisa e seu marco teórico

O cerne da proposição da obra é enunciar um *marco teórico para a produção do direito no Estado Democrático de Direito*. Na apresentação da pesquisa, o autor enfatiza que a ciência do direito sempre esteve atrelada a dois blocos: *jusnaturalismo* e *positivismo*. Não havendo uma terceira via para escapar dessa rotulação, tragédias e incompreensões continuam a entravar a produção de um direito democrático[1]. Desse modo e para se esquivar dessa enrascada, o autor se propõe a enfrentar em sua pesquisa o seguinte problema: "o que é a *lei jurídica* na atual concepção linguístico-auto-crítico-construtiva que informa a existência de um direito democraticamente aceitável e fiscalizável?" (LEAL, 2010b, p. 69-70).

Para enunciação de uma nova teoria, que atenda aos enunciados de uma epistemologia jurídica contemporânea, que contemple a produção de um direito legítimo, democrático e fiscalizável,

[1] "A confusão entre Direito e Lei atravessa séculos sem inquietar os juristas, tornando-se até mesmo um tema perigoso, porque o ímpeto de esclarecimento poderia acarretar a radicalização de uma dicotomia a segregar os estudiosos em duas grandes facções: jusnaturalistas e positivistas (normativistas), nada mais restando aos que quisessem escapar dessa rotulação" (LEAL, 2010b, p. 15).

o Professor Rosemiro Pereira Leal testifica as teorias da ciência dogmática do direito. Para tanto, escolhe um marco teórico para direcionar e embasar sua pesquisa: o *falibilismo popperiano* e a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* (teoria de sua própria autoria). Dos estudos realizados nas principais obras do autor[2], além da presente, infere-se que o marco teórico perfilhado é autocrítico, na medida em que testifica as teorias da ciência dogmática e, ao mesmo tempo, abre oportunidade para testificar-se a si próprio. Por isso, não é à toa que o autor compreende que *método autocrítico da teoria da lei* (conjecturado pelo autor) produz o direito pelos mesmos princípios em que ele (direito) deve ser interpretado, aplicado, modificado ou extinto (isto é, pela principiologia de contraditório, ampla defesa e isonomia).

Contudo, antes de se atingir o eixo central da obra Processo como Teoria da Lei Democrática, imperioso compreender o percurso investigativo da pesquisa científica.

3. Metodologia

Inicialmente, é necessário entender o que vem a ser "método crítico" para o Professor Rosemiro Pereira Leal. Sem olvidar seu marco teórico (Popper), apreende-se que crítica é a "suspensão da crença na razão" (LEAL, 2010b, p. 170). É por isso que o Professor ataca a ciência jurídica moderna (dogmática) que trabalha a crença na "busca de verdades absolutas"[3]. A metodologia popperiana consiste em "superar teorias menos satisfatórias", propondo uma mais resistente (bem testada) para a produção de um conhecimento, que nunca será peremptório (imutável). (LEAL, 2010b, p. 172).

Na contramão de direção, de acordo com o autor, a ciência dogmática jurídica sempre se vinculou à "busca compulsiva de infalibilidade" (LEAL, 2010b), sem possibilitar nenhuma abertura para perquirição

[2] LEAL, 2002; LEAL, 2009b; LEAL, 2005c.

[3] "O que Popper deixa explícito é que não existe o 'método científico' em termos de critério seguro e absoluto de descoberta de verdades, mas métodos que, ao significarem teorias explanativas, assumem o caráter de conjunto de enunciados lógico-informativos (asserções), suscetíveis à refutabilidade, para o aumento de clareza e precisão do conhecimento em face de situações problemáticas". (LEAL, 2010b, p. 176).

desse "núcleo irredutível". (LEAL, 2010b, p. 58). Essa denúncia apresenta-se pertinente ao citarmos como exemplo a dinâmica dos *direitos naturais* e do *positivismo jurídico*. Na primeira categoria, os direitos são concebidos como válidos e legítimos por si mesmos. E, por advirem de um recinto sagrado (LEAL, 2004), devem ser observados (respeitados) por todos os indivíduos, sendo esta equação "poder x dever" repassada pela tradição: isto é, no presente acolhe-se a regra como válida porque fora transferida do avô para o pai e deste para o filho e assim sucessivamente. Num segundo momento, o direito adquire validade e legitimidade simplesmente por estar escrito (positivado). Como se depreende, não há uma fiscalidade sobre os fundamentos que deram origem a esses direitos. É por isso que, como demarcação para o conhecimento e para a produção da lei no Direito Democrático, o autor recepciona a "regra suprema" (LEAL, 2010b, p. 183-6): "regra de proibição (proíbe-se para permitir) de vedação de liberdade de tentativa de refutação". (LEAL, 2009a). Ou seja, todo conhecimento (teoria) é suscetível de problematização e, por conseguinte, de refutação.

Para o Professor Rosemiro Pereira Leal, o *devido processo* assume as características da *regra suprema* (LEAL, 2010b, p. 195). Isto é, o direito é produzido pelos princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia), sendo sempre entregue normativamente à revisitação pelos mesmos princípios que lhe deram causa; por isso, o processo é *teoria lingüístico-jurídica e autocrítica*.

Portanto, o *método* (metodologia) escolhido é o *crítico*: critério proposicional para decidir sobre a resistência teórica entre enunciados (LEAL, 2009a), postos por uma epistemologia quadripartite (LEAL, 2009b, p. 41-47)[4], aqui considerada "como grandes narrativas (técnica-ciência-teoria-crítica) em constantes cargas e retrocargas de sentidos a partir do mundo objetivo na visão de Popper". (LEAL, 2010b, p. 37).

[4] Para o aprofundamento desses estudos, conferir Capítulo VI da obra analisada: p. 169-89.

4. Lógica

Antes, ainda, de realizar incursões sobre o tema central da pesquisa, é necessário compreender "o que é lógica". Após realizar inferências críticas sobre as lógicas adotadas pela ciência dogmática do direito, o autor vai compreendê-la, numa perspectiva contemporânea como *epistemologia*. (LEAL, 2010b, p. 162). Mas, antes de apontar para essa noção, faz abordagem da *lógica clássica*.

Primeiramente sinaliza que a ciência dogmática do direito não distingue *lógica* e *método*. Para o Professor, essa confusão gera uma perda teórica muito grande, de vez que se não houver tal distinção, não é possível ingressar na pós-modernidade, e a lógica permanece centrada num saber estratificado em formas puras de dominação. (LEAL, 2009a)[5].

Após, esclarece que a ciência dogmática do direito tem seus fundamentos no âmbito da *lógica clássica*[6], que se subdivide em *lógica geral* (também denominada *formal*) e *lógica modal*.

4.1. Lógica geral (formal)

A *lógica geral* (LEAL, 2010b, p. 152-7) firma-se em argumentos autoritários; suas "verdades" são construídas por repetições. Essa *lógica* é acolhida pela ciência dogmática do direito e rege a *praxis*

[5] Remete o leitor às p. 161-162, da obra em análise, momento em que o Professor Rosemiro Pereira Leal realiza incursões no positivismo jurídico de Bobbio, que, para o Professor, estuda o *método* no âmbito da *lógica*. Esclarece que, para o positivista, o ordenamento jurídico não apresenta lacunas, pois é suprido pela interpretação sistemática (o juiz colmata as lacunas da lei). Por isso, essa teoria atua no âmbito da *lógica jurídica* (isto é, *do julgador*). Como se depreende, essa lógica não permite ao destinatário normativo (*povo*: todo aquele "legitimado ao processo" (LEAL, 2010b, p. 59)) a fiscalização da lei no âmbito de sua criação, aplicação, interpretação, modificação ou extinção, permanecendo tais critérios nas mãos da autoridade do julgador, afastando, portanto, a "legitimidade jurídica (direito fundamental ao exercício irrestrito à refutabiliade argumentativa) que identifica uma sociedade aberta em que as leis podem ser colocadas em debate, modificadas ou extintas, no lugar dos homens que as fizeram". (LEAL, 2010b, p. 214).

[6] "A lógica clássica é, em seu percurso histórico, também herdeira da metafísica epistêmica que veda a pesquisa dos fundamentos (elementos) da causalidade dessa reta razão como inerência ao pensamento humano dos predestinados a julgar, legislar, administrar, aconselhar, mediar, arbitrar" (LEAL, 2010, p. 154).

dos Tribunais. E isso é perceptível nas expressões "jurisprudência unânime", "entendimento uníssono", "jurisprudência majoritária", "entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal". De acordo com o autor, essas repetições são veneradas como balizadoras de "verdades absolutas" (nomologia). Além disso, não há comprometimento com o Estado Democrático de Direito (*locus* de criação, modificação, extinção de direitos no recinto discursivo problemático, em que há possibilidade de instalação de contraditório, ampla defesa e isonomia) (LEAL, 2009a).

Com base nos ensinamentos do Professor Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2009a)[7], apreende-se que a *lógica geral* assenta seus fundamentos nos princípios aristotélicos, *verbi gratia*: a) Identidade (expressa-se na relação homóloga pensamento-objeto: "A" é "A". Pode ser vislumbrada, também, como ideia de igualdade absoluta: "A" é igual a "A"); b) Contradição (em Aristóteles, "dois juízos que se contrapõem não podem ser verdadeiros ao mesmo tempo", ou seja, a conduta jurídica ou é permitida ou proibida: "justo ou injusto". Esse saber é perquirido por Protágoras, que afirma justamente o contrário: "tudo o que é pode ser dito por dois enunciados contrapostos", isto é, "mais justo, menos justo, mais ou menos (in)justo"); c) Terceiro excluído (consolida o princípio da não contradição: "ser ou não ser". A terceira hipótese não existe, é excluída[8]); d) Princípio da razão suficiente ("toda proposição só é verdadeira por suficientes fundamentos)"; preconiza um saber nomológico (isto é, um saber baseado em *verdades absolutas* já contidas nas leis da razão natural). Esclarece o autor que toda a construção do direito embasou-se nesse princípio, que fundamentou a "raiz quádrupla da razão suficiente de Arthur Schopenhauer". Para essa teoria, o direito apresenta quatro causas: 1ª) Material (isto é, o *direito material*, que assegura vida, liberdade, igualdade, propriedade aos cidadãos patrimonializados[9]); 2ª) Formal (é o *direito processual* (*adjetivo ou procedimental*), utilizado como

[7] *Vide*, também, LEAL, 2010b, p. 153.

[8] A *lógica apofântica*, que é um desdobramento da *lógica geral*, se enuncia pelos silogismos do verdadeiro e do falso: "ser ou não ser", o terceiro é excluído (LEAL, 2009a).

[9] Sobre esses estudos, conferir: LEAL, 2005b.

instrumento de manejo para a concretização do *direito material*); 3ª) Eficiente (refere-se à eficiência do judiciário em assegurar (proteger) os direitos de forma célere, rápida e concreta[10]); 4ª) Final (o direito é extraído de uma "razão suficiente", isto é, traz consigo seus próprios e inerentes fundamentos teleológicos).

Como se depreende, esses princípios contemplam *verdades absolutas*, que não podem ser investigadas (são imunes à crítica). É por isso que Kelsen, ao criar sua "Norma Fundamental"[11], encaminhou tal concepção pela *teoria pura*, isto é, despojada de conteúdos axiológicos e culturais: a norma é válida por si e em si mesma. Não se indaga de seus fundamentos de origem, existência ou validade; a norma deve ser cumprida, tão somente. De acordo com o autor, Kelsen tinha horror às pesquisas das causalidades, por isso toda sua teoria é criada sem tal perquirição (LEAL, 2010a): "tudo tem uma razão de ser", ou seja, o ordenamento jurídico nunca é obscuro, antinômico ou lacunoso, pois essa "razão de ser" sempre será encontrada pelo legislador – *locador da lei* (LEAL, 2010b, p. 273) ou pelo julgador – *sublocador do sentido da lei* (LEAL, 2010b, p. 273).

Contudo, conforme denuncia o autor, é imperioso testificar esses "princípios (saberes) estratificantes", isto é, escapar das afirmações peremptórias de *verdades* ou *negações* (não investigáveis), que tanto têm banalizado o estudo do direito na contemporaneidade (LEAL, 2010b, p. 191). É por isso, como antítese aos *princípios aristotélicos*, que se tornou sedutor o *Trilema do Barão de Münchhausen* (LEAL, 2010b, p. 191). Nessa perspectiva, a verdade

[10] Para a escola instrumentalista (ciência dogmática do direito), o processo deve entregar ao jurisdicionado, tempestivamente, "tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter" (MARINONI, 2008, p. 28). Chiovenda já assinalava que o Estado, na "atuação da lei no caso concreto", deveria fazê-lo de forma eficiente, isto é, o manejo do processo pela atividade jurisdicional "urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão" (CHIOVENDA, 2000, p. 199).

[11] "[...] ponto absurdo de decolagem de validação de um ordenamento jurídico a partir de uma busca de justificação exteriorizante (esfera público-histórico-cultural) para uma teoria da constituição." (LEAL, 2010b, p. 45).

é impossível de ser obtida, pois pela *Petitio-principii* não é possível obter um primeiro fundamento da fundamentação, isto é, uma premissa irretorquível (tudo tem um "por quê?"). Desse modo, ingressa-se numa "Circularidade", na medida em que toda a conclusiva há de ser, também, fundamentada, ocasionando um "Regresso *ad infinitum*" que, para um dogmático (aristotélico), o faz a desistir da fundamentação. De acordo com o autor, isso não acontece com um popperiano, pois "tudo começa e termina com problemas": não procura uma fundamentação dogmática, primeira ou última, com o estacionamento do conhecimento (LEAL, 2009a), por isso o marco teórico de Popper adota a "visão protagórica", que nega as verdades absolutas de Aristóteles. (LEAL, 2010b, p. 37).

Nesse raciocínio, fica bem fácil assimilar por que o Professor Rosemiro Pereira Leal entende que um direito qualquer, que não permita o ingresso processual fiscalizatório nos planos instituinte, constituinte e constituído da norma[12], desserve à compreensão do direito nas democracias contemporâneas (LEAL, 2009a).

4.2. Lógica modal

Esclarece o autor que a *lógica modal* (LEAL, 2009a)[13] informa a ciência dogmática do direito como tecnologia (ideologia), daí ser concebida, pela tradição, como *deôntica*, na medida em que se enuncia pelos juízos silogísticos do válido e inválido, trabalhando o *dever-ser*[14].

---

[12] Sobre o estudo do direito nesses 03 (três) planos, remeto o leitor ao Item 6 do presente artigo.

[13] Remeto o leitor às p. 154-155 da obra em análise.

[14] "A lógica jurídica, apropriando-se, assim, do discurso proposicional para, pelo dever-ser, prover e manejar à sua livre escolha os conteúdos (sentidos) da 'normatividade' clássica (acrescendo-se aqui a vertente clássica da lógica modal pela imposição do necessário, o contingente e o possível), ampliou, numa expansão considerável, a taxionomia das normas em permissivas, facultativas, prescritivas e até descritivas (princípios gerais de direito não legislativamente tipificados e modalizados em denotações subjetivas do decisor por proposições modais do apodítico, assertórico e do problemático) pelas quais livremente se decide em juízos do verdadeiro ou do falso, do válido ou não válido, do possível ou não possível." (LEAL, 2010b, p.154).

Ao testificar tais lógicas, o autor discorre e as problematiza da seguinte forma: ao preconizarem "pretensões de validade universais", homologam formas de vida já assentadas na pragmática jurídica. Isto é, a "lógica jurídica" atua no âmbito da *mens legislatoris* (sentido da lei no momento de sua criação pela livre vontade do legislador) e da *mens legis* (sentido da lei, solitariamente achado pelo decisor, no momento de sua aplicação). De acordo com o autor, a ciência dogmática do direito sustenta uma "lei pronta e acabada", isto é, não se investigam os critérios enunciativos de sua elaboração; aqui há uma prevalência de um esquema de "necessidade e conveniência", que é sempre vislumbrado pelo julgador.

4.3. Lógica situacional

Para escapar da ciência dogmática do direito, o autor opta por uma *lógica* denominada "lógica situacional" (LEAL, 2010b, p. 162) – a partir do ensino de Popper[15]. Trata-se de uma ciência (lógica = epistemologia), que tem por objetivo testificar teorias, a fim de saber qual apresenta compatibilidade com o paradigma *co-institucionalista*[16]. Essa *lógica (situacional)*[17] enuncia a instituição de um direito que afasta o sincretismo (forma de dominação) para recepcionar uma lei como produto de uma teoria, "cujos conteúdos normativos [...] integram e identificam a lei como *obra democrática*". (LEAL, 2010b, p. 84). O direito, portanto, não é mais homologador de uma nua realidade; mas, ao contrário, nesse novo marco teórico, é construtor de uma existência jurídica inclusiva que institui direitos fundamentais para os *despatrimonializados* (LEAL, 2005b), os "fora-da-lei" (LEAL, 2010b, p. 42/70).

[15] "[...] o método de experiências e da eliminação de erros [...] não é um método empírico, mas pertencente à lógica da situação." (POPPER, 1999, p. 74).

[16] Sobre o estudo desse paradigma, remeto o leitor ao Item 5.1.3.2 do presente artigo.

[17] "Essa 'lógica situacional' de um direito a instituir ou instituído é que permitiria afastar a polissemia de se aceitar o sincretismo normativo de um sistema jurídico como ideologia inevitável de técnicas de dominação a entravarem fatalmente a implementação de direitos fundamentais nos Estados de Direito Democrático." (LEAL, 2010b, p. 162).

5. Lei: da "Ideia" à Teoria

Realizadas tais considerações, é importante, neste momento, compreender o tema central da pesquisa: *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Inicialmente, o autor faz uma abordagem esclarecedora da lei nos "três 'modelos' de Estado". Problematiza que esses "modelos", comumente abordados pelos constitucionalistas e, principalmente, por Habermas, se enunciam por uma *sociedade pressuposta* (LEAL, 2010b, p. 27). Isto é, antes da existência do Estado e, por conseguinte, da lei (que nessa vertente decorre do Estado), há uma *sociedade pré-existente* (comunhão de pessoas) que se movimenta à instalação de algo que lhe dará "corpo" e "proteção", ou seja, o Estado mítico.

5.1. "Modelos" de Estado e o mito da "sociedade pressuposta"

5.1.1. Estado Liberal de Direito

Como primeiro paradigma constitucional, apresenta-se o Estado Liberal de Direito, que surge "a partir de um pano de fundo historicista de comunhão prévia de sentido". (LEAL, 2010b, p. 32), tendo como antecedente histórico uma sociedade civil em que se privilegiam as minorias patrimonializadas, bem como um sistema estatal reprodutor do modelo de livre mercado, em que se homologa essa "realidade pressuposta" por um Estado que cria a Lei (Constituição Liberal) para normatizar a práxis social[18].

A Lei, portanto, tem por objetivo assegurar (de forma impositiva: "dever-ser")[19] ideais (axiológicos e culturais) já retoricamente assentados, a saber: *igualdade, liberdade* e *propriedade*. Esses direitos são garantidos somente à elite burguesa, pois é a única capaz

[18] "O Estado, como lugar do MERCADO, atualmente já torna legítima a malha negocial que o constitui, pouco importando os níveis de aceitação ou repulsa às novas formas de vida que as mercadorias e serviços possam impor aos seus consumidores, uma vez que são estes que, despojados da condição de decisores-originários, serão os geradores dos créditos tributários estrategicamente apropriados pelos governantes. Criam-se direitos protetivos desses consumidores para lhes preservar a condição de alienados ao comando de forças anônimas advindas da mítica estratégica do MERCADO-ESTADO". (LEAL, 2010b, p. 26).

[19] Lógica modal – *vide* Item 4.2.

de movimentar o sistema "Mercado-Estado", por possuir patrimônio. Como se depreende, os direitos somente são assegurados para aqueles que estão em simétrica paridade sócio-histórico-cultural, sendo excluídos dessa procedimentalidade os despatrimonializados, a quem deve ser dado (pelos patrimonializados) *tratamento desigual na medida de suas desigualdades*[20].

5.1.2. Estado Social de Direito (Republicano)

Não diferente do Estado anterior, o Estado Social de Direito também aparece antecedido por uma fictícia sociedade que, em contraponto ao paradigma liberal, funda a chamada "esfera pública"[21] ao debate e implantação de *direitos*. Nesse tom, sustenta-se, ideologicamente, que os "fora-da-lei" (os fora da fruição dos direitos fundamentais) possam reunir-se em "espaços públicos" – ágora (LEAL, 2004) a fim de se entenderem, com igualdade de fala, sobre os melhores rumos da comunidade jurídica. O *republicanismo habermasiano*, ao privilegiar essa "esfera pública", vale-se da crença numa linguagem cultural (contextual) como "comunhão prévia de sentidos" (LEAL, 2010b, p. 27), dentro da qual todos nascem e pela qual todos podem igualmente alcançar consensos na formação de direitos, sustentando que o Estado (produtor da Lei) é o garantidor de uma *igualdade material* aos sujeitos de direitos. Ou seja, nesse viés, é necessária a implantação de um Estado que assegure aos indivíduos, com apoio na autoridade, os ideários de vida, liberdade e propriedade de forma igualitária. O Estado Social de Direito surge, então, para homologar essa nova "realidade" ideal, dita de todos, e institui a chamada Constituição Social.

Como se depreende, a Constituição Social não constrói uma existência jurídica para os despatrimonializados. Ao contrário,

[20] "Essa RAZOABILIDADE na fundamentalidade de direitos vai atuar um esdrúxulo conceito de isonomia a ser perenizado pelos adeptos dos paradigmas de Estado Liberal e Estado Social de Direito, como forma de dominação pela pureza noemática da *lex-intima* (legítima) dos alocutários privilegiados da *juris dictio*." (LEAL, 2010b, p. 69).

[21] De acordo com o Professor Rosemiro, a *esfera pública* é o "lugar criativo de contextos linguísticos singulares ou corretivos das formas de vida sociais ou jurídicas". (LEAL, 2010b, p. 133).

somente ratifica uma realidade[22], que antes excluía os "fora-da-lei" (Estado Liberal) para incluí-los nessa mesma sociedade por meio dos denominados *direitos sociais* que são dosados pela sensibilidade (arbítrio) do soberano (o Estado em suas três formas míticas de poder[23]: Legislativo, Executivo, Judiciário)[24].

5.1.3. Estado Democrático de Direito

A concepção de Estado Democrático de Direito pode ser vislumbrada pelo tradicional *proceduralismo habermasiano* (compreensão refutada pela obra em análise) e pelo *paradigma co-institucionalista* (teoria criada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal).

5.1.3.1. Proceduralismo habermasiano

Em Habermas, o Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma, emerge da insuficiência dos 2 (dois) estados que o antecedeu. E, aproveitando os benefícios de um "horizonte histórico de sentido" de ambos (liberal e republicano), implanta-se uma *terceira via*, denominada *proceduralista*. Infere-se, portanto, que esse novo "gênero" é produto da *interação* dos paradigmas liberal e social, isto é, das sociedades já pressupostamente existentes[25].

---

[22] "O direito, de seus primórdios até os anos 1970, carente de reflexões crítico-científicas e coerente com os paradigmas de Estado Liberal e Estado Social, naturalmente se moldou por uma dogmática radical, mimetizando os saberes disciplinares das ciências e artes que mais reforçaram a conservação do corpo social que era tido como prolongamento do corpo do soberano". (LEAL, 2010b, p. 109-110).

[23] Em suas elucidativas lições, o Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, apresentando as teorias de incontáveis autores estrangeiros, esclarece que a ideia de poder, nas democracias contemporâneas, vincula-se ao devido cumprimento à legalidade, por isso não há falar em *"poder discricionário"* ou em *"autoritarismo"*, uma vez que incompatível com a principiologia do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ensina que o poder é uno, exercido em nome do povo, por meio das *"três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa e a jurisdicional"*. (DIAS, 2010, p. 18). Como se depreende, o Professor Brêtas reenuncia à concepção dogmática de poder, visto que a desvincula da compreensão rígida e inflexível da mítica *"repartição de poderes"*; interpretação errônea conferida à teoria de Montesquieu. Sobre esses esclarecimentos, conferir: DIAS, 2010, p. 7-22.

[24] Remeto o leitor à nota de pé de página de número 21.

[25] "O que se deduz, nas leituras de vários autores, é que estes estão empenhados em

Seguindo uma linha de raciocínio, que romperá com a ideia de que o direito é *juridicizante*, ou seja, a mimese da realidade[26], o Professor Rosemiro Pereira Leal critica o paradigma proceduralista habermasiano.

Inicialmente, esclarece que ao realizar o "giro linguístico" (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem), Habermas estaciona sua teoria no positivismo sociológico, na medida em que compreende ser a realidade encaminhadora da existência jurídica (historicismo)[27]. Elucida, outrossim, que teoria habermasiana contempla a chamada "ação comunicativa", que, por se situar num espaço nu, onde não há demarcação jurídico-procedimental-crítica-científica, não consegue sustentar tal "giro linguístico", o que o faz cair no denominado "mito do contexto" (LEAL, 2010b, p. 36-9).

De acordo com o Professor Rosemiro Pereira Leal, quando Habermas acolhe essa "sociedade pressuposta" e assim também o faz a Professora Rosa Maria Cardoso da Cunha, o princípio da legalidade, "que deveria ser congênito à própria normatividade legal como conteúdo teórico-construtivo da lei" (LEAL, 2010b, p. 136), é mera indicação dessa "sociedade" (costumes, jurisprudências, princípios

encontrar de forma límpida, o paradigma do Estado Democrático de Direito como se este, por imanência ou atributo, já trouxesse, em si mesmo, uma característica ('horizonte histórico de sentido') a ser decifrada pelos estudiosos e juristas designativa do paradigma estatal da democracia". (LEAL, 2010b, p. 28).

[26] "O fator da 'convenção social' como algo fundado e praticado por uma 'sociedade' já pactuada por todos é que cria a mitificação (mistificação) que enseja a sempre alegada e historicamente assentida (ideologizada) opinião de que todos teriam 'clara intuição' (Nélson Hungria) de ser membro de uma 'comunhão civil' como o 'clima ético circundante' e que a *lei* expressa apenas 'o que já existe ou deve existir na consciência jurídica de cada indivíduo' (Otto Von Gierke). Aliás, tal fetiche de um fato social pressuposto e benévolo a criar uma sociedade secularizada para todos é expresso na ideologia da inocência das forças sociais e da factualidade (faticidade) que, segundo a teoria da antijuridicidade concreta (Miguel Reale e Miguel Reale Júnior), devem ser ratificadas pelo direito escrito no itinerário enunciativo e tridimensional do fato-valor-norma". (LEAL, 2010b, p. 147-148).

[27] Nesse momento é importante esclarecer que o ***historicismo*** é o mimetismo, o observacionismo, isto é, significa que pela observação é possível criar teorias. Ou seja, entende que a realidade pode conduzir o homem à paz eterna (ou à criação de uma existência jurídica). Noutro vértice, o ***historista*** não descarta a história, contudo, ela não é condutora do destino dos homens – aceita-se a história para criticá-la. Popper é ***historista*** (LEAL, 2009a). *Vide*, também: LEAL, 2010b, p. 169-170.

éticos-morais). A lei, assim, passa a ser um acessório metabólico dessa sociedade, espelhando a ideologia necessária à sua existência (LEAL, 2010b, p. 135-8). Isso ocorre porque, antes de ser legalizado (positivado: homologatório da realidade), o princípio já existe na *extralegalidade* (isto é, no pacto de sentidos comungado pela sociedade pressuposta), o que o torna retórico: ora, se decidir é compulsório e é proibido o *non liquet*, a lacuna da lei, para o dogmatismo jurídico, é preenchida por equidade, costumes, princípios gerais, jurisprudências (LEAL, 2010b, p. 136-137). Ou seja, o ordenamento jurídico é compreendido a partir de uma pauta de valores éticos, culturais e morais (*extralegalidade*), já assentada nas bases da comunidade a que se submete o decisor solipsista; o que torna o princípio da legalidade *retórico* e, na perspectiva da Constituição brasileira de 1988 (artigo 5°, II), implantador da "extralegalidade" que, nessa vertente interpretativa e normativa, é *inconstitucional* (LEAL, 2010b, p. 137).

Em virtude desses apontamentos críticos, o autor entende que a teoria testada (habermasiana) desserve à compreensão de um direito nas democracias contemporâneas. Desse modo, a partir dos contornos teóricos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, propõe a construção de um marco teórico (paradigma) para a produção de um direito democrático.

5.1.3.2. Paradigma co-institucionalista (Rosemiro Pereira Leal)

Como se depreende da análise crítica dos 3 (três) "modelos" de Estado, vislumbra-se que o Professor Rosemiro Pereira Leal se propõe a testificar a *ciência jurídica dogmática*, mormente, a visão habermasiana de "paradigmas do direito"[28]. Ao verificar a inadequação da "razão comunicativa", de Habermas, aos conteúdos teóricos (institutos e instituições jurídicas) do Estado Democrático de Direito contemporâneo, principalmente a partir da Constituição brasileira de 1988, conjectura a criação de um novo marco teórico (paradigma) para a construção de um direito que, para o autor, faz-se, inicialmente, a partir do contraponto: "Democracia contemporânea" *versus* "Paideia grega" (LEAL, 2010b, p. 200).

[28] Sobre a compreensão habermasiana de "paradigma", sugere a leitura das obras: HABERMAS, 1995; HABERMAS, 1997, p. 123-190.

Conforme se infere dos estudos do autor (LEAL, 2004, p. 2-3), a concepção de democracia na atualidade não se vislumbra a partir dos contornos míticos da ágora grega[29], que contempla a legitimidade democrática através da presença de pessoas que, associadas uma ao lado da outra, concorrem para a formação de um entendimento por meio da fala e do convencimento (persuasão) de cada um[30]. Esclarece que esse "espaço público" não possibilita um exercício de "paridade argumentativa no discurso processual" (MADEIRA, 2010, p. 424) (isonomia), como é exigido pela Constituição brasileira de 1988, na medida em que os critérios de discursividade se fazem por uma práxis. Isto é, a democracia paideica não possui demarcação teórico-jurídico-procedimental (e constitucional); seu exercício se realiza no "espaço nu", onde a comunicação *livre* (pauta de valores ético, cultural e moral, previamente assentados na comunidade) entre as pessoas proporciona o entendimento: trata-se, portanto, do agir comunicativo habermasiano, incisivamente criticado pelo autor[31], de vez que o senso comum não é portador de estoques teóricos para a construção de um novo direito, como quer fazer crer Habermas.

Em face do contraponto estabelecido, o Professor Rosemiro Pereira Leal conjectura a formalização de um paradigma adequado à constitucionalidade democrática contemporânea: o *co-institucionalista*. Nesse tom, acolhe a *regra suprema*,

[29] Em nota de esclarecimento, oportuna a lição do Professor Dhenis Cruz Madeira, que define ágora como "um espaço público de deliberação de Assembléia [...] era a praça pública em que se reuniam os cidadãos gregos que estivessem de posse de seus direitos políticos e tivessem idade superior a vinte anos". (MADEIRA, 2008, p. 52).

[30] De acordo com o Professor Rosemiro Pereira Leal, essa "versão" de democracia é repetida e reafirmada ao longo dos séculos, sem qualquer esclarecimento crítico-científico. Além disso, apresenta-se totalmente descomprometida com o Texto Constitucional brasileiro (LEAL, 2004).

[31] "[...] essa pragmática linguística habermasiana não é pragmático-teórica nem linguístico-teórica, mas se utiliza da 'processualização contextual' (estar os homens livremente falando no espaço-tempo dos embates (falas-nuas) de suas convicções de senso comum) para decidir sobre quais normas jurídicas devem adotar, sem pré-deliberarem sobre o marco jurídico-discursivo que deva assegurar a problematização argumentativa e incessante dos fundamentos dos direitos a serem constituídos e a caracterizarem uma democracia." (LEAL, 2010b, p. 209).

compreendendo-a como o *devido processo*[32] que, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, permite a criação, recriação e extinção de direitos a partir dos institutos jurídicos autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia), rompendo, assim, com os "núcleos duros" (LEAL, 2010b, p. 203) paradigmáticos dos Estados Liberal, Social e Proceduralístico habermasiano, que impõem uma práxis continuada, vedando a fiscalidade.

O paradigma co-institucionalista desvincula-se da *praxis* social, na qual consensos já estão previamente estabelecidos antes da instalação do *devido processo*, por isso o direito, nesse paradigma, deixa de ser homologador de realidade para assumir *status* de construtor de existências jurídicas. Nesse viés, a concepção de "vida humana" é identificada através do exercício do *contraditório*, que permite ao destinatário normativo a liberdade jurídico-argumentativa de escolher (entre teorias bem testadas) as condições para se *viver (humanamente)* (LEAL, 2010b, p. 202). A *ampla defesa* assegura ao *legitimado ao processo (povo) liberdade* no discurso jurídico-procedimental "sobre os fundamentos da fala defensiva de direitos" (LEAL, 2010b, p. 42). E, por fim, a *isonomia* se identifica com a *dignidade*, na medida em que significa paridade de tempo jurídico-argumentativo no espaço-tempo processual e igualdade na "fundamentalidade de direitos iguais de vida e liberdade" (LEAL, 2010b, p. 42). Forte nesses argumentos, entende-se por que o *contraditório*, a *ampla defesa* e a *isonomia* são isomorfos à *vida*, *liberdade* e *dignidade*, respectivamente, para o Professor Rosemiro Pereira Leal.

Infere-se, portanto, que o paradigma co-institucionalista não contempla somente os patrimonializados (homologando suas realidades), mas, ao contrário, garante, através da instalação do *devido processo*, direitos aos que estão excluídos da paridade procedimental (os "fora-da-lei"), assegurando-lhes direitos de vida,

[32] "O devido processo, assim colocado, é isomorfo à regra suprema do teorométodo crítico de Popper pela proibição de vedação de liberdade para todos indistintamente (comunidade jurídica) ao exercício processual da ampla defesa, como direito fundamental co-institucionalizado (constitucionalizado), de fruir, praticar, estabilizar, fiscalizar ou reconstruir, preventiva ou comissivamente, os direitos fundantes de um sistema jurídico perenemente aberto à construção continuada de uma sociedade democrática (no sentido de Popper)." (LEAL, 2010b, p. 204).

liberdade e dignidade. Nesse raciocínio, esse novo paradigma rompe com a ideia de *inercialidade paradigmática kuhniana* ("núcleo duro"), que desenvolve uma ciência do direito estabilizadora de sentidos, em que não se permite a processual testificação continuada de seus fundamentos: aqui se trabalha um paradigma científico em colisão com a Constituição brasileira de 1988 (LEAL, 2009a). O paradigma co-institucionalista desvincula-se de um sistema estático ("verdades absolutas") para "co-instituir uma SOCIEDADE ABERTA" (LEAL, 2010b, p. 200), suscetível de refutabilidade, sempre tendo em vista seu marco teórico (*devido processo*) que, por não crer em absolutismo do saber, permite a fiscalização continuada do direito[33].

6. Processo como Teoria da Lei Democrática na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Fundamentado nos argumentos teóricos, alhures consignados, o autor formaliza o problema central da obra em análise, *verbi gratia*: "qual teoria (marco teórico) é escolhida para a produção de um direito democrático?" (LEAL, 2010b, p. 69-70) A resposta é o *devido processo*, que permite a abordagem do direito nos três níveis (LEAL, 2009a): a) *Instituinte*: é o plano anterior à produção da lei – momento em que se escolhe a melhor teoria (bem testada), afastando-se as menos resistentes para encaminhar o *processo legiferativo*, contudo, para realizar tal escolha, o intérprete deve ser portador de teorias. Para o autor, a melhor teoria que se apresenta, na atualidade, é o *devido processo*, na perspectiva de sua Teoria Neoinstitucionalista; b) *Constituinte*: é o constitucionalizar (co-institucionalizar), criar e articular instituições (pelo contraditório, ampla defesa e isonomia). Balizado pela teoria escolhida, o *devido processo*, produzir-se-á a lei pelos seus princípios autocríticos; c) *Constituído*: é o direito publicado, que presta obediência aos planos instituinte e constituinte da norma, por isso os direitos fundamentais são líquidos e certos (LEAL, 2005a, p. 23-32). Como se dessume, os mesmos princípios que embasam a produção da lei devem ser aplicados para interpretá-la, modificá-la e extingui-la.

[33] Sobre a noção de paradigma co-institucionalista, teoria de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, sugere-se a leitura das páginas 198-211 da obra em análise.

Avalizado nessa teoria, é possível inferir por que o *devido processo* é compreendido como teoria autocrítica.

Nesse raciocínio, e na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, temos, conforme esclarece o autor (LEAL, 2010b, p. 167), no Direito Democrático, a importante e necessária distinção entre *direito* e *lei*, compreendida esta como criadora do discurso normativo, que é o *direito*.

> Em poucas palavras, resumindo a longa digressão que fizemos, em direito democrático não paideico, na perspectiva da minha teoria neoinstitucionalista, a lei é criadora do texto normativo que é o direito. Com efeito, nessa concepção, a lei há de ter origem, em nível instituinte, numa teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida (entre teorias do processo) a co-institucionalizar (constitucionalizar), em nível constituinte, direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões e suas estruturas (proposições) lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais (procedimentos e funções) a se explicitarem, no nível constituído, com a publicação do provimento legislativo (LEI). Extingue-se, assim, a secular confusão entre lei, direito e norma, não se sabendo onde teria começo a existência jurídica: se no 'direito', se na 'lei', se na 'norma', em acepções *stricto* e *lato sensu*, a gerarem a polissemia de sentidos normativos só estabilizáveis pela inteligência solitária e supostamente iluminada do intérprete-aplicador do direito. (LEAL, 2010b, p. 167).

7. Considerações finais

Das inferências expostas no presente artigo, apreende-se da obra apresentada que, para o Professor Rosemiro Pereira Leal, o processo, hodiernamente, é uma linguisticidade (discurso autocrítico) que se explicita por teorias submetidas a cargas e retrocargas (*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*) de uma epistemologia não técnico-científica, exclusivamente.

Nesse tom, segundo o autor, a escolha de uma teoria processual (bem testada) é o *devido processo* na concepção de sua Teoria

Neoinstitucionalista que preconiza o "devir" (*vir-a-ser)*[34] do direito (lei) pela biunivocidade contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade; não pelo *"due process"* da *"law of the land"* dos Estados Liberal e Social de Direito[35].

Dessume-se, portanto, que somente a partir dos novos contornos epistemológicos, conferidos ao *devido processo*, é possível, para o autor, atribuir legitimidade democrática ao direito. Isso porque, na concepção da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, os institutos jurídicos (contraditório, ampla defesa e isonomia) que dão origem à *lei* são os mesmos que serão utilizados para interpretar, aplicar, modificar ou extinguir a lei. De conseguinte, o *Processo* é compreendido pelo Professor *como Teoria da Lei Democrática*.

8. Referências bibliográficas

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000. Vol. I.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3. p. 107-121, jan./jun. 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

[34] "Construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do direito".

[35] Explicação ofertada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, em esclarecimentos críticos realizados no presente artigo.

_____. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia. In: *Virtuajus*: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano 3, n. 1, julho de 2004. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 2 set. 2012.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

_____. Processo Civil e Sociedade Civil. In: *Virtuajus*: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano 4, n. 2, dezembro de 2005b. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 2 set. 2012.

_____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c.

_____. Aulas expositivas, lecionadas pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, no segundo semestre de 2009a, para a disciplina de *Teoria Processual das Decisões Jurídicas*, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

_____. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

_____. Aulas expositivas, lecionadas pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, no segundo semestre de 2010a, para a disciplina de *Cátedra Lopes da Costa de Direito Processual*, do curso de Doutorado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

_____. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Igualdade e isonomia processual. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Coord.). *Processo e Constituição*: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*: uma abordagem revolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

Artigo recebido em: 10/03/2011
Artigo aprovado em: 03/09/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120031

ANÁLISE DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA ATO DO PODER PÚBLICO

ÉRIKA DE LAET GOULART BOECHAT
Assessora
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
erikalaet@mp.mg.gov.br

Artigo de conclusão do curso "Recursos no Processo Civil e no Processo Coletivo e Reclamação Constitucional" promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

1. Acórdão paradigma

> RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE LIMINAR EM PRIMEIRO GRAU. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.
>
> A anterior interposição de agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que concede medida liminar não impede o ajuizamento do pedido de suspensão.
>
> A negativa de seguimento ao agravo de instrumento sem o exame do mérito recursal não afasta a competência do tribunal de origem para apreciar e julgar o pedido de suspensão da liminar deferida em primeiro grau, objeto do referido recurso. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2012).

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 302-315

2. Delimitação do objeto

Conforme disposto no acórdão paradigma, há, especialmente na prática, certa confusão entre o pedido de suspensão da execução de tutela de urgência – também conhecido como pedido de suspensão da execução de liminar – e a interposição de agravo de instrumento.

O presente artigo se propõe a dirimir a controvérsia, diferenciando os citados institutos a fim de esclarecer o operador do direito quanto ao cabimento e requisitos de cada um.

3. Diferenças entre agravo de instrumento e pedido de suspensão de liminar

3.1. Previsão legal

O pedido de suspensão de execução de tutela de urgência está previsto nos seguintes textos legais:

- artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências;

- artigo 1º da Lei nº 9.494/1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347/1985 e dá outras providências;

- artigo 12 da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências;

- artigo 25 da Lei nº 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal;

- artigo 15 da Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

Já o agravo de instrumento está previsto no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil.

3.2. Objeto

Quanto ao objeto do pedido de suspensão da execução de tutela de urgência contra o Poder Público, como regra geral, dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.437/1992:

> Art. 4° Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Os demais textos legais que preveem o pedido de suspensão de liminar não discrepam desse dispositivo. Senão, vejamos.

O artigo 1º da Lei nº 9.494/1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dispõe expressamente que o disposto no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 se aplica à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Já o parágrafo 1º do artigo 12 da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, determina:

> § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso *suspender a execução da liminar*, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. (grifo nosso).

Por sua vez, o artigo 25 da Lei nº 8.038/1990 estabelece:

> Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, *suspender*, em despacho fundamentado, *a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança*, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. (grifo nosso).

Também a Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança, assegura que:

> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso *suspender*, em decisão fundamentada, *a execução da liminar e da sentença*, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. (grifo nosso).

Sem adentrar especificamente nas peculiaridades de cada uma dessas leis, constata-se que o objeto do referido pedido é suspender a execução de qualquer tutela de urgência proferida contra o Poder Público.

Quanto agravo de instrumento, dispõe o artigo 522 do Código de Processo Civil:

> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Resumindo, o agravo se presta a combater qualquer decisão interlocutória e, para que seja admitida a sua interposição por instrumento, exige-se a comprovação de que a decisão possa causar à parte lesão grave e de difícil reparação. O agravo também é cabível nos casos de decisão que inadmite apelação e em insurgências quanto aos efeitos em que a apelação é recebida.

A confusão que se faz e que deu origem ao acórdão paradigma é justamente pelo fato de que, em regra, as tutelas de urgência contra o Poder Público são proferidas por meio de decisões interlocutórias que, por sua própria natureza, podem causar lesão grave e de difícil reparação. Por esse motivo, de acordo com as peculiaridades do caso, são cabíveis tanto o pedido de suspensão de execução de liminar quanto a interposição de agravo de instrumento a tais decisões, conforme será demonstrado.

3.3. Fundamentação

Conforme dispõe a regra geral insculpida no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, o pedido de suspensão de liminar contra o Poder Público é instituto de fundamentação vinculada, já que só tem cabimento "em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

Frise-se a respeito que a jurisprudência é restritiva na interpretação do cabimento do instituto, não admitindo sua extensão a outros interesses igualmente tutelados pela ordem jurídica.

Sobre a questão, destaca-se o acórdão abaixo, do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO JUDICIAL QUE SUSPENDE EFEITOS DE PORTARIA MUNICIPAL. GRAVE LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. – A suspensão de liminar, por expressa disposição legal, está adstrita às hipóteses de grave risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pú-

> blicas, não se prestando à apreciação de ofensa à ordem jurídica. Como medida de natureza excepcional, somente deve ser deferida diante da demonstração inequívoca de que o cumprimento da decisão impugnada constitui grave potencial ofensivo aos bens jurídicos protegidos pelo art. 4º da Lei nº 8.437/1992, o que não ocorreu no caso concreto. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2009).

É importante ressaltar que, para a configuração da hipótese constante no *caput* do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, são necessários o manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, além da possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não basta apenas o manifesto interesse público ou a flagrante ilegitimidade, sem que haja, também, a possibilidade da grave lesão mencionada. Caso contrário, o instituto poderia ser utilizado contra qualquer decisão liminar proferida contra o Poder Público.

Nesse ponto, é importante fazer a distinção entre o interesse público – aqui entendido como interesse público primário – e o interesse da Administração Pública – também chamado de interesse público secundário –, uma vez que o administrador público, muitas vezes, age com abuso de poder e omissão de suas obrigações constitucionais, contrariando, assim, o interesse público propriamente dito.

Quanto à questão, valiosa é a lição de Marçal Justen Filho, segundo o qual:

> Os interesses secundários nem ao menos são "interesses", na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 40).

Cite-se como exemplo a determinação judicial para que o Poder Público aumente o número de leitos em determinado hospital público. Embora possa causar lesão à economia pública – interesse

público secundário –, tal decisão visa diretamente ao atendimento do interesse público primário. Logo, em tal situação, não se poderá atender ao excepcional pedido de suspensão de liminar, restando apenas insurgir-se contra a decisão através do agravo de instrumento.

O mérito do pedido de suspensão é, portanto, a existência ou de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, seguida da possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Em contrapartida, o agravo é recurso de fundamentação livre, podendo ser utilizado contra qualquer irregularidade constatada em decisão interlocutória, tratando-se de suposto *error in procedendo* ou de *error in judicando*.

Para que seja admitida a sua interposição por instrumento, exige-se a comprovação de que a decisão possa causar à parte lesão grave e de difícil reparação[1], sendo irrelevante, nesse caso, que se trate de lesão a interesse público primário, secundário ou mesmo a interesse eminentemente privado.

3.4. Legitimidade ativa

Também quanto à legitimidade ativa, diferem-se os dois institutos aqui tratados.

Quanto ao pedido de suspensão de segurança, a legitimidade ativa compete, em regra, ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada nas hipóteses legalmente previstas.

O agravo de instrumento, por sua vez, pode ser interposto por qualquer pessoa, seja física ou jurídica, bastando o cumprimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

[1] Além dos casos de inadmissão da apelação e quanto aos efeitos em que a apelação é recebida.

3.5. Prazo para interposição

Não há previsão legal de prazo para o requerimento de suspensão de liminar. Portanto, a suspensão poderá ser requerida a qualquer tempo, desde que aponte manifesto interesse público ou que configure ato de flagrante ilegitimidade, ou ainda para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Já para a interposição do agravo de instrumento, é previsto o prazo de dez dias a contar da decisão interlocutória, segundo as regras processuais que regem a matéria.

3.6. Competência

A competência para analisar o pedido de suspensão de liminar contra o Poder Público é, em regra, do presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso.

Quanto aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, o artigo 25 da Lei nº 8.038/1990 anuncia que, em regra, a análise do pedido compete ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, situação em que a decisão competirá ao presidente do Supremo Tribunal Federal.

Já o julgamento do agravo de instrumento competirá ao tribunal imediatamente superior ao prolator da decisão atacada, na forma dos respectivos regimentos internos.

3.7. Natureza

Para analisar a natureza jurídica do pedido de suspensão, preciosa é a lição da Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Dra. Marga Inge Barth Tessler[2], segundo a qual:

[2] Em seu texto-base para a palestra no 1º Ciclo de Palestras de Processo Civil 2004, *A Justiça Federal e o Processo Civil*, Curitiba, 18 de junho de 2004. (Nota da citação).

> A doutrina controverte sobre a natureza jurídica do instituto. Cristina Gutierrez[3] em trabalho sobre a Suspensão de Segurança, faz o resumo da posição doutrinária elencando autores que entendem tratar-se de 1) "ato de caráter administrativo" exercido pelo Presidente do Tribunal[4]; 2) consideram o pedido de suspensão como recurso; 3) consideram que se trata de incidente[5] processual; 4) sucedâneo recursal; 5) natureza cautelar, forte na instrumentabilidade e provisoriedade[6]. (TESSLER, 2004, p. 3).

Hely Lopes de Meirelles dispõe que "fica ao seu alto critério (do Presidente) a valoração da oportunidade e conveniência da suspensão" (MEIRELLES, 1999, p. 62).

A jurisprudência tem rechaçado a utilização do instituto como recurso e mesmo como sucedâneo recursal, conforme é possível constatar pelo seguinte precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

> SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. EXAME DE LESÃO À ORDEM JURÍDICA. NÃO CABIMENTO. LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS NÃO CARACTERIZADA. SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE.
>
> 1. O pedido de suspensão não possui natureza recursal em relação ao provimento judicial cujos efeitos objetiva sustar. Sua análise deve se limitar à constatação de risco grave e iminente a

---

[3] GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela de interesse público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47. (Nota da citação).

[4] NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v.2, 1998. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo Presidente do Tribunal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, p. 9, fev. 2002. (Nota da citação).

[5] CARNEIRO, Athos Gusmão. Das Liminares nos Mandados de Segurança. *Informativo Jurídico Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, Brasília, v.4, n. 1, p. 1-67, jan./jul. 1992. Disponível em: http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/view/125/121 Acesso em: 3 jul. 2012. (Nota da citação).

[6] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52. (Nota da citação).

> um dos bens públicos albergados pela norma de regência. Não verificado risco de lesão grave, não autorizado o deferimento do pleito suspensivo.
>
> 2. Por ser medida que visa proteger os valores específicos alinhados na Lei nº 8.437/92, art. 4º – ordem, saúde, economia e segurança públicas –, não há espaço para apreciação de questões jurídicas ou de mérito, que devem ser elucidadas nas vias ordinárias. Até porque, não se admite sua utilização como sucedâneo recursal, como aqui pretendido, sob pena de banalizar a medida especial da suspensão (v. g. STJ - SS 815-DF, SS 821-RJ, e RTJ 143/23). 3. Agravo não provido. (BRASIL, 2006).

O Supremo Tribunal Federal não discrepa desse entendimento:

> EXECUÇÃO. Fazenda Pública. Precatório. EC nº 62/2009. Pagamento preferencial a idosos e portadores de doenças graves. Alegação de grave lesão. Não ocorrência. Questões de fundo da causa. Sucedâneo recursal. Inadmissibilidade. Pedido de suspensão de liminar rejeitado. Precedente. Agravo regimental improvido. Rejeita-se pedido de suspensão que não demonstra grave lesão aos interesses públicos tutelados, mas apresenta nítido caráter de recurso. (BRASIL, 2011a).

Aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de considerar ser medida de natureza jurisdicional, embora passível de juízo político, tendo em vista a existência de requisitos com alto grau de indeterminação, conforme se extrai de trecho de acórdão oriundo daquela Corte de Justiça:

> SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ART. 4º DA LEI Nº 4.384/64.
>
> [...] 2. 'A competência outorgada ao Presidente do Tribunal para suspender a execução de medidas liminares e de sentenças não é exercível discricionariamente. Ao contrário, supõe a ocorrência de pressupostos específicos alinhados em lei (Lei 8.437/92, art. 4º; Lei 7.347/85, art. 12, § 1º; Lei 4.348/64, art. 4º) e nesse aspecto o juízo que então se faz tem natureza eminentemente jurisdicional. É inegável, todavia, que os referidos pressupostos são

> normativamente formulados por cláusulas abertas, de conteúdo conceitual com elevado grau de indeterminação ('grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas' e 'manifesto interesse público', 'flagrante ilegitimidade'). Isso exige que a interpretação e a aplicação da norma se façam mediante preenchimento valorativo moldado às circunstâncias de cada caso. É nesse sentido que deve ser entendido o juízo político a que às vezes se alude no âmbito de pedidos de suspensão' (REsp 831.495/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 30.06.06). [...]
>
> 4. Precedentes desta Turma: AgA 563.947/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21.11.08; REsp 265.933/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 13.03.06; AgREsp 615.100/SP, Rel. Min.Castro Meira, DJU 19.12.05; REsp 594.121/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Franciulli Netto, DJU 08.11.04.
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (BRASIL, 2009).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem prestigiado a corrente que outorga à decisão suspensiva natureza de contracautela:

> TRANSPORTE RODOVIÁRIO. Estrada municipal. Fechamento. Restrição de tráfego. Abertura de vala. Invocação de lei municipal. Inadmissibilidade. Declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal *a quo*. Caráter recursal do incidente de suspensão. Alegação de grave lesão ao meio ambiente e à segurança pública. Não ocorrência. Pedido de contracautela indeferido. Agravo regimental improvido. Não vinga pedido de suspensão que não demonstra lesão aos interesses públicos tutelados e guarda nítido cunho de recurso. (BRASIL, 2011b).

Tomando posição na discussão, parece mais acertado o entendimento de que o instituto tem natureza jurídica de contracautela de cunho político[7], ponderado pelos requisitos específicos de cabimento elencados em lei.

[7] Já que, reiterando o citado entendimento de Hely Lopes Meirelles, "fica ao seu alto critério (do Presidente) a valoração da oportunidade e conveniência da suspensão".

Nesse sentido, vale transcrever outro trecho do citado artigo de Tessler:

> *O caráter político da decisão suspensiva*[8]
>
> Os doutrinadores ressaltam o aspecto político da decisão do Presidente do Tribunal na suspensão de segurança. Esse é o aspecto principal e peculiar que a doutrina tradicional verificava no incidente que teria o 'aspecto político a transcender o jurisdicional'. Se antes, na origem, o interesse público era visto como praticamente coincidente com o interesse estatal, hoje tal não ocorre e é sempre possível divisar o interesse estatal, o interesse coletivo, difuso e o interesse individual. O 'caráter político' não é sinônimo de larga discricionariedade, como bem observou Teori Zavascki, 'ao contrário supõe a ocorrência de pressupostos específicos alinhados em lei, e nesse aspecto o juízo que então se faz tem natureza eminentemente jurisdicional.[9]'. (TESSLER, 2004).

Quanto ao agravo de instrumento, tem natureza jurídica de recurso, não havendo maiores discussões a respeito.

4. Análise do acórdão paradigma

Feitas essas considerações, é possível ponderar trechos específicos do acórdão paradigma:

- "A anterior interposição de agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que concede medida liminar não impede o ajuizamento do pedido de suspensão", já que, como visto, o pedido de suspensão independe do agravo de instrumento e tem requisitos de admissibilidade próprios e diversos. Além disso, não há prazo para o pedido de suspensão, bastando que a liminar contra o Poder Público esteja em vigor.

---

[8] GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela de interesse público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61. (Nota da citação).

[9] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Suspensão de Execução de Liminar nº 2001.04.01.057382-7/SC. Relator: Juiz Teori Albino Zavascki. Porto Alegre, 22 de agosto de 2001. *DJ,* 12 set. 2001, p. 254. Disponível em: <http://iteor.trf4.gov.br/trf4/volumes2/VOL0048/20010912/SPL/1022001/200104010573827C.0124.PDF>. Acesso em: 3 jul. 2012. (Nota da citação).

- "A negativa de seguimento ao agravo de instrumento sem o exame do mérito recursal não afasta a competência do tribunal de origem para apreciar e julgar o pedido de suspensão da liminar deferida em primeiro grau, objeto do referido recurso". A autonomia do pedido de suspensão de liminar, aliada ao seu caráter político, é, mais uma vez, reforçada.

5. Conclusão

Por fim, conclui-se pelo acerto do acórdão analisado e pela ampla distinção entre os dois institutos em questão, quais sejam, o pedido de suspensão de tutela de urgência contra o Poder Público e o agravo de instrumento.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1282495/PR, Segunda Turma. Rel.: Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2011. *DJe*, 16 mar. 2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença nº 941/MA, Corte Especial, Rel.: Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. *DJe*, 5 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença nº 210/SP, Corte Especial, Rel.: Min. Edson Vidigal, Brasília, DF, 20 de março de 2006. *DJ*, 10 abr. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 767387/RS, Segunda Turma, Rel.: Min. Castro Meira, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2009. *DJe*, 27 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 504/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 22 de junho de 2011. *DJe*, 5 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28504.NUME.+OU+504.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 426/PR, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 18 de maio de 2011. *DJe*, 3 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28426.NUME.+OU+426.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 30 abr. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TESSLER, Marga Inge Barth. *Suspensão de Segurança*, 2004. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/curriculo_juizes/suspensao_de_seguranca.pdf.>. Acesso em: 30 abr. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120032

6

Direito Coletivo

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 319-354

AGENTES POLÍTICOS ELETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

ELLEGIBLE POLITICAL AGENTS AND SOCIAL RIGHTS

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
renatofranco@mp.mg.gov.br

RESUMO: Propõe-se averiguar a possibilidade de agentes políticos eletivos auferirem direitos sociais inerentes a trabalhadores, à luz do seu caráter histórico e das cláusulas constitucionais de regência.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalidade; agentes eletivos; direitos sociais.

ABSTRACT: One considers to inquire the possibility of politicians to gain inherent social rights from workers, in the light of its historical character and the constitutional clauses of regency.

KEY WORDS: Constitutionality; Eligible agents; Social rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fundamento histórico dos direitos sociais. 3. Agentes políticos eletivos e agentes políticos não eletivos: distinção essencial quanto ao regime jurídico a orientar tratamento constitucional diverso. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Conquanto ainda grasse celeuma quanto à natureza do fundamento dos direitos sociais, pensamos não haver possibilidade de ter ele caráter natural. Ao revés, sua dimensão histórica pode ser percebida pela própria evolução da humanidade, notadamente quanto à luta de classes, assim como pela desigualdade que o sistema social, notadamente o liberalismo, engendra. Daí que essa perspectiva histórica de seu fundamento, mais do que uma opção teórica, é uma exigência para a minimização daquela desigualdade. Por consequência, somos do sentir que o âmbito de aplicação dos direitos sociais deve ser paulatinamente alargado, concomitantemente com o andar vago da história e enquanto aquela luta estiver presente.

Não obstante, é induvidoso que a Constituição da República de 1988 – que não deixou de observar o aspecto histórico desses direitos – previu, ao longo do seu texto, formas distintas de pessoas físicas ou jurídicas estabelecerem uma relação com a Administração Pública.

De efeito, no capítulo da Administração Pública, o texto constitucional previu espécies de cargos distintas, cujos regimes jurídicos se diferenciam, em regra, pela forma de provimento, assim os cargos de provimento em comissão e de provimento efetivo. Ademais, acolheu maneiras outras de estabelecimento desse vínculo, como as contratações temporárias, o emprego público, o mandato eletivo.

Cada qual se traduz em maneiras totalmente distintas de ligação com a Administração Pública.

Dessa forma, podemos afirmar que cada espécie de vínculo que se estabeleça com a Administração Pública possuirá uma natureza própria, ensejando, por corolário, um regime constitucional próprio.

É verdade que os regimes jurídicos, não obstante distintos na essência, podem ter toques de convergência. No entanto, essas convergências, por constituírem exceções, devem ser expressamente previstas na Constituição, pois que, não sendo assim, não haveria

necessidade de diferenciação, transformando a Constituição em um conjunto de letras inúteis, malferindo princípios básicos de hermenêutica jurídica.

Nessa linha de raciocínio, tentaremos demonstrar, neste ensaio, a impossibilidade jurídico-constitucional de conferir direitos sociais – inerentes aos trabalhadores – a agentes políticos eletivos, ou seja, aos membros dos Poderes Legislativos e Executivos, de quaisquer entidades federadas, que detêm com o Poder Público tão-somente uma relação de representação popular, de caráter político, a qual não lhes confere o exercício daqueles direitos, em razão da gênese destes.

2. O fundamento histórico dos direitos sociais

Em determinados momentos, ao longo da vida dos institutos jurídicos, perde-se a perspectiva de suas razões históricas, a qual deu ensejo ao seu aparecimento. A ocorrência desse fenômeno do esquecimento, não raras vezes, faz com que os institutos se desnaturem, servindo como postulado de teorias invariavelmente afastadas do desenvolvimento histórico, e, consequentemente, ideologicamente "neutras", como, por exemplo, a mudança ocorrida com a expressão "dia do trabalhador", a qual atualmente é escrita e falada como "dia do trabalho". Como se pode perceber, uma simples letra pode fazer toda a diferença se não se tem em mente a respectiva origem histórica.

Não obstante, o resgate dessa perspectiva pode ser rica em meio ao debate sobre seus efetivos limites e suas reais limitações.

Dessa forma, entendemos imperioso buscar os motivos históricos da aparição dos direitos que se tornaram fundamentais, especificamente para este ensaio os de caráter social. Assim, pensamos ser mais adequado precisar o fundamento, a origem e, principalmente, os destinatários desses direitos. É o que tentaremos fazer.

Da grande dificuldade de precisar o momento da aparição de determinado sistema político-econômico, extrai-se dados

aproximados para que não se perca o evoluir histórico e para que se possa ter um marco temporal da mudança de paradigma.

Com efeito, poder-se-ia dizer que o sistema econômico capitalista – que Ripert (2002, p. 27) denomina regime capitalista – teve seu marco inaugural na França, com a Revolução de 1789, conquanto possua um passado mais distante, isto é, desde o momento em que o homem acumulou bens que serviam à produção. (RIPERT, 2002, p. 27). Tem-se, pois, inaugurada, como marco temporal, no final do século XVIII, a era da primazia do interesse individual – plasmado no princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual – sobrepondo-se ao interesse público, resultado direto da atrofia do Estado – titular deste interesse – em benefício do indivíduo como centro de toda liberdade e razão até então impensadas.

Em virtude dessa primazia dos interesses individuais, assevera Frias (1941, p. 18), traduzindo as relações sociais então preponderantes, que

> O individualismo liberal tem raízes na filosofia kantiana, segundo a qual tudo se reduz a dois termos: a liberdade, objeto próprio do Direito; e a razão, criadora da liberdade. Concebe o homem como um fim em si mesmo, livre da opinião alheia, mas convertido em escravo de si mesmo; autor e servidor da lei, legislador e juiz, soberano e súdito na república dos seres racionais e livres. Em síntese, tudo se reduz à autonomia da vontade humana [...] (tradução nossa).[1]

Não obstante, mesmo que não se notasse, a Revolução Burguesa, a princípio, não se destinava a criar uma nova ordem, porém a destruir a que existia. "Afirmando a liberdade do comércio e da indústria pela lei dos 2-17 de março de 1791, o legislador não entendia declarar apenas um princípio; queria destruir alguma coisa." (RIPERT, 2002, p. 26).

[1] "El individualismo liberal enraíza en la filosofía kantiana, en que todo se reduce a dos términos: la libertad, objeto proprio del derecho y la razón su creadora. Concibe al hombre como un fin en sí, libre respecto de los otros, pero convertido en su proprio esclavo; autor de la ley y servidor de la misma, legislador y juez, soberano y súbdito en la república de los seres razonables y libres. En última síntesis, todo se reduce a la autonomía de la voluntad humana [...]." (FRIAS, 1941, p. 18).

Daí que, em seus primeiros atos legislativos, suprimiu os agrupamentos obrigatórios e, logo depois, proibiu os grupos livres. "Uma ordem social, forte em seu longo passado, estava destruída pela onipotência da lei." (RIPERT, 2002, p. 26).

Não obstante tais atitudes legislativas, reconhece Ripert (2002, p. 30) que,

> [...] inicialmente, o que falta ao capitalismo é um conjunto de instituições e regras que permitam reunir e utilizar os capitais, que assegurem ao detentor de capitais a preponderância na vida econômica e mesmo na vida política, que dêem à produção e à repartição das riquezas o primeiro lugar no espírito dos homens.

A primeira via para a concretização desse desiderato importou em manter o Estado, então constituído, no que se refere a sua função legislativa, acantonado em tarefas meramente coercitivas para a manutenção da segurança da sociedade, o que se traduzia, na verdade, em segurança para a classe que alcançava o poder, isto é, a burguesia. Não por outra razão, adverte o provecto Bobbio (2003, p. 33) que "com a noção restritiva do Estado como órgão do poder coativo [...] concorre o conjunto das idéias que acompanharam o nascimento do mundo burguês [...]".

Da mesma forma, Moreira (1987, p. 39) resume o momento liberal clássico:

> O crescimento da economia e o maior bem-estar da sociedade assentam no livre empreendimento privado, na autodeterminação individual, na procura da maior vantagem, na defesa do interesse pessoal.

Por isso mesmo, o Estado era dispensável como agente econômico, já que qualquer intervenção estatal mostrar-se-ia inconveniente à luz dessa doutrina, segundo a qual, ainda nas palavras de Moreira (1987, p. 40-41),

> Por isso mesmo, a economia basta-se a si mesma, dispensando a intervenção de quaisquer factores a ela exteriores, nomeadamente, aquela proveniente do Estado. A livre concorrência exige a liberdade económica face ao Estado. Este é a *altera pars* política da sociedade. Como dimensão diferente, não se confunde com ela nem nela deve intervir. A função do Estado deve limitar-se à defesa da sociedade das ameaças ou agressões que a visem e ao exercício da polícia sobre as perturbações que intentem pôr em causa a sanidade do corpo social.

Para lograr o intento de liberdade, dentre as diversas formas que o sistema econômico capitalista adotou, ao longo da histórica, *pari passu* com sua vertente política(o liberalismo), a vertente de viés clássico constituiu-se na atomização dos indivíduos que, acostumados ao sistema grupal familiar feudal, viram-se livres para o exercício de atividades econômicas, sob os ditames da concorrência igualitária, que antes eram realizadas no seio familiar. "A contraposição entre a sociedade e o Estado que alça vôo com o nascimento da sociedade burguesa é a conseqüência natural de uma diferenciação que ocorre nas coisas [...]" (BOBBIO, 2003, p. 50-51).

Entretanto, lograda a ordem jurídica burguesa em que se garantia a não intervenção do Estado, na seara econômica, e a atomização do indivíduo, no âmbito social – princípios consubstanciados em quase todas as constituições liberais da época – não necessitaram de largo espaço de tempo para que se mostrassem débeis os seus respectivos sistemas econômico e político no exercício de seus próprios fundamentos.

É que a liberdade de comércio e indústria – dogma inafastável do sistema econômico então imperante –, por si só, fez ruir a base, imaginariamente sólida, do sistema, surgindo, em pouco tempo, a necessidade de intervenção de um terceiro ator, antes afastado do campo econômico por constituir-se em ameaça àquela liberdade.

Com efeito, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, sob a vertente cronológica, tem como fato político marcante a Primeira Grande Guerra – primeira crise cíclica das muitas

que o capitalismo engendra –, isto é, o momento da constatação de ineficácia do modelo liberal clássico, de Estado absenteísta, cuja teoria baseava-se na auto-regulamentação da economia por intermédio da mão invisível e dos princípios da liberdade de empresa e livre concorrência. Em outras palavras, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico surge quando o liberalismo – como versão jurídico-política do sistema econômico capitalista – torna-se insuficiente para dar sustentáculo à forma de sistema até então adotada, qual seja, o primeiro capitalismo.

Não obstante esse marco histórico, é mister anotar que a crise dos fundamentos do individualismo pôde ser sentida desde os tempos da eclosão da Revolução Francesa até os nossos dias (FRIAS, 1941, p. 22-23), sendo que, principalmente a partir do século XIX, o interesse individual começa gradualmente a ser limitado pelo intervencionismo estatal.

Concomitantemente aos distúrbios econômicos referidos acima, sob o aspecto sociológico, surgem grupos intermediários de expressão, na defesa de interesses distintos daqueles individuais de atomização, ou seja, grupos situados entre o indivíduo e o Estado, que possuíam interesses próprios, bem distintos daqueles de aspectos burgueses, grupos como os sindicatos, por exemplo.

É o ressurgimento, *mutatis mutandis*, no âmbito social, dos grupos de indivíduos que a Revolução Liberal, com o argumento da instauração de um sistema de liberdade, como vimos, atomizou e que, segundo Frias (1941, p. 34, tradução nossa), citando Gurvitch, advém do todo social subjacente:

> O direito social – segundo Gurvitch – é um direito autônomo de comunhão, que integra de uma maneira objetiva cada totalidade ativa real, (e) que encarna um valor positivo extratemporal.[2]

[2] "El derecho social – según Gurvitch – es un derecho autónomo de comunión, que integra de una manera objetiva cada totalidad activa real, (y) que encarna un valor positivo extra-temporal". (FRIAS, 1941, p. 34).

Assim, em um real movimento de fluxo e influxo, as comunidades (isto é, os grupos sociais) realizam seus interesses, mesmo que à revelia do Estado legislador. (FRIAS, 1941, p. 35).

Em consequência da necessidade de correção dos distúrbios econômicos sentidos e do surgimento de grupos sociais que reivindicam melhores condições de vida – dentre estas, precipuamente, melhores condições de trabalho –, instaurar-se-á um direito estatal fulcrado nos movimentos sociais subjacentes, é dizer, nos movimentos dos grupos sociais que, como fenômenos sociais, estão alheios, até então, ao direito legislado do Estado. Precisamente na dicção de Frias (1941, p. 35),

> o direito social dirige-se, em sua camada organizada, a sujeitos específicos – pessoas coletivas complexas – tão diferentes dos sujeitos individuais singulares quanto das pessoas morais – unidades simples – que absorvem a multiplicidade de seus membros na intenção única de cooperação ou de estabelecimento. (tradução nossa).[3]

Surge, assim, a figura do Estado econômico, isto é, aquele que "deixou de funcionar apenas no quadro do político, para exercer a maior parte da sua actividade no quadro do económico, como figura econômica [...]". (MOREIRA, 1987, p. 52).

Com efeito, já no limiar do século XX, com a Primeira Grande Guerra, procedeu-se a certa ruptura com a ideia de liberdade quase total – em razão da desigualdade inevitável que o sistema liberal criava entre as classes sociais – com a profunda ingerência do Estado legislador na proteção dos vulneráveis, devendo-se evidenciar que parte da doutrina chega até a se referir ao século XX como "o século dos direitos sociais". (SAMPAIO, 2004, p. 227). Vislumbra-se, aqui, uma evidente preocupação da inércia estatal de outrora que, em parte,

[3] "[...] el derecho social se dirige, en su capa organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidad de sus miembros en la voluntad única de la cooperación o del establecimiento." (FRIAS, 1941, p. 35).

ensejou as desigualdades atualmente experimentadas. Inaugura-se, em determinados aspectos, a preponderância do interesse público sobre o interesse individual.

Isso porque, como anota García-Pelayo (1984, p. 203),

> com efeito, a experiência histórica tem mostrado que não é o Estado o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas, em sua realização, a situações e poderes extraestatais. Tais poderes podem ser de índole muito diversa [...] mas de um modo geral e comum destacam-se os poderes econômicos. (tradução nossa).[4]

E conclui o mesmo autor (1984, p. 203) que:

> É desses poderes – ou, melhor dizendo, das pressões econômicas desses poderes – que querem se libertar os grupos aos quais estamos nos referindo, pois são esses grupos, e não o Estado, os que se sentem como obstáculo imediato para o desenvolvimento da personalidade. (tradução nossa).[5]

Consequentemente, tal fato resvalaria, conforme Silva (2001, p. 136), na evolução do Estado, apresentando-se este, destarte,

> [...] justamente como meio apropriado para realizar a libertação dessas pressões, o que, naturalmente, supõe a ampliação de sua atividade e a intervenção na vida econômico-social que permanecia à sua margem. (SILVA, 2001, p. 136)

---

[4] "En efecto, la experiencia histórica ha mostrado que no es el Estado el único que oprime el desarrollo de la personalidad; que no es la única entidad que impone relaciones coactivas de convivencia, y que las mismas libertades liberales están condicionadas, en su realización, a situaciones y poderes extraestatales. Tales poderes pueden ser de índole muy diversa […] pero de un modo general y común destacan los poderes económicos." (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 203).

[5] "Son de estos poderes, o, por mejor decir, de las presiones económicas de estos poderes, de los que interesa en primer término liberarse a los grupos a que estamos aludiendo, pues son a éstos, y no al Estado, a los que sienten como obstáculo inmediato para el desarrollo de su personalidad." (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 203).

Deve-se notar, portanto, que a intervenção do Estado no domínio econômico não teve por objetivo tão somente a regulação da economia, senão que também a determinação positiva de direitos cujo fim era reter a liberdade que a mão invisível engendrava.

Em resumo, a separação inicialmente existente entre Estado e economia, progressivamente cedeu lugar à imbricação dos fenômenos, num processo de politização do econômico. Ao princípio liberal do primeiro capitalismo e à efetiva e quase completa abstenção econômica do Estado sucede o intervencionismo, seguido de ampla atividade do Estado nos campos econômico e social. "Do Estado-guarda-nocturno, abstencionista e 'negativo' passa-se ao Estado afirmativo ou positivo" (MOREIRA, 1987, p. 52).

A necessidade de intervenção estatal cada vez maior na economia resvalava nos aspectos político e jurídico, como não poderia deixar de ser. Daí que, inicialmente, fez-se mister o Estado lançar mão de instrumentos do modelo jurídico liberal, à míngua de outros mais adequados aos fins econômicos e sociais que então se propunham realizar. Em razão de tal fenômeno, afirma Moreira (1987, p. 66) que a ordem jurídica econômica, isto é, aquela que regulava a economia, espraiou-se para a ordem jurídica da sociedade civil, fazendo-se preponderante até o início do século XX. Em outros termos: a ordem jurídica burguesa expandiu-se para a sociedade civil, a ponto de a primeira englobar a segunda, traduzindo-se em ordem jurídica de toda a sociedade, independentemente da classe social de que se tratava, fenômeno que foi sentido até a primeira crise do capitalismo vigente.

Não obstante, mesmo utilizando instrumentos jurídicos cuja origem estava no direito burguês, a crescente intervenção do Estado na economia, corrigindo desvios que o mercado encetava e sob pressão dos grupos sociais existentes, ensejou o dirigismo estatal, o qual, dentre outros fenômenos, fomentou, principalmente, a transformação dos institutos jurídicos que constituíam dogmas liberais. Daí as certeiras palavras de Moreira (1987, p. 50) quando adverte:

> Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são feitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades, reconhecida essa situação, é sobre o Estado que vem impender a execução de papéis que até lhe estavam defesos. É o Estado que vem reclamar-se de principal responsável pelo curso da economia, instituindo todo um quadro institucional em que ele se move, controlando-o, dirigindo-o ou dedicando-se directamente à produção económica. Para a execução dessas tarefas o Estado utiliza os instrumentos clássicos, adaptados aos novos fins (política fiscal, monetária), faz-se polícia da actividade económica (proibindo e condicionando actividades, fixando preços, etc.), transforma-se em produtor e, finalmente, em administrador e planificador da economia nacional.

Isso porque, em primeiro lugar, a concentração incomensurável das empresas afastou do mercado, bem como do ordenamento jurídico (já que este é condicionado por aquele), a figura da propriedade individual sobre a empresa, em razão da crescente necessidade de capital. Em segundo lugar, a concorrência – princípio cardeal do primeiro capitalismo – foi violentada com o surgimento de cartéis e *trust*, surgindo os preços tabelados e o mercado dominado como remédios a tais mazelas. "Um sector importante do processo económico deixa de estar à disposição da vontade dos contraentes. É o fim do *free market bargaining*". (MOREIRA, 1987, p. 70).

No intuito de remediar tais desvios econômicos – que também produziam efeitos em outras áreas, notadamente a social, a política e a jurídica –, o campo do direito espraiou-se por domínios econômicos e sociais, por searas inimagináveis na forma do primeiro capitalismo, quando aquele se acantonava no perfil de Estado policial.

Fulcra-se, portanto, esse novo perfil estatal no fato simples de que a ordem jurídica da economia tem assento nas relações de produção que, por seu turno, são atividades de produção e prestação de serviços que não se constituem em atividades aleatórias, mas, a partir de então, em atividades reguladas e, portanto, dirigidas, pelo direito. (MOREIRA, 1987, p. 61).

Entretanto, essa mesma ordem jurídica refletia, apesar disso e como não poderia deixar de ser, a ordem jurídica da burguesia,

> [...] que 'pressupunha a identificação da sociedade económica burguesa com toda a nação'. Do mesmo modo, a ordem jurídica privada pressupunha a identificação da ordem jurídica das relações económicas burguesas com toda a ordem jurídica. (MOREIRA, 1987, p. 66-67).

Destarte, com a modificação da forma do sistema capitalista, ocorre a necessidade de divisar o direito não mais como o direito da burguesia, mas, sim, como direito estatal, no qual sobreleva a supremacia do público sobre o privado, sem que com isso se tenha modificado o sistema de produção e, portanto, tenha havido mutação nesse sistema, que continua sendo o sistema econômico burguês. É que, em virtude das dificuldades apresentadas pelo capitalismo liberal, duas correntes do pensamento jurídico ofertaram as respectivas soluções, como obseva Sampaio (2004, p. 218). Uma, de caráter revisionista, defende

> [...] mudanças no sistema parlamentar representativo, especialmente por meio da universalização do voto [...] bem como postulava uma atuação mais efetiva do Estado, tanto para gerar oportunidades de igualação social, por meio de políticas públicas de educação, de assistência e organização de estruturas especializadas na defesa dos trabalhadores, a exemplo da institucionalização da liberdade de associação sindical, quanto para proteger o próprio mercado.

A segunda, de feição radical e revolucionária, desejava a mudança não na forma do sistema econômico, mas no próprio sistema, com

> [...] a substituição do modo de produção capitalista, essencialmente geradora de crise e de injustiça social, mediante a extinção da propriedade privada, a socialização dos meios de produção e a sua gestão pela nova classe revolucionária: o proletariado. (SAMPAIO, 2004, p. 219.).

Como se pode notar, a primeira corrente de pensamento avultou-se no Ocidente, onde, sem que abrissem mão do sistema econômico capitalista, os Estados tomaram a si o ônus de corrigir os desvios detectados na economia do *laissez-faire* e prever melhorias nas condições de vida das demais classes sociais. Em razão de tais circunstâncias, ainda segundo Moreira (1987, p. 75), fomentou-se, com efeito, um quarto fenômeno, sob o ângulo jurídico, qual seja, o da

> transplantação do centro de gravidade da ordem jurídica da economia: do direito privado para o direito público. Na medida em que a economia era juridicamente relevante, era-o do direito privado. Ao que se assiste, a partir de certo momento, é ao deslocamento de domínios económicos que anteriormente relevavam do direito privado para o direito público, ou a complementarização de institutos daquele por institutos deste. Por outro lado, a cobertura pelo direito de domínios até aí ajurídicos ou 'livre do direito' faz-se predominantemente por meio do direito público.

Tal preponderância do público sobre o privado irá levar o Estado a uma legislação de caráter socializante, é dizer, a uma preocupação cada vez mais profunda com o aspecto social do direito e da sociedade, surgindo, consequentemente, a socialização do jurismo. Isso não importa dizer que o Estado absorveu a sociedade civil (entendida aqui como sociedade burguesa), pois que tal efeito redundaria no Estado totalitário (seja de feição fascista, seja de aspecto comunista); nem que no primeiro capitalismo – como já anotamos – o Estado fora absorvido pela sociedade civil, o que significaria uma sociedade sem Estado. (BOBBIO, 2003, p. 51).

Não obstante, a preponderância estatal é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, por exemplo, trabalhadores, locatários, consumidores, idosos e outros, cujas relações jurídicas, hodiernamente, já perderam o princípio fulcral de sua existência, qual seja, a absoluta autonomia da vontade nos contratos, à semelhança do que ocorre, por exemplo, com as relações contratuais trabalhistas, locatícias, consumeristas, dentre outras, para se tornarem preocupação do Estado e terem tratamento legislativo consentâneo com as diferenças econômicas e sociais existentes entre os envolvidos.

A despeito do giro copernicano que atingiu o jurismo, especialmente o direito privado, tal fenômeno alcançará também a ciência política, como não poderia deixar de ser, notadamente as vicissitudes pelas quais o sistema democrático de governo passará ao longo desses anos. Como afirma Bobbio (1994, p. 31-32), em sua obra específica sobre o tema, intitulada *Liberalismo e democracia*,

> O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o 'povo', entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito: nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do Federalista contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado. (BOBBIO, 1994, p. 31-32)

Outro corolário será o de atingir, também, o direito público (em quantidade e qualidade), mormente o Direito Constitucional, e, como direcionador de todo ordenamento jurídico, esse ramo do jurismo influenciará quase todas as Cartas redigidas a partir de então no mundo ocidental.

Com efeito, avulta de importância, neste momento, o surgimento da teoria da Constituição, especificamente o seu "bloco" econômico como forma de inserção, no corpo constitucional, de direcionamentos econômicos e sociais vinculativos a todas as funções do Estado, apontados pelo titular do Poder Constituinte Originário, que, nessa fase do desenvolvimento teórico constitucional, consubstanciava-se no povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, mesmo que ainda de caráter embrionário. (MÜLLER, 2003, p. 76).

Assim, na definição de Moreira (1987, p. 103), por bloco econômico da Constituição entende-se "o conjunto das normas fundamentais, os princípios constituintes da ordem económica; isto é: que a

estruturam num todo, num sistema". Em outras palavras, as normas fundamentais econômicas são aquelas que a economia diz que o são, institutos que exprimem juridicamente o sistema econômico adotado, ou seja, modo de produção, modo de distribuição do poder econômico e do produto social, ordenação da coordenação da atividade econômica, etc. (MOREIRA, 1987, p. 104).

A inserção, portanto, de institutos de natureza econômica em dispositivos constitucionais, principalmente no período posterior à Primeira Grande Guerra, como necessidade de mudança na forma do sistema capitalista do século XVIII e XIX, cria direitos antes impensados no âmbito constitucional. Daí surgem as constituições amplas, analíticas, fruto dos constitucionalismos moderno e contemporâneo, cuja principal característica está na vinculação do legislador ao seu discurso – e, acrescentamos, do julgador constitucional – que não se restringe à mera organização do Estado e à previsão de determinados direitos de caráter burguês, evoluindo para a caracterização de direitos de viés social, cultural e econômico.

Em uníssono pensamento doutrinário, tem-se como exemplo marcante de constituição com preocupação econômica revisionista a de Weimar, de 1919, precedida em dois anos pela mexicana, ambas de caráter socializante, em face da urgência da melhoria das condições de vida dos indivíduos pertencentes àqueles grupos sociais vulneráveis referidos, assim como no direcionamento da economia pelo Estado, fatores que se tornam suas principais características. Não obstante, é forçoso referir, no que interessa a este estudo, que tal caráter foi sentido mais enfaticamente no que concerne à organização da economia, que, a partir desse momento, deixará de se autorregular e será direcionada e dirigida pelo Estado, no afã de corrigir os desvios econômicos surgidos pelo liberalismo clássico, assim como de satisfazer às reivindicações dos grupos sociais de pressão. Para conjugar tais fenômenos e resolver os problemas encetados, as Constituições mexicana e weimariano, como de resto todas as constituições que adotaram a corrente revisionista, deram ensejo a um Estado prestacionista, de forte caráter interventor, um Estado social. Daí afirmar Sampaio (2004, p. 223) que,

> Em ambas as Constituições, os direitos econômicos eram definidos a partir de garantias institucionais e das tarefas atribuídas ao Estado [...]. Em Weimar, afirmava-se que 'o regime da vida econômica deve responder a princípios de justiça, com vistas a assegurar a todos uma existência digna'. Dentro desse limite era que se reconhecia ao indivíduo a liberdade econômica (art. 151). Para tanto, o Estado devia planejar, conduzir, coordenar e orientar atividade econômica nacional (México – art. 25.2).

No entreguerras, a vertente revisionista (social-democrata) angariou adeptos por todo o mundo, a despeito dos movimentos nazifascistas terem retardado a adoção do modelo weimariano e ensejado um retrocesso significativo dos avanços auferidos. Daí porque assevera Sampaio (2004, p. 223): "A Alemanha e Itália ensinavam ao mundo como se fazia política econômica supostamente redistributiva com governo totalitário". Por seu turno, a Polônia adotou modelo constitucional próprio, seguido de perto pelo Brasil, com a Constituição de 1937, que fora apelidada, não por acaso, de polaca. "Sufragara-se uma 'ditadura constitucional'".

Pari passu aos retrocessos localizados, os Estado Unidos da América do Norte, por seu turno, enfrentavam grave crise socioeconômica

> [...] com uma política de gastos públicos, de investimento social e de desvalorização da moeda perante o ouro, seguindo o receituário intervencionista e de pleno emprego prescrito por John M. Keynes [...]. (SAMPAIO, 2004, p. 224)

No que se refere ainda aos Estados Unidos, importa evidenciar que o constitucionalismo social fora realizado por meio de lei, sem que houvesse modificação formal no texto constitucional de 1787, de nítido caráter liberal. Deve-se isso à interpretação construtivista da Suprema Corte americana que, se num primeiro momento entendeu ser o "*New Deal*" inconstitucional, cedeu, posteriormente, para afirmar sua compatibilidade com a Constituição, diante das pressões exercidas pelo Poder Executivo a fim de aumentar o número de juízes e limitar a competência daquela Corte, dentre outras iniciativas. A mudança operada na mentalidade da Suprema

Corte americana – em decorrência, obviamente, dos fatores já mencionados – foi retratada com precisão por Rodrigues (1992), que, citando Edward Corwin, esclarece o fenômeno da intervenção do Estado na economia:

> [...] o conceito de liberdade econômica, como ausência de qualquer restrição por parte do Govêrno, foi substituído pelo de liberdade civil, gozada pelo indivíduo em virtude das restrições impostas pelo Govêrno, em seu favor, aos seus concidadãos. (RODRIGUES, 1992, p. 230)

No que toca ao bloco econômico das Constituições, é forçoso reconhecer que o mesmo ocorre com a Constituição da República de 1988. Assim, o documento fundamental de 1988 traduz-se em uma Constituição Econômica, por inserir cláusulas de cunho econômico que têm por escopo uma revisão da forma do sistema liberal clássico. Em outros dizeres, impõe-se reconhecer que a Constituição de 1988 torna claro seu desiderato de modificar a forma do sistema de produção capitalista encontrado na sociedade. Daí afirmar Grau (2003, p. 63) ser explícita a perseguição da Constituição na transformação da realidade econômica, dado que pode ser extraído da simples leitura do primeiro artigo do título referente à Ordem Econômica e Financeira (art. 170):

> A ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...]. A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista.

Como bem percebido pelo professor, desenganadamente a atual Constituição brasileira optou pela teoria keynesiana de intervenção do Estado na seara privada, com o fim de modificar a forma de concretização do sistema econômico que acolhe expressamente (art. 170, *caput*), uma vez que reconhece e assegura a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica que estabelece.

Assim, é necessário admitir que a Constituição de 1988, fruto, desenganadamente, do constitucionalismo contemporâneo, tratou de acolher princípios sem os quais nenhum sistema substancialmente

democrático se poria de pé. Dessa forma, principalmente depois dos problemas ideológicos trazidos pela Emenda Constitucional nº 6/95, é lícito asseverar que a Constituição Econômica inserida no corpo do diploma constitucional de 1988 dispõe sobre uma ordem econômica progressista que, sem sufocar a iniciativa privada com intervencionismos primários e populistas, sem objetivos claros, prevê princípios consubstanciadores de uma preocupação patente com o vetor interpretativo da dignidade humana. Tal fato, no entanto, não diminui o aspecto intervencionista antes mencionado, que enseja, ademais, o acolhimento, pelo texto constitucional, da social-democracia como ideologia adotada.

Das análises históricas empreendidas, percebem-se os motivos pelos quais, na evolução econômica do sistema capitalista, cuja característica primordial é a atomização do indivíduo, a intervenção estatal na economia se fez necessária. Aparentemente, seria um paradoxo que o sistema econômico que mais repugna aspectos sociais tenha dado ensejo ao surgimento do dirigismo estatal.

Como se constatou, o capitalismo, como sistema econômico, engendrou, ao longo da história, várias formas ou regimes econômicos, cujas modificações não tiveram por escopo senão a manutenção do próprio sistema como um todo, mesmo que, a princípio, trouxesse prejuízos relevantes a determinados proprietários de meios de produção. Via de consequência, fez surgir a corrente político-jurídica revisionista. Daí que a aparição do Estado no domínio econômico, mediante intervenção, direta ou indireta, não tem outro motivo senão assegurar a sobrevivência do sistema, primeiramente, mesmo que haja necessidade de mutação na sua forma; por segundo, conformar no bloco econômico da constituição as pressões de ordem econômicas, sociais e ideológicas dos grupos ou classes surgidos na sociedade. Essas pressões seriam, como afirma Moreira (1987, p. 94): no que toca às pressões econômicas, "o progresso técnico e o daí emergente nascimento do capitalismo monopolista"; quanto às pressões sociais, "o nascimento do movimento operário e o agravamento dos conflitos de classe"; quanto às de caráter ideológico, "o aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, ou pelo menos do capitalismo liberal".

Tais fatores forçaram, ainda segundo Moreira, a primeira modificação na forma do capitalismo enquanto sistema:

> O efeito conjunto dos factores referidos (económicos, sociais e ideológicos) foi pôr em causa o sistema social (sistema político) do capitalismo liberal. Isto é: a manutenção do sistema implicou a sua transformação, nomeadamente com a atribuição ao sistema jurídico-político (Estado e direito) de um maior papel na regulação do equilíbrio do sistema social. (MOREIRA,1987, p. 99).

Com efeito, as pressões mencionadas impulsionaram uma revisão da doutrina do liberalismo clássico, convergindo para uma gradual ingerência do Estado no domínio econômico, embasado pelos fatores sociais e ideológicos (corrente revisionista). Essa gradual ingerência, por seu turno, direcionou a economia e, consequentemente, o direito para uma socialização – e não para o socialismo, como sistema econômico – afetando algumas estruturas fincadas no primeiro capitalismo, em prol de classes socioeconômicas outras que não a burguesa.

Surge, a outro giro, a primazia, em razão dos fatores já mencionados, dos interesses sociais, que terão como titulares aqueles grupos sociais cujos integrantes viviam alheios à proteção do Estado na época do liberalismo clássico.

Frise-se, além disso, que a aparição dos interesses sociais – longe de ser a extinção dos demais – configura a emersão dos direitos sociais inorganizados (FRIAS, 1941, p. 37), como tentativa de estabelecer um direito organizado com fulcro na espontânea e natural cooperação informal dos indivíduos em sociedade.

Importa evidenciar que o surgimento dos direitos sociais – aqueles que concernem às demais classes existentes em uma determinada sociedade, que não a burguesa – deveu-se à necessidade de mutação na forma do sistema econômico capitalista como meio de sobrevivência do próprio sistema, bem como às pressões exercidas por grupos intermediários, existentes entre o Estado e o indivíduo, tais como associações, sindicatos, entre outros; e não, como

aparentemente se possa induzir, em virtude de preocupações e interesses da classe vitoriosa em 1789 com aquelas outras.

Daí afirmar Bobbio (2004, p. 38-39) o caráter histórico, e não o natural, dos direitos sociais:

> [...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.
>
> Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.

Não tendo, portanto, fundamento absoluto (natural), os direitos do homem, notadamente os de caráter social, restringir-se-ão àquilo que é previsto em texto normativo dotado de rigidez e supremacia, tal como as constituições modernas e contemporâneas.

Nessa perspectiva, é imperioso afirmar – quanto ao objeto deste ensaio – que a não concessão de direitos sociais a determinados grupos não se traduz em redução de sua abrangência, e sim em determinar historicamente quem são os efetivos destinatários desses direitos, os quais, como se demonstrou, não surgiram por benevolência da classe socioeconômica dominante à classe dominada, senão por reivindicações e lutas realizadas por esta. Daí o caráter histórico daqueles direitos. Mesmo porque interessa, no particular, a sua precisa conceituação, que é ofertada por Silva (1994), para quem direitos sociais,

> [...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 1994, p. 258)

É nessa perspectiva que podemos afirmar que a concessão de direitos sociais a agentes políticos eletivos, não previstos expressamente no texto constitucional, malfere toda a arquitetura da Constituição, assim como sua preocupação com o viés histórico desses direitos, na medida em que aquela concessão promove, fomenta a desigualdade que não deve existir entre os indivíduos em sociedade. Isso porquanto, se, como vimos, os direitos sociais surgem em um panorama de corrigir desvios encetados pelo sistema econômico capitalista, afagar parte da classe burguesa com tais direitos é inverter a pauta de prioridade ofertada pela história, é dizer, é trabalhar para a majoração da desigualdade social existente.

À luz, portanto, da sua evolução histórica, assim como do caráter do seu fundamento, os direitos sociais possuem destinatários certos e determinados, uma vez que, condicionada historicamente, sua essência não suporta que sua titularidade e seu exercício sejam conferidos a membros da classe dominante, por encerrar, às escâncaras, subversão de seu objetivo histórico.

3. Agentes políticos eletivos e agentes políticos não eletivos: distinção essencial quanto ao regime jurídico a orientar tratamento constitucional diverso

Fruto efetivo da cultura e da história da sociedade brasileira, a atual Constituição da República não escapou ao determinismo histórico que anima a aparição dos direitos sociais, mormente em razão do caráter extremamente democrático destes. Destarte, além de o texto constitucional prever um rol significativamente extenso de direitos desse caráter, já que não acantonam tão somente no artigo 6º do texto fundamental, direcionou-os a segmentos sociais específicos, titulares de interesses segmentais (ALMEIDA, 2009, p. 133), que, nos períodos políticos de exceção vividos no Brasil, ficaram à margem do direito legislado do Estado ou foram simplesmente arremessados ao limbo jurídico.

É com esse sentido de resgate, entendemos, que deve ser feita a leitura (mais apropriada) dos preceitos constitucionais que informam o regime jurídico dos direitos sociais, como de resto de todos os direitos fundamentais, positivados na Constituição, sob pena de contribuirmos para o aprofundamento do abismo entre as realidades constitucional e social, ainda muito sentido pela população brasileira.

É que a análise cuidadosa dos dispositivos constitucionais de regência induzirá à mesma conclusão à qual chegamos anteriormente, qual seja, a proibição da titularidade e do exercício de direitos sociais pelos agentes políticos eletivos, salvo quando a Constituição os concedeu de forma expressa, sem que deixasse margens a dúvidas, por se traduzirem em exceção à regra.

Com efeito, a mais adequada atitude interpretativa tangencia a distinção essencial, exposta na Constituição, entre os agentes políticos eletivos e os não eletivos, para concluir que, à luz das cláusulas constitucionais de regência, os regimes jurídicos ofertados diferem radicalmente, precipuamente quanto às vantagens conferidas a uns e a outros.

Pois bem. Se não há proveito algum para a sociedade – na democracia representativa – na gratuidade do exercício do mandato eletivo (SANTOS, 2005, p. 303 et seq.), é forçoso reconhecer que não é em razão do pagamento de uma mera contraprestação pecuniária pelo exercício do mandato que os agentes políticos eletivos se transformarão, subitamente, em trabalhadores. De efeito, o exercício das atribuições conferidas constitucionalmente ao detentor de mandato eletivo encerra uma representação popular, própria dos regimes democráticos indiretos/representativos, instituindo-se, por corolário, uma relação de natureza eminentemente político-jurídica com o Poder Público, é dizer, uma relação de representação política dos respectivos segmentos sociais, a qual não se traduz, portanto, em venda da força de trabalho a terceiros, como elemento integrante da produção. Esta, de seu turno, evidencia uma relação jurídico-econômica de trabalho, uma relação profissional.

Destarte, cabe lembrar os ensinamentos de João Barbalho Uchôa Cavalcanti, que, ao comentar o art. 22 da Constituição de 1891, expressou-se, no alvorecer da República, da seguinte forma:

> Durante as sessões. No recesso d'ellas não ha que subsidiar os legisladores, occupados então em seos proprios negocios ou em seos empregos. Nem durante ellas têm elles direito a receber o subsidio si não comparecerem, sendo méro abuso a concessão de licença com direito a essa vantagem. É pelo prejuizo que soffre em seos interesses o representante, d'elles afastado para estar presente à sua camara, que a Constituição lhe dá o subsidio, isto é, como a palavra o diz, auxilio, adjutorio (e não ordenado ou pagamento). E pois, si à sessão não vae, si não comparece nem concorre para o trabalho legislativo, não tem direito a esse auxilio, a menos que esteja em alguma commisão gratuita de serviço das camaras ou por ellas consentido, sem preterição dos deveres parlamentares. A percepção de subsidio sem exercicio no parlamento como que faz degenerar o mandato politico em simples emprego publico; é contraria mesmo à natureza e caracter do mandato (o procurador não tem direito a ser pago si não trabalha) e não assenta bem com a qualidade e jerarchia de tam altos gestores dos negocios publicos. (CAVALCANTI, 2002, p. 70).

Fixada a natureza de suas atribuições, e, por consequência, do vínculo que se estabelece com o Poder Público, é possível extrair, do escólio doutrinário, a ilação segundo a qual os agentes políticos eletivos deverão ser estipendiados pelo estrito exercício do mandato, já que afastados estarão de seus afazeres e negócios, os quais, sem a menor dúvida, estarão momentaneamente prejudicados.

De efeito, atualmente, a doutrina não possui divergência relevante do quanto ensinado pelo comentarista da Constituição de 1891.

Assim, Moreira Neto (1992, p. 195) dá a seguinte classificação:

> Denominam-se servidores públicos todos os indivíduos que estão a serviço remunerado de pessoas jurídicas de direito público.
>
> Idéia de extensão mais ampla que a de servidores públicos é a de agentes públicos, que são todos aqueles que, servidores ou não, estão intitulados a agir, manifestando, em alguma parcela, um poder atribuído ao Estado. Neste sentido, incluem-se os agentes políticos, eleitos ou não.

Por outro lado, embora parta de um conceito reducionista de agentes políticos, Gasparini (2006, p. 156) assevera:

> São os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da organização da Administração Pública ou, em outras palavras, são os que ocupam cargos que compõem sua alta estrutura constitucional. Estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. Desses agentes são exemplos o Presidente da República e o Vice, os Governadores e Vices, os Prefeitos e Vices, os Ministros de Estado, os Secretários estaduais e municipais, os Senadores, os Deputados e Vereadores. Não são, como se vê dessa enumeração, pessoas que se ligam à Administração Pública por um vínculo profissional. [...] O liame que os prende à Administração Pública é de natureza política e o que os capacita para o desempenho dessas altas funções é a qualidade de cidadãos. [...] Não se subsumem, portanto, ao regime de pessoal.

Vale ainda transcrever as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto aos agentes políticos:

> Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. [...]
>
> O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *munus* público. (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 135-137)

À luz dos ensinamentos doutrinários, é forçoso concluir que a Constituição estabeleceu distinções quanto à natureza das atribuições, ao vínculo estabelecido com o Poder Público e, consequentemente, quanto ao regime jurídico estabelecido entre os servidores públicos (agentes administrativos) e os agentes políticos, ambos espécies do gênero agentes públicos. E, entre os últimos, há a disparidade constitucional incontornável entre agentes políticos eletivos e agentes políticos não eletivos. Extremando-se os grupos, é certo afirmar que, no primeiro, encontram-se os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de todas as entidades federadas; já no segundo, os integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública.

Na realidade, é possível asseverar, sem receio de cometer qualquer equívoco, que, em virtude da enorme disparidade existente entre os respectivos regimes jurídico-constitucionais, o único toque de interseção observável consubstancia-se na forma de remuneração de tais agentes, que, a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, passou a ter uma única denominação: subsídio.

Aí, pensamos, radica o desvio de perspectiva operado pelo intérprete menos avisado.

De efeito, em virtude da citada EC, e para conferir nomenclatura única aos estipêndios de determinados agentes públicos, foram

acantonadas em um mesmo preceito espécies de agentes políticos diversas, surgindo a celeuma no que concerne à titularidade e ao exercício de direitos sociais, já que se pressupõe que o regime jurídico é idêntico para todos aqueles englobados no § 4º do artigo 39 da Constituição da República, na dicção ofertada por aquela Emenda Constitucional.

Entretanto, com uma leitura mais cuidadosa e profunda, é possível perceber que o único objetivo do Constituinte Reformador só poderia ter sido o de criar identidade quanto à remuneração dos agentes políticos ali arrolados, e não igualá-los no que diz respeito aos demais aspectos do tratamento jurídico conferido a cada categoria, pois, se assim o fizesse, a Emenda estaria igualando os desiguais sem que o critério da igualação fosse minimamente razoável; é dizer, a reforma textual malferiria o princípio da igualdade, atraindo para si, por consequência, a pecha da inconstitucionalidade.

Para que não ocorra essa incompatibilidade, é imperioso desnudar as distinções inerentes sobre a essência de cada grupo de agentes políticos estipendiado por subsídio, e conferir uma interpretação razoável e sistematizada às cláusulas constitucionais de regência, para assim convergir à assertiva que apresentamos acima: a única identidade entre esses agentes políticos é o termo conferido à contraprestação recebida: "subsídio". O próprio texto constitucional deixa-nos antever a disparidade existente entre agentes políticos eletivos e não eletivos, exceção feita, repise-se, àquele nome dado à contraprestação. O desvio de perspectiva operado por aqueles que entendem que os agentes eletivos possuem direitos sociais somente pelo fato de serem remunerados por subsídio é incomensurável. Analisemos uma hipótese. A Constituição de 1988 faculta à Administração Pública remunerar seus servidores públicos (agentes administrativos) através de subsídio, faculdade autorizada explicitamente no artigo 39, § 8º. Surge, assim, o seguinte questionamento: concretizada essa faculdade constitucional, e passando os servidores públicos a perceber subsídios, estariam tais servidores proibidos de titularizar e exercer os direitos sociais previstos no § 3º do mesmo artigo 39? Parece-nos claro que a resposta é negativa.

Destarte, e em consonância com o que acima afirmamos, a única coincidência entre os regimes jurídicos dos agentes políticos previstos no § 4º do artigo 39 da Constituição concerne ao nome ofertado à respectiva contraprestação. Vejamos.

Os agentes eletivos exercem mandatos, cuja duração é constitucionalmente determinada, e não cargos públicos. Essencialmente, a periodicidade dos primeiros concerne, a toda vista, ao regime de governo democrático, o qual exige alternância no poder e eleições periódicas. Ademais, ressalte-se ainda que os cargos públicos possuem duração determinável, e não determinada temporalmente. Os membros dos Poderes políticos, além disso, não são estruturados em carreiras. Por corolário, não obedecem a qualquer hierarquia, nem mesmo daqueles que os elegeram, uma vez que o mandato não vincula a vontade do representante à do representado. Não possuem, da mesma forma, férias. (Fenômeno reconhecido constitucionalmente é o recesso parlamentar, o que não pode ser confundido com aquele direito social, na medida em que não há necessidade de período aquisitivo para usufruir daquele recesso.) Por não terem direito a férias, não fazem jus, por óbvio, ao acréscimo de 1/3 constitucional sobre esse benefício, uma vez que este se encontra umbilicalmente ligado ao descanso anual remunerado. Quanto aos chefes dos Poderes Executivos, prevê a Constituição os afastamentos autorizados. No entanto, são aposentáveis pelo regime comum da Previdência Social. Impende anotar, no particular, que a aposentação dos agentes políticos eletivos é a exceção que confirma a regra. Isso porquanto a Constituição da República prevê expressamente tal direito social (CF/88, art. 40, § 13), inclusive com direito de cumular os proventos da aposentadoria com a remuneração de cargo público (CF/88, art. 37, § 10), o que é expressamente vedado aos demais agentes públicos, inclusive aos agentes políticos não eletivos, pelo mesmo inciso constitucional.

De outro lado, no que concerne aos membros dos Poderes Legislativos, notadamente no âmbito da União, a Constituição de 1988 estabeleceu aquilo que doutrinariamente se denomina "estatuto dos congressistas" (CF/88, art. 53 et seq.). No âmbito

dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, a Constituição estipulou regras que, embora possuam diferenças periféricas, não destoam no essencial, cuja finalidade é a proteção da liberdade do exercício do mandato. (CF/88, art. 25 et seq.; art. 29, VIII, IX). Deflui dessas regras que os membros dos Poderes Legislativos, em maior ou menor medida, possuem uma relativa responsabilidade penal e civil.

O mesmo ocorre quanto aos membros dos Poderes Executivos em todas as esferas de governo (CF/88, art. 76 et seq.; arts. 28 e 29 et seq.).

No que toca particularmente aos membros dos Poderes Legislativos municipais, é forçoso reconhecer uma faculdade constitucional defesa à grande maioria dos agentes públicos, notadamente aos agentes políticos não eletivos. De efeito, podem esses agentes eletivos, cumpridos os requisitos exigidos, cumular a contraprestação recebida em razão do exercício do mandato com a remuneração do cargo público, caso sejam servidores públicos de provimento efetivo (CF/88, art. 38, III). Tal cumulação somente é autorizada constitucionalmente, e por exceção, nas hipóteses previstas no inciso XVI do artigo 37 do texto constitucional.

Como é possível observar, mesmo entre esses agentes eletivos, aspectos pontuais diferem em relação à entidade federada a que pertencem.

A outro giro, se observarmos, porém, as cláusulas constitucionais referentes aos agentes políticos não eletivos, divisaremos que, conquanto sejam remunerados também por subsídio, a identidade de tratamento constitucional para por aí, sendo, de resto, totalmente distinto o regime jurídico a eles afetado.

Destarte, os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública possuem cargos em que exercem suas atribuições, as quais devem ser previstas em lei como forma de assegurar a transparência e o controle social do respectivo exercício. À exceção do Tribunal de Contas, são estruturados em carreira, razão pela qual se estabelece hierarquia

administrativa, inclusive com a existência de Conselhos Nacionais que detêm caráter e poderes administrativos, como é o caso do Judiciário e do Ministério Público. Não obstante, os membros do Tribunal de Contas, no âmbito da União, são equiparados, para efeito de vantagens e aposentação, dentre outros, aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 73, § 3º). Possuem todos, ainda, horário regular de expediente.

Porém, o que releva para este estudo e definitivamente encerra a diferença essencial é que esses agentes políticos não eletivos mantêm com o Poder Público uma relação de trabalho, profissional, visto que vendem sua força de trabalho à símile do que ocorre com os agentes administrativos (servidores públicos). Daí a razão pela qual lhes são conferidos os direitos sociais descritos no § 3º do artigo 39 da Constituição Federal.

Além disso, podemos adicionar a esse rol os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, uma vez que, embora apareçam no § 4º do artigo 39 da CF/88, inserem-se na categoria de agentes políticos não eletivos, e, portanto, gozam dos direitos sociais relacionados no § 3º do artigo 39, pois exercem cargo público de provimento em comissão, conquanto tenham forte viés político.

A propósito do assunto em tela, vale colher ainda os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: *décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de centro e vinte dias.* (DI PIETRO, 2007, p. 496, grifo nosso).

No mesmo sentido, ensina Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 697):

> O servidor que ocupa cargo ou emprego público – excluídos aqueles que exercem mandato eletivo – fará jus: *ao décimo terceiro salário, ao adicional noturno, ao salário-família, ao adicional de férias, à remuneração por serviço extraordinário.* (grifo nosso).

Com efeito, a expressão "servidores ocupantes de cargo público", a que se refere o art. 39, § 3°, do texto constitucional, não se aplica aos exercentes dos cargos eletivos, e, por outro lado, não fica também restrita aos agentes administrativos. Isso porque o vínculo que eles (agentes eletivos) possuem com a Administração Pública é meramente político e precário, na medida em que exercem mandatos, e não cargos, como os servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública.

No mesmo sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, para quem os agentes políticos eletivos não devem ser confundidos com os agentes organizados em carreira. Sobre os primeiros, esclarece:

> [...] caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere um direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 512)

Mas as discrepâncias constitucionais concernentes aos regimes jurídicos convergem para que, no tocante ao objeto deste ensaio, os agentes políticos eletivos não possam auferir os direitos sociais próprios daqueles que vendem sua força de trabalho e possuem uma relação profissional com a Administração Pública. Para que fizessem

jus ao exercício desses direitos, a Constituição da República deveria ter sido expressa, uma vez que o silêncio do texto constitucional, que se mostra eloquente no particular, deve ser lido como uma proibição *a priori*. Na raiz dessa afirmação está o fundamento histórico, e não natural, dos direitos sociais, como vimos. Assim, a sua previsão em textos de magnitude constitucional deverá ser lida como o resultado de uma reivindicação – não raras vezes através de luta – de segmento social específico, que, em razão de circunstâncias político-econômicas, auferiu aquele direito.

É o que afirmam, sob o prisma histórico, Bastos e Martins (1989), os quais nos dão exemplo evidente da evolução desses direitos para determinado segmento social:

> Note-se, entretanto, que ainda antes da atual Constituição esse direito não era extensível a todos os trabalhadores. Colhia, sem exceção, aqueles que fossem tidos como empregados urbanos e rurais.
>
> Como, todavia, a Constituição atual estende os direitos dos trabalhadores, ao menos parcialmente, a certas categorias, temos hoje, inequivocamente, o alargamento dos beneficiados por dita vantagem. Cite-se como exemplo os domésticos, que gozam de uma quase-equiparação com os empregados plenos. A esses também é devida a gratificação natalina. (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 436).

Tal evolução não ficou restrita aos empregados domésticos. Houve a necessidade de previsão expressa no texto constitucional para que se procedesse à extensão de alguns direitos sociais aos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos (CF/88, art. 39, § 3°). E não poderia ser diferente, porquanto tais direitos eram inexistentes nas Constituições anteriores.

Nessa linha de raciocínio, portanto, afigura-se errôneo equiparar os agentes políticos eletivos, cujo vínculo com o Estado é transitório, aos agentes políticos ocupantes de cargo público, sendo forçoso reconhecer que a Constituição da República estabeleceu regimes jurídicos distintos entre tais agentes, o que enseja a necessidade

de que o gozo e o exercício de quaisquer direitos sociais sejam expressamente autorizados pelo texto constitucional.

4. Conclusão

Em compêndio, é inevitável reconhecer, primeiramente, que os direitos sociais possuem fundamento histórico, e não natural. Daí ser possível afirmar, sob esse prisma, que, não só pelo fato de terem natureza humana, os agentes investidos em mandatos detêm a titularidade e o exercício daqueles direitos, pois que o seu fundamento histórico direciona a respectiva fruição a segmentos sociais específicos, destinatários determinados, cujo benefício somente é explicável à luz do desenvolvimento histórico de cada sociedade, em cada país.

De outro lado, a adequada interpretação dos dispositivos constitucionais de regência indicará a diversidade existente na essência e, por corolário, nos regimes jurídicos, afetos tanto aos agentes políticos eletivos quanto aos não eletivos, sendo imperioso extrair duas conclusões: a) o único ponto de toque entre os regimes jurídicos concerne à univocidade de nomenclatura da respectiva contraprestação, ofertada pela EC nº 19/1998; e b) a fruição de direitos sociais pelos agentes eletivos carecerá, incontornavelmente, de previsão constitucional expressa, como ocorreu com a aposentação, isso em razão da qualidade do vínculo estabelecido com a Administração Pública.

Por consequência, a legislação infraconstitucional, de quaisquer entidades federadas, que estabelecer quaisquer direitos sociais não plasmados no texto constitucional para agentes eletivos atrairá para si a pecha de inconstitucionalidade, por contrariar o silêncio eloquente da Constituição sobre o assunto.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Renato Franco de. *Democracia e constitucionalismo na jurisdição constitucional.* 2009. Tese (Doutorado) – Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires. No prelo.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____ . *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*: comentada. ed. fac-similar. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRIAS, Jorge A. *Lo permanente y lo mudable en el derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Adsum, 1941.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madri: Alianza, 1984.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo.* 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*? a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: Red Livros, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano.* 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. ed. fac-similar. Brasília, DF: Senado Federal, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____ . *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Artigo recebido em: 02/02/2011
Artigo aprovado em: 30/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120033

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 319-354

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DAS DOAÇÕES CASADAS DE RECURSOS AOS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

SAULO MARQUES DUARTE
Analista do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
sduarte@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente estudo comenta julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em relação aos aspectos constitucionais e legais das doações casadas de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O Tribunal Federal suspendeu a execução de sentença prolatada pelo Juízo Federal da 21ª Vara do Distrito Federal, que tinha declarado a nulidade dos arts. 12 e 13 da Resolução n. 137/10 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – e determinado a abstenção da realização de doações casadas e captação direta de recursos por particulares ao FIA – Fundo da Infância e da Adolescência.

A decisão do Tribunal considerou que a execução imediata da sentença implicaria grave lesão à ordem pública, tendo em vista que haveria intervenção de maneira indevida nas atribuições e competências do Conanda, com a possibilidade concreta de decréscimo nas doações para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A decisão foi proferida nos autos da Suspensão de Execução de Sentença n° 0006955-62.2012.4.01.0000/DF, promovidos pela União Federal, conforme o seguinte julgado.

2. Acórdão

Poder Judiciário

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Suspensão de execução de sentença n. 0006955-62.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente

Requerente: União Federal

Procuradora: Ana Luisa Figueiredo de Carvalho

Requerido: Juízo Federal da 21ª Vara – DF

Autor: Ministério Público Federal

Procuradora: Luciana Loureiro Oliveira

D E C I S ÃO

1. A União requer a suspensão da sentença prolatada pelo juízo federal da 21ª Vara – DF em 09/09/2011, nos autos da Ação Civil Pública 33787-88.2010.4.01.3400, nos seguintes termos:

'[...] Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para declarar a nulidade dos artigos 12 e 13 da resolução CONANDA N. 137/2010 e determinar que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente se abstenha de disciplinar a distribuição de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente por meio de captação direta de recursos por particulares ou por meio de doações vinculadas até que sobrevenha autorização veiculada em lei formal, mantendo, contudo, todos os atos praticados por aquele Conselho que tenha por fundamento a mencionada Resolução até a presente data.

Diante desse desate e considerando a possibilidade de prejuízo aos cofres públicos e ao sistema de proteção aos direitos da criança e do adolescente, REVOGO a decisão de fls. 401/403 e DEFIRO EM PARTE o pedido liminar, para determinar a suspensão imediata da eficácia dos artigos 12 e 13 da resolução CONANDA n. 137/2010, ressalvados os projetos em andamento, nos termos desta sentença.'

Sustenta que a execução imediata da sentença implica 'grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa', uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, acarretando substancial decréscimo nas doações para os Fundos da Criança e do Adolescente.

Assevera que, '... caso seja tolhida a possibilidade do doador de sugerir o plano de ação específico, haverá um contínuo desestímulo que se traduz em redução de projetos governamentais, voltada à criança e adolescentes, incluindo em tese convênios firmados com sociedade civil e entes da federação...'; que, 'Somente a título exemplificativo, no ano de 2011, estima-se que a antecipação da tutela dada no provimento definitivo causou um impacto da ordem de cinco milhões de reais, que poderão não ser destinados aos projetos já aprovados segundo critérios previstos em edital de chamada pública especialmente lançado para esta finalidade'.

Destaca que o 'julgador entendeu que a Resolução impugnada 'autorizou a participação de particulares na gestão dos recursos'. Todavia, isso nunca aconteceu', uma vez que o doador pode disponibilizar os recursos com ou sem sugestão quanto ao plano de ação específico, e em relação à qual o Conanda não está vinculado.

Assegura que os arts. 12 e 13 da Resolução CONANDA N. 137/2010, que prevêem a indicação de plano de ação pelo doador, não padece de ilegalidade; que os projetos são escolhidos segundo critérios estipulados em edital de chamada pública; que não há doação casada, mas mera indicação de preferência, não se podendo confundir 'indicação de preferência' com pretensa 'doação casada'; e que não existe nenhuma ingerência do doador na escolha dos planos de ação, que são estabelecidos anteriormente à possibilidade de realização de doação.

2. O pedido de suspensão dos efeitos de liminares e sentenças, em ações movidas contra o poder público ou seus agentes, vem contemplado, entre outros preceitos, no art. 4º, § 1º, da Lei 8.437, de 30/06/1992, nos seguintes termos:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

A suspensão de segurança, expressão aqui utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui o julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico.

Constitui, sim, uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe, sempre que possível, ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se 'evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas'. (Cf. arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009).

Mas, como nenhum exame jurídico pode perder a noção de sistema, é forçoso admitir, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal[1].

A discussão em torno da legalidade de captação direta de recursos para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e da possibilidade de o doador/destinador indicar a sua preferência

[1] STF – SS 846 – AgR/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgR, Relator Ministro Carlos Velloso (DJ 18/05/2001). (nota da citação).

na aplicação dos recursos doados, já que, a prevalecer a leitura do MPF e da sentença, a vontade do particular limitaria a competência exclusiva do gestor público para gerir essas verbas.

De acordo com o Ministério Público Federal 'a verba proveniente de renúncia fiscal da União Federal, que deixa de arrecadar créditos de Imposto de renda, na forma prevista no art. 260, do ECA, também é verba pública, pois quando o contribuinte opta pela doação subsidiada, deixa de pagar ao Fisco para depositar o montante correspondente no Fundo'. Em face desse aspecto, a resolução, que faculta ao doador indicar, entre as prioridades do plano de ação, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados, estaria eivada de ilegalidade, já que 'qualquer que seja a origem dos recursos, uma vez ingressando nos cofres do Fundo, passam a ter a natureza jurídica de 'verba pública'.

Entendeu o juízo que, 'muito embora a lei tenha conferido aos Conselhos da Criança e Adolescente a prerrogativa de fixar os critérios de utilização dos recursos, em nenhum momento autorizou a participação de particulares na gestão dos recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente'; e que 'o Administrador desbordou dos limites do poder regulamentar efetuando inovação no ordenamento jurídico pátrio por meio de simples resolução, dando destinação duvidosa a recursos públicos'.

3. O art. 260 da Lei 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiu a dedução do imposto de renda do valor total das doações efetuadas para os fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Segundo se vê, a Resolução questionada prevê variantes da destinação das doações com incentivo fiscal, quais sejam: a) destinação genérica: o destinador não vincula os recursos destinados a alguma prioridade ou linha de financiamento, muito menos a um projeto; b) destinação vinculada: o destinador previamente vincula os recursos destinados por ele a uma prioridade ou um projeto específico, que são geralmente indicados pelo Conselho; e c) destinação com chancela: com ou sem chamada pública, o Conselho seleciona projetos que são devidamente certificados, cabendo à entidade proponente a captação de recursos ao FIA que permita o financiamento deste projeto; com ou sem retenção de uma porcentagem dos recursos; com ou sem teto máximo para captação.

A decisão afasta as duas últimas modalidades. Segundo o encontro patrocinado pela Febraban, denominado '15º Café com Sustentabilidade', realizado com o fim de debater questões relativas ao Fundo para a Infância e Adolescência, 'onde a chancela foi implantada houve aumento de arrecadação pelo maior engajamento das entidades na captação de potenciais destinadores (como em SP, que cresceu de R$ 1,7 milhão de 2002 para R$ 42,7 milhões em 2007)'. Aliado a esse elemento, há dados relativos ao Fundo e empresariado, relativamente às restrições do Ministério Público sobre a chancela, com manifestações de recuos na destinação de recursos pela instabilidade judicial e legislativa, a exemplo da Petrobrás no RJ[2].

Antes da sua edição, a Resolução do FIA foi objeto de consulta pública, com amplo debate pela sociedade, inclusive com a participação do Ministério Público. Com a devida vênia, parece haver certo exagero do MPF em relação à matéria, quando afirma que a indicação de um plano de ação pelo doador implica, *ipso facto*, ilegalidade ou usurpação de atribuições do poder público.

A indicação do doador, que não é vinculativa para o Conanda, ocorre entre os projetos previamente escolhidos, segundo critérios estipulados em edital de chamada pública. Não se trata de um ato puramente subjetivo ou voluntarioso do doador, em atenção a interesses particulares, senão de uma manifestação de vontade submetida a verificação positiva do Conanda, o que equivale a dizer que a administração dos recursos oriundos da renúncia fiscal é da esfera pública.

Em nenhum momento o ECA veda a possibilidade de o doador indicar um projeto específico, e, por outro lado, prevê a competência do Conanda para fixar critérios de utilização do Fundo. Se a chancela ou a destinação pode ser elemento motivador de doações, até que se prove o contrário, a resistência do Ministério Público e a interferência do Judiciário pode, de fato, representar grave impacto nas verbas destinadas ao financiamento de programas destinados à proteção e defesa dos direitos da infância e da adolescência.

[2] < http://www.febraban.org.br/p5a_52gt34++5cv8_4466+ff145afbb52ffrtg33fe36455li5411pp+e/sitefebraban/cafe15.pdf>. (nota da citação).

4. A interpretação que o MPF e a sentença deram aos artigos 12 e 13 da Resolução Conanda n. 137/2010, para justificar a sua declaração de nulidade, não se afigura a que melhor consulta ao interesse público dos Fundos de Direito da Criança e do Adolescente.

Por via de consequência, a execução imediata da sentença implica grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conanda, com aptidão concreta para acarretar substancial decréscimo nas doações para os Fundos da Criança e do Adolescente.

Tal o contexto, defiro o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada. Comunique-se, com urgência, ao juízo prolator da decisão. Intimem-se. Preclusas as vias impugnatórias, arquivem-se os autos.

Brasília, 17 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal OLINDO MENEZES

Presidente

3. Contextualização e comentários ao julgado

Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, ou Fundos da Infância e da Adolescência, comumente denominados FIA, são aportes de recursos financeiros destinados ao atendimento especial das políticas, programas, projetos e ações de natureza complementar e temporária voltados para a população infanto-juvenil.

O FIA tem natureza jurídica de fundo especial e apresenta como um dos fundamentos para sua criação a necessidade de facilitar a captação e aplicação de recursos para a execução das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Uma das peculiaridades do FIA consiste na sua constituição por receitas específicas, como as verbas públicas designadas pelo Poder Executivo em suas dotações orçamentárias, as contribuições de governos estrangeiros e organismos internacionais, as doações de

pessoas físicas ou jurídicas, os recursos provenientes de multas aplicadas pela autoridade judiciária, entre outras.

A doação casada, ou destinação casada, geralmente ocorre nas doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, que deduzem do imposto de renda, nos termos do art. 260, *caput*, do ECA, o valor destinado ao Fundo. Dessa forma, o doador condiciona sua doação a programa, projeto, ação ou entidade previamente indicada por ele. Com a doação casada, o particular passa a ter o poder de escolha quanto à aplicação dos recursos doados ao FIA. Tal situação é de flagrante ilegalidade.

Os Conselhos de Direitos são os órgãos públicos a quem cabe, exclusivamente, estabelecer não apenas os critérios para aplicação das verbas dos fundos, como também os projetos e programas a serem beneficiados, não competindo tal escolha ao particular.

Trata-se de competência que a Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atribuiu aos Conselhos de Direitos, conforme se depreende da leitura conjugada dos seus arts. 88, inciso IV, 214 e 260, parágrafo segundo. O artigo 88, inciso IV, do ECA, estabelece como uma das diretrizes da política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes a manutenção de *fundos* nacional, estaduais e municipais *vinculados aos respectivos Conselhos de Direitos*, os quais têm o poder-dever de, para a utilização dos recursos do FIA, elaborar e aprovar os planos de ação e de aplicação, conforme previsto no art. 260, § 2º, do diploma estatutário.

Quando o contribuinte opta por fazer doação ao FIA a partir da dedução do imposto de renda, deixa de recolher o devido montante ao Fisco Federal para depositar no Fundo, ficando a verba integralmente sob administração do Conselho de Direitos, que é detentor único do poder de gestão e disposição dos recursos do FIA, nos moldes do art. 214, *caput,* do ECA. A aplicação desses recursos é, igualmente, uma prerrogativa exclusiva e inalienável dos Conselhos de Direitos, nos termos do art. 260, § 2º, do ECA, conforme já explicitado anteriormente.

Reforçando o caráter exclusivo da competência dos Conselhos de Direitos para a gestão dos subsídios do FIA, até mesmo em face da própria Administração Pública, Cury esclarece:

> É de se ver que as doações devem ser feitas a Fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo estes Conselhos, e não os governos (Federal, Estaduais e Municipais), como muitos pensam, os gestores dos Fundos e a quem competirá definir as prioridades locais e o montante dos recursos destinados a cada empreendimento, minimizando, assim, riscos de "politicagem" ou favorecimentos, os quais têm como única limitação legal a obrigação de destinar parcela do numerário para incentivo ao acolhimento de órfãos ou abandonados. Nada impede que a Administração Pública, a critério do respectivo Conselho, seja órgão executor de projetos utilizando recursos do Fundo, mas jamais terão o poder de escolher quais deverão ser ou não executados e em qual ordem de prioridade. (CURY, 2010, p. 1181).

Ao delegar a terceiro a escolha de projetos a serem beneficiados com as verbas do FIA, o Conselho de Direitos extrapola a sua competência constitucional e legal de formular e deliberar políticas públicas para crianças e adolescentes. Nesse sentido, Tavares leciona:

> Qualquer competência pública, por representar, em sua natureza, verdadeiro poder-dever do administrador, é irrenunciável e, salvo disposição legal expressa, intransferível. Assim sendo, não estão os Conselhos dos Direitos autorizados – ainda que de forma indireta – a delegar a terceiro a escolha dos programas e projetos que serão financiados pelas verbas dos fundos; fazê-lo implica tornar letra morta o princípio da democracia participativa que inspirou a sua criação. (TAVARES, 2010, p. 328).

O Conanda, ao prever a possibilidade de doação casada de recursos ao FIA, através do art. 12, §§ 1º e 2º, da Resolução n. 137/10, vai além de suas atribuições legais, pois passa a usurpar função do Poder Legislativo, bem como dispor sobre matéria de natureza tributária e fi-

nanceira, que está fora de sua competência. Dessa forma, os dispositivos dessa Resolução são expressamente inconstitucionais e ilegais.

Os valores destinados aos fundos através de doações subsidiadas possuem natureza pública tributária, uma vez que são provenientes de renúncia fiscal de imposto de renda, cujo recolhimento deixa de ser feito pela União. E, considerando a natureza pública dos recursos do FIA, eles estão sujeitos à incidência das mesmas leis que regulam a gestão das verbas públicas em geral, como as Leis Federais n. 4.320/1964 (Orçamento), n. 8.429/1992 (Improbidade Administrativa) e n. 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e a Lei Complementar n. 101/00 (Responsabilidade Fiscal), não havendo previsão legal para a participação de particulares na administração desses recursos.

Sendo competência exclusiva dos Conselhos de Direitos delimitar os critérios para aplicação da verba advinda dos fundos, a doação casada põe em risco as funções gestora e deliberativa por eles exercidas, desestimulando e esvaziando o papel desses órgãos, cujo funcionamento adequado é imprescindível para a promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Conforme citado na decisão, a União, ao requer a suspensão da sentença do juízo de 1º grau, que declarou a nulidade dos artigos 12 e 13 da Resolução Conanda n. 137/10, alegou que os referidos dispositivos não padecem de ilegalidade. Sustentou, ainda, que não se trata de doação casada, mas de mera indicação de preferência, não se podendo confundir indicação de preferência com doação casada, e que não há nenhuma ingerência do doador na escolha dos planos de ação, que são estabelecidos anteriormente à possibilidade de realização da doação.

No entanto, o argumento defendido não corresponde à realidade. Mesmo dizendo tratar-se de "mera indicação de preferência" dentre os projetos já aprovados, na verdade essa pretensa indicação tem se transformado em escolha direta e prévia do doador, que, na maioria dos casos, sendo detentor de grande poderio econômico, acaba por influenciar e interferir na elaboração dos planos de ação e aplicação dos recursos do FIA, prevalecendo o poder econômico sobre os imperativos da lei.

Segundo o julgado, "[...] em nenhum momento o ECA veda a possibilidade de o doador indicar um projeto específico [...]". Embora não proíba de maneira expressa a doação casada, o ECA não regulamenta, também de maneira expressa, tal possibilidade. Pelo contrário, o Estatuto traz em seus dispositivos normas claras sobre a competência do Conselho de Direitos para a gestão das verbas do FIA, conferindo-lhe a prerrogativa de fixar os critérios de sua utilização, não prevendo em momento algum a participação de particulares na gestão dos recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente.

Por fim, o julgado dispõe que a execução imediata da sentença que proibiu a doação casada de recursos implica grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que interfere indevidamente nas atribuições e competência do Conanda.

É importante frisar que a Administração Pública, da qual faz parte o Conanda, rege-se pelo princípio da legalidade, só podendo fazer o que a lei permite.

Segundo Di Pietro:

> [...] a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. (PIETRO, 2010, p. 64).

Logo, não pode o Conanda, por meio de Resolução, autorizar, sem que a lei o faça, a doação casada de valores ao FIA, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. E, sob esse aspecto, é possível o controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, não tendo ocorrido interferência indevida nas atribuições e competências do Conanda, já que a apreciação feita pelo Juízo Federal foi sobre a legalidade desse tipo de doação.

4. Considerações finais

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são frutos do princípio da democracia participativa, conforme disposições dos artigos 227, § 7º, e 204, inciso II, da Constituição da República. Eles são os legítimos representantes da sociedade para a deliberação e formulação das políticas públicas voltadas para o atendimento dos direitos de crianças e adolescentes, inclusive a gestão das verbas do FIA.

A doação casada de recursos ao FIA constitui prática que, além de comprometer o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do modelo de participação democrática – esculpido na Constituição da República de 1988 –, ofende o ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal n. 8.069/1990, uma vez que retira dos Conselhos de Direitos o seu papel legal de gestor das verbas dos Fundos.

Dessa forma, considerando que tal prática é inconstitucional e ilegal, conclui-se que o julgado em comento não primou pela constitucionalidade e legalidade do caso em questão, validando de forma indevida e equivocada as famigeradas doações casadas de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

5. Referências

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Patrícia Silveira. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120034

7 Direito Processual Coletivo

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 371-385

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CLASS ACTIONS AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

JUSSARA MARRA DA CRUZ TUMA
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
jussaratuma@mp.mg.gov.br

RESUMO: O presente artigo visa analisar os institutos da Ação civil pública e do Controle de Constitucionalidade, em todas as suas modalidades, enfocando as finalidades práticas de ambos, bem como realizar um estudo acerca da possibilidade da utilização da Ação civil pública para o questionamento de eventuais inconstitucionalidades, a partir de ensinamentos tanto teóricos quanto jurisprudenciais, de forma a demonstrar a atual posição dominante entre os juristas brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the institute of Class actions and of the Constitutionality Control in all of its patterns, focusing on the practical purposes of both of them. Moreover one aims at accomplishing a study about the possibility of utilization of the Class action for questioning occasional unconstitutionalities, from theory and jurisprudential teachings, in order to demonstrate the current dominant position among Brazilian jurists.

KEY WORDS: Class action; constitutionality control.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ação civil pública. 2.1. Legitimados para a propositura de Ação civil pública. 2.2. Causa de pedir e pedido na Ação civil pública. 2.3. Coisa julgada na Ação civil pública. 3. Controle de Constitucionalidade. 3.1. Sentenças nas Ações de controle de constitucionalidade e seus efeitos. 4. Ação civil pública no controle de constitucionalidade. 5. Posicionamento jurisprudencial. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Ação civil pública, inserida no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, veio colocar à disposição dos legitimados à sua proposição instrumento eficaz na proteção dos denominados "interesses difusos e coletivos", especialmente no que diz respeito a danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou infração da ordem econômica e da economia popular.

Em dispositivo repetido pela ordem constitucional que passou a viger em 1988, a Lei de Ação civil pública faz referência a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", deixando claro que a enumeração contida em referido diploma legal é meramente exemplificativa. Vejamos:

> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
>
> I – ao meio ambiente;
>
> II – ao consumidor;
>
> III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 371-385

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística.

Dessa forma, atuando na defesa de tais bens e valores, pode ocorrer de o legitimado ativo deparar com mandamento legal contrário às disposições constitucionais.

Diante disso, pergunta-se qual deveria ser o modo de atuação de referido autor de Ação civil pública em concreto, diante da situação ora exposta: questionar diretamente a constitucionalidade de tal dispositivo; representar aos legitimados para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou simplesmente desconsiderar os dispositivos legais de constitucionalidade duvidosa, fundamentando-se tão somente em leis e mandamentos inequivocamente constitucionais.

É amplamente sabido que, quando se fala em controle de constitucionalidade, deve-se ter em mente que ele pode ser realizado de diversas formas, cada uma com suas características e efeitos próprios.

Resta saber se há possibilidade do enquadramento de alguma das formas possíveis de questionamento da constitucionalidade de leis ao instituto da Ação civil pública.

A questão é bastante polêmica, apesar de estar praticamente pacificada nos Tribunais Superiores, conforme restará demonstrado mais adiante, e deve ser analisada em todas as suas peculiaridades, evitando-se, assim, que se chegue a conclusões equivocadas.

2. Ação civil pública

A Ação civil pública pode ser conceituada como "o instrumento judicial adequado à proteção dos interesses coletivos e difusos" (CARVALHO FILHO, 2006, p. 878).

É uma ação de rito especial e preordenado a uma tutela específica, qual seja, a já mencionada proteção concreta de todo e qualquer interesse difuso e coletivo, sendo certa a possibilidade de se alcançarem dois tipos possíveis de tutela:

a) tutela repressiva: quando o agente já consumou a conduta ofensiva aos bens e valores previstos na Lei de Ação civil pública;

b) tutela preventiva: mandamento judicial que imponha ao agente que não mais aja de forma a causar danos aos bens e valores protegidos, visando, pois, evitar a consumação do dano. A tutela preventiva pode ser materializada por meio de ação cautelar ou de mandado liminar.

São estes os exatos dizeres de Gregório Assagra de Almeida:

> A *ação civil púbica* é instrumento de se buscar a tutela jurisdicional de um direito coletivo em sentido amplo (difuso, coletivo ou individuais homogêneos) diante de uma lesão ou ameaça de lesão ocorrida no plano da concretude. Não se trata, assim, de processo objetivo. É processo de partes, em que se discute *direito coletivo subjetivo* pertencente a uma comunidade ou coletividade de pessoas. (ALMEIDA, 2003, p. 603)

E é a partir do entendimento da Ação civil pública como um processo de partes, concreto, que será analisada, mais adiante, a possibilidade de sua utilização como meio de se questionar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

2.1. Legitimados para a propositura de Ação civil pública

O rol dos legitimados ativos para dar início à ação judicial em estudo encontra-se no artigo 5º da Lei de Ação civil pública, que assim dispõe:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

> I – o Ministério Público;
>
> II – a Defensoria Pública;
>
> III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
>
> IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
>
> V – a associação que, concomitantemente:
>
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
>
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Importante ressaltar que o rol de legitimados enumerado pela Lei, ora transcrito, é taxativo, não se admitindo interpretação extensiva, salvo no que toca às associações, as quais, por expressa previsão contida no mesmo diploma legal, podem ter dispensado, pelo juiz, o requisito da constituição por no mínimo um ano, em caso de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (§ 4º do artigo 5º).

2.2. Causa de pedir e pedido na Ação civil pública

Quando se fala em pedido e causa de pedir no âmbito do Processo Civil como um todo, não há como fugir dos seguintes conceitos:

> *Causa de pedir* (ou *causa* petendi) – Vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega.
>
> *Pedido* (*petitum*) – Não se justificaria o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou *provimento*. Esse provimento terá natureza cognitiva (processo de conhecimento), quando caracterizar o julgamento da

> própria pretensão que o autor deduz em juízo; tratar-se-á, então, de uma *sentença de mérito* (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória). Ou terá natureza *executiva*, quando se tratar de medida através da qual o juiz realiza, na prática, os resultados determinados através da vontade concreta do direito (no processo de execução). Há também o provimento *cautelar* que visa a resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso de tempo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 262-263).

No entanto, trazendo o estudo dos institutos do pedido e da causa de pedir para a Ação civil pública, eles ganham contornos próprios e devem ser compreendidos por meio da análise sistematizada da matéria.

É que, diferentemente do Processo Civil em geral, no qual a sentença deve estar restrita aos limites do pedido, sob pena de nulidade, quando se trata de ações civis públicas ou coletivas, excepcionalmente, a lei admite condenações genéricas, o que, por outro lado, não lhes retira os atributos da certeza e da liquidez, essenciais a toda e qualquer sentença.

Assim, estando diante de uma sentença de mérito proferida em Ação civil pública, é possível se deparar com expressões que se limitam a condenar o réu ao ressarcimento pelos danos *causados*, e não pelos danos efetivamente *sofridos*, sem que isso constitua qualquer vício de validade.

2.3. Coisa julgada na Ação civil pública

Merece análise, por fim, a natureza da coisa julgada que se forma no âmbito das Ações civis públicas, tendo-se em vista suas peculiaridades.

Cuida-se da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, os efeitos operados pela coisa julgada são diferentes para cada solução possível dada ao caso concreto.

Dessa forma, tem-se que:

a) em regra, a coisa julgada operará efeitos *erga omnes*, ou seja, vinculante para todos, inclusive para aqueles que não participaram do contraditório;

b) será *inter partes*, ou seja, atingirá somente aqueles que participaram do processo em contraditório, quando a prova for deficiente, abrindo-se, nesse caso, possibilidade de ajuizamento de nova ação para o mesmo fim, por quem não foi parte no processo julgado improcedente, sanado o vício contido na prova anteriormente utilizada.

Vê-se, pois, claramente, que a intenção do legislador foi não deixar sem proteção aquele que, apesar de se encontrar em situação idêntica à discutida em ação julgada improcedente, não teve a oportunidade de fazer uso das provas que julgasse convenientes.

3. Controle de constitucionalidade

No que diz respeito ao Controle de constitucionalidade, em um primeiro momento, podem ser identificadas duas grandes modalidades de controle, quais sejam, o controle concentrado e o controle difuso.

O denominado controle concentrado de constitucionalidade é aquele que somente pode ser levado a efeito pelos legitimados elencados taxativamente no artigo 103 da Constituição Federal,[1] por meio das chamadas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADIs

[1] "Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI – o Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe nacional."

genéricas, por omissão ou interventivas), Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) ou Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), diante de Tribunais Superiores, agindo em competência originária, por meio de ações nas quais a declaração de inconstitucionalidade é o próprio objeto da ação, ou seja, é o pedido principal.

De outro lado, no que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, tem-se que pode ser provocado por toda e qualquer pessoa que se dirige ao judiciário buscando a solução de conflitos concretos, desde que, para o alcance de referida pacificação social, seja necessário o enfrentamento de possível inconstitucionalidade.

Dessa forma, a inconstitucionalidade é colocada para solução perante juízo de primeiro grau, não como pedido principal, mas sim como sua causa de pedir, ou seja, como questão incidental a ser solucionada somente no âmbito daquela ação judicial, e não definitivamente e vinculante a todos.

3.1. Sentença nas ações de Controle de constitucionalidade e seus efeitos

Em regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via concentrada são *erga omnes* e *ex tunc* (retroativos) atingindo, pois, todos os jurisdicionados, e não somente os envolvidos no âmbito do processo, até mesmo porque, nesse caso, a constitucionalidade da lei é questionada de forma abstrata, como pedido principal. Trata-se, portanto, de verdadeira declaração de nulidade da lei.

Entretanto, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela via concentrada, considerando razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica, é facultado ao Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria qualificada de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela somente opere seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que fixar.

De outro lado, no que tange ao já mencionado controle difuso de constitucionalidade, levado a efeito na discussão de efeitos concretos das leis, tem-se que a regra é que seus efeitos se operem somente para as partes que litigaram em juízo (*inter partes*) e que produzam seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), em acatamento às normas gerais de Processo Civil.

Há possibilidade, no entanto, de os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso se estenderem também àqueles que não foram parte no processo em que foi discutida.

Tal "alargamento" dos efeitos da decisão é possível quando declarada inconstitucional a lei, por maioria absoluta, no Supremo Tribunal Federal, em controle difuso e, após o trânsito em julgado, o Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei julgada inconstitucional (previsão contida no artigo 52, X, da Constituição Federal).

4. Ação civil pública no controle de constitucionalidade

A partir dos pressupostos básicos retro enumerados, pode-se passar à específica análise da possibilidade ou não de se utilizar da ação civil pública para a realização de controle incidental de constitucionalidade.

Ora, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, não há o que se questionar,ante a patente impossibilidade de utilização dessa via jurídica, uma vez que o rol de legitimados encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal, conforme explanado anteriormente, e permitir o controle de constitucionalidade por meio de Ação civil pública, a qual apresenta outro rol de legitimados, seria o mesmo que burlar norma constitucional, o que não se autoriza.

Outrossim, tendo-se em vista as características já enumeradas da Ação civil pública, parece amplamente possível a utilização de referido instrumento na busca da declaração de inconstitucionalidade de

determinada lei pela via difusa, ou seja, como causa de pedir, e não como pedido principal da ação.

Nesse sentido são os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli:

> Assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, ou em qualquer outra ação cível, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser a *causa de pedir* (não o próprio *pedido*) de uma ação civil pública ou coletiva. (MAZZILLI, 2005, p. 129).

Conforme visto, o controle difuso de constitucionalidade é realizado no caso concreto, por qualquer juiz ou Tribunal, produzindo, em regra, efeitos somente para as partes em contraditório, sendo a declaração de inconstitucionalidade proferida de forma incidental.

Dessa forma, nos termos da doutrina de Pedro Lenza, por serem os efeitos da declaração reduzidos somente às partes, na persecução de um bem jurídico concreto, individual e perfeitamente delineado, é possível o controle de constitucionalidade em sede de Ação civil pública, contanto que o pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade constitua-se verdadeira causa de pedir, e não pedido principal da ação.

Nesse ponto, interessante invocar novamente os ensinamentos de Mazzilli:

> O que não se tem admitido, porém, é que se use da ação civil pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos *erga omnes*, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional, pois, com isso, em última análise, estaria o juiz da ação civil pública ou coletiva invadindo atribuição constitucional dos tribunais, aos quais compete, com exclusividade, declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, para, a seguir, ser provocada a suspensão de sua eficácia *erga omnes*. (MAZZILLI, 2005, p. 130).

Ora, em que pese a ausência de previsão expressa da possibilidade

da utilização da Ação Civil Pública como meio idôneo a questionar a constitucionalidade de leis e atos normativos, não resta dúvida da possibilidade de fazê-lo, desde que incidentalmente no caso concreto.

O pedido formulado em sede de Ação civil pública não se confunde com aquele presente nas ações que visam o controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, ao passo que nesta o pedido é a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, naquela o pedido cinge-se a condenação, constituição ou declaração que seja suficiente para reparar o dano ou evitar que a ameaça de dano a direito coletivo se consume.

Nesses termos, finaliza o ilustre mestre:

> Com efeito, se numa ação civil pública um juiz singular pudesse cassar os efeitos pretéritos e ainda impedir todos os efeitos atuais e futuros de uma lei, porque inconstitucional, estaria na prática retirando-lhe toda a eficácia *erga omnes*, o que nosso sistema constitucional só admite possa ser feito originariamente pelos tribunais em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou, em alguns casos, em sede de ação interventiva. (MAZZILLI, 2005, p. 130).

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é deduzida na causa de pedir, como um dos fundamentos para o pedido de tutela de direito coletivo lesado ou ameaçado de lesão.

Não restam dúvidas, pois, que a Ação civil pública não pode se prestar ao controle concentrado de constitucionalidade, o que não impede o controle incidental de constitucionalidade, o qual é amplamente possível, conforme já demonstrado.

5. Posicionamento jurisprudencial

Fazendo uma breve análise do posicionamento dos Tribunais pátrios acerca da possibilidade ou não de utilização da Ação civil pública no Controle de constitucionalidade, merecem destaque os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DO SOLO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Afasta-se a preliminar de não-conhecimento do recurso por falta de esgotamento das vias ordinárias, tendo em vista que a sentença de mérito foi modificada por acórdão que não apreciou a matéria de fundo, mas extinguiu o feito ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público. Nesse caso, a jurisprudência desta Corte é pacífica em reconhecer que não seriam admissíveis os embargos infringentes. Precedentes: REsp 503.073/MG, 4ª T., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 06.10.2003; REsp 612.313/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10.05.2004; REsp 627.927/MG, 3ª T., Min. Nancy Andrighi, DJ de 21.06.2004; REsp 860.052/SC, 4ªT., Min. Jorge Scartezzini, DJ de 30.10.2006; REsp 554.170/SE, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 27.11.2006; REsp 914.896/MG, Rel.Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 18.02.08.

2. Compete ao Ministério Público, nos termos dos art. 5º, III, "b", e 129, III, da LC nº 75/93, a propositura de ação civil para a tutela do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos.

3. Não há óbice à propositura de ação civil pública fundada na inconstitucionalidade de lei, desde que a declaração de incompatibilidade com o texto constitucional seja causa de pedir, fundamento ou mera questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. Precedentes: AgRg no REsp 439.515/DF, Rel. Min. Humberto Martins; DJU de 04.06.07; REsp 401.554/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 26.05.06; REsp 621.378/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 03.10.05; REsp 728.406/DF; Rel. Min. José Delgado, DJU de 02.05.05; AgRg no REsp 620.615/DF, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 02.08.04; REsp 327.206/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 01.09.03.

4. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 699.970/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 08/05/2008).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. LEI 9.531/97 (FUNDO DE GARANTIA PARA A PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE-FGPC). INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ATOS LESIVOS ESPECÍFICOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO EFEITO CONCRETO DA NORMA. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR CONTRA LEI EM TESE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

3. Os Tribunais Superiores têm admitido, majoritariamente, a possibilidade, em ações coletivas (v.g. ação civil pública), da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, em controle difuso, desde que o ato normativo seja impugnado como causa de pedir, e não como o próprio pedido.

4. Todavia, na hipótese examinada, apesar de o autor da ação popular afirmar que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.531/97 é formulada apenas 'em nível de fundamento da ação', o objetivo da presente ação popular não está relacionado à anulação de atos específicos, mas contra todo o sistema de repasses previstos na mencionada lei, inexistindo a especificação de um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito necessário para autorizar a sua impugnação por meio da referida ação. Tal consideração, por si só, afasta o cabimento da ação popular, pois equivaleria à declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, em manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para efetuar o controle em abstrato da constitucionalidade das leis.

5. '[...] na ação popular, é indispensável que o seu autor descreva, na petição inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, indicando, assim, um específico fenômeno concreto de

> incidência da norma. Portanto, não cabe ação popular contra lei em tese. Se além de atacar lei em tese, o fundamento é, simplesmente, o da sua inconstitucionalidade, o descabimento da ação teria um motivo adicional: ela estaria substituindo a ação própria de controle concentrado de constitucionalidade.' (ZAVASCKI, Teori Albino. 'Processo Coletivo', 1ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 255).
>
> 6. Precedentes do STF e STJ.
>
> 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para restabelecer a r. sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.
>
> (STJ - REsp 441.761/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 18/12/2006 p. 306).

Conforme se pode notar, a questão da possibilidade do controle incidental de constitucionalidade como causa de pedir em Ações civis públicas é matéria praticamente pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores, embora ainda exista alguma controvérsia doutrinária e mesmo jurisprudencial acerca do tema.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto, inquestionável que a Ação civil pública não pode ser ajuizada como sucedâneo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (e demais modalidades de ações direcionadas ao controle direto), tendo-se em vista que, em regra, os efeitos da sentença proferida em sede daquela ação civil são *erga omnes,* e a produção de tais efeitos provocaria verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, usurpando, assim, competência prevista na Constituição Federal.

Entretanto, não se observa nenhuma incompatibilidade entre a Ação civil pública e o Controle de constitucionalidade na modalidade difusa, ou seja, por meio do questionamento no caso concreto, em sede de causa de pedir.

Admitido, pois, o controle incidental de constitucionalidade (por via difusa, repita-se) mediante a utilização de Ação civil pública, está-se

permitindo a seus legitimados que, quando, em defesa de interesses difusos e/ou coletivos, deparem com leis inconstitucionais, possam buscar, por si próprios, naquele caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade de referido dispositivo legal para, assim, chegarem ao provimento jurisdicional principal pretendido.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1026 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 359 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 811 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 695 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 552 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 924 p.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 199 p.

Artigo recebido em: 22/09/2010
Artigo aprovado em: 09/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120035

O DIREITO QUALIFICADO DAS MINORIAS PARLAMENTARES A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DE INTERESSE GERAL

LENNON GIOVANNI GONÇALVES FERREIRA
Analista em Direito
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
lennon@mp.mg.gov.br

1. Introdução

No regime democrático, as maiorias exercem, via de regra, papel decisivo. Atuam de forma preponderante na elaboração das leis e nas escolhas dos governantes, os quais, também, por via reflexa, comprometem-se, quase sempre, com as mesmas maiorias que os elegeram.

Justamente a fim de garantir patamar de igualdade, exerce o Poder Judiciário papel essencial no Estado Democrático de Direito, cabendo-lhe garantir às minorias pleno exercício de seus direitos, uma vez que, diversamente dos governantes, que são eleitos, os magistrados não têm compromisso algum com as maiorias, visto que eles detêm a necessária vitaliciedade, expressando, assim, tão somente sua consciência eminentemente jurídica.

Nesse contexto, releva ressaltar que tal papel jurisdicional se mostra ainda mais essencial quando se vislumbra a relação de maioria e minoria no âmbito do parlamento. Nessa esfera, as minorias, que também exercem papel representativo, muitas vezes se mostram tolhidas pela maioria, principalmente no tocante à tomada de

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 386-401

decisões concernentes ao exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

O presente trabalho propõe-se, assim, a abordar o relevante papel do Poder Judiciário na defesa dessas minorias parlamentares, quando tolhidas de seu direito de realizar a sobredita fiscalização, focando-se na possibilidade de tais interessados exercerem o direito à obtenção de informações de interesse geral em órgãos públicos, bem como terem acesso a documentos de caráter público, para fins de fiscalização da atuação do Poder Executivo, destacando o relevante papel do Poder Judiciário — mormente do Supremo Tribunal Federal — nesse contexto, o qual vem invocando, em reiteradas decisões, seu papel contramajoritário na solução de conflitos. Culmina na demonstração da possibilidade e da relevância do papel das minorias parlamentares na obtenção de tais informações e documentos, já que, detendo verdadeiro estatuto próprio, contribuem para o pleno exercício da representatividade em uma democracia qualificada.

2. O necessário acesso à informação, corolário da democracia

O texto constitucional confere o direito a todos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Essa é a dicção do inciso XXXIII, do art. 5º da Carta Magna que impõe, ainda, à Administração Pública a obediência ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*).

A regra, portanto, é a publicidade, excetuando-se situações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Obviamente, o direito de petição e certidões constitui instrumento básico para dar concretude à publicidade imposta pela lei maior. Este é o objetivo do legislador constituinte: não somente declarar o direito de todos ao acesso às informações de interesse geral, mas também instrumentalizá-lo, garantindo o direito de petição e certidões sem nenhum ônus para o postulante.

Historicamente, situações sigilosas e cerceamento de fornecimento de dados, muitas vezes mantidos em segredo, encontram-se intimamente ligados a práticas espúrias, desvios de conduta e a atos típicos de regimes totalitários, como o nazismo e inúmeras ditaduras na América Latina. Daí a importância da publicidade no Estado Democrático de Direito.

Segundo Pastor, a democracia é um sistema que se pressupõe, por definição, transparente:

> [...] o poder e os seus órgãos, pensa-se, não devem ter segredos para os cidadãos, uma vez que estes são os autênticos titulares e 'proprietários' daquele. É notório, aliás, que os sistemas autoritários ou totalitários tendem naturalmente a levantar um impenetrável véu de mistério sobre a atuação de seus poderes: o segredo certamente aumenta a eficácia das técnicas de dominação e controle social. (PASTOR, 2005, p. 116, tradução nossa)

Sem se olvidar de tal axioma democrático, é necessário reconhecer, consoante bem conclui Bonavides (1983, p. 322), que "raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão frequentes abusos e distorções quanto a democracia". Justifica o autor que a palavra democracia domina com tal força a linguagem política deste século que são raros o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos.

Insta buscar o verdadeiro significado da democracia para, assim, qualificar ou não um Estado como democrático. Para se evitar em práticas vedadas, é relevante depurar seus valores mais precípuos, fazendo valer, na aplicação da Constituição, valores concebidos pela Assembleia Constituinte.

Se em tal regime, por um lado, operam-se inevitáveis desvios, certo é, conforme preleciona Kelsen (1929, p. 3-13), que "a democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade". A própria definição lincolniana de democracia remete a um sentimento de esperança: governo do povo, para o povo, pelo povo. Eis a dicção do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, que, ressaltando

a soberania popular, preconiza que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da Constituição.

Se há um ponto fulcral no combate aos desvios próprios de regimes democráticos, esse é a publicidade: instrumento de controle e contenção do administrador público.

Se o povo é destinatário e a ele pertence a soberania, figurando o governante tão somente como mandatário de seus interesses, não subsiste motivo capaz de restringir a publicidade das ações que são de seu interesse.

Esse raciocínio decorre da noção de legitimidade do poder, que confere ao julgador o substrato necessário para eliminar qualquer restrição indevida a informações de interesse geral. Sob tal enfoque, ensina Frota:

> Quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade macomunada com ilegitimidade. Além de fraudar o Direito — máxime o Direito Legislado —, trai o povo. (FROTA, 2005, p. 53-54).

Seguindo a mesma esteira doutrinária, Mello reafirma:

> Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (MELLO, 2005, p. 102).

Diante de tais insuperáveis argumentos, não há razão para se negar, mesmo às minorias parlamentares, acesso às informações constantes de documentos de interesse geral, processos administrativos de igual natureza, procedimentos licitatórios e, enfim, quaisquer elementos necessários ao pleno exercício do controle que incumbe ao Legislativo exercer em face do Executivo.

3. O papel do Poder Judiciário em uma democracia qualificada: o papel contramajoritário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O parlamento, por sua própria natureza, tem composição mista, possuindo representação partidária e eleitoral amplamente diversificada. Nesse contexto, não raras vezes, no âmbito do Legislativo, há uma maioria parlamentar aliada aos interesses do Executivo e uma minoria oposicionista que deseja realizar, com maior amplitude, fiscalização da atuação do Chefe do Executivo e que, muitas vezes, acaba por ser tolhida pela maioria governista.

A situação fática referida reclama leitura e solução democráticas, impondo-se, judicialmente, à minoria parlamentar a garantia do direito fiscalizador, possibilitando amplo acesso a informações e documentos necessários à sobredita função institucional do Legislativo.

Nesse contexto, qualquer norma restritiva do direito de minoria parlamentar fere a Constituição, não podendo servir de empecilho ao pleno exercício da democracia e, mais propriamente, das funções dos representantes do povo eleitos. Diga-se: o respeito às minorias, em contraposição às decisões muitas vezes arbitrárias da maioria, há que receber amparo judicial.

Souza Neto (2002, p. 51), analisando a democracia sob o ângulo da compreensão e da legitimação da jurisdição constitucional, apregoa uma visão desse regime como caracterizado não apenas por regras tais quais a do voto majoritário, mas também pelo respeito às minorias contra decisões arbitrárias da maioria.

O raciocínio é simples: mesmo as minorias regularmente eleitas devem ser ouvidas, impondo-se potencializar suas ações e assegurar os seus direitos, tudo em prol do progresso, da otimização do modelo democrático, inclusive no tocante ao combate à corrupção.

Nesse sentido, preleciona Souza Neto (2002, p.52) que, embora o voto majoritário garanta uma situação de autonomia para a maioria das pessoas e, portanto, do ponto de vista utilitarista, possibilite o maior grau de felicidade para o maior número, não tem necessariamente compromisso com o respeito aos direitos individuais, embora possa eventualmente servir para protegê-los.

A defesa do direito das minorias atua sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, podendo-se falar atualmente em um "direito das minorias" que deve ser observado.

Sob este viés, as lições de Ataliba:

> A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso — por mecanismos que assegurem representação proporcional —, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas. [...] Na democracia, governa a maioria, mas — em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos — ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às ideias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração. [...] Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república. [...] Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a

> república faz da oposição instrumento institucional de governo [...]. É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. [...] Se a maioria souber que — por obstáculo constitucional — não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política [...]. (ATALIBA, 1987, p. 189).

Também o eminente e saudoso professor Ferreira demonstra igual percepção do tema ao enfatizar — com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária — que a essência democrática de qualquer regime de governo apoia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a *Majority rule* e os *Minority rights*:

> A verdadeira ideia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional. A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia. O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia. A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. Stuart Mill já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. (FERREIRA, 1971, p. 195-196).

Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas *Considerations on Representative Government*, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (*of true and false Democracy*): a falsa democracia é só representação da maioria. A verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria (MILL, 1862).

O Supremo Tribunal Federal, em recentes e reiteradas decisões, vem apregoando a garantia do exercício dos direitos fundamentais pelas minorias, o que se denominou, no âmbito da jurisprudência do Pretório Excelso, "papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal", sempre se assegurando a grupos minoritários o exercício de seus direitos e liberdades, encampando, inclusive, entendimento doutrinário ora referenciado.

O papel contramajoritário na jurisprudência do Supremo foi concebido, entre outros julgados, por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF nº 54 —, que tratou da antecipação de parto de feto anencéfalo e na ADPF nº 132, julgada conjuntamente à ADI nº 4277, que conferiu regime jurídico de entidade familiar à união estável homoafetiva[1].

Também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, defendeu-se o direito de reunião de minorias quando se tratava da Marcha da Maconha, oportunidade em que se frisou, naquela contextura, que os grupos majoritários não poderiam submeter à hegemonia de sua vontade a eficácia de direitos fundamentais, especialmente tendo em conta uma concepção material de democracia constitucional[2].

No julgamento da ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ, de relatoria do ministro Ayres Britto, o eminente ministro Celso de Mello ressaltou que a opção constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito implica, indubitavelmente, o respeito às minorias, senão vejamos:

[1] Posicionamento reafirmado na publicação do *Informativo Semanal de Jurisprudência* nº 635, do STF, em julgamento de situação análoga.

[2] Noticiado no *Informativo Semanal de Jurisprudência* nº 631, do STF.

> O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.
>
> A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado Democrático de Direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.
>
> Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados [...]. (BRASIL, 2011).

Mais propriamente na seara política, a Corte Suprema também reafirmou esse papel contramajoritário recentemente, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 26.441/DF[3]. De relatoria do ministro Celso de Mello, invoca, de forma vanguardista, o "estatuto constitucional das minorias parlamentares". Esse documento apregoa a participação ativa no Congresso Nacional de grupos minoritários, a quem assiste o direito de oposição, podendo também fiscalizar o exercício do Poder. Vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS – PRETENDIDA INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO MANDAMENTAL, PORQUE DE NATUREZA "INTERNA CORPO-

[3] *Informativo Semanal de Jurisprudência* nº 572, do STF.

RIS" O ATO IMPUGNADO – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DE CARÁTER POLÍTICO, SEMPRE QUE SUSCITADA QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA LIQUIDEZ DOS FATOS SUBJACENTES À PRETENSÃO MANDAMENTAL - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES – EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - *IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DE QUALQUER DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR* (CF, ART. 58, § 3º) – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER.

Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas — notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar — devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. [...]

- A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.

- O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional inconsequente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e con-

creta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

- A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..

- A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

4. Do direito qualificado do parlamentar a informações de interesse geral

O parlamentar, ao ser diplomado e convocado por seus pares a exercer tão relevante função, não se despe da qualidade de sujeito de direitos — destinatário das garantias fundamentais. Não há como não conferir às minorias parlamentares o mesmo direito assegurado a qualquer do povo, para que representem a sociedade.

A ordem constitucional vigente apregoa a regra da publicidade e o direito de petição *a todos* (inciso XXXIII do art. 5º da Carta Magna), quanto mais a membros do Poder Legislativo que se encontram investidos nas funções de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CR, art. 70).

Ao negar informações a representantes de grande parcela da população (minoria parlamentar), vislumbramos não apenas uma simples recusa ilegal, mas uma recusa qualificada, que não pode prosperar perante o Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Assim, eventual negativa de publicidade a parlamentar convola-se em negativa qualificada, já que ele, mesmo em condição minoritária, quando pleiteia informações e vista de documentos, está apenas

cumprindo, com tal diligência, o seu poder-dever de fiscalização do Poder Executivo.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue a mesma linha argumentativa:

> ADMINISTRATIVO - VEREADOR - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES - OMISSÃO DO PREFEITO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO. *Afigura-se ilegal e abusivo o ato do Prefeito que nega o fornecimento de documentos aos Vereadores, por violar o princípio da publicidade dos atos da administração. Recurso a que se dá provimento*. (Apelação Cível nº 1.0398.04.910503-2/001 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Kildare Carvalho - j. 09.09.2004). (MINAS GERAIS, 2004, grifo nosso).
>
> DIREITO ADMINISTRATIVO - REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PREFEITO - INFORMAÇÕES - DIREITO SUBJETIVO DO CIDADÃO - VEREADORES - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXX, e artigo 37, *caput*, como corolários do Estado Democrático de Direito que preconiza, garante a todos os cidadãos o direito subjetivo de examinar os atos da administração pública, de maneira que possam, inclusive, analisar a sua legalidade, mostrando-se abusiva a negativa do prefeito municipal em fornecer cópia de contrato de locação celebrado entre o município e um particular, *sendo irrelevante que os impetrantes sejam Vereadores*. (Apelação Cível / Reexame Necessário n° 1.0056.05.111234-2/001 - 6ª Câmara Cível - Rel. Des. Antônio Sérvulo - j. 09.01.2007). (MINAS GERAIS, 2007, grifo nosso).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA - REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS - OMISSÃO DO PREFEITO - NEGATIVA TÁCITA - CONTROLE EXTERNO - CIDADÃO/VEREADOR - IRRELEVÂNCIA - DIREITO CONSTITUCIONAL A INFORMAÇÕES - OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - SENTENÇA CONFIRMADA. Havendo fortes indícios de irregularidade na administração da Prefeitura de Carvalhópolis, aliado ao fato de que todos os documentos requeridos não são gravados por sigilo, sendo, portanto, públicos, *afigura-se ilegal a atitude do Prefeito em omitir, negando-se, desta forma, tacitamente, o fornecimento dos do-*

> *cumentos solicitados pelos Vereadores/impetrantes, independente de estarem pleiteando em nome próprio, como cidadãos, ou na função pública, com um agravante, neste último caso, pois quando se pleiteia como vereador daquela Municipalidade, está apenas cumprindo, com tal diligência, o seu poder/dever de fiscalização do Poder Executivo.* Diante disso, legítima a pretensão dos impetrantes que buscam, em juízo, a obtenção dos documentos PÚBLICOS não sigilosos, se o Prefeito, embora tenha o dever constitucional de apresentá-los, nega-se a fazê-lo. Sentença confirmada, no reexame. (Reexame Necessário nº 1.0390.03.003013-9/001 - 6ª Câmara Cível - Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves - j. 14.12.2004). (MINAS GERAIS, 2005, grifo nosso).

5. Conclusão

Na democracia, o Poder Judiciário exerce um papel essencial na garantia às minorias do acesso aos mais diversos direitos salvaguardados constitucionalmente.

Tal relevante papel se mostra ainda mais simbólico e necessário quando visa a garantir, no âmbito do Poder Legislativo, o exercício, pelas minorias parlamentares, de seu direito de fiscalizar a atuação do Poder Executivo, garantindo a tal parcela minoritária pleno acesso a documentos e informações de interesse geral, mesmo diante de eventual vedação constante em regimentos internos, constituições estaduais ou, ainda, leis orgânicas municipais.

O Supremo Tribunal Federal vem, em reiteradas decisões, garantindo, nas mais diversas situações, o pleno exercício das minorias a direitos, por vezes, reconhecidos apenas à maioria, potencializando uma igualdade material talvez inalcançável se não concretizada a atuação jurisdicional.

Seguindo tal linha argumentativa, o Supremo preconizou, recentemente, possuírem os parlamentares estatuto jurídico próprio, merecendo, mesmo as parcelas minoritárias do Legislativo, direito ao exercício institucional da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

Daí se falar, quando da negativa do exercício da fiscalização a uma minoria parlamentar, estar-se diante de uma negativa qualificada, já que, garantido constitucionalmente o acesso a informações de interesse geral a qualquer cidadão, que se dirá na hipótese de legítimo pleito oriundo de parcela, mesmo que minoritária, do parlamento. Isso porque mesmo as minorias do Legislativo fomentam interesses de grande parcela populacional, possuindo função primordial no jogo democrático, já que atuam inclusive quando a maioria parlamentar possui interesses convergentes com os interesses governistas.

6. Referências

ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos Poderes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181799/1/000433557.pdf.>. Acesso em: 21 fev. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Os poderes desarmados. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 15 de junho de 2011, publicação em 27 jun. 2011. Informativo Semanal de Jurisprudência, Brasília, DF, n. 631, 13-17 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo631.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26441, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de março de 2007, publicação em 25 abr. 2007. Informativo Semanal de Jurisprudência, Brasília, DF, n. 572, 14-18 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo572.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477554/MG, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 1º de julho de 2011, publicação em 3 nov. 2011. Informativo Semanal de Jurisprudência, Brasília, DF, n. 635, 8-12 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo635.htm#transcricao1>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633703, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de março de 2010, DJe, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003780>. Acesso em: 1 ago. 2012.

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1971.Tomo I.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, jan./mar. 2005.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

KELSEN, Hans. Vom wesen und wert der demokratie. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1929.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILL, Stuart. Considerations on representative government. New York: Harper & Brothers Publishers, 1862. Disponível em <http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/conrg10h.htm>. Acesso em: 2 ago. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0398.04.910503-2/00, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Kildare Carvalho. Belo Horizonte, 9 de setembro de 2004. DJ, 24 set. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10398049105032001>. Acesso em: 27 jul. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível - Reexame Necessário nº 1.0056.05.111234-2/001, 6ª Câmara Cível, Relator: Des. Antônio Sérvulo. Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2007. DJ, 2 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10056051112342001>. Acesso em: 27 jul. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível - Reexame Necessário nº 1.0390.03.003013-9/001, 6ª Câmara Cível, Relator: Des. José Domingues Ferreira Esteves. Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2004. DJ, 4 mar. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10390030030139001>. Acesso em: 27 jul. 2012.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Princípios de Derecho Administrativo general. 1. ed. reimpressa. Madri: Iustel, 2005. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120036

8

Direito Público Constitucional

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 405-438

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

CONSTITUTIONALITY CONTROL OF THE REQUIREMENTS OF RELEVANCE AND URGENCY OF EXECUTIVE ORDERS

PRISCILA CESAR LINS ASSIS DE CARVALHO
Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
priscila_lins@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo, cujo tema é *O controle de constitucionalidade judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias*, irá examinar a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias, mesmo que estas já tenham sido convertidas em lei; analisar a abrangência desse controle; identificar os seus limites e investigar a posição da jurisprudência pátria, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a respeito deste tema.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; Poder Judiciário; medidas provisórias; relevância; urgência.

ABSTRACT: The present article, witch theme is *Judicial review of the requirements of relevance and urgency of the executive orders*, will examine the possibility of the Judiciary review the constitutional

requirements of relevance and urgency of the executive orders, even if they have already been converted in law; analyse the coverage of this review; identify its limits and investigate the understanding of the national case law, especially of the Supreme Court, about the theme.

KEY WORDS: judicial review; Judiciary; executive orders; relevance; urgency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Problema de pesquisa. 3. Objetivo. 4. Metodologia. 5. Referencial teórico. 6. Desenvolvimento do trabalho. 6.1. Dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias. 6.3. Do controle de constitucionalidade das medidas provisórias após a sua conversão em lei. 6.3. Do controle de constitucionalidade das medidas provisórias após a sua conversão em lei. 6.4. Do entendimento da jurisprudência brasileira sobre as questões aqui abordadas. 6.4.1. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). 6.4.2. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). 6.4.3. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 6.4.4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6.4.5. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 6.4.6. Supremo Tribunal Federal (STF). 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde que a Constituição da República Federativa do Brasil outorgou poderes ao chefe do Poder Executivo para adotar medidas provisórias, com força de lei, em casos de relevância e urgência (art. 62, *caput*, da Constituição da República de 1988), tem-se discutido a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das medidas provisórias, especialmente no que se refere aos requisitos de relevância e urgência.

Não há dúvida de que incumbe ao Poder Executivo fazer tal controle antes da edição das medidas provisórias. Aliás, a relevância e a urgência, como ressaltado acima, são consideradas pressupostos constitucionais para que o chefe do Executivo possa se valer dessa espécie normativa de natureza excepcional.

O Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, deve também analisar a constitucionalidade da relevância e da urgência invocadas pelo Executivo, especialmente por meio das Comissões de Constituição e Justiça. É o que determina o art. 62, §§ 5º e 9º da Constituição da República de 1988.

Todavia, pelo fato de o Executivo e o Legislativo não cumprirem fielmente o seu encargo de guardiões da Constituição, no que se refere aos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias, discute-se a possibilidade de o Judiciário também exercer tal controle, ainda que as medidas provisórias já tenham sido convertidas em lei, pelo próprio princípio da separação dos poderes e do sistema *checks and balances* que norteia o nosso ordenamento jurídico e, principalmente, por ser o Judiciário que lida com a aplicação dessa espécie normativa nos casos concretos, ocasião em que, muitas vezes, a inconstitucionalidade torna-se clara e evidente.

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo elucidar as referidas questões, seja por meio de investigação doutrinária, seja através de pesquisa jurisprudencial.

2. Problema de pesquisa

O Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias? Qual é a abrangência desse controle? Quais são os limites desse controle?

3. Objetivo

O presente trabalho tem como objetivo examinar a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias, mesmo que estas já tenham sido convertidas em lei; analisar a abrangência desse controle; identificar os seus limites e investigar a posição da jurisprudência pátria, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a respeito do tema.

4. Metodologia

O artigo será desenvolvido, basicamente, por meio de pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, com a análise das ponderações dos principais doutrinadores brasileiros que tratam do tema.

O trabalho também se valerá de pesquisa nos sítios dos principais tribunais do Brasil, principalmente da Suprema Corte brasileira, para averiguar como a nossa jurisprudência tem-se posicionado a respeito do tema aqui proposto. Posteriormente, os dados levantados serão analisados, e propostas, elaboradas.

5. Referencial teórico

Um dos constitucionalistas que trata do tema aqui discutido é Alexandre de Moraes. Segundo ele,

> [...] os requisitos de *relevância* e *urgência*, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional. (MORAES, 2006, p. 636).

Todavia, excepcionalmente,

> [...] quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inocorrência da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar na esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional. (MORAES, 2006, p. 636).

Morais ressalta ainda que

> [...] a conversão da medida provisória em lei não afastará a possibilidade de análise judicial da presença dos indispensáveis requisitos formais necessários à edição das medidas provisórias, cuja ausência acarretará sua nulidade [...]. (MORAES, 2006, p. 637).

Pedro Lenza, no mesmo sentido, afirma que o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle de constitucionalidade dos requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, a saber, a relevância e a urgência, apenas em caráter excepcional, por força da regra da separação de poderes (LENZA, 2010, p. 240-241), o que confirma a relevância da discussão aqui proposta.

6. Desenvolvimento do trabalho

6.1. Dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias

O antecedente imediato da medida provisória é o antigo decreto-lei, previsto na Constituição da República de 1967[1], que se espelhou em instrumento normativo semelhante existente na Constituição da República Italiana de 1947[2], o chamado *decretti-legge*, tendo sido utilizado de modo extremamente abusivo pelo Presidente da República, autoridade competente para a sua edição (MORAES, 2006, p. 636).

A medida provisória, criada por meio da atual Constituição, objetivava, assim, corrigir os abusos perpetrados pelo decreto-lei e, ao mesmo tempo, atender à necessidade de se manter em nosso ordenamento jurídico um "[...] ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência." (MORAES, 2006, p. 636).

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 62, *caput*, dispõe que:

---

[1] Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas.
Parágrafo único – Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.

[2] Art. 77. O governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos com valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo, sob sua responsabilidade, adotar medidas provisórias com força de lei, deverá, no mesmo dia, submetê-las para efeitos de conversão às Câmaras, as quais, se dissolvidas, são convocadas para este fim e reúnem-se dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei nos sessenta dias posteriores à sua publicação. As Câmaras, todavia, podem regular por lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos.

> Em caso de *relevância* e *urgência*, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Grifo nosso).

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, *relevante* é aquilo que "tem importância", ou seja, algo "de grande valor ou importância" (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2009, p. 643).

Urgente, por outro lado, é "o que exige atitude ou solução rápida" (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2009, p. 755).

Para Kildare Gonçalves Carvalho,

> Apesar de se apresentarem como conceitos jurídicos indeterminados, é possível precisar conceitualmente relevância e urgência, como pressupostos para a edição de medidas provisórias. (CARVALHO, 2006, p. 353).

Para ele, *relevante* seria "[...] o que é importante, essencial, proeminente, exigível ou fundamental, devendo, contudo, vincular-se sempre e unicamente ao interesse público", ao passo que "[...] a *urgência* se caracteriza quando inadiável a providência legislativa com vistas ao alcance de determinado fim", o que significa que "[...] não será disciplinada por medida provisória matéria que possa ser aprovada dentro dos prazos legislativos de urgência previstos na Constituição (art. 64, §§ 1º a 3º)" (CARVALHO, 2006, p. 353, grifo nosso), como ressaltado supra.

Mendes, Mártires Coelho e Bonet Branco (2010, p. 1.015) arrematam dizendo que os pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias são "[...] requisitos comuns às medidas cautelares em geral". Assim:

> Para que se legitime a edição da medida provisória, há de estar configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público.(BRANCO, 2010, p. 1.015).

É por isso que a medida provisória é um instrumento legislativo excepcional, pois só deve ser utilizado pelo chefe do Poder Executivo quando determinada matéria, dada a sua relevância e premente necessidade de regulamentação, exigir que se prescinda do processo legislativo ordinário, por ser este mais moroso.

6.2. Do controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias

Nos termos do já citado *caput* do art. 62 da Constituição da República, incumbe, primeiramente, ao chefe do Poder Executivo o controle de constitucionalidade das medidas provisórias, inclusive dos pressupostos de relevância e urgência, já que todas as autoridades devem obedecer aos ditames constitucionais por ocasião do exercício do seu múnus.

Os §§ 5º e 9º do mesmo dispositivo legal, por sua vez, explicitam o dever do Poder Legislativo de também realizar o controle de constitucionalidade, não só da matéria por ela veiculada, como também de seus pressupostos formais. Confira:

> § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de *juízo prévio* sobre o *atendimento de seus pressupostos constitucionais*.
>
> [...]
>
> § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Resta saber, agora, se o Poder Judiciário também pode exercer tal controle e, caso afirmativo, quais são os limites da sua atuação nessa seara.

Para Ricardo Chimenti e outros,

> Cabe ao Chefe do *Poder Executivo* e ao *Poder Legislativo* a *avaliação subjetiva* da urgência da medida provisória, excetuada a hipótese em que a falta do requisito é flagrante e pode ser *objetivamente avaliada* pelo *Poder Judiciário.* (CHIMENTI *et alli*, 2008, p. 280-281, grifo nosso).

Sylvio Motta e Gustavo Barchet também discorrem sobre o assunto:

> O art. 62 da CR, em seu *caput*, institui a *urgência e relevância* como dois requisitos a serem observados pelo Presidente da República na edição de medidas provisórias. *Cabe, pois, inicialmente à própria autoridade executiva analisar a presença desses requisitos ao editar um ato normativo dessa espécie.*
>
> Uma vez publicada a MP, o §5º, do art. 62, da CR, é peremptório ao prescrever a *obrigatoriedade de que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, antes de procederem à análise de mérito das medidas provisórias, avaliem a presença de seus pressupostos constitucionais.*
>
> O STF, ao analisar o assunto, assentou que possui natureza *política* a análise desses pressupostos constitucionais, de modo que sua apreciação, a princípio, cabe, num primeiro momento, ao Presidente da República, ao editar a MP, e, num segundo momento, às Casas do Congresso, ao analisarem-na. Segundo a Corte, *apenas em caráter excepcional, quando se evidenciar abuso de poder ou desvio de finalidade na atividade legislativa do Presidente da República, é o Poder Judiciário competente para adentrar no exame de tais requisitos.* (MOTTA; BARCHET, 2007, p. 689-690, grifo nosso).

Veja, ainda, o entendimento de José Afonso da Silva a respeito das questões aqui analisadas:

> As *medidas provisórias*, com força de lei, podem ser adotadas pelo Presidente da República, as quais, no entanto, para serem legítimas, hão de atender a pressupostos formais, materiais e, ainda, a regras de procedimento [...]. Os *formais* são a relevância e a urgência [...]. *Os pressupostos da relevância e da urgência já*

> *existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados*. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los para julgar inconstitucionais MPs que a eles não atendessem sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República. Agora a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias depende de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais, tanto os formais quanto os materiais (art. 62, §5º). Significa, por um lado, que tais pressupostos são sindicáveis; por outro lado, que o entendimento da Casa por onde se inicia a sua votação – a Câmara dos Deputados – no sentido de que foram atendidos não vincula a Casa revisora – o Senado Federal; e, de outra banda, ainda, que, *sendo apreciáveis objetivamente, o Poder Judiciário não pode recusar sua apreciação quando, para tanto, invocado.* (SILVA, 2008, p. 532-533, grifo nosso).

Kildare Gonçalves Carvalho aborda o tema com um pouco mais de profundidade. Confira:

> O Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado nosentido de que a verificação de tais requisitos cabe inicialmente ao Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e depois ao Congresso Nacional, que pode não convertê-la em lei, por ausência desses requisitos. *Assim, não caberia ao Poder Judiciário, em razão do princípio da separação de poderes, questionar aqueles pressupostos, salvo na hipótese de flagrante desvio de poder ou abuso do poder de legislar. De se ponderar, no entanto, que abrir ao Judiciário a possibilidade de verificar a ocorrência ou não da relevância e urgência, poderia contribuir para evitar a proliferação de medidas provisórias adotadas pelo Chefe do Executivo sem a presença daqueles requisitos. Ademais, a discricionariedade que marca os requisitos da relevância e urgência não se confunde com ilegalidade nem com arbítrio, elementos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que deve ser preservado pela ação do Poder Judiciário, mediante os mecanismos de controle a seu cargo, entre eles os da constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Executivo*. (CARVALHO, 2006, p. 353-354, grifo nosso).

Por fim, cabe registrar os apontamentos feitos por Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco sobre os pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias:

> *Esses dois pressupostos estão submetidos à apreciação política do Presidente da República, que goza de larga margem de apreciação sobre a sua ocorrência. O juízo do Presidente da República, porém, está sujeito ao escrutínio do Congresso Nacional, que deve rejeitar a medida provisória se vier a entendê-la irrelevante ou não urgente.* No § 5º do art. 62 da Lei Maior está estabelecido que, antes de decidir sobre o mérito da medida provisória – vale dizer, antes de o Poder Legislativo anuir ou não à disciplina constante do texto da medida provisória –, o Congresso deverá analisar os seus pressupostos constitucionais, entre os quais se contam os requisitos da urgência e da relevância.
>
> O problema relativo à sindicabilidade desses pressupostos formais surge ao se indagar se há espaço para que também o Judiciário exerça crítica sobre a avaliação do Presidente da República e do Congresso Nacional.
>
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional passado, rejeitava competência ao Judiciário para exercer crítica sobre o juízo de existência dos mesmos pressupostos do decreto-lei. Sob a Carta atual, porém, e desde o julgamento da liminar na ADI 162, esse entendimento mudou.
>
> *Em 1989, a jurisprudência do STF sofreu alteração para admitir que esses pressupostos não são totalmente alheios à crítica judiciária. Sem que se desmentisse o caráter discricionário da avaliação política desses pressupostos, reservou-se ao Judiciário a verificação, em cada caso, de eventual 'abuso manifesto'.* Em precedentes diversos, o STF afirmou a possibilidade de censurar a medida provisória por falta dos requisitos da urgência e da relevância, sem, contudo, encontrar nas hipóteses que analisava caso para tanto. Em 1998, porém, ocorreu a desaprovação pela falta do pressuposto formal. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.015-1.016, grifo nosso).

Vê-se, portanto, que cabe ao *Poder Executivo* e ao *Poder Legislativo* a análise *subjetiva* dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias, pois tem o *Presidente da República ampla margem de apreciação* sobre a sua ocorrência, ou seja, incumbe-lhe a *apreciação política do cabimento das medidas provisórias*, que também se sujeitam ao escrutínio do *Congresso Nacional* no curso do processo de sua aprovação/rejeição.

Por outro lado, uma vez que os pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias nem sempre são rigorosamente respeitados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, deve-se reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade dos mencionados requisitos, até mesmo para se evitar a proliferação de medidas provisórias em casos que não há relevância e urgência que justifiquem a sua edição.

Cabe registrar ainda que, embora a relevância e a urgência da situação que imponha a edição de medidas provisórias encontrem-se no âmbito da discricionariedade do chefe do Executivo, tal não implica a tolerância de atos ilegais ou arbitrários, até porque estes são absolutamente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, em que o Poder Judiciário tem exatamente a incumbência de zelar pelo cumprimento da constituição e pela legalidade dos atos perpetrados pelo Executivo e pelo Legislativo.

Todavia, a doutrina é pacífica em considerar que o *controle de constitucionalidade* dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias a ser exercido pelo *Poder Judiciário é excepcional*, pois este deve analisar apenas *objetivamente* se os citados requisitos foram atendidos, desde que invocado para tanto, devendo o controle limitar-se aos casos em que há *flagrante abuso de poder de legislar ou desvio de finalidade na atividade legislativa,* respeitada a discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

6.3. Do controle de constitucionalidade das medidas provisórias após a sua conversão em lei

Superada a questão da possibilidade do controle judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, resta, agora, saber se tal controle pode ser exercido depois que a medida provisória é convertida em lei.

A pertinência do questionamento aqui feito se justifica pelo fato de as medidas provisórias possuírem exíguo prazo de validade (art. 62, §3º e §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Para Motta e Barchet,

> [...] o controle jurisdicional quanto aos requisitos da urgência e relevância não é cabível se a medida provisória já foi convertida em lei, pois *a conversão produz efeito de superar eventuais vícios a eles atinentes*. (MOTTA; BARCHET, 2007, p. 689-690).

Isso significa que "[...] *a lei de conversão não é contaminada* se a medida provisória que a originou ocasionalmente não preenche tais requisitos", razão porque se for interposta uma ação judicial impugnando uma MP justamente sob o fundamento de que estão ausentes seus pressupostos constitucionais, sua conversão em lei durante o trâmite do processo judicial torna-o sem objeto, devendo ser determinada sua extinção (grifo nosso).

Kildare Gonçalves Carvalho possui entendimento diverso. Confira:

> De se notar, ainda, que *medida provisória convertida em lei após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não implica em sanação dos vícios acaso existes*. É preciso, contudo, que se façam algumas distinções. Com efeito, *se a medida provisória não foi alterada pelo Poder Legislativo, não se considera prejudicada a ação direta, podendo ser aditada a inicial para incluir eventual nova numeração de dispositivos e o Presidente do Congresso Nacional no pólo passivo, julgando-se inconstitucional a medida provisória quanto aos efeitos*

> *pretéritos e ainda inconstitucional a lei de conversão. Se, no entanto, a medida provisória for alterada materialmente no projeto de lei de conversão, indo à sanção presidencial, somente em nova ação direta poder-se-á pedir a declaração de sua inconstitucionalidade, perdendo o objeto a anterior ação* [...] O Supremo Tribunal Federal tem ainda decidido que *ação direta fica prejudicada, com a perda do seu objeto, se a medida provisória teve a sua vigência extinta pelo decurso do prazo de deliberação do Congresso Nacional.* (CARVALHO, 2006, p. 353-354, grifo nosso).

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes também adotam tal último entendimento. Veja:

> Não se questiona, diante da jurisprudência tradicional do Tribunal que, *rejeitada expressamente a medida provisória ou decorrido in albis o prazo constitucional para sua apreciação pelo Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade.*
>
> Igualmente pacífico se afigura o entendimento segundo o qual *'não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia ex tunc e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da argüição de invalidade'.*
>
> [...]
>
> Não parece, todavia, isenta de dúvida a jurisprudência que entende prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade em decorrência da aprovação da medida provisória com alterações [...].
>
> [...]
>
> É fácil ver que a aprovação de medida provisória com simples alteração formal do texto originário não deveria suscitar maiores problemas no juízo abstrato de normas, uma vez que restaria

> íntegro e plenamente válido o pedido formulado, sendo facultado ao Tribunal, se entender devido, requerer novas informações junto ao Poder Executivo, bem como solicitar as informações do Congresso Nacional. As manifestações da Advocacia Geral da República, se já verificadas, poderiam ser, igualmente, aditadas sem nenhum prejuízo para a ordem processual.
>
> Evidentemente, *se a medida provisória for aprovada com alterações de tal monta que importem mesmo na derrogação da disposição normativa impugnada, nada mais resta senão proceder-se à extinção do processo.* (MARTINS; MENDES, 2009, p. 222-223, grifo nosso).

Conclui-se, assim, que caso a *medida provisória* questionada seja *rejeitada* ou *não* seja *convertida em lei* no prazo previsto no §3º do artigo 62 da Constituição da República, *a alegação de inconstitucionalidade restará prejudicada,* ocasião em que eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) instaurada será extinta, em razão da perda do objeto.

Se, porém, a *medida provisória* for *convertida em lei sem alterações*, havendo, apenas, modificações formais em seu texto, *o juízo sobre a constitucionalidade da medida provisória prosseguirá em todos os seus termos*, sendo que no caso de haver ADC ou ADI que tenha por objeto MP convertida em lei, o autor da ação deverá, tão somente, aditar a inicial para nela incluir eventuais alterações ocorridas com a conversão.

Por fim, se houver *alterações substanciais e materiais no texto da medida provisória convertida em lei, a alegação de inconstitucionalidade ficará prejudicada,* devendo, também, eventual ADC ou ADI instaurada ser extinta, pela perda do objeto.

6.4. Do entendimento da jurisprudência brasileira sobre as questões aqui abordadas

Vejamos, agora, como os principais Tribunais brasileiros têm enfrentado a questão do controle de constitucionalidade judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias.

6.4.1.Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

O TJMG não possui entendimento pacífico a respeito das questões aqui debatidas. Existem decisões inadmitindo, por completo, o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, como decisões que o admitem, desde que a ausência dos pressupostos constitucionais seja objetivamente evidenciada ou que haja abuso de poder ou desvio de finalidade.

Existem, também, decisões no sentido de que eventual vício de inconstitucionalidade não se supera pela conversão da medida provisória em lei, como também decisões que entenderam que a conversão suplanta eventual irregularidade em sua edição, além do entendimento de que a não conversão da medida provisória em lei faz com que o incidente de inconstitucionalidade perca seu objeto. Confira:

> INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUCIONAL - MEDIDA PROVISÓRIA - NÃO CONVERSÃO EM LEI - ATO DECLARATÓRIO DO PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL - VIGÊNCIA ENCERRADA - INCIDENTE PREJUDICADO. *A não conversão de medida provisória em Lei*, por meio de Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, *encerra sua vigência, fazendo que o incidente de inconstitucionalidade da espécie normativa perca o seu objeto.* Incidente de inconstitucionalidade julgado prejudicado (destacamos) (TJMG. Incidente de Inconstitucionalidade n.º 5826526-97.2010.8.13.0000. Rel. Des. Kildare Carvalho. Julgado em: 23/03/11. Publicado em: 19/04/11).

> MEDIDA PROVISÓRIA Nº340/2006 CONVERTIDA NA LEI FEDERAL Nº 11.482/2007 - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE FUNDADO NA ALEGADA AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA SUA EDIÇÃO - AFERIÇÃO SUBJETIVA - INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. *Em que pese a veracidade do argumento de que eventual vício de inconstitucionalidade da medida provisória não se supera pela sua conversão em lei, conforme já reiteradamente afirmado pela Corte Suprema de Justiça deste País,* não se vislumbra, na espécie, o alegado vício apontado, desde que também como reiteradamente vem

proclamando o Excelso STF, *a aferição da inexistência de pressupostos de relevância e urgência para a adoção de medidas provisórias somente se faz quando objetivamente evidenciada; outrossim, quando para sua análise, há que se fazer avaliação subjetiva, tal não é possível ao Poder Judiciário, sob pena de incorrer este em ingerência indevida em outro Poder, sendo tal confiado ao Chefe do Executivo, que expedirá a MP após a análise dos critérios de oportunidade e conveniência e, em segundo momento, ao Legislativo, quando de sua conversão em Lei.* (grifo nosso) (TJMG. Incidente de Inconstitucionalidade n.º 2259964-22.2008.8.13.0701. Rel. Des. Geraldo Augusto. Julgado em: 25/08/10. Publicado em: 17/09/10).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO. DPVAT. PAGAMENTO INCOMPLETO. FIXAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO. SINISTRO OCORRIDO APÓS VIGÊNCIA DA LEI 11.482/2007. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA MP 340/2006. INEXISTÊNCIA. - Após a edição da medida provisória nº 340/2006, convertida na Lei nº 11.482/2007, que alterou o valor das indenizações devidas pelo seguro obrigatório DPVAT, não mais se leva em conta o valor do salário mínimo, conforme era a regra prevista no alterado art. 3º, da Lei 6.194/74. - *Os critérios de aferição de urgência e relevância para a edição de Medidas Provisórias são próprios da discrição do Poder Executivo, cabendo ao Poder Legislativo a sua confirmação ou não, conforme sistemática prevista no artigo 61 da Constituição Federal, de forma que a intervenção do Poder Judiciário somente se justifica quando houver violação objetiva das regras de edição de tais medidas. - A conversão da medida provisória em lei suplanta eventual irregularidade em sua edição, que diga respeito a uma avaliação subjetiva dos seus critérios políticos.* (grifo nosso) (TJMG. Apelação Cível n.º 0209520-48.2010.8.13.0701. Rel: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgado em 03/03/11. Publicado em 28/03/11).

AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTO DE INDENIZAÇÃO DE DPVAT - MEDIDA PROVISÓRIA 340 - CONSTITUCIONALIDADE - LEI 11.482/2007 - APLICABILIDADE - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA QUANTIA ESTIPULADA A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - DESNECESSIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INCONFIGURAÇÃO. - *Não compete ao Poder Judiciário a apreciação acerca dos requisitos de urgência e relevância para a edição de Medidas Provisórias, vez que tal análise é de discricionariedade exclusiva do Poder Executivo, mais precisamente do próprio Presidente da República. Assim, não há que se falar*

em inconstitucionalidade da medida provisória em questão, pelo que entende-se perfeitamente aplicável a Lei 11.482/2007, por ela originada. [...] (grifo nosso) (TJMG. Apelação Cível n.º 2659070-44.2009.8.13.0701. Rel. Des. Elpídio Donizetti. Julgado em: 04/05/10. Publicado em: 21/05/10).

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 5º, MP N.º 2.170/2001 - REGULAMENTAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS POR INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PRESSUPOSTO FORMAL DE URGÊNCIA - AUSÊNCIA - PRESSUPOSTO MATERIAL - ART. 62, § 1º, II, C/C ART. 192, TODOS DA CF/88 - INFRINGÊNCIA. *Legítima é a medida provisória que atende aos pressupostos formais, materiais e procedimentais. Por pressupostos formais, tem-se a relevância e a urgência (*caput *do art. 62, CR/88);* por pressupostos materiais, as matérias a serem reguladas, que são limitadas (§1º, art. 62, CR/88). *O art. 5º da medida provisória nº 2.170/2001, que permite a capitalização dos juros em periodicidade inferior há um ano, é inconstitucional, por infringir o pressuposto formal de urgência, eis que o art. 4º do Decreto 22.626/33, que regulamenta a matéria, está em vigor há mais de 70 anos*, bem como o pressuposto material, pois houve violação do princípio da reserva legal, nos termos do art. 62, § 1º, II, c/c art. 192, todos da CF/88 (destacamos) (TJMG. Incidente de Inconstitucionalidade n.º 1008076-02.2005.8.13.0707. Rel. Des. Mota e Silva. Julgado em: 06/09/07. Publicado em: 17/10/07).

MEDIDA PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO. *A análise dos critérios de relevância e urgência que autorizam a emissão de medidas provisórias, trata-se de prerrogativa do chefe do poder executivo federal, cabendo a ele analisar e julgar a sua satisfação. Não é dado ao Magistrado julgar a pertinência da decisão do Presidente da República quanto à existência de relevância e urgência, sob pena de ofensa à discricionariedade inerente do Poder Executivo. A exceção consubstancia-se na hipótese de restar caracterizado abuso de poder ou desvio de finalidade,* situações, a meu juízo, inexistentes no presente caso. Argüição de inconstitucionalidade rejeitada e recurso não provido. (grifo nosso) (TJMG. Apelação Cível nº 0138745-08.2010.8.13.0701. Rel. Des. Cabral da Silva. Julgado em: 28/03/2011. Publicado em: 15/04/2011).

6.4.2.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)

O TJRJ tem entendido que é cabível o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias quando há abuso da discricionariedade pelo chefe do Executivo, desde que objetivamente verificado, e que a conversão da MP em lei prejudica a análise da inconstitucionalidade dos seus pressupostos constitucionais. Veja:

> Ação de cobrança de diferença de seguro obrigatório DPVAT. Autora que pleiteia complementação da indenização do seguro pelo falecimento de seu filho para perfazer o total de 40 salários mínimos. Sentença que julga improcedente o pedido e condena a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (um mil reais), na forma do art. 12, da Lei nº. 1.060/50. Apelação da autora, sustentando a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº. 340/2006, por faltar os requisitos de relevância e urgência, bem como sua ilegalidade pelo fato de lei específica somente poder ser revogada ou derrogada por outra lei especificamente publicada para esse fim. Recurso que não merece prosperar. *Tem o Supremo Tribunal Federal entendido que, convertida a medida provisória em lei, não cabe analisar os requisitos da relevância e da urgência na expedição da aludida medida.* Não fere a LICC a alteração da Lei nº. 6.194/74 pela MP 340/2006. Apelação a que se nega provimento (destacamos) (TJRJ. Apelação Cível n.º 0068950-15.2007.8.19.0001. Rel. Des. Horácio Ribeiro Neto. Julgado em 29/01/08).
>
> Procedimento Sumário de Cobrança. DPVAT. Sentença de procedência. Apelações. A prévia exaustão da via administrativa não se constitui em condicionante do exercício do direito de ação, tanto mais quanto como no caso, contrapôs-se a ré militantemente à pretensão veiculada em juízo. Ademais disso, não se pode mesmo falar em vinculação indevida na indenização ao SM, não apenas porque não se pode confundir critério legal de fixação da indenização com índice de sua correção, como também porque a r. sentença apelada, em verdade, sequer aplicara a regra da Lei 6.194/74 no que respeita ao montante da indenização, mas, desde logo, optara por conceder a indenização pretendida nos limites indicados pela MP 340, de 29.12.2006, que estabelecera o respectivo montante em quantia fixa e pré-determinada. Medi-

da provisória. Inconstitucionalidade. Urgência pretendidamente inexistente. Não se recomenda à cisão horizontal de competência, com a submissão do tema ao Egrégio órgão Especial - CR, artigo 97 - a alegação de inconstitucionalidade da MP 340/2006, a partir apenas da alegação de ausência do requisito de urgência para sua edição, na medida em que *o exame dos requisitos da urgência e relevância somente pode ser submetido ao Judiciário quando se configurar abuso da discricionariedade pelo chefe do Poder Executivo.* (AI-AgR 489108 / RS., STF., 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 26.05.2006, pág. 0029) que, embora se pretenda configurado a partir da alegação singela de inexistência da urgência, não se exibe sequer delineado. Direito adquirido ao regime da lei anterior. Plausibilidade seja porque o direito à indenização e no montante apontado no regime anterior, não dependia de qualquer condição para seu exercício, mas já integrava o patrimônio jurídico dos autores, de modo a não mais se sujeitar aos efeitos imediatos da lei nova, seja porque, exatamente em atenção aos fins sociais da lei, se decidira, antes e nesse mesmo tema, pela retroação da Lei 8.441/92 aos fatos verificados antes de sua vigência, o que parece impedir se adote, agora, postura diversa, para fazer incidir regulação mais gravosa quando se recomenda à ultra-atividade a lei anterior, pelo menos para regular os fatos verificados em sua vigência. Recurso dos autores provido, depois de não provido o da ré. (grifo nosso) (TJRJ. Apelação Cível n.º 0002963-32.2007.8.19.0001. Rel. Des. Maurício Caldas Lopes. Julgado em: 25/07/07).

CARTÕES DE CRÉDITO. EMPRESAS ADMINISTRADORAS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA nº 283 DO S.T.J. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. INADIMISSIBILIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2170/2001. 1- Após a edição da Súmula 283 do STJ, resta ultrapassada a questão atinente à cobrança de juros acima dos legais pelas administradoras de cartão de crédito, já que são reconhecidas como instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Desta forma, à elas não se aplicam as limitações previstas no Decreto nº 22.626/33, estando jungidas, nesta matéria, ao que for normalizado pelo Conselho Monetário Nacional, de acordo com o art. 4º, inc. IX, da Lei nº 4.595/64. 2- A capitalização mensal de juros, fora dos casos expressamente autorizados por lei, se encontra vedada por expressa previsão contida no art. 4º do Decreto nº 22.626/33. Assim, inadmissível a cobrança de juros capitalizados, como, aliás, se coloca a jurisprudência pátria, ex

> vi da Súmula 121 do S.T.F. 3 - A alegação de que a capitalização de juros encontra-se autorizada pela Medida Provisória 2.170-36 não merece guarida, pelo simples fato da notória inconstitucionalidade. *As medidas provisórias constituem artifício jurídico previsto para as hipóteses de relevância e urgência. Muito embora o critério de relevância seja subjetivo, o de urgência não carrega tanta dose de subjetivismo, o que torna mais fácil sua aferição. Urgente é o que não pode esperar e não me parece seja o caso da matéria tratada pelo art. 5º da já citada Medida Provisória. Afirmar que as 'nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano' é, decididamente, casuísmo, posto que de urgente nada tem.* Precedente Argüição nº 10/2003-Órgão Especial TJ-RJ. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (grifo nosso) (TJRJ. Apelação Cível n.º 0049688-21.2003.8.19.0001. Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgado em: 03/05/05).

6.4.3. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)

O TJSP também admite o controle de constitucionalidade dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias, excepcionalmente:

> Incidente de Inconstitucionalidade, suscitado pela 31a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde vem sustentada a inconstitucionalidade da Lei nº 11.482/07, desde sua origem, ao fundamento segundo o qual a Medida Provisória que a originou (MP n° 340/06) não atendeu os pressupostos de relevância e urgência do art. 62, caput, da Constituição Federal - Arguição rejeitada - Vício de origem não ocorrente – '*Os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos em conceitos jurídicos indeterminados de 'relevância e urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força das regras da separação dos Poderes (art. 62 da CF)' -* Relevância e urgência justificada pela necessidade da instituição de mecanismos que contribuam para elevação da concorrência entre os agentes econômicos - Indenização securitária incidente sobre as indenização de DPVAT. (grifo nosso) (TJSP. Incidente

de Inconstitucionalidade nº 0285781-60.2010.8.26.0000. Rel. Des. Octavio Helene. Julgado em: 16/03/2011. Publicado em: 13/04/2011).

6.4.4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)

O TJRS tem reconhecido a inconstitucionalidade das medidas provisórias, quando ausentes a relevância e a urgência, sem restrições:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CAPITALIZAÇÃO. PRONUNCIAMENTO EXPRESSO SOBRE A NÃO APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. *A Medida Provisória* nº 2.170-36/2001 *não é aplicável pelo fato de não atender aos requisitos de relevância e urgência estabelecidos no art. 62 da Constituição Federal. Por isso é inconstitucional, dependendo de processo legislativo ordinário para ser aplicada*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. UNÂNIME (grifo nosso) (TJRS. Embargos de Declaração nº 70019170091. Rel: Des. Dorval Bráulio Marques. Julgado em: 15/06/07. Publicado em: 28/06/07).

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. A capitalização dos juros remuneratórios só tem lugar nas situações excepcionadas pela súmula nº 93, do STJ, e nos saldos negativos de contas-correntes, na forma anual. No que concerne à *Medida Provisória* nº 2.170-36 de 23/08/2001, *a mesma é inconstitucional, em virtude da ausência do caráter de relevância e de urgência necessário para edição de medidas provisórias, a teor do contido no artigo 62, da Constituição Federal de 1988.* EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E DESACOLHIDOS (grifo nosso) (TJRS. Embargos de Declaração nº 70012077863. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 26/04/06. Publicado em: 03/05/06).

6.4.5. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O STJ, na maioria dos seus julgados, não admite o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, por considerar que o exercício de tal controle cabe exclusivamente ao chefe do Poder Executivo.

Há, porém, um julgado em que o Tribunal reconheceu a possibilidade de o Judiciário exercer excepcionalmente o referido controle, no caso de haver excesso de poder de legislar ou quando a ausência dos pressupostos constitucionais puder ser aferida objetivamente. Veja:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. JUROS DE MORA. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.180-35/2001. ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/97. REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. JUROS DE MORA NO PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA APÓS O ADVENTO DA MP 2.180-35/01. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA.
>
> 1. *A análise dos requisitos de relevância e urgência para a edição de Medidas Provisórias refoge à competência do Poder Judiciário, sendo sua apreciação discricionariedade do Poder Executivo.* Precedentes da Suprema Corte. [...] (grifo nosso) (STJ. AgRg no REsp 808.701/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 09/05/06. Publicado em: 19/06/06).
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. ART. 730 DO CPC. ALTERAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS REQUISITOS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS PROVISÓRIAS ANTERIORES À EC N.º 32/2001. VIGÊNCIA MANTIDA. MP 1.984-16 REEDIÇÕES ATÉ A MP 2.180-35. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR: 30 DIAS.
>
> 1. *Não cabe ao Judiciário adentrar no exame dos requisitos constitucionais de relevância e urgência, exigidos para a edição de medidas provisórias, ressalvados os casos excepcionais de evidente excesso de poder e aqueles em que a ausência de um dos referidos requisitos possa ser feita de forma objetiva.* Precedentes da Suprema Corte. [...] (grifo nosso) (STJ. REsp 475.722/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 26/10/04. Publicado em: 29/11/04).

> RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EMBARGOS. PRAZO. MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96.
>
> '*É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo,* dessa forma, suas reedições dentro do prazo de 30 (trinta) dias não lhes tira a eficácia.' (Precedentes). Recurso conhecido e provido. (grifo nosso) (STJ. REsp 266.673/SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgado em: 07/11/02. Publicado em: 02/12/02).

6.4.6. Supremo Tribunal Federal (STF)

A jurisprudência do STF tem se firmado no sentido de admitir, apenas excepcionalmente, o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, ou seja, quando a sua ausência for evidente, podendo ser aferida objetivamente, ou quando houver excesso de poder.

Isso porque embora os pressupostos constitucionais das medidas provisórias sejam de apreciação discricionária do Executivo e do Legislativo, que, por sua vez, fazem uma avaliação subjetiva e política daqueles, com base nos critérios de oportunidade e conveniência, o controle judicial faz-se necessário para impedir que o chefe do Poder Executivo incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso constitucional.

Além disso, o STF tem entendido que a lei de conversão não convalida os vícios eventualmente existentes nas medidas provisórias.

A respeito:

> EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.

I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. *Conversão da medida provisória na Lei n° 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória*. Precedentes. [...] (grifo nosso) (STF. ADI 4048 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 14/05/08. Publicado em: 22/08/08).

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º; 5º, *CAPUT,* E II; 22, I; 24, XI; 37; 62, *CAPUT*, E § 1º, I, B; 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. [...] 2. *Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente.* No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. [...] (grifo nosso) (STF. ADI 2527 MC. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em: 16/08/07. Publicado em: 23/11/07).

EMENTA: Ação rescisória: argüição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível

a sentença, quando 'a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial': preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. *Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição*: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. [...] (grifo nosso) (STF. ADI 1910 MC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 22/04/04. Publicado em: 27/02/04).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.925-5, SUCESSIVAMENTE REEDITADA ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32/2001. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5.º, *CAPUT*; 37, *CAPUT*, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. *Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário.* Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Ação julgada improcedente. (grifo nosso) (STF. ADI 2150. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 11/09/02. Publicado em: 29/11/02).

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDA-

DE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQUENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. *- A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62,* 'caput'*). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.* **UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA**

EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de 'checks and balances', a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. *- Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.* - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão [...] (grifo nosso) (STF. ADI 2213 MC. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 04/04/02. Publicado em: 23/04/04).

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. *- Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente,* o que, no caso, não ocorre. [...] (grifo nosso) (STF. ADI 2332 MC. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em: 05/09/01. Publicado em: 02/04/04).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, *CAPUT*; 37, *CAPUT*, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. *Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF.* Medida cautelar indeferida. (grifo nosso) (STF. ADI 2150 MC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 23/03/00. Publicado em: 28/04/2000).

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. [...] 3. *No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória* (que deu origem à Lei em questão), *exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.* [...] (grifo nosso) (STF. ADI 1717 MC. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 22/09/99. Publicado em: 25/02/2000).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO: POSSIBILIDADE. REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO PSSSP. MEDIDA PROVISÓRIA nº 560, de 26.7.94. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL: C.F., art. 195, § 6º. [...] II. - *Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória.* Precedente: ADIn 162-DF

(medida liminar), Moreira Alves, Plenário, 14.12.89; ADIn 1.397-DF, Velloso. RDA 210/294. [...] (grifo nosso) (STF. RE 217162. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em: 14/12/98. Publicado em: 26/02/99).

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.587-4, DE 12.12.1997 (SUCESSIVAMENTE REEDITADA) E QUE VEDA AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 4º , EXERCER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 62, 5º, XXXVI, E 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Em face das informações presidenciais, ficaram abalados os fundamentos jurídicos da inicial, sendo, ademais, *pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame da relevância e da urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da C.F), quando dependam de avaliação subjetiva – e não meramente objetiva – como ocorre no caso presente*. De resto, o autor admite a relevância e a urgência da Medida Provisória, quando cria e amplia vantagens para os Advogados, tanto que não impugna os artigos que as instituem. Só não vê urgência e relevância na Medida Provisória, no único artigo em que traz para os Advogados o ônus da dedicação exclusiva, o que revela, ao menos, não estar convicto da ausência de tais requisitos na Medida Provisória. [...] (grifo nosso) (STF. ADI 1754 MC. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 12/03/98. Publicado em: 06/08/99).

7. Considerações finais

Vimos que, nos termos do art. 62, *caput*, da Constituição da República de 1988, somente nos casos de relevância e urgência o Presidente da República poderá editar medidas provisórias, o que significa que o referido ato normativo só pode ser usado excepcionalmente, semelhantemente às medidas cautelares em geral, ou seja, apenas quando a demora na produção da norma puder ensejar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público.

Assim, embora caiba ao Executivo e ao Legislativo realizar o controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias, no momento da sua edição e da sua conversão em lei, respectivamente, nada impede que o Judiciário também exerça tal controle, até mesmo pelos princípios da separação de poderes e da segurança jurídica.

A doutrina pátria tem entendido que, pelo fato de os pressupostos constitucionais das medidas provisórias não serem rigorosamente respeitados pelo Executivo e pelo Legislativo, deve-se reconhecer a possibilidade de o Judiciário realizar, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade dos referidos pressupostos, de forma objetiva, e nos casos em que houver flagrante abuso de poder de legislar ou desvio de finalidade na atividade legislativa, mesmo depois da conversão da medida provisória em lei, desde de que não haja alterações substanciais em seu texto.

A jurisprudência brasileira, no mesmo sentido, vem admitindo o controle de constitucionalidade judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, também excepcionalmente, ou seja, quando a sua ausência puder ser constatada objetivamente ou quando evidente o abuso de poder ou o desvio de finalidade, mesmo após a sua conversão em lei, posição à qual me filio.

8. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade n. 5826526-97.2010.8.13.0000. Rel. Des. Kildare Carvalho. Julgado em: 23/03/11. Publicado em: 19/04/11. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2259964-22.2008.8.13.0701. Rel. Des. Geraldo Augusto. Julgado em: 25/08/10. Publicado em: 17/09/10. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 0209520-48.2010.8.13.0701. Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgado em: 03/03/11. Publicado em: 28/03/11. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2659070-44.2009.8.13.0701. Rel. Des. Elpídio Donizetti. Julgado em: 04/05/10. Publicado em: 21/05/10. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade n. 1008076-02.2005.8.13.0707. Rel. Des. Mota e Silva. Julgado em: 06/09/07. Publicado em: 17/10/07. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 0138745-08.2010.8.13.0701. Rel. Des. Cabral da Silva. Julgado em: 28/03/11. Publicado em: 15/04/11. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0068950-15.2007.8.19.0001. Rel. Des. Horácio Ribeiro Neto. Julgado em 29/01/08. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0002963-32.2007.8.19.0001. Rel. Des. Maurício Caldas Lopes. Julgado em 25/07/07. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0049688-21.2003.8.19.0001. Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgado em: 03/05/05. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Incidente de Inconstitucionalidade n. 0285781-60.2010.8.26.0000. Rel. Des. Octavio Helene. Julgado em 16/03/11. Publicado em: 13/04/11. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração n. 70019170091. Rel. Des. Dorval Bráulio Marques. Julgado em: 15/06/2007. Publicado em: 28/06/2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração n. 70012077863. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 26/04/2006. Publicado em: 03/05/2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 7 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 808.701/RS. Rela. Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 09/05/2006. Publicado em: 19/06/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 475.722/RS. Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 26/10/2004. Publicado em: 29/11/2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 266.673/SP. Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em: 07/11/2002. Publicado em: 02/12/2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4048 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 14/05/08. Publicado em: 22/08/08. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2527 MC. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em: 16/08/07. Publicado em: 23/11/07. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1910 MC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 22/04/04. Publicado em: 27/02/04. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2150. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 11/09/02. Publicado em: 29/11/02. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2213 MC. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 04/04/02. Publicado em: 23/04/04. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2332 MC. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em: 05/09/01. Publicado em: 02/04/04. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2150 MC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 23/03/00. Publicado em: 28/04/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1717 MC. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 22/09/99. Publicado em: 25/02/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 217162. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em: 14/12/98. Publicado em: 26/02/99. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1754 MC. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgado em: 12/03/98. Publicado em: 06/08/99. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*: Teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito constitucional*: de acordo com a EC n. 56/2007. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo, RT, 2000, p.153-178 (itens 1-5).

HARDAGH, C. C.; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. *Metodologia da pesquisa científica e jurídica*. Material de aula da disciplina "Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica", ministrada nos Cursos de Pós-Graduação *Lato sensu* Televirtuais da Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário da língua portuguesa.* 3. ed. Rio de Janeiro: Moderna, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 883-899). Material da 1ª aula da disciplina "Poderes do Estado: Poder Legislativo e Poder Executivo", ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* TeleVirtual em Direito Constitucional. Anhanguera-Uniderp| Rede LFG.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*: atualizado até a EC 53/2006. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DA ROS, Luciano. Poder de Decreto e *Accountability* Horizontal: dinâmica institucional dos Três Poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. *Revista Sociológica Política.* Curitiba, v. 16, n. 31, p. 143-160, nov. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: até a EC 56/2007. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

Artigo recebido em: 25/10/2011
Artigo aprovado em: 02/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120037

REPERCUSSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CHRYSTIAN MACHADO RIBEIRO
Analista
Ministério Público de Minas Gerais, Brasil
cmribeiro@mp.mg.gov.br

1. Introdução

A nova ordem constitucional, promulgada em 10 de outubro de 1988, após criar o Estado Brasileiro, instituindo-lhe como República Federativa (Título I - art. 1º), e resguardar seu povo por meio de direitos e garantias fundamentais (Título II), passou a organizar o Estado (Título III), destinando um capítulo específico à Administração Pública (Capítulo VII). (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, o legislador constituinte, visando manter a legalidade, a moralidade, a preponderância do interesse público sobre o particular, dentre outros princípios, estabeleceu, no parágrafo 4º do art. 37, de modo expresso, e sem excluir eventual ação de natureza criminal, sérias e rigorosas sanções ao agente público que cometesse atos de improbidade administrativa, sendo elas: *suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.* (BRASIL, 1988).

Regulamentando o preceito constitucional retrocitado, o legislador ordinário editou, em 2 de junho de 1992, a Lei n. 8.429/92, que definiu condutas que constituem improbidade administrativa.

Ademais, dos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 decorre o princípio da proporcionalidade, que se deve fazer presente na atuação das três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária). Assim, não somente o legislador e o administrador, como também os membros do Poder Judiciário, não poderão abrir mão desse princípio no exercício da judicatura.

Dessa forma, este trabalho pretende demonstrar a influência e a repercussão do princípio da proporcionalidade tanto na fixação e dosagem das sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa como também no julgamento desses agentes públicos.

2. Normas jurídicas

O ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas que expressam o direito a ser observado e aplicado na sociedade contemporânea. Cabe salientar que as normas não se confundem com os textos jurídicos objetivados, lecionando a este respeito Humberto Ávila:

> [...] *normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (ÁVILA, 2009, p. 30, grifo do autor).

Das normas jurídicas podem ser extraídas duas espécies normativas, quais sejam, as normas-regras e as normas-princípios. Logo, as normas jurídicas são o gênero, que é formado por estas duas espécies. Sobre o tema leciona José dos Santos Carvalho Filho:

> [...] as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: *os princípios* e *as regras*. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no *plano da validade*: aplicáveis ambas a uma mesma situação,

> uma delas apenas regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado *valor* ou *razão*, o conflito entre eles admite a adoção do critério da *ponderação de valores* (ou *ponderação de interesses)*, vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído *grau de preponderância*. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese, e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 18, grifo do autor).

As normas-regras, em geral, possuem maior grau de precisão, demandando menor trabalho hermenêutico dos agentes transformadores (*legislador*; *intérpretes* e *juiz*), tutelando casos concretos, bem delimitados. Logo, analisada a real situação, basta verificar se é caso ou não de a regra incidir.

Por sua vez, as normas-princípios não necessitam estar escritas para que sejam vigentes. Além de expressas, elas também podem ser extraídas dos princípios já existentes, como também do próprio sistema jurídico. Os princípios possuem conteúdo mais amplo e aberto do que as regras, o que força o operador a ter um maior trabalho interpretativo, especialmente para delimitar seu alcance.

Cabe registrar que, caso haja colisão de princípios, estes jamais serão contraditórios, mas sim contrapostos. Entretanto, tal situação será resolvida de acordo com o princípio da ponderação de interesses, sendo que aquele princípio que for sobrelevado, não estará inutilizando a incidência do outro, uma vez que este poderá incidir em outros casos concretos. Assim, o princípio com peso maior prevalecerá no caso específico.

A doutrina não é unânime acerca da enumeração dos princípios. Contudo, nossa Constituição Federal de 1988 elenca alguns de modo expresso, em especial quando trata da Administração Pública, que será o foco deste artigo.

Assim, os princípios podem ser classificados em explícitos (ou expressos) e implícitos (ou reconhecidos). Por terem sido mencionados expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição, a doutrina os trata como expressos, os quais são: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Lado outro, quanto aos implícitos, dúvidas não há quanto ao seu reconhecimento tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, possuindo a mesma relevância dos expressos, permeando as atividades administrativas em geral.

3. Princípio da Proporcionalidade

Dentre os princípios implícitos, cabe destacar o princípio da proporcionalidade que, apesar de não constar expressamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é decorrente dos princípios da legalidade e da finalidade.

Muito se discute doutrinariamente acerca da distinção entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Parcela da doutrina trata estes dois princípios como sinônimos. Outra entende que o princípio da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade, posicionamento este adotado por Odete Medauar.

Lado outro, uma terceira corrente posiciona-se em sentido contrário à anterior. Para ela, o princípio da razoabilidade é mais amplo que o da proporcionalidade, englobando-o. Filiados a esta última estão Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Acerca deste intrincado assunto, cabe trazer à baila a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

> Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for sua natureza. No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico,

> voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, '*confluem ambos, pois, rumo ao (super)princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo.* (CARVALHO FILHO, 2009, p. 18, grifo do autor).

O princípio da proporcionalidade tem como fundamento o controle da atividade administrativa no que concerne à avaliação e ao controle do excesso de poder nos atos discricionários. Este princípio busca exatamente conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados aos fins almejados pela própria Administração ou mesmo pelos Poderes estatais.

Dessa feita, espera-se do agente público que, ao praticar atos discricionários, faça-o com prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas absurdas, bizarras e incoerentes. Assim, o administrador possui apenas liberdade para escolher entre opções que se mostrem adequadas e necessárias.

Ademais, o princípio da proporcionalidade tem origem no direito suíço e alemão, sendo que, para que uma conduta administrativa o observe, deverá respeitar três fundamentos (ou subprincípios), quais sejam, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

O ato administrativo será *adequado* quando o meio escolhido e utilizado pelo agente público for compatível com os fins aspirados. *Necessária* será a conduta tida como imperiosa, não existindo outro meio menos oneroso ou gravoso para se atingir o fim público. Logo, o ato administrativo realizado deve ser, entre todos os meios existentes, o menos agressivo aos direitos individuais.

Por fim, no que tange à *proporcionalidade em sentido estrito*, esta será atendida quando as vantagens advindas da conduta administrativa superarem as desvantagens. Assim, deve haver uma proporção entre

os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também a insuficiência de proteção (os meios utilizados estão aquém do necessário para alcançar a finalidade do ato).

4. Repercussão nas condutas de improbidade administrativa

Dentre os campos de incidência do princípio da proporcionalidade, ele atuará, de forma incisiva, quando houver aplicação das sanções decorrentes da prática de condutas qualificadas como improbidade administrativa, tanto no que se refere à espécie de penalidade quanto no que se refere à sua quantidade. Esta assertiva tem como amparo legal o art. 12 da Lei n. 8.429/92, que estipula o seguinte: "[...] está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato". (BRASIL, 1992).

Assim, o juiz, ao condenar o agente público por improbidade administrativa, deverá escolher, entre as sanções previstas na legislação pertinente, as que sejam proporcionais à conduta praticada, podendo ser condenado a uma, a algumas ou a todas as penas cominadas, desde que adequadas à improbidade cometida. As decisões abaixo colacionadas ilustram bem a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando ocorrer a fixação das sanções decorrentes de improbidade administrativa, revelando a posição predominante da jurisprudência pátria sobre o assunto:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.429/92. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 330 DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. Não se conhece do recurso especial quanto a tema que demande o reexame de fatos e prova (Súmula 7/STJ). Para se chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido quanto à tipificação do ato de improbidade (artigos 11 e 12 da Lei n. 8.429/92) e à ausência de cerceamento de defesa (art. 330 do CPC), torna-se imperioso o reexame do arcabouço fático e probatório dos autos, o que é vedado nesta instância especial.

2. Não é inepta a petição inicial que deixa de apontar o dispositivo de lei, se da narração dos fatos decorrer logicamente o pedido. Da mesma forma, a aplicação de legislação diversa daquela utilizada pela parte para fundamentar seu pedido não implica julgamento *extra petita*. Aplicação dos brocardos *jura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*. Precedente.

3. O art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na 'extensão do dano causado' bem como no 'proveito patrimonial obtido pelo agente'. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver 'indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial'.

4. Não devem ser cumuladas as sanções por ato de improbidade se for de pequena monta o dano causado ao erário e se o agente não obteve proveito patrimonial com o ato.

5. Recursos especiais conhecidos em parte e providos também em parte. (BRASIL, 2006).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. BENS PÚBLICOS, PERMISSÃO DE USO. DESVIO DE FINALIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, FINALIDADE, MORALIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, INSCULPIDOS NO ART. 37, *CAPUT*, DA CF. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AÇÃO PROCEDENTE, RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA. OBSERVÂNCIA, PORÉM, DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO À EXTENSÃO DO DANO. ABRANDAMENTO DOS RIGORES DA LEI (ART. 12, § ÚNICO, DA LEI 8.429/92), AFASTANDO A APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS ACESSÓRIAS E DE MULTA. MODERAÇÃO PUNITIVA, RESTRITA A SANÇÃO PECUNIÁRIA, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO. Recurso parcialmente provido.

(RIO GRANDE DO SUL, 2002).

Lado outro, questão que ainda causa discussões é a utilização do princípio da proporcionalidade para não se aplicar sanção alguma ao agente público que tem sua conduta subsumida à Lei n. 8.429/92.

Pois bem, dúvidas não restam que as sanções cominadas pela legislação retrocitada são extremamente graves, logo, há que se ter o devido cuidado a fim de se distinguir o mau administrador daqueles administradores desonestos cujas condutas são pautadas pela má-fé, lesionando e causando prejuízo ao erário.

Cabe destacar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incursa nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos culpa, nas hipóteses elencadas pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92.

Dessa forma, devem ser analisadas as especificidades de cada caso, a fim de se aferir a conduta praticada, bem como se nesta prática houve má-fé, se acarretou qualquer prejuízo ao erário, e se houve lesão ao interesse público.

Verificando-se as particularidades da conduta praticada, caso se constate que esta foi realizada de boa-fé pelo agente público, não decorrendo prejuízo ao patrimônio público e sendo atendido o interesse público, ou pelo menos não lhe causando prejuízo, não se justificaria uma condenação por improbidade administrativa, com a aplicação de sanções tão severas, o que acabaria por ferir o princípio da proporcionalidade. As decisões que serão colacionadas são exemplos da aplicação deste princípio.

Nessa linha, impõe-se distinguir, pela presença dos fatores acima expostos contrários ao princípio da moralidade, meras irregularidades de atos de improbidade administrativa. Ou seja, atos simplesmente irregulares não configuram atos de improbidade se inexistente o dolo ou culpa, prejuízo ao erário e lesão ao interesse público, porquanto a improbidade constitui espécie de ilegalidade

qualificada por estes fatores integrantes ou decorrentes da conduta do agente. Nesse sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NO PAGAMENTO DE BENEFÍCIOS DO INSS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E A NÃO OCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DE DANO AO ERÁRIO COM RELAÇÃO A ALGUNS DOS RÉUS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.
>
> 2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou que de 'suma importância separar, primeiramente, os servidores que, efetivamente, emitiram os cheques, daqueles que, apenas, preencheram os Formulários de Cheques Emitidos, porque estes não tinham a atribuição ou obrigação de exercer a fiscalização ou mesmo o controle dos cheques que eram listados', e, porquanto, as condutas realizadas 'não se afiguram ímprobas (desonestas e desleais), porque não há prova de que houve enriquecimento ilícito (artigo 9º); porque não ficou demonstrado que de suas condutas resultaram ou contribuíram em prejuízos ao Erário Público [*sic*] (artigo 10) e porque não ficou configurada infringência a princípios da Administração Pública (artigo 11)'.
>
> 3. Uma vez tendo a instância ordinária asseverado a não ocorrência de dano ao erário e enriquecimento ilícito, não comprovação do ato de improbidade, e, ainda, não infringência a princípios da Administração Pública, rever esta conclusão esbarra na Súmula n. 7 desta Corte Superior.

4. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2012a).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10.

INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE CONSIGNA PAGAMENTO, PELO MUNICÍPIO, DA ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELO PRÉDIO DA CATEDRAL MUNICIPAL E DA PRAÇA MUNICIPAL E ADJACÊNCIAS. ART. 11 DA LIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, DE ATUAÇÃO CONTRA NORMAS LEGAIS. CARACTERIZAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DE MONUMENTO MUNICIPAL E FOMENTO DO TURISMO. NÃO ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS CONSIGNADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Hipótese na qual se discute improbidade administrativa decorrente de pagamento da energia elétrica consumida pela Catedral de Maringá-PR conjuntamente com o consumido pela praça municipal respectiva.

2. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo.

3. O Tribunal de origem entendeu, contudo, que 'dolo ou culpa não integram os elementos necessários para a prática de ato de improbidade', em contraste, porquanto, com o entendimento desta Corte.

4. Ainda, verifica-se que a conduta se pautou dentro de nítido interesse público, de proteger o monumento mais importante do município, tendo em vista que 'é fato público e notório que a Catedral de Maringá é monumento turístico contado como cartão

> de visitas do município [...] atração turística internacional, pois em altura é o 10º monumento do mundo e o maior da América Latina'.
>
> 5. Também, deve-se levar em conta o consignado pela instância ordinária, que apenas a edificação da igreja pertence à arquidiocese, e, doutra banda, 'o restante, praça em si, fontes, gramado, área de lazer, escadarias, isso pertence ao Município de Maringá'.
>
> 6. Destarte, conforme as premissas fáticas firmadas na instância ordinária, não se caracterizou o dolo de se conduzir deliberadamente contra as normas legais, pois, doutra banda, a conduta detinha nítido intuito de zelar pelo maior monumento da cidade, bem como fomentar o turismo. 7. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2012b).

Nessa mesma linha de entendimento empossado pelo Superior Tribunal de Justiça, também vêm decidindo os Tribunais estaduais:

> EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUTORIZAÇÃO DE USO DE DIMINUTO TRECHO DE BEM DE USO COMUM DO POVO - INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ - MERA IRREGULARIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incursa nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos art. 9º e 11 e, ao menos culpa, nas hipóteses elencadas pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92.
>
> 2. A exigência de dolo ou culpa como elementos anímicos do sujeito ímprobo liga-se, em relação de proporcionalidade, às pesadas sanções previstas na Constituição e instrumentalizadas na Lei n. 8.429/92, porquanto objetiva a punição de infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas ao patrimônio púbico, em seu sentido amplo, ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros.

3. A presença do elemento subjetivo, inexistente na hipótese dos autos, mostra-se imprescindível porque, sem um mínimo de má-fé, nenhum ato irregular converte-se em ato de improbidade. (MINAS GERAIS, 2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO PARA OS SERVIÇOS DE CAPINA, LIMPEZA, BUEIROS E PEQUENA OBRA. INEXISTÊNCIA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO. O art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na extensão do dano causado, bem como no proveito patrimonial obtido pelo agente. Conforme a prova recolhida na instrução, não houve a ocorrência de superfaturamento nos contratos realizados sem licitação, havendo comprovação da efetiva prestação dos serviços por parte da contratada. Inexistência de dano ao erário. Ausente dolo na conduta imputada ao Ex-Prefeito Municipal, o que a torna atípica. Apelação dos réus provida. Apelação do Ministério Público prejudicada. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

PROCESSO CIVIL. Decisão que declara encerrada a instrução processual e indefere a realização de provas requeridas pelas partes, sobrevindo o julgamento de plano do processo. Ausência de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Juiz que é o destinatário direto da prova, somente a ele cumprindo aferir sobre a necessidade ou não da sua realização. Prova documental, ademais, que era mesmo a única cabível na espécie não se prestando a pretendida realização de audiência ou prova técnica a repercutir na solução da demanda. Decisão de primeiro grau, outrossim, que se mostra devida e adequadamente fundamentada, repelindo adequadamente todos os argumentos úteis e necessários de defesa apresentados pelos corréus. Preliminares afastadas e agravo retido não provido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ajuizamento pelo Ministério Público objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa. Procedência do pedido inicial decretada em primeiro grau que não merece prevalecer. Hipótese em que não ficou caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa tipificados nos arts. 10, *caput* e inciso VIII, e 11, *caput*, da Lei Federal nº 8.429/92, sancionáveis por aplicação do disposto no art. 12, incisos II e III, da mesma lei. Contratações de empresas para pres-

> tação de serviços de implantação de equipamentos eletrônicos de controle de trânsito e processamento de multas com dispensa de licitação, na forma do art. 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, que não se mostraram incabíveis, existindo motivos caracterizadores da situação emergencial prevista no dispositivo legal invocado. Providências que foram precedidas de pareceres favoráveis da Assessoria Jurídica do Município e prévias cotações de preços, arredando a presença de dolo ou má-fé dos acionados, essencial à caracterização do ato ímprobo. Não comprovação, outrossim, de qualquer prejuízo ao erário municipal, diante da efetiva prestação do serviço objeto dos contratos firmados, inexistindo qualquer indicação de que o preço das aquisições dera-se em descompasso com o valor de mercado. Realidade fática que, nesse passo, não evidencia desonestidade, abuso ou fraude, e nem sequer prejuízo ao patrimônio público, passíveis de punição. Apelos dos corréus providos para julgar improcedente o pedido inicial. (SÃO PAULO, 2012).

5. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que, ainda que uma conduta perpetrada por um agente público possa enquadrar-se formalmente aos tipos constantes da Lei de Improbidade Administrativa (arts. 9º a 11, da Lei n. 8.429/92), deverá ser verificado se essa conduta foi praticada com má-fé (dolo ou culpa), se houve prejuízo ao erário ou lesão ao interesse público, para que se configure, assim, uma conduta ímproba sujeita às sanções cominadas por esta legislação. Dessa forma, será observado o princípio da proporcionalidade, reconhecido constitucionalmente de forma implícita e de obediência obrigatória pelos operadores do direito.

6. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2012.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 794.155-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. *DJe* 4 set. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501623861&dt_publicacao=04/09/2006>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1386249/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 10 de abril de 2012. *DJe* 13 abr. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100213420&dt_publicacao=13/04/2012>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1225495/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2012. *DJe* 23 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002066855&dt_publicacao=23/02/2012>. Acesso em: 23 out. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 18. ed. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0521.08.074551-1/001, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, Belo Horizonte, 23 de agosto de 2012. *DJ* 4 set. 2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0521.08.0745511%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004123519, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, Porto Alegre, 22 de agosto de 2002. *DJ* 4 out. 2002. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70004123519&code=1361&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 3. CAMARA CIVEL>. Acesso em: 24 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70041357146, Vigésima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, Porto Alegre, 4 de maio de 2011. *DJ* 30 maio 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+-de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70041357146&num_processo=70041357146&codEmenta=4151120&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0011353-49.2006.8.26.0318, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, São Paulo, 5 de setembro de 2012. *DJe* 10 set. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000LR450000>. Acesso em: 24 out. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120038

9

Direito Público Institucional

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 457-471

A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

THE EVOLUTION OF OPINIONS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT REGARDING THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE TO CONDUCT CRIMINAL INVESTIGATION

PRISCILA SOUZA DA SILVA
Assessora de Gabinete
Ministério Público do Estado da Paraíba, Brasil
cilasouza@gmail.com

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal foi instado a apreciar, por diversas vezes, a legitimidade do Ministério Público para condução de investigação criminal. Nas primeiras oportunidades, a Corte sustentou a tese de que legitimar o *Parquet* para este tipo de investigação importaria em desacertada substituição da autoridade policial. Recentemente, com a adoção da Teoria dos Poderes Implícitos, a Corte Suprema reconheceu o poder investigatório criminal ao Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal. Legitimidade do Ministério Público. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The Supreme Court in Brazil didn't accept the Public Prosecutor legitimacy for conducting criminal investigation.

Although, the implied power theory corroborate that the Prosecution Service is allowed to do it. At the present time, that investigation is consolidated in verdicts.

KEY WORDS: Public Prosecutor and criminal investigation. Legitimacy. verdict.

SUMÁRIO: Introdução. 2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma vez praticada conduta tipificada como crime, nasce para o Estado-Juiz o direito de punição do agente, cuja sanção deve ser exarada através de decisão judicial, ao fim de uma ação em que seja garantido o devido processo legal.

Dependendo do delito, a ação poderá ser pública incondicionada, pública condicionada à representação – donde o legitimado ativo será o Ministério Público – ou simplesmente privada, quando caberá ao ofendido ou representante legal o seu ajuizamento.

Tomando-se rumo pela atuação do *Parquet* e pela sistemática acusatória do modelo processual penal brasileiro, tem-se que aquele, como detentor do *opinio delicti*, deverá examinar as provas seguras e idôneas colhidas na fase pré-processual, a rigor, o inquérito policial, para então oferecer a competente ação penal.

Nada obstante o Ministério Público seja, em regra, o titular da ação penal e tenha o dever de analisar as provas para, em seguida, ofertar denúncia, também lhe é possível realizar diretamente a investigação criminal, além de requerer diligências ou informações à autoridade policial.

Isso porque entende-se que uma investigação criminal impulsionada pelo *Parquet* vem a somar, em termos de segurança jurídica, e não obstar qualquer investigação por parte da polícia, que também não detém um poder exclusivo.

Sem embargo da clareza palmar do argumento, a legitimidade do Ministério Público não foi unanimidade no Supremo Tribunal Federal por vários anos.

2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em meados de 1996, aportou no Supremo Tribunal Federal recurso extraordinário (RE 205473/AL), em que se discutia, de forma incipiente, a legitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações no âmbito criminal. Estava aberta uma grande polêmica jurídica.

Eis a ementa da decisão:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. – RE não conhecido.

O caso em comento enunciava um pedido de diligências investigatórias sobre a Organização Arnon de Mello. Segundo se extrai do acórdão, o Ministério Público Federal requisitou a um Delegado da Receita Federal do Estado de Alagoas a realização de investigações, com o escopo de averiguar possíveis ilícitos fiscais ligados ao ex-presidente Fernando Collor de Mello e a Paulo César Farias.

Apesar da requisição, o Delegado da Receita Federal, ao argumento de que as investigações também envolviam o desate do caso PC Farias, cujas diligências estavam centralizadas em Brasília, não satisfez o pedido ministerial.

O órgão do *Parquet,* inconformado, pediu a instauração de inquérito à Polícia Federal para apurar a prática de crime de desobediência ou prevaricação por parte do Delegado da Receita Federal, recomendando inclusive a sua prisão em flagrante.

Naquela época, o recurso interposto na Corte Guardiã da Constituição, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, alcançou o entendimento de que o membro do Ministério Público não pode substituir a autoridade policial na direção do inquérito e, muito menos, realizar diretamente investigações propensas a apurar infrações penais.

Analisando tal assertiva, é irrefragável que a presidência do inquérito policial somente pode ser atribuída à autoridade policial, do mesmo modo que o inquérito de natureza parlamentar apenas será desafiado pelas autoridades legislativas.

No exame do RHC 81326/DF, no ano de 2003, o Ministro Nelson Jobim manteve o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e deixou assente a impossibilidade do *Parquet* realizar qualquer tipo de inquirição de pessoas suspeitas de autoria de crime, devendo, portanto, se limitar a requisitá-la à autoridade policial.

A espécie versava sobre notificação expedida pelo Ministério Público do Distrito Federal a um delegado de polícia, a fim de que este comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para prestar depoimento sobre procedimento administrativo investigatório supletivo, que estava apurando crime, em tese, por ele praticado.

Nessa oportunidade, o preclaro jurista invocou a exclusividade da polícia judiciária na condução do inquérito policial e na realização de diligências investigatórias na seara criminal, conforme aresto a seguir transcrito:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE PO-

> LICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. (RHC 81326, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973).

Em virtude da natureza do direito a ser valorado, certo é que a questão não estava totalmente pacificada no mundo jurídico, e, novamente, a Corte foi chamada a apreciar a legitimidade do *Parquet* para investigar diretamente infrações penais.

De fato, é compreensível a rediscussão da matéria, vez que o direito guarda possibilidades de mudança de consciência, não gerando em sua operabilidade verdades absolutas. Nesse diapasão, cabe trazer as lições seguras de Carlos Cossio e Inocêncio Mártires Coelho:

> [...] as viragens de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto, absolutamente normais, porque toda experiência jurídica é de natureza estimativa e essas oscilações ocorrem no âmbito mais geral de valoração de uma mesma lei. (COSSIO *apud* COELHO, 2009, p. 79).

> [...] torna-se manifesto o caráter nomogenético dos fatos sociais, enquanto fatores determinantes da criação e constante regene-

> ração dos modelos jurídicos, um trabalho de ajustamento e atualização que é levado a cabo pelos operadores do direito precisamente para validar esse modelo e, por essa forma, preservar a sua força normativa. [...] No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições. (COELHO, 2009, p. 79-80).

No ano de 2008, a Ministra Ellen Gracie, na apreciação do recurso extraordinário RE 535478/SC, manifestou que o Ministério Público pode diligenciar diretamente, no intuito de angariar provas hábeis a formar o seu convencimento e aperfeiçoar a persecução penal.

A querela dizia respeito a procedimento investigatório criminal lastreado pelo Ministério Público Federal, onde houve quebra de sigilo fiscal para confrontação de dados da CPMF com declaração do Imposto de Renda. Insatisfeito com utilização de um procedimento diverso do inquérito policial, o recorrente buscou o exame da Corte Suprema, na tentativa de ver nulo o processo desde a origem, ante a usurpação da função da Polícia Judiciária.

Entrementes, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, com amparo no voto da Relatora do RE 535478/SC:

> Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção de prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente em que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

> É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência de autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como seria a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.
>
> [...] O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.
>
> Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia.

Em recente julgamento do ***habeas corpus*** HC 94173/BA, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o busílis chegou a um fim, ao menos aparente.

O Supremo Tribunal Federal atualmente sustenta a legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público, com amparo na Teoria dos Poderes Implícitos, na qual resta enunciado que, se a Carta Política determina um fim, por que não haveria de conferir os meios.[1]

[1] 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. (HC 91661, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG.: 02-04-2009. PUBLIC 03-04-2009. EMENT VOL-02355-02 PP-00279. RMDPPP v. 5, nº 29, 2009, p. 103-109. LEXSTF v. 31, nº 364, 2009, p. 339-347).

Como é ressabido, a doutrina dos poderes implícitos (*implied powers)* ou tácitos surgiu a partir do *leading case* MacCulloch *vs.* Maryland, provocado em 1819 na Suprema Corte Norte-Americana, sob a batuta do jurista John Marshall. Neste caso, a Corte Americana reconheceu que:

> [...] as Constituições implantam somente as regras gerais que irão nortear a atividade dos poderes e órgãos constituídos, cabendo a eles, no entanto, a utilização dos meios que entenderem necessários à finalidade desejada. Assim não caberia à Carta Magna regrar expressamente o modo como os entes estatais irão se desincumbir de seus misteres, já que, quando lhes confere determinados poderes, implicitamente também repassa aqueles considerados indispensáveis ao exercício de sua atividade-fim (ANDRADE, 2008, p.176).

E não demoraria muito para esta tese ser perfilhada no Brasil, como cânone do Estado Democrático de Direito. Os juristas Oswaldo Trigueiro, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, respectivamente, incentivados pelo arquétipo americano, buscaram a aplicação do *implied powers* no direito brasileiro:

> [...] Em princípio, pois, os poderes dos Estados se estendem a tudo o que não lhes é proibido por norma constitucional federal, não haja sido atribuído privativamente à União, quer por preceito explícito, quer por estar implicitamente contido nos poderes expressos (TRIGUEIRO, 1980, p. 84).
>
> [...] poderes implícitos existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição (SILVA *apud* ANDRADE, 2008, p. 180).
>
> Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual, no exercício de sua missão enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos US - 272

> - 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e, entre nós, aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal. (MORAES, 2009, p. 610).

O que foi, inclusive, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, através do escólio do Ministro Celso de Mello (MS 26.547-MC/DF):

> [...] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Na jurisprudência brasileira, encontram-se alguns precedentes defendendo a aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos, destacando-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

> a) o reconhecimento do poder implícito de concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas da União no exercício de suas atribuições entabuladas no artigo 71 da Constituição Federal de 1988 (MS 26.547-MC/DF); e,
>
> b) a possibilidade de o Tribunal de Justiça do Estado conhecer e julgar reclamação para preservação de sua competência e autoridade de decisões (ADI 2.212 MC/CE).

Em suma, tal teoria visa assegurar que os fins sejam alcançados se também o forem os meios, de maneira que, não se analisando o texto de forma isolada, mas de acordo com a "órbita normativa", os poderes explicitamente vertidos na Constituição só terão realização se houver o reconhecimento daqueles outros (implícitos).

Retomando o exame do julgamento do *habeas corpus* HC 94173/BA, numa análise minuciosa da hermenêutica constitucional, a Corte Suprema se deparou com uma interpretação, segundo a qual, cabendo ao Ministério Público, "dono" da ação penal pública,

a requisição de informações e diligências à autoridade policial, é de se aceitar também que, *motu proprio,* presida procedimentos investigativos de caráter penal, tendentes a angariar provas que lhe autorizem a formar a *opinio delicti,* ante a não exclusividade do poder investigatório da polícia.

Por ser um julgamento histórico, imperioso, pois, trazer o seu resumo:

> O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a 'informatio delicti'. Precedentes. – A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. – A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o 'dominus litis', determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua 'opinio delicti', sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. – Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente 'persecutio criminis in judicio', desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. – A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministé-

rio Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. – Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. – Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de 'dominus litis' e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a 'opinio delicti', em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. – O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova 'ex propria auctoritate', não

> podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, *v.g.*). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o 'Parquet', sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (HC 94173, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 Divulgado em 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336).

Ora, se é privativo do Ministério Público o ajuizamento da ação penal pública, não podem ser tolhidos os meios de socorrê-la, tudo de acordo com os balizamentos constitucionais e os princípios do processo penal, respeitados os direitos e garantias que amparam qualquer indiciado e os limites constitucionais.

O posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal veio, portanto, harmonizar e compatibilizar as normas constitucionais contidas nos arts. 129 (atribuições do Ministério Público) e 144 (atribuições da Polícia), para aceitar a investigação dos delitos pelo Órgão Ministerial.

3. Conclusão

Muito embora a Constituição não tenha conferido ao Ministério Público um poder investigatório (meio) expresso, tal decorre da própria privatividade para a promoção da ação penal pública (fim), com amparo na teoria dos poderes implícitos e na ausência de exclusividade de tal poder à Polícia.

4. Referências bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição Federal, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 94173/BA, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça Eletrônico, 27 nov. 2009, p. 336.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91661, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça Eletrônico, 3 abr. 2009, p. 279.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 535.478 SC, Ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça Eletrônico, 20 de novembro de 2008, p. 2204.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26547MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29 de maio de 2007, p. 33.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 81326, Relator: Ministro Nelson Jobim, Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 ago. 2003, p. 8973.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2212 MC/CE, Relator: Ministro Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Brasília, DF, 30 de março de 2001, p. 80.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 205473, Relator: Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 1999, p. 348.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Artigo recebido em: 09/06/2011
Artigo aprovado em: 02/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120039

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL[1]

DANIELA PORTO PINTO
Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
dporto@mp.mg.gov.br

1. Introdução

A reclamação constitucional é um instituto peculiar, existente apenas no direito brasileiro. Sob a perspectiva dos tribunais superiores, ela se presta à defesa da Constituição da República e da legislação federal. Sob a perspectiva dos jurisdicionados, torna-se uma garantia de que a prestação jurisdicional seja completa, em relação à proteção das competências e das teses fixadas pelos tribunais superiores.

Conforme observado, verifica-se uma ligação direta entre a função e os objetivos da reclamação e as funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição da República de 1988. Ocorre que os tribunais superiores vinham entendendo que a legitimidade para a propositura da reclamação se restringia ao Procurador-Geral da República (PGR), vedando-se o ajuizamento desse instituto pelos Procuradores-Gerais de Justiça.

[1] Artigo apresentado pela aluna Daniela Porto Pinto como trabalho de avaliação do Curso "Recursos no Processo Civil" ministrado no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 472-481

Todavia, a partir do julgamento da reclamação n. 7.358 do Estado de São Paulo, o entendimento da Suprema Corte passou a se consolidar no sentido de que os Ministérios Públicos Estaduais seriam legitimados para a propositura da ação.

Este trabalho traz à baila uma breve discussão sobre esta questão.

2. Fundamentação

A reclamação é ferramenta de proteção da Constituição da República e das Leis Federais. Ela é fruto da criação jurisprudencial, passando a ter previsão legal nas Leis n. 8.038/1990 e n. 11.417/06 e nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Discute-se qual seria a sua natureza jurídica.

Entende a Ministra Ellen Gracie que ela seria exercício do direito de petição, como se observa no julgado da ADI 2.212-1/CE (BRASIL, 2003). Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio considera que se trata de uma ação constitucional. Celso de Mello a descreve, na reclamação n. 336, como "instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação". (BRASIL, 1991).

Na doutrina não é diferente a criatividade para se atribuir a este instituto uma natureza jurídica. Moniz de Aragão defende a tese de que a reclamação seria um incidente de competência provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, a fim de restaurar a competência usurpada do STF por qualquer tribunal ou juiz. José Frederico Marques a vê como "Medida de Direito Processual Constitucional". (MARQUES, 1987, p. 199).

Inexiste, portanto, na doutrina e na jurisprudência, consenso quanto à sua natureza jurídica. Porém, pelo teor das decisões do Supremo Tribunal Federal e pelas exigências de admissibilidade impostas para o conhecimento da reclamação, percebe-se que a Suprema Corte a tem tratado como ação constitucional.

Na doutrina, encontram-se conceitos didáticos, dentre os quais o de Leonardo L. Morato, que define este instrumento como:

> [...] um meio pelo qual se pode provocar o Estado para que, em se garantindo a sua autoridade, mais precisamente a autoridade do Poder Judiciário, sejam preservados o estado de Direito, as liberdades públicas e a soberania popular. (MORATO, 2000, p. 30).

Útil também é o conceito apresentado por Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual a reclamação é:

> [...] remédio processual que, na dicção dos arts. 102, I, 'l', e 105, I, 'f', da Lei Maior, se presta a aparelhar a parte com um mecanismo processual adequado para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade de suas decisões. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 639).

A reclamação tem previsão constitucional e está disposta nos artigos 102, I, 'l'; 105, I, 'f' e 103-A, § 3º, todos da CR/88. Sua regulamentação, contudo, não se restringe ao texto fundamental, mas irradia-se pela legislação infraconstitucional, como já mencionado.

Os objetivos deste instituto são a preservação das competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no caso de haver usurpação; a garantia da autoridade das decisões desses tribunais; e a garantia da observância das súmulas vinculantes.

A decisão da reclamação não tem caráter reformador. No caso de ser julgada procedente, ocorre a cassação da decisão anterior ou anulação de um ato.

Quanto à legitimidade para a propositura da ação, o entendimento jurisprudencial veio ao longo dos anos aplicando uma interpretação restritiva aos dispositivos da Lei n. 8.038/1990 e dos regimentos internos do STF e do STJ. Nesse sentido, somente o Procurador da República seria legitimado ao ajuizamento da reclamação.

Dispõe o art. 13 da Lei n. 8.038/1990 que são legitimados a intentar a reclamação a parte interessada – isto é, aquela a ser beneficiada pela decisão do STJ ou do STF – e o Ministério Público.

O regimento interno do STJ (RISTJ), artigo 187, preceitua que:

> Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.
>
> Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal e instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível. (BRASIL, 1989).

Já no regimento interno do STF (RISTF), o comando do artigo 156 dispõe que "caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões" (BRASIL, 1980).

Observa-se que o comando legal e o RISTJ mencionam em seus textos o Ministério Público. Diferentemente, a norma do RISTF condiciona o cabimento da reclamação à interposição pelo PGR.

A questão vinha recebendo tratamento restritivo, no qual se excluía a possibilidade de ajuizamento de reclamação pelo Ministério Público Estadual, ao argumento de que o órgão oficiante junto ao STF seria o PGR. Todavia, no julgamento da reclamação n. 7.358/SP, a Corte Maior alterou o seu entendimento, reconhecendo a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para a propositura dessa ação.

A Ministra Ellen Gracie, então relatora do acórdão da referida reclamação, manifestou-se no sentido de não reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual, fundamentando o seu voto no argumento de que "incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei Complementar 75/93" (BRASIL, 2009). Todavia, a Ministra havia se manifestado pela habilitação do *Parquet* estadual, contanto que a ação constitucional fosse ratificada pelo Procurador-Geral da República.

Ocorre que os Ministros Marco Aurélio, Celso Mello e Cezar Peluso levantaram controvérsia sustentando a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual, no tocante à propositura de reclamação, sob os seguintes argumentos:

- O Ministério Público Estadual atuou na condição de interessado e não poderia ficar inferiorizado em relação aos cidadãos, que podem ajuizar a reclamação, em face do preceito constitucional;

- A concentração no Procurador-Geral da República da legitimidade ativa para a reclamação junto ao STF mutila ou amesquinha as funções constitucionais do Ministério Público dos Estados Membros e gera ofensa à sua autonomia institucional;

- Segundo normas constitucionais e infraconstitucionais, ao PGR incumbe unicamente a chefia do Ministério Público da União;

- A questão afeta o princípio federativo, de sorte que o Ministério Público deve ser prestigiado como um todo, e não somente no âmbito da União.

Em seu voto, o Ministro Ayres Brito descortina a questão da possibilidade de atuação do Ministério Público Estadual junto ao STF, relacionando-a com a sua função institucional de defesa da ordem jurídica. Vejamos:

> Há um vínculo necessário entre o instituto da reclamação e a defesa da ordem jurídica, o que viabiliza o manejo da ação pelo Ministério Público enquanto instituição-gênero. Logo, tanto o MP da União, quanto o MP dos Estados, pois não há diferença de qualidade entre as duas tipologias; bastando lembrar que tanto as finalidades a que se reporta o art. 127 da Constituição quanto as competências listadas pelo art. 129 da mesma Carta Política são comuns ao MP da União e àquele que é próprio dos Estados-membros. 7. Certo que esse vínculo entre a reclamação

> e a ordem jurídica brasileira é indireto ou reflexo, na medida em que ela, reclamação, se destina a guardar imediatamente o guardião-mor de tal ordem jurídica, que é o STF. Mas guardar o guardião-mor para que ele possa fazer o que lhe cabe: guardar precipuamente a Constituição, e , assim, preservar a natureza do ordenamento como um todo composto de normas que se relacionam por um rígido esquema de supra-infra-ordenação. Tudo de modo a afunilar na idéia-força de que a meta é a fonte; ou seja, a derradeira das metas do ordenamento jurídico brasileiro é a primeira das fontes de positivação jurídica: a Constituição Federal. E isso é o que interessa para a habilitação processual do MP, e não o caráter reflexo do modo pelo qual a reclamação constitucional é por ele posta a serviço da ordem jurídica pátria. 8. Também não se desconhece que o art. 46 da LC 75/93 prescreve que o *lócus* de atuação judicial do Procurador-Geral da República é o Supremo Tribunal Federal. Mas também é certo que tal disposição não é excludente da atuação dos MPs estaduais na mesma instância judicante do Supremo, pois se trata de um diploma normativo exclusivamente direcionado à estruturação e ao funcionamento do MP da União. Nada tendo a ver, portanto, com o MP que é próprio da cada Estado-membro. (BRASIL, 2011).

Em defesa da legitimação do Ministério Público Estadual, o Ministro Marco Aurélio atribuiu a este instrumento a natureza de bifurcação do processo que corre na origem, exarando seu parecer no sentido de que "parte legítima para a reclamação, inclusive sob o ângulo ativo, é justamente a que acompanha o processo na origem." (BRASIL, 2011). Ao final do julgamento, o tribunal, por maioria, reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para a propositura da reclamação junto ao STF.

3. Conclusão

A reclamação é remédio constitucional que se presta à garantia das competências do STF e do STJ e da autoridade de suas decisões.

Prevê a norma do art. 13 da Lei n. 8.038/1990 que, "para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público".

O Supremo Tribunal Federal vinha aplicando uma interpretação restritiva a esse dispositivo ao declarar a ilegitimidade dos MPEs e reconhecer a legitimidade exclusiva do PGR para a propositura da reclamação, em nome do Ministério Público de quaisquer esferas, gerando uma relação de dependência processual dos MPEs em relação ao PGR.

Ocorre que, no julgamento da Reclamação n. 7.358/SP, debateu-se a questão pontuando-se vários motivos pelos quais deve-se reconhecer a legitimidade do MPE para o ajuizamento da reclamação junto ao STF.

O princípio da unicidade do Ministério Público e a legitimidade do PGR para oficiar perante o STF foram invocados para justificar a relação de dependência processual. Tais argumentos, contudo, foram combatidos pela perspectiva de que o princípio da unicidade do Ministério Público não poderia ser usado para suprimir a autonomia institucional do órgão estadual e que a exclusividade do PGR para oficiar junto ao STF se daria somente enquanto *custos legis*. É certo, porém, que a legitimidade estaria pautada na possibilidade de ajuizamento da ação pelo MPE quando o órgão ministerial atuasse desempenhando suas prerrogativas funcionais e na defesa de direitos ofendidos por decisão judicial ou por ato administrativo que usurpasse a autoridade do STF.

Há de se reconhecer, ainda, que não se justificaria a intermediação do PGR para o ajuizamento de reclamação, sob pena de ocorrer ingerência indevida na esfera orgânica do *Parquet* estadual, visto que somente lhe incumbe, segundo a norma constitucional, a chefia do Ministério Público da União.

Além disso, estariam em risco a independência orgânica e a liberdade funcional dos membros do MPE, pois se formaria uma inconstitucional relação de dependência processual entre o órgão federal e o estadual.

Finalmente, restringir a atuação dos Ministérios Públicos dos Estados perante o STF – enquanto a norma legal permite a todo

interessado que ajuíze a reclamação – seria diminuir sordidamente o valor que a Constituição da República lhes confere como função essencial à justiça.

Depreende-se do estudo, portanto, que o Ministério Público Estadual possui legitimidade ativa autônoma para agir como interessado na correção de ofensa a direito, que seja oriunda de decisões do Poder Judiciário e da Administração Pública e concomitantemente usurpe a competência do STF ou do STJ, ou, ainda, contrarie aos julgados desses tribunais ou a súmulas vinculantes do STF. Dessa forma, preserva-se a identidade constitucional atribuída ao Ministério Público e assegura-se que o *Parquet* possa atuar na preservação da competência e na garantia da autoridade das decisões do STF.

Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2212/CE, Tribunal Pleno, Rela.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 2 de outubro de 2003. *DJ,* 14 nov. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282212%2ENUME%2E+OU+2212%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 5 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 7358/SP, Tribunal Pleno, Rela.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2011. *DJe,* 3 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287358%2ENUME%2E+OU+7358%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 5 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 336/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 19 de dezembro de 1990. *DJ,* 15 mar. 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=336&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 5 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4453/SE, Tribunal Pleno, Rela.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 4 de março de 2009. *DJe,* 27 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284453%2ENUME%2E+OU+4453%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 5 jul. 2012.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 3.

BRASIL. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/regimento>. Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. Regimento Interno Do Supremo Tribunal Federal, 15 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação prevista na Constituição Federal. In: NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODOR JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Vol l.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120040

10

Direito Público Administrativo

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

ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 485-499

DA CRÍTICA DE HANS KELSEN ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES

FROM THE CRITICISM OF HANS KELSEN TO PARLIAMENTARY IMMUNITY

ENÉIAS XAVIER GOMES
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
eneiasxg@hotmail.com

RESUMO: Este texto, ao analisar a crítica de Kelsen às imunidades parlamentares, tem por escopo demonstrar que o instituto é um resquício das monarquias, não encontrando alicerce no sistema republicano, em que o Poder Legislativo apresenta-se livre de ingerências indevidas.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidades parlamentares; crítica; Kelsen.

ABSTRACT: While analysing the criticism of Kelsen to the parliamentary immunities, this text aims at demonstrating that the institute is a trace of the monarchies and does not have any foundation in the republican system, in which the legislative power presentes itself free of undue interference.

KEY WORDS: Parliamentary immunity; criticism; Kelsen.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies. 3. Origem e fundamentos. 4. A crítica de Kelsen. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O instituto das imunidades parlamentares é um tema que suscita discussões e reflexões recorrentes, sendo elogiado por grande parte dos doutrinadores.

As imunidades parlamentares podem ser definidas como prerrogativas conferidas aos membros dos órgãos legislativos, tendo como finalidade a proteção do exercício do mandato.

Segundo o *Vocabulário jurídico* de Silva (1990, p. 436):

> Imunidade – do latim *immunitas* (isenção, dispensa), entende-se o privilégio outorgado a alguém, para que se livre ou se isente de certas imposições legais, em virtude de que não é obrigado a fazer ou cumprir certo encargo ou certa obrigação, determinada em caráter geral.
>
> Em princípio, é atribuída a certas pessoas, em face de funções públicas exercidas (parlamentares, congressistas, diplomatas). E, por ela, é assegurada às mesmas uma soma de regalias e prerrogativas excepcionais em relação às demais pessoas.
>
> A imunidade coloca às pessoas, a quem se atribuem semelhantes prerrogativas ou regalias, proteção especial.

Percebe-se que sua conceituação concede ao instituto conotação de privilégio, em que pese a sua origem como instrumento de preservação do Poder Legislativo contra as ações repressivas e arbitrárias de que possam ser vítimas seus representantes.

A denominação "imunidades parlamentares" abrange suas duas modalidades: material e formal.

2. Espécies

2.1. Imunidade material

A imunidade material, real, substancial, absoluta, também chamada de indenidade e inviolabilidade, consiste na liberdade de palavras, opiniões e votos – *freedom of speech*.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, essa imunidade encontra-se consagrada no art. 53 da Constituição Federal, consistente em hipótese de exclusão do crime pelas opiniões, palavras e votos proferidos pelos parlamentares no exercício das funções.

Em monografia sobre o tema, salienta Juliana Campos Horta de Andrade (2000, p. 30):

> A inviolabilidade caracteriza-se como uma derrogação de normas penais e cíveis a favor dos parlamentares no exercício de suas funções. Refere-se à prerrogativa concedida aos parlamentares para exercerem suas atividades com a mais ampla liberdade de palavra, discussão, opiniões e votos.

No mesmo sentido, a opinião de Léon Duguit e Joseph Barthélemy, citados por Raul Machado Horta (1995, p. 597):

> A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato. É a *insindacabilità* das opiniões e dos votos, no exercício do mandato, que imuniza o parlamentar em face de qualquer responsabilidade: penal, civil, administrativa, e que perdura após o término do próprio mandato.

2.2. Imunidade formal

A imunidade formal, processual, relativa, também chamada de propriamente dita, consiste na liberdade contra prisões ou processos contra parlamentares – *freedom from arrest.*

Dessa forma, apresenta dupla composição: projetando-se sobre a prisão ou o processo, conforme elucida José Afonso da Silva (2006, p. 353):

> A imunidade (propriamente dita), ao contrário da inviolabilidade, não exclui o crime, antes o pressupõe, mas impede o processo. Trata-se de prerrogativa processual. É esta a verdadeira imunidade, dita formal, para diferenciar da material. Ela envolve a disciplina da prisão e do processo de congressistas.

A redação original da atual Constituição brasileira, em seu art. 53, §1º,[1] abrangia as duas formas. Logo, exigia prévia licença da Casa respectiva para prisões e processo.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001, alterou-se o art. 53[2] e conseqüentemente o

[1] Art. 53 [...]
§1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

[2] Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
§ 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.
§ 2º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.
§ 3º - Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.
§ 4º - O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.
§ 5º - A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

conteúdo da imunidade formal em relação ao processo, dispensando no seu § 3º a necessidade de prévia autorização da Casa para a ação penal, facultando apenas a sustação do andamento do processo durante o mandato.

Neste sentido, salienta Kildare Gonçalves Carvalho (2005, p. 628):

> É que o princípio da improcessabilidade de que tratava a norma constitucional anterior foi substituído pelo da processabilidade. Os congressistas, portanto, poderão sofrer processo penal independentemente de qualquer deliberação prévia da Casa respectiva. A inovação introduzida pela EC n. 35/2001, nessa matéria, permite que a Casa respectiva, por maioria absoluta, e por iniciativa de partido político suste, a qualquer momento, após o recebimento da denúncia, o processo-crime, até a decisão final.

3. Origem e fundamentos

O instituto surgiu para garantir a independência do Poder Legislativo, possibilitando o desempenho das funções pelo parlamentar sem que esse se submetesse a outros poderes.

Suas raízes se encontram na Roma Antiga – em que os tribunos, magistrados plebeus, ao representarem a plebe no senado romano, não cometiam delitos decorrentes de suas atividades – e também na Grécia Antiga – em que os oradores, ao subirem na tribuna, adquiriam inviolabilidade pelas palavras proferidas.

A prerrogativa, nos atuais contornos, surgiu na Declaração de Direitos da Inglaterra, a *Bill of Rights*, em 1689, manifestada através do *freedom of speech,* com a finalidade de proteger o membro do Parlamento contra as prisões arbitrárias determinadas pelo rei.

Consolidou-se na Revolução Francesa, no final do século XVIII. Atualmente, encontra previsão na maior parte das constituições. No direito brasileiro, encontra-se registrada em todas as Constituições, desde a Imperial de 1824, que, em seu art. 26, já previa as duas formas.

Analisando-se os precedentes históricos, é fácil concluir que as imunidades surgiram como forma de garantia contra as violências do rei e especialmente do poder armado, obstando a ingerência na atividade parlamentar. Objetivava-se garantir o livre exercício das funções parlamentares, evitando-se a manipulação fraudulenta de ações penais e preservando-se a manifestação do pensamento.

Com a formação do Estado Liberal, o instituto ganhou importância, sendo visto pela maioria dos doutrinadores como sustentáculo para a existência do liberalismo e do *laissez faire.* José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 40) salienta sua finalidade protetiva:

> As imunidades parlamentares são prerrogativas de Direito Público, estabelecidas em benefício da função parlamentar, com o objetivo de garantir a situação individual dos membros do Parlamento.

No mesmo sentido, salienta Alexandre de Moraes (2002, p. 2):

> Dentro da independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, à proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais Poderes; constituíndo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Entretanto, esta suposta importância das imunidades, a partir do Estado Liberal, recebeu inúmeras críticas de Hans Kelsen.

4. A crítica de Hans Kelsen

A cultura político-jurídica, no Ocidente, durante o século XX, sofreu enorme influência decorrente dos pensamentos de Hans Kelsen, que, ao desenvolver a "Teoria Pura do Direito", atingiu o ápice do positivismo jurídico.

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 485-499

Em suas reflexões contidas no artigo "O problema do parlamentarismo", publicado em 1929, Hans Kelsen demonstrou que a luta no fim do século XVIII e início do XIX contra a autocracia visava estabelecer a instituição parlamentar, concedendo à vontade popular uma importância decisiva na atividade estatal.

No entanto, embora o parlamentarismo como forma de governo tenha possibilitado a emancipação da classe burguesa ante os privilégios da nobreza e posteriormente a equiparação política do proletariado, a nova forma de governo sofria várias críticas. Os partidos de extrema direita e esquerda opunham-se ao princípio parlamentar, invocando a ditadura ou uma organização corporativa. Na essência, as críticas visavam o retorno de uma nova autocracia marcada por uma ditadura de uma classe sobre a outra.

Essa conjuntura motivou Hans Kelsen, que acreditava ser o parlamentarismo a única forma real possível para efetivar-se a idéia de democracia, a rebater as críticas ao parlamentarismo, oriundas principalmente de Carl Schmitt.

Para Kelsen, o princípio da liberdade, dominante no parlamentarismo, apresentava-se numa dupla combinação: princípio da maioria, caracterizado pela renuncia à exigência da unanimidade dos votos na criação da vontade coletiva, e vontade indireta, segundo a qual a vontade estatal não é emanação direta do povo, mas de um parlamento.

A fim de superar este dilema da incapacidade do povo efetuar diretamente a ação criadora da formação da vontade estatal, os parlamentaristas da época, já na formulação da assembléia nacional francesa de 1789, utilizavam-se da ficção da "representação", compreendendo o parlamento como representante do povo, legitimando-o do ponto de vista da soberania popular.

Imediatamente após a consagração desse modo de criação da organização social, os críticos salientavam que a vontade estatal criada pelo parlamento não exprimia a do povo, que se manifestava apenas no ato das eleições dos parlamentares.

Porém, Kelsen, ao rebater as críticas, admitia que a vontade estatal não era a do povo, todavia não legitimava o parlamentarismo através do princípio da soberania popular, justificando seu valor como meio técnico e social para a criação da organização estatal.

Em sua obra "Teoria geral do direito e do Estado", publicada em 1945, o autor enfatizava:

> Não pode haver qualquer dúvida de que, julgadas por este teste, nenhuma das democracias existentes ditas 'representativas' são de fato representativas. Na maioria delas, os órgãos administrativos e judiciário são selecionados por outros métodos que não a eleição popular e, em quase todas as democracias ditas 'representativas', os membros eleitos do parlamento e outros funcionários popularmente eleitos, em especial o chefe de Estado, não são responsáveis juridicamente perante o eleitorado. (KELSEN, 2005, p. 414)

Dessa forma, concebia o parlamentarismo como um compromisso entre a liberdade política e o princípio da divisão diferencial do trabalho. Enfatizava que apesar de não ser possível fazer o povo criar diretamente a organização do Estado em todos os seus níveis, era viável torná-lo partícipe do Poder Legislativo, citando como exemplos o *referendo* e a *iniciativa popular*.

Neste diapasão, Kelsen defendia a criação de uma organização partidária mais rígida, admitindo a ideia de "[...] um controle permanente dos deputados por um grupo de eleitores organizados em partido político". Acreditava que a irresponsabilidade dos parlamentares perante seus eleitores era uma das principais causas da aversão à instituição parlamentar.

Salientava o autor:

> A irresponsabilidade do deputado diante de seus eleitores, que é indubitavelmente uma das causas principais da aversão hoje dominante contra a instituição parlamentar, não é de modo algum, como mostrou acreditar a doutrina do direito público do século XIX, um elemento essencial e inseparável do sistema parlamen-

> tar, e já em algumas instituições vigentes há, a esse respeito, tentativas dignas de consideração e capazes de um desenvolvimento posterior. (KELSEN, 2000, p. 118).

Como premissa para a responsabilização dos parlamentares, entendia que era necessário abolir, ou, pelo menos, limitar, as já conhecidas "imunidades", concebidas como requisito essencial do sistema parlamentar, que se afirmava diante das autoridades do Estado e não perante os eleitores. Segundo o professor da Universidade de Viena, o privilégio anacrônico das imunidades era umas das principais causas da antipatia do povo ao parlamentarismo.

Asseverava o autor positivista:

> Se o parlamentarismo, durante a sua longa existência, não soube conquistar a simpatia das massas e, menos ainda, a das classes cultas, uma das causas disso deve ser buscada nos abusos a que leva o privilégio absolutamente anacrônico da imunidade. (KELSEN, 2000, p. 119).

Segundo Kelsen, as "imunidades" eram privilégios que remontavam ao tempo da monarquia feudal, em que o parlamento e o governo do rei permaneciam em constante antagonismo. Durante a monarquia feudal e até o início da constitucional, o privilégio encontrava justificativa, pois visava garantir a independência do parlamento diante de eventuais abusos de poder do governo. Porém, não encontrava alicerce na república parlamentar, já que o governo era formado de uma junta do parlamento, sendo submetido ao controle da oposição e da opinião pública, além de existir uma magistratura independente.

Neste sentido, citamos trecho do artigo "O problema do parlamentarismo", de Kelsen (2000, p. 118-119):

> O fato de um deputado não poder ser processado em juízo por um delito comum, e sobretudo detido, sem a permissão do parlamento é um privilégio que remonta ao tempo da monarquia dos 'estados', quando era violento o antagonismo entre parlamento e governo do rei. Tal privilégio ainda podia ser justificável

> na monarquia constitucional, em que esse antagonismo, mesmo que de forma diferente, ainda subsistia, não estando, porém, totalmente excluído o perigo de os deputados serem subtraídos ao exercício da sua função parlamentar por um abuso de poder do governo – conquanto esse perigo estivesse essencialmente reduzido, graças à independência da magistratura. Mas, numa república parlamentar, em que o governo nada mais é que uma junta do parlamento e é submetido ao mais rigoroso controle da oposição, ou melhor, de toda a opinião pública, e em que a independência da magistratura não é menos garantida do que num regime de monarquia constitucional, é absurdo querer defender o parlamento do governo, que é uma sua emanação.

O autor também rebatia a legitimidade do instituto como meio de proteção da minoria contra o arbítrio da maioria, já que estas poderiam simplesmente conceder a licença para a punição do parlamentar.

No artigo "Essência e valor da democracia", enfatizava o autor oriundo de Praga:

> Tal privilégio tampouco pode ser seriamente considerado como meio de proteção da minoria contra o arbítrio da maioria, transformação de significado apresentada por algumas instituições da república democrática, herdadas da monarquia constitucional. Se não por outro motivo, porque essa proteção da minoria é impossível, já que a maioria poderia decidir entregar o deputado incriminado à autoridade que o solicitasse. (KELSEN, 2000, p. 55)

No tocante às imunidades formais, Kelsen também tecia severas críticas, definindo-as como "[...] uma mutilação totalmente injustificada da tutela jurídica da honra". Salientava que os meios disciplinares *interna corporis* eram insuficientes para reprimir os excessos nas atividades parlamentares. Asseverava Kelsen (2000, p. 119):

> Enfim, é de todo inadmissível em nossos dias o costume de reprimir apenas com os meios disciplinares destinados à manutenção da ordem interna da Câmara, como a chamada 'à ordem' ou 'ao fato', verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante um discurso parlamentar, sob pretexto de que foram cometidos no exercício das suas funções.

O autor, radicalmente contrário às imunidades no Estado moderno, demonstrava a impossibilidade de o próprio parlamento julgar seus membros, defendendo o julgamento por um tribunal independente ou até mesmo pelo próprio partido.

Na primeira vez em que sua doutrina apareceu de forma acabada e sistemática, já enfatizava o autor:

> Oferece graves dificuldades conceder ao mesmo corpo representativo a decisão sobre a perda do mandato ou acerca de estarem ou não verificados os pressupostos legais sob os quais essa perda deve efetuar-se. É preferível recorrer a um tribunal independente, inclusive para a mera proposição, apesar de que essa última poderia corresponder também aos partidos organizados. (KELSEN, 1979, p. 449, tradução nossa).[3]

Percebe-se que, em que pese às inúmeras divergências entre o Kelsen e Carl Schmitt, ferrenho opositor ao parlamentarismo democrático, ambos apresentam pensamentos convergentes no tocante às imunidades. Carl Schmitt, em sua obra "Teoria de la Constitución", ao criticar o caráter representativo do parlamento, classifica o instituto como um "assombroso privilégio":

> A proteção dos deputados frente a procedimentos penais e limitações da liberdade pessoal é um direito do Parlamento como um todo, não do deputado individualmente. Também esse privilégio é apenas uma de tantas consequências do caráter representativo do parlamento. As ocasiões históricas que resultaram nessa posição privilegiada (prisões arbitrárias de deputados pelos Monarcas) não são, por si só, explicação suficiente para tão assombroso privilégio. (SCHMITT, 1927, p. 366, tradução nossa).[4]

[3] Ofrece graves dificultades conceder al mismo cuerpo representativo la decisión sobre la pérdida del mandato, o acerca de si están dados o no los supuestos legales bajo los que esa pérdida debe efectuarse. Es preferible acudir a un tribunal independiente, incluso para la mera proposición, si bien esta última podría corresponder también a los partidos organizados.

[4] La protección de los diputados frente a procedimientos penales y limitaciones de la libertad personal es un derecho del Parlamento como totalidad, no del diputado

Dessa forma, constata-se, segundo Kelsen, que as imunidades eram as garantias aos parlamentares de que não seriam subtraídos de suas funções por abusos emanados de adversários políticos ou do governo. Esse temor era evidente durante o período da Revolução Francesa, tendo em vista a instabilidade, decorrente dos constantes abusos do monarca.

Nessa perspectiva, Kelsen concluiu que, nos países democraticamente estáveis, essa garantia se tornava um privilégio parlamentar, acobertando violações aos bens tutelados pelo Estado.

5. Considerações finais

O nascimento do Estado de Direito foi pautado pela substituição do príncipe pelo cidadão, adotando-se uma concepção liberal individualista e garantindo-se os direitos individuais. Houve evidente substituição do Estado despótico, em que os indivíduos tinham apenas deveres, pelo Estado liberal, em que os cidadãos eram dotados de direitos públicos.

Não obstante os tremendos avanços, a revolução social, conseqüência da Primeira Guerra Mundial, trouxe inúmeras contestações à democracia, decorrentes principalmente das ditaduras partidárias de esquerda e de direita.

Assim, Kelsen, em nome da democracia e da liberdade política, defendia arduamente o novo Estado, sem esconder as fraquezas do sistema. Sob esse prisma, um dos temas tratados por Kelsen foi a crítica às imunidades.

---

individual. También este privilegio es solo una de tantas consecuencias del carácter representativo del parlamento. Las ocasiones históricas que dieron lugar a esa posición privilegiada (prisiones arbitrarias de diputados por los Monarcas) no son, por sí solas, explicación bastante para tan asombroso privilegio.

As imunidades parlamentares tiveram um papel decisivo nos regimes monárquicos. Entretanto, não encontravam fundamento a partir da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito, conforme já salientava Kelsen, entendendo-o como mecanismo de impunidade. O autor austríaco, há cerca de noventa anos, já apontava a desnecessidade do instituto, tendo em vista a autonomia do Legislativo perante os demais poderes, a independência da magistratura e da imprensa.

Se naquela época as imunidades já não tinham fundamento, o que dirá nos dias atuais. Atualmente, o sistema constitucional concede aos parlamentares meios de defesa mais efetivos que o próprio regime das imunidades, através do Poder Judiciário, dotado de garantias que lhe proporcionam independência nas decisões. Citem-se como exemplos o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o direito de petição, entre outros.

Acrescente-se que, no caso do nosso ordenamento jurídico, há ainda um Ministério Público, sobretudo após a sua independência assegurada pela Constituição Federal de 1988, livre de ingerências políticas espúrias e legítimo defensor da sociedade.

Inclusive, no caso do Brasil, há uma distribuição de atribuições entre os agentes do sistema processual penal, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, que impede os abusos.

Portanto, conforme já apregoado por Hans Kelsen, desde o início do século XX, faz-se necessário o fim ou pelo menos a restrição das imunidades parlamentares que, no sistema republicano, não se aproximam da impunidade apenas no vocabulário.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Juliana Campos Horta de. *Imunidades parlamentares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Imunidades parlamentares. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 277, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

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

_____. *Teoría general del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. México: Editora Nacional, 1979.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Imunidade parlamentar. *Revista Pratica Jurídica*, Brasília, DF, ano 1, n. 4, p. 24-25, jul. 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Mandamentos, 2006.

Artigo recebido em: 28/09/2009
Artigo aprovado em: 23/02/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120041

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO CARÁTER TAXATIVO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.494/1997

KÉSIA DAIANE FREITAS MARTINS
Estagiária de Direito
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
kesia.freitas.martins@gmail.com

1. Acórdão

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.185.319 - RJ (2009/0083415-0)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) (8155)

Agravante: União

Agravado: E. A.

Data do julgamento: 25/10/2011

Data da publicação: DJe de 17/11/2011

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FAZENDA PÚBLICA. EXCEÇÃO ÀS HIPÓTESES DO ART.

 ISSN 1809-8487 • v. 11 / n. 19 / jul.-dez. 2012 / p. 500-509

1º DA LEI 9.494/97. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

I – A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública pode ser concedida nas situações que não se encontrem inseridas nas hipóteses impeditivas da Lei 9.494/97. Precedentes.

II – Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento). Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Relator.

2. Apresentação do caso

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao agravo regimental interposto pela União contra acórdão que, no agravo de instrumento, confirmou a decisão interlocutória em favor do agravado E. A. A sexta turma firmou entendimento no sentido de que é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando a liminar não tratar de nenhuma das hipóteses impeditivas de tutela acautelatória constantes no artigo 1º da Lei n. 9.494/97[1].

Segundo o STJ, ao taxar tais hipóteses de cabimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o legislador possibilitou o entendimento de que, quando a liminar versar sobre fato que não esteja presente nas hipóteses do artigo 1º da Lei n. 9.494/1997, poderá a União ser sujeito passivo nas ações que buscarem tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC).

[1] Lei que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Assim, o STJ, baseado nas hipóteses impeditivas do artigo 1º da lei mencionada, negou provimento ao agravo regimental e manteve a decisão que concedeu a tutela antecipada em desfavor da União.

3. Da expressão "Fazenda Pública"

A expressão "Fazenda Pública" é utilizada para definir o poder público em juízo, no caso a União. Ou seja, quando a Administração Pública se encontrar com alguma demanda ou pretensão no campo processual, ela será chamada de Fazenda Pública.

A Fazenda Pública representa o erário e goza de certas prerrogativas e imunidades por ser protetora do interesse público.

3.1. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Código de Processo Civil em confronto com o princípio da isonomia

De acordo com a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, a Constituição Federal é norma suprema em relação às demais, e os princípios constitucionais são verdadeiros instrumentos de convalidação dos direitos protegidos pela Carta Magna. É sabido, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]" (BRASIL, 1988). É o chamado princípio da isonomia. Decorre desse princípio a ideia de que todos serão tratados de forma igualitária, sem nenhuma distinção. Sobre o princípio da isonomia, ou igualdade, indispensável é a lição de Alexandre de Moraes:

> A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama. (MORAES, 2000, p. 62).

Nesse diapasão, a edição da Lei n. 9.494/1997 – que disciplina os casos em que poderá haver concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública – viola o princípio da igualdade, uma

vez que todos têm o direito de buscar, liminarmente, a antecipação de um direito, esteja ele sob a tutela de um particular ou mesmo do Poder Público. Sendo assim, com fundamento na hierarquia das normas estabelecida pela teoria pura do direito de Kelsen (1998), uma lei não pode contrariar um princípio constitucional, como, por exemplo, suprimir o direito de ação e de acesso ao Judiciário.

4. A Fazenda Pública em juízo e a vedação de concessão de tutela antecipada em seu desfavor

4.1. As prerrogativas da Fazenda Pública em juízo no CPC

A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), em muitos artigos concede prerrogativas ao Poder Público no momento de intentar uma ação ou quando for parte demandada. Essas prerrogativas dizem respeito aos prazos para recurso e sua remessa obrigatória e configuram total violação ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, especialmente no que se refere ao processo de execução. Veja-se o que preleciona o artigo 488 do CPC:

> A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:
>
> [...]
>
> II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.
>
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público. (BRASIL, 1973).

Esse dispositivo legal isenta o Poder Público do pagamento da multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa sob o argumento de que ele zela pelo interesse público e pelo bem comum. Isso demonstra desigualdade de condições e discrepância processual.

Salienta-se que, além dessa prerrogativa, o Poder Público já é privilegiado pelo dobramento de prazos, nos casos de recurso, e pela remessa obrigatória – dever que tem o juiz de remeter o processo ao grau superior nos casos em que a Fazenda Pública for parte vencida, para que a matéria seja revista.

O Poder Público tem, ainda, prerrogativas de isenção tributária no tocante às custas processuais ordinárias e recursais, sendo ele quem arrecada os impostos federais existentes no nosso país. Ou seja, o Poder Público obriga ao pagamento de impostos, mas está isento em vários ramos do direito, inclusive com isenção tributária.

4.2. Da vedação da concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública

A tutela antecipada, prevista no artigo 273 do CPC, é deferida em processo de conhecimento e tem como característica a antecipação do resultado, que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado*, in verbis*:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (BRASIL, 1973).

Desse modo, importante ressaltar que, embora o Poder Público tenha suas prerrogativas processuais fundamentadas no interesse público, há de se preponderar os requisitos que implicam a concessão de tutela antecipada, para que não seja causado dano maior ao particular em prol do interesse coletivo. Isso porque os interesses particulares somados formam o interesse público, e a violação daqueles importará na violação deste, em decorrência da proibição contida

no artigo 1º da Lei n. 9.494/1997. Esse dispositivo, que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, prevê as hipóteses em que não cabe antecipação de tutela contra o Estado.

A respeito do acórdão em comento, ele deu maior aplicabilidade à norma, sob a alegação de que, como o rol do artigo 1º é taxativo, quando ocorrer alguma hipótese nele não prevista, caberá a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor da Fazenda Pública.

A lei que disciplina as hipóteses de concessão de tutela antecipada contra a Administração Pública já foi alvo de questionamento sobre sua constitucionalidade, por meio da ADI n. 1.570/1997. Depois de vários entendimentos divergentes, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por sua constitucionalidade, com a ressalva de que, quando a ação não se apresentar inserida em nenhuma daquelas hipóteses do art 1°, o juiz poderá conceder a tutela antecipada em desfavor da Administração Pública.

Importante ressaltar que a ressalva feita pelo STF é em decorrência da taxatividade do referido artigo, pois, ao estabelecer as exceções, o legislador proporcionou maior liberdade de decisão ao juiz.

Atualmente a lei impede que ações de tutela antecipada contra o Poder Público sejam admitidas pelos tribunais. A Lei n. 8.437/1992 estabeleceu disciplina especial para processos cautelares, estabelecendo em seu artigo primeiro:

> Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (BRASIL, 1992).

Esse artigo ressalta que, não se impetrando mandado de segurança quando houver possibilidade de fazê-lo, não caberá medida liminar de nenhuma natureza contra a Administração Pública.

Há alguns anos, a jurisprudência vinha entendendo que não cabia tutela antecipada contra a União, com respaldo no art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Porém, o STJ proferiu, recentemente, o acórdão em estudo, entendendo que os casos que não estiverem dentro das hipóteses impeditivas elencadas nessa lei poderão ser apreciados pelo juiz, com o intuito de concessão de tutela antecipada em desfavor do Poder Público.

O legislador falhou ao taxar apenas algumas hipóteses, em vez de prever todas. Dessa maneira, atribuiu ao Poder Judiciário a possibilidade de dar à norma uma interpretação extensiva.

5. Conclusão

As prerrogativas inerentes à Fazenda Pública sempre foram alvo de discussões entre doutrinadores e juristas. Segundo parte da doutrina, o Poder Público goza dessas prerrogativas para atender ao interesse público. Todavia, as prerrogativas processuais caracterizam uma afronta ao princípio da isonomia, previsto pela Carta Magna. Isso porque o direito de ação é direito de todos e, conforme art. 5º, XXXV, da CF, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988).

Assim, a impossibilidade, estabelecida na lei ordinária, de a Fazenda Pública figurar no polo passivo de algumas ações de tutela antecipada não pode se sobrepor aos princípios previstos na Constituição Federal, tomando por base o fundamento da hierarquia das normas. Além disso, outro argumento favorável ao entendimento de que não há violação do art. 1º da Lei n. 9.494/1997 é o fato de que o STF – embora o tenha considerado constitucional pela ADI n. 1.570/1997 – não impediu que em outros casos, diversos das hipóteses preestabelecidas no referido artigo, fosse concedida a antecipação da tutela em desfavor da Fazenda Pública.

Ainda, há a possibilidade de qualquer pessoa que se sentir prejudicada intentar uma ação com pedido de liminar perante o Judiciário. A própria Constituição Federal garante o direito de ação a todos os cidadãos.

Portanto, quando um autor pretender buscar a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, se demonstrar os requisitos essenciais – nos termos do art. 273 do CPC – terá seu direito de ação resguardado pela CF/88, e caberá ao juiz, sem qualquer prejuízo da autonomia dos poderes, analisar o caso concreto, julgando se aplica ou não a antecipação dos efeitos da sentença.

6. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.437, de 30 de junho de1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.185.319/RJ (2009/0083415-0), da Sexta Turma, Relator Ministro Vasco Della Giustina, Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. *DJe* 17 nov. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900834150&dt_publicacao=17/11/2011>. Acesso em: 14 ago. 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. amp. e atual. com a EC n. 28/00. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120042

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 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. Ele é assim chamado por possibilitar, por meio de seu processo de gravação, a reprodução de diferentes conteúdos, quando inserido 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 de 1024x768. Ao inserir o disco em um computador pessoal com sistema operacional Windows XP, a navegação do material complementar iniciará 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 nos 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 dos problemas de reprodução seguintes, realize os procedimentos sugeridos.

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 na 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 19 - Impressa na Gráfica e Editora Del Rey, Belo Horizonte-MG / 2012

Tiragem 3.500 exemplares